

**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**





**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

***PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN  
ARMAĞANI***

CİLT: VIII

SAYI: 2

YIL: 2013

**ARALIK – 2013  
KAYSERİ**

## SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Murat DOĞAN

## SORUMLU MÜDÜR

Osman ÖZDEMİR

<b><u>HABERLEŞME ADRESİ</u></b>	<b><u>TLF</u></b> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<b><u>FAKS</u></b> : +90 352 438 06 62
38039 / <b>MELİKGAZI- KAYSERİ</b>	<b><u>E-MAİL</u></b> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından  
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;  
Fakülteyi bağlamaz.

**Yayıncı:** Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. Sağlık Sok No:21 Sıhhiye/Ankara Tel: 0312 435 30 30 –  
Fax: 0312 435 24 72 – www.seckin.com.tr – yayin@seckin.com.tr

**Baskı:** Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. **Sertifika No:** 12416

## YAYIN İLKELERİ

---

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek, gönderilmesi gereklidir.
4. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden “düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir” şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

## DANIŞMA KURULU

---

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Enver BOZKURT**

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Erdal ONAR**

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Ömer TEOMAN**

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mehmet ÜNAL**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Feridun YENİSEY**

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Turan YILDIRIM**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## YAYIN KOMİSYONU

---

Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL  
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK  
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL  
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN  
Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK  
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

## EDİTÖRLER

---

Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL      Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK  
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL



## DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI\*

---

Prof. Dr. Murat DOĞAN • Prof. Dr. İsmail KAYAR • Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL • Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN • Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK • Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL • Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK • Yrd. Doç. Dr. Gül den ŞİŞMAN • Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL • Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI • Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR • Arş. Gör. Hilal AKIL • Arş. Gör. Özlem ERKAL • Arş. Gör. Beyza ESKİCİ • Arş. Gör. Aslı NANEÇİ ARICI • Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN • Arş. Gör. İsmail ATAMULU • Arş. Gör. Fatih AYDIN • Arş. Gör. Alpaslan BALCI • Arş. Gör. Harun BODUR • Arş. Gör. Ranegül CAMIZ • Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER • Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ • Arş. Gör. Eda DEMİR SOY • Arş. Gör. Osman DURAN • Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK • Arş. Gör. Harun Mirsad GÜN DAY • Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY • Arş. Gör. Derya Başak MEDENİ • Arş. Gör. Emine GÜLSEL CEN KAFKASYALI • Arş. Gör. Arif KALKAN • Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU • Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN • Arş. Gör. Emre KÖROĞLU • Arş. Gör. Alperen POLAT • Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL • Arş. Gör. Volkan ÖZÇELİK • Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR • Arş. Gör. Abdulkadir SAKA • Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU • Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN • Arş. Gör. Oğuz USTA • Arş. Gör. Mustafa UYANIK • Arş. Gör. Vakkas YEĞRİM • Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ • Arş. Gör. Allı YEŞİLYURT • Arş. Gör. Hakan YILDIRIM • Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

---

\* DERGİDEKİ İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR.

## TEŞEKKÜR

---

**DERGİMİZİN C. VIII, S. 1 (HUKUK FAKÜLTESİNİN KURULUŞUNUN ONUNCU YILINA ARMAĞAN) VE C. VIII, S. 2 (PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN ARMAĞANI) BASILARINDA HAKEM OLARAK KATKIDA BULUNAN AŞAĞIDA İSİMLERİ YAZILI SAYIN ÖĞRETİM ÜYELERİNE TEŞEKKÜR EDİYORUZ\***

Prof. Dr. Recep Akcan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Avcı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal Başlar, Polis Akademisi Başkanlığı

Prof. Dr. Fatma Yücel Beyaztaş, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Fatih Bilgili, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuriye Boztosun, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Büyükay, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Özlem Yenerer Çakmut, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim Ercan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz, Polis Akademisi Başkanlığı

Prof. Dr. Hakan Hakeri, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İçel, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil Kaya, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail Kayar, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut Koca, İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Akif Kütükçü, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer Özbek, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan Soyaslan, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arslan Topakkaya, Erciyes Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi

Prof. Dr. Metin Topçuoğlu, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

---

\* HAKEM İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR.

Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hamide Zafer, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Erdal Abdulhakimoğulları, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hakan Acar, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Mehmet Altunkaya, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. İbrahim Aşık, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Fuat Bayram, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hayri Bozgeyik, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ferhat Canbolat, Hacetepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. İbrahim Dülger, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hayrettin Eren, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Cengiz Gül, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Kasım Karagöz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Bülent Kent, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ömer Korkut, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Şafak Narbay, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Burcu Kalkan Oğuztürk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Mehmet Öcal, Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi  
Doç. Dr. Mustafa Özen, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yrd. Doç. Dr. Burak Adıgüzel, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yrd. Doç. Dr. Murat Aksan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yrd. Doç. Dr. Ramazan Aydın, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yrd. Doç. Dr. Fatih Birtek, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yrd. Doç. Dr. Muharrem Gençtürk, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yrd. Doç. Dr. Serhat Kırtıloğlu, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Namık Kemal Topcu, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Önder Tozman, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Mücahit Ünal, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Erdal Yerdelen, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Yılmaz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Ömer Gedik, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Doğan Soyaslan'ın Özgeçmişi .....	XVII
Prof. Dr. Doğan Soyaslan'ın Yayınları .....	XIX
<b>Prof. Dr. Murat DOĞAN</b>	
Sunuş .....	XXIII
<b>Prof. Dr. Durmuş TEZCAN</b>	
1965-1969 Hukuk Kuşağından Sevgili Kardeşim ve Meslektaşım	
Prof. Dr. Doğan Soyaslan .....	XXV
<b>Gülen SOYASLAN</b>	
En Yakın Arkadaşım, Dostum, Hocam ve Babacığım .....	XXIX
<b>Gülen SOYASLAN</b>	
Toplumda Aydınların Önemi ve Evrim-Devrim İkilemi Üzerine .....	XXXI
<b><u>KAMU HUKUKU</u></b>	
<b>Prof. Dr. Füsun SOKULLU-AKINCI</b>	
Mağdur Tipolojisi Bağlamında Yaşlı İstismarı Mağdurları .....	1
<b>Prof. Dr. Mustafa AVCI</b>	
Osmanlı Hukukunda Suça Teşebbüs .....	7
<b>Prof. Dr. Nur CENTEL</b>	
Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesinde 6284 Sayılı Yasa'nın Rolü .....	39
<b>Prof. Dr. Şeref ERTAŞ</b>	
Nelum Crimen Sine Lege ve Temel Özgürlükler .....	45
<b>Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI</b>	
Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını	
Aşağılama .....	49
<b>Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ</b>	
Türk Hukuku'nda Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutu .....	59
<b>Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ</b>	
<b>Arş. Gör. Oğuzhan GÜZEL</b>	
Âdil Yargılanma ve İtibar Hakkına Ulaşım Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı	
Reddetme Hakkı .....	79
<b>Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN</b>	
Kanun Yoluna Başvurma Hakkı Bağlamında Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen	
Kararlar (Ceza Muhakemesinde Kesinlik Sorunu) .....	107

<b>Prof. Dr. Hamide ZAFER</b> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri.....	121
<b>Doç. Dr. Berrin AKBULUT</b> Dava Zamaşımı Sürelerinin Başlaması.....	149
<b>Doç. Dr. Çetin ARSLAN</b> <b>Dr. İhsan BAŞTÜRK</b> Belgede Sahtecilik Suçunun Konusu Olarak Elektronik Ortamdaki Veriler.....	195
<b>Doç. Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT</b> Cebir Suçu (TCK m.108).....	221
<b>Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA</b> Kumar Kabahati (Kabahatler K. m.34).....	229
<b>Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA</b> Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnamelerin Kaynak Değeri ve Kaynakların Sübjektif Yorumu.....	243
<b>Doç. Dr. Mustafa ÖZEN</b> 5326 Sayılı Kabahatler Kanununda; Netice, Kusur ve Ölçülülük İlkesi.....	253
<b>Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ</b> Taksirle Öldürme.....	257
<b>Yrd. Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ</b> İngiliz Ceza Hukukunun Tarihi Gelişim Süreci ve Kaynakları.....	285
<b>Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL</b> Tam Gün Çalışma Esasına Geçiş Serüveni ve Hekimler ile Öğretim Üyesi Hekimler İçin Mevcut Durum.....	319
<b>Yrd. Doç. Dr. Kürşat ERSÖZ</b> Nsu Davası ile İlgili Olarak Türk Gazetecilerin Yaptığı Bireysel Başvuru İşlemine Karşı Almanya Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği Kararın Çevirisi.....	357
<b>Yrd. Doç. Dr. Hayri KESER</b> Demokrasi ve Hukuk Devleti İlkesi Arasındaki Etkileşim.....	365
<b>Yrd. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ</b> Ceza Sorumluluğunun Gelişimi.....	387
<b>Yrd. Doç. Dr. Hasan SINAR</b> Çevre Ceza Hukukunun Gelişimi ve Çevrenin Ceza Normları ile Korunması Rejimi Yönünden Almanya ve Fransa Örnekleri.....	417
<b>Yrd. Doç. Dr. Erdal YERDELEN</b> İrtikâp Suçu (TCK m.250).....	445

<b>Öğr. Gör. Ömer ÇELEN</b> Sarhoşluğun Hareket ve Kusur Yeteneği Üzerinde Etkisi.....	481
<b>Öğr. Gör. Duygu MERKİ</b> Türk Ceza Hukukunda Sapma.....	515
<b>Arş. Gör. Dr. Ferhat USLU</b> Anayasa Yargısının İşlevleri .....	531
<b>Dr. Yavuz ERDOĞAN</b> Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Madde 135, 136, 137, 138).....	569
<b>Prof. Dr. Henning ROSENAU</b> <b>Çev: Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ</b> Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza.....	633
<b>Arş. Gör. S. Numan ÖZCAN</b> Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu.....	651
<b>Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU</b> Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması .....	693
<b>Gülen SOYASLAN LL.M.</b> Illegally Obtained Evidence in American and Turkish Criminal Procedure Law .....	723
<b>Ercan YASAR LL.M.</b> Der Beitrag Der Afrikanischen Menschenrechtskommission Zur Achtung Der Banjul-Charta (Rolle Der Kommission, Zuständigkeit Und Verfahren).....	771
<b>Burcu GÖRKEMLİ</b> Kompozit Doku Nakli .....	797
<b><u>ÖZEL HUKUK</u></b>	
<b>Doç. Dr. Hakan ACAR</b> 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Taksitle Satışlara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi .....	825
<b>Yrd. Doç. Dr. Yalçın BOSTANCI</b> <b>Yrd. Doç. Dr. Süleyman Serhat KIRTILOĞLU</b> İşçinin Asıl İşverene Karşı Dava Açması Durumunda Davanın Alt İşverene Teşmil Edilme Zorunluluğu .....	845
<b>Yrd. Doç. Dr. Sevda Yaşar COŞKUN</b> Dönüşüm Ekonomilerinde Rekabet Politikalarının ve Hukukunun Önemi.....	865

**Yrd. Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK**

Ticaret Kanunu Değişikliğinin, Ticari İşletme Rehninde İyiniyetli Üçüncü Şahısları  
Koruyan Düzenlemeye Etkisi.....885

**Yrd. Doç. Dr. Selin SERT**

**Ali Hulki CİHAN, LL.M.**

Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi.....901

**Arş. Gör. Osman DURAN**

Adres Kayıt Sisteminin Tebligat Hukuku Üzerine Etkileri .....919

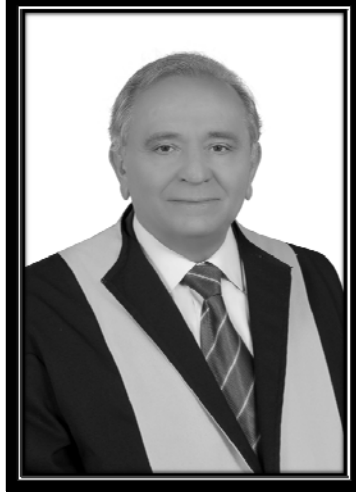
**Arş. Gör. Pınar UZUN ŞENOL**

Çekte Muhatap Banka Sorumluluğunun Kapsamı .....945

**Arş. Gör. Hakan YILDIRIM**

Ticari Defterlerin Sahibi Lehine Delil Olmasında Dayanak Belgelerin İbrazı.....969





**PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN**

### **PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN'IN ÖZGEÇMİŞİ**

Prof. Dr. Doğan Soyaslan, 1946 yılında Yozgat ilinin Fakıbeyli köyünde doğdu. İlkokulu geniş ölçüde köyde okudu. 1956 yılında Yozgat Ortaokulu'na başladı. 1964-65 yılında Sorgun İlçesi Babalı köyünde öğretmen vekilliği yaptı. 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girdi ve hukuk öğrenimini 1969 yılında tamamladı.

1416 sayılı kanun uyarınca Adalet Bakanlığı'nın 1970 yılında açtığı bir sınavı kazanarak 1970-72 yıllarında Perugia ve Roma Üniversitelerinde İtalyanca öğrendi ve ceza hukuku alanında master yaptı. İngilizce öğrenmek üzere bir süre İngiltere'de bulundu.

1973-78 yıllarında Université De Droit D'economie Et Sciences Sociales De Paris 2'de ceza hukuku alanında doktorasını tamamladı. Aynı yıl bir süre İngilizce öğrenmek üzere Londra'ya gitti. 1978-79 yıllarında Ankara hâkim adaylığı, 1979-80 yıllarında Bergama Cumhuriyet Savcılığı yaptı.

1981-1982 yılında Roma Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma yaptı.

1980-1987 yıllarında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Yardımcı Doçent Doktor olarak görev yaptı. 1987 yılında Ankara Üniversitesi'ne atandı ve aynı yıl Doçent oldu. 1995 yılında aynı fakültede Profesör oldu.

1987-1992 yıllarında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde eğitim yardımcısında bulundu.

1987-2000 yılları arasında Polis Akademisi'nde hukuk eğitimi verdi.

1990 yılı yaz aylarında Roma Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma yaptı.

1991-1994 yılları yaz aylarında Almanya'da Freiburg Max-Plank Enstitüsü'nde ceza hukuku alanında araştırma yaptı.

1992-1994 yıllarında Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hizmet verdi.

1996-2002 tarihleri arasında Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER'in başkanlığında kurulan Ceza, Ceza Usul ve İnfaz Kanunları Reform Komisyonu'nda bulundu.

1999-2002 tarihlerinde Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyeliği yaptı.

2003-2007 tarihleri arasında Adalet Bakanlığı Yüksek Müşavirliği görevini ifa etti.

2007-2011 öğretim yıllarında Erciyes Üniversitesi'ne hizmet verdi.

2011-2014 tarihlerinde Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne hizmet verdi.

2002 tarihinden itibaren Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyeliğine başladı ve halen bu Üniversite'de görevini sürdürmektedir.

Evli ve iki çocuk babasıdır.

## **PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN'IN YAYINLARI**

### **KİTAPLAR**

- 1) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014.
- 2) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı Ankara 2014.
- 3) Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, 5. Baskı Ankara 2014.
- 4) Kriminoloji, 3. Baskı, Ankara 2011.
- 5) İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (Mustafa GÜLSEVEN ve Mustafa KEMER ile) Ankara 2014

### **MAKALELER**

- 1) Ceza Hukukunda Kıyas, Adalet Dergisi Özel Sayı (Türkiye Cumhuriyeti 1923-1938) Yıl LXXIV, 5 (Eylül-Ekim 1983), 948 vd.
- 2) Şiddet ve Terör, Yargıtay Dergisi X, 3 (Temmuz 1984), 218 vd.
- 3) Kitle İletişim Araçları, Suç ve Suçluluk, Adalet Dergisi, LXXV (Kasım-Aralık 1984), 52 vd.
- 4) İhkak-ı Hak Cürümü, Yargıtay Dergisi XII, 4 (Ekim 1986), 429 vd.
- 5) “Özel Hayata Karşı Suçlar”, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan Ankara 2007
- 6) “Durdurma ve Kimlik Sorma”, Ord. Prof. Dönmezer Armağanı, Ankara 2008
- 7) “Yakalama”, Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan, İstanbul 2008
- 8) “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, I. Cilt, Sayfa 1271-1281, 2009
- 9) “Bilişim Alanında Suçlar”, Prof. Dr. Mualla ÖNCEL’e Armağan, II. Cilt, Sayfa 1563-1598, 2010
- 10) “İdari Denetim ve Aramalar”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, II. Cilt, Sayfa 28-77, 2010
- 11) “İhaleye Fesat Karıştırma”, Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR’a Armağan, III. Cilt, Sayfa 589-631, 2010
- 12) “La Criminalite Urbaine” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XII. Cilt, Sayfa: 1285-1294, 2010

- 13) “İş ve Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar”, Prof. Dr. Tankut CENTEL Armağanı, Sayfa: 814-828, 2011
- 14) “Atatürk Hukuk Devrimi ve Gelişim”, Prof. Dr. Yahya ZABUNOĞLU Armağanı, Sayfa: 649-664, 2011
- 15) “Hükmün Açıklanmasının Ertelemesi”, Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU Armağanı, Sayfa: 711-718, 2012
- 16) “Adli Kontrol” Prof. Dr. Füsün Sokullu - Akıncı'ya Armağan - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası - Cilt: LXXI Sayı: 1 (2 Cilt - Takım), sayfa: 1109, 2013

### TEBLİĞLER

- 1) Terörle Mücadele Kanunu, Hukuk Semineri Aralık 2001 Ankara.
- 2) Ceza Hukukunda Bilirkişilik, Bilirkişilik Sempozyumu, Kasım 2001 Sam-sun.
- 3) Cezaların Bireyselleştirilmesi, Hukuk Semineri, Ankara 2002.
- 4) İfade Hürriyetinin Sınırları, Hukuk Semineri Ankara 2002.
- 5) Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, Pekin 12-19.09.2004 “Çocuk Suçlu-luğu”
- 6) Yeni Türk Ceza Kanunu 2004 12 ilde
- 7) Suçluların İadesi Fas, 14-17.07.2005 Yabancı Mahkeme Kararları
- 8) Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Bir Yıllık Uygulaması, Kültür Üniversitesi İstanbul, 02-03.06.2006, “Adam Öldürme Suçları”
- 9) Ceza Kanunu Genel Hükümlerin Anlatılması, Amasya Barosu 20-21.05.2006, “Kanunun Yorumu”
- 10) Bilirkişilik Sempozyumu, Ayvalık Nisan 2006, “Ceza Usul Hukuku’nda Bilirkişilik”
- 11) Ceza Hukuku Semineri, Amasya Mayıs 2006, “Ceza ve Ceza Usul Kanu-nunda Yapılan Son Değişiklikler”
- 12) Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul Haziran 2006 “Tartışmacı”
- 13) Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara Mart 2006 “Hukuka Aykırı Deliller”
- 14) Ceza Hukuku Sempozyumu, Konya Ocak 2006, “Ceza ve Ceza Usul Ka-nunda Yapılan Son Değişiklikler”
- 15) Ceza ve Ceza Usul Hukuku Sempozyumu, Bursa Ocak 2006, “Ceza ve Ceza Usul Kanununda Yapılan Son Değişiklikler”

- 16) I. Sağlık Sempozyumu, İstanbul Marmara Üniversitesi, 15-16.11.2006, "Organ Nakli"
- 17) Hukuk ve Adli Tıp Bilimleri Sempozyumu, Avanos Nevşehir, 27 Ocak 2006, "Bilirkişilik"
- 18) Sosyolojik Açıdan Cinsel Suçlar, Kültür Üniversitesi İstanbul, 18 Nisan 2007, "Sosyolojik Açıdan Cinsel Suçlar"
- 19) Cinsel Suçlar Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi, 26 Mayıs 2007, "Cinsel Suçlar"
- 20) Hekimlerin Tedavi Nedeniyle Sorumlulukları, Ankara Üni. TBB, Sağlık Bakanlığı, 20-22.11.2007, "Hekimlerin İlaç Verme Nedeniyle Sorumlulukları"
- 21) Hekimlerin Cezai Sorumluluğu, Ankara Barosu 01-03.11.2007, "Hekimlerin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Sorumluluğu"
- 22) Türk-Alman Uluslararası Tıp Hukuku Sempozyumu, Dedeman Otel 28.02-01.03.2008, "Organ Nakli"
- 23) IV. Dünya Kriminoloji Kongresi, Barselona, 20-25.07.2008, "La Criminalite Urbaine"
- 24) Yeditepe Üni. Julius Maximilians Üni. Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Avrupa Ceza Hukuku Standartları, İstanbul 13-14 Mart 2009, "İhaleye Fesat Karıştırma"
- 25) Uluslararası Ceza Hukuku Günleri, Kültür Üniversitesi İstanbul, 30.05-01.06.2009, "Özel Hayatın Korunması"
- 26) 5510 Sayılı Kanununda Yer Alan Bazı Hükümlerin İncelenmesi, Antalya SGK, 25-27.05.2009, "Sahtekarlık Suçları"
- 27) Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçları Çalıştay, Denizli Polisevi, 14-15.05.2009, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar"
- 28) 18. Uluslararası Ceza Hukuku Günleri, İstanbul 20-26.09.2009, "Suça İştirak"
- 29) Ceza Hukukuna Hakim Olan İlkeler, Amasya Barosu 11.05.2009, "Ceza Kanununa Genel İlkeleri"
- 30) Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Muhakemesine Hakim Olan İlkeler, Jandarma Okulları 17.05.2009, "Ceza Muhakemesine Hakim Olan İlkeleri"
- 31) Ceza Hukuku'na Hakim Olan İlkeler ve Ceza Kanunu'nun Üç Yıllık Uygulaması, Selçuk Üniversitesi Konya, 19.04.2009, "Ceza ve Ceza Usul Kanununun Üç Yıllık Uygulaması"

- 32) Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Son Değişiklikler, Niğde, 10.04.2010, "Hükmün Açıklanmasının Ertelemesi"
- 33) Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Son Gelişmeler, Yaşar Üniversitesi İzmir, 14-15.05.2010 "Adli Kontrol"
- 34) Bilişim Suçları, Ankara Çankaya Üniversitesi, 09.03.2010, "Bilişim Suçları ve Özel Hayatın Gizliliği"
- 35) Antalya Yöresi Mali Müşavirler Toplantısı, Antalya 06.01.2010, "Ceza Hukuku'nda Bilirkişilik ve Zimmet"
- 36) Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul 01-10.06.2010, "Oturum Başkanlığı"
- 37) İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nın Tartışılması Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 15.09.2010, "Tartışmacı"
- 38) 7. Ulusal Ceza Hukuku Günleri, İstanbul Kültür Üniversitesi, 01-03.06.2011 "Adli Amaçlı İletişimin Dinlenmesi"
- 39) İnsan Hakları ve Ceza Hukuku Konferansı, Erciyes Üniversitesi Kayseri, 02.10.2011, "İnsan Hakları ve Ceza Hukuku"
- 40) Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2012, Ankara Barosu 10-14.01.2012, "Arama, Durdurma, Kimlik Sorma"
- 41) 7. Yılında Ceza Adaleti, Bolu 25.05.2012, "Ceza Hukuku'nda İçtihadın Sınırı Yorumu"
- 42) Türkiye'de Adli Sistemin İşleyişi Projesi ve Sonuçlarının Açıklanması, İstanbul Adliyesi Konferans Salonu 10.03.2012, Oturum Başkanı
- 43) Polisin Zor Kullanma Yetkisi, İstanbul Arnavutköy, 25.12.2012, "Polisin Zor Kullanma Yetkisi"
- 44) Ceza Muhakemeleri Kanunu Semineri, Tunceli Barosu 01.06.2013, "Gözaltına Alma Tutuklama, Hukuka Aykırı Deliller"

## SUNUŞ

**Prof. Dr. Murat DOĞAN**  
*Erciyes Üniversitesi*  
*Hukuk Fakóltesi Dekanı*

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN, on yılını henüz doldurmuş olan, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi'ne büyük emeği geçen hocalarımızdandır. Fakóltemizin ilk yıllarından, yeterli öğretim üyesinin bulunmaması sebebiyle Fakóltemizde ceza hukuku derslerini yürütmüştür. Saygıdeğer Hocam, kendi deyi-miyle “Devlete olan vefa borcunu ödemek için” ilerleyen yaşına rağmen, büyük bir fedakârlık göstererek çoğunlukla hafta sonları, yaz-kış demeden Ankara'dan gelerek derslerini vermiştir. Bu fedakârlığı, Fakóltemize ve öğrencilerimize yaptığı katkılar, öğretim elemanlarımız ve öğrencilerimiz nezdinde Hocamızın ayrıcalıklı ve saygın bir yer edinmesini sağlamış, bu Armağan'ı çıkarmaya bizi sevketmiştir.

Değerli Hocamı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi'ndeki öğrenciliğim yıllarında tanıdım ve kendisinin öğrencisi olma şerefine nail oldum. Kendisi, mütevazı bir “Anadolu insanı” ve beyefendi kişiliği, engin bilgisi ve kendine has üslubu ile benim ve o dönemde öğrencisi olan birçok arkadaşımızın üzerinde derin izler bırakmıştır. Bilgisini paylaşmadaki cömertliği, iletişim kurmadaki samimiyeti, mütevazı duruşu, bize, akademisyenliğin bilimsel çalışmadan ibaret olmadığını, aynı zamanda “Hoca” olacaksa bilim adamının başka vasıflar da taşıması gerektiğini öğretmiştir.

Saygıdeğer Hocam, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında ülkemizin yetiştirdiği büyük bilim adamlarından birisidir. Sadece ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında değil, aynı zamanda infaz hukuku ve kriminoloji alanında da çok değerli eserler vermiş ve akademik üretkenlik anlamında, her daim genç kalabilmiştir. Yazdığı eserler ve yetiştirdiği öğrencileriyle şimdiden “gök kub-bede hoş bir sada” bırakmıştır. Kıymetli Hocam, halen kendine has cana yakın ve samimi üslubuyla akademisyenliğe devam etmekte ve engin bilgi ve tecrübelerini öğrencileriyle paylaşmaktadır.

Saygıdeğer Hocamızın, saygın kişiliğini, Türk Hukukuna yaptığı önemli katkıları, Fakóltemiz için katlandığı büyük fedakârlıklar nazara alarak, O'na vefamızın ve şükranlarımızın bir ifadesi olmak üzere hazırlanan bu Armağan'a katkıda bulunan herkese teşekkür ediyorum.

Bu Armağan, Değerli Hocamızın hukuk camiasında ve bilhassa ceza hukuku camiasında tanınmışlığının ve saygınlığının bir niğanesidir. ÖĞrencileri, dostları ve sevenleri tarafından kaleme alınan ve bu yönüyle “Arz-ı Şükran” olan bu Armağan’ı kendilerine takdim etmekten büyük onur ve mutluluk duymaktayım.

Gerek akademisyen kişiliğiyle ve duruşuyla ve gerekse bilgi birikimiyle, kendisinden çok şeyler öğrendiğimiz ve öğrenmeye devam ettiğimiz Sayın Hocama sağlık ve mutluluk içinde uzun ömürler diliyorum.



**1965-1969 HUKUK KUŞAĞINDAN  
SEVGİLİ KARDEŞİM VE MESLEKTAŞIM  
PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN**

*Prof. Dr. Durmuş TEZCAN  
İstanbul Kültür Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*

Bir gün yaşlandığımızın bir işareti olarak çıkarılacak bir Armağan'da Doğan için bazı anıları onu seven dostlarıyla paylaşacağımızı düşünmemiştim. Ama gerçekler bunu doğruluyor. Bu yüzden geçmişten bugüne belleğimde yer eden sevgili kardeşim Prof. Dr. Doğan Soyaslan'ı kısaca okuyucuya özetlemem gerekiyor. Yıllarca aynı kaderi paylaşmış insanlar olduğumuzu öncelikle söylemeliyim. Acı tatlı birçok hatırayı birlikte paylaştık. Sık sık görüşsek de, iyi günde kötü günde birbirini ilk arayan Şeref Ertaş'la birlikte üç kafadar olduğumuzu vurgulamalıyım. Ayrıca kendisine takılmadan edemediğim söylenirse de, biz birimizi kollamak ve gözetmek durumunda olan kadim dostlarız.

1965 Ekim ayında kaydolduğumuz İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tekler Grubunun o yıl öğleden sonra ders gördüğü bin kişilik 1. sınıf amfisinde Doğan Soyaslan ile ilgili ilk anılarım, Anayasa Hukuku dersiyle ilgili olarak her hafta iki saat Anayasa Hukukunun Temel İlkelerini anlatan Prof. Dr. Selçuk Özçelik'ten ziyade, diğer iki saatte Türk Anayasa Tarihi ve Siyasi Akımlar gibi konuları anlatan Prof. Dr. Tarık Zafer Tunaya Hocamızın derslerinde Doğan'ın bıkmadan usanmadan her hafta sorduğu sorulara kadar gider.

Orta Anadolu'nun Yozgat iline bağlı galiba "Hacı Fakılı" köyünden çıkıp, dar imkanlar içinde Yozgat'ta liseyi bitirdikten sonra hemşerisi Hayrullah Başer (Yozgat'ta avukat ve benim Doğan'la aynı zamanda tanıdığım sevgili kardeşim) ve Cemil Çiçek (Eski Adalet Bakanı ve TBMM Başkanı) gibi arkadaşlarımızla birlikte İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne kaydolun arkadaşımız Doğan, tanıdığım ilk günden, beri saf ve temizliğini, insanlar hakkında hep iyi şeyler düşünme özelliğini yitirmemiş, "göründüğü gibi olan, olduğu gibi görünen" değerli bir kardeşim ve meslektaşım olarak öğrencilerinin çok sevdiği bir insan olduğu kadar, eşine ve çocuklarına olan sevgi ve saygısıyla da "iyi bir aile babası"dır.

1970 yılında yurt dışına birlikte Adalet Bakanlığı hesabına doktora yapmaya gittiğimiz için aynı kaderi paylaşan Prof. Dr. Şeref Ertaş, Prof. Dr. Hamdi

Yılmaz ve Av. Dr. Teoman Oğuzhan ile birlikte beş arkadaşlık<sup>1</sup>. Doğan, Ankara'da olduğundan, işlemleri hızla tamamlamış, 1971 Askeri Müdahalesi'nin ayak seslerinin duyulduğu 1970 Mayıs ayı sonlarında İtalya'nın Perugia şehrindeki dil okuluna gitmişti. Bizlerde, daha sonraki aylarda, onu izlemiş, Avrupa'nın yolunu tutmuştuk. Prof. Dr. Hamdi Yılmaz yurtdışına giderken evlendiğinden, İsviçre'de doktora'ya başlamadan önce, Şeref ve Teoman'ın doktora'yı da yapacakları Almanya'daki bir dil okuluna gitmişti. Doğan'ın İtalya'daki doktoranın denkliği ile ilgili yaşadığı sorunlar nedeniyle iki yıllık İtalya macerasından sonra, Fransa'da doktora yapmak üzere Paris'e gönderilmesi nedeniyle ilişkilerimiz daha da sıklaşmıştı. Doktora yaptığımız yıllarda zaman zaman, Almanya'da, Belçika ve Fransa'da özellikle Doğan ve Şeref ile buluşurduk.

Doğan, İtalya'da geçirdiği iki yılda İtalyancayı öğrenmesi nedeniyle, doktoradaki iki yıllık gecikmesini, kendisine sağlanmış ikinci bir yabancı dil öğrenme fırsatı olarak değerlendirip, bundan meslek hayatında çok yararlanmıştı. Özellikle İtalyan Üniversiteleriyle kurduğu bağlar, bunun somut göstergesi olmuştur.

Paris'te mesleğinin emeklilik öncesi son öğrencilerinden biri olma onuruna ulaştığı Prof. Dr. Georges Levasseur ise, gerek eserleriyle, gerekse hukukçular arasında sağladığı saygınlık ile Doğan'a destek olmuş, kendisinin ceza infaz hukukunda uzmanlaşmasını sağlamıştır.

1979'da Türkiye'ye döndüğünde, hakimlik stajı sonrasında İzmir'in Bergama ilçesinde kısa bir süre C. savcılığı yapmış, ardından DEÜ Hukuk Fakültesine asistan olmuştur. Yardımcı doçent iken, sevgisini kazandığı Dekan Prof. Dr. Fırat Öztan ve eşi Prof. Dr. Bilge Öztan'ın Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini dönerken yanlarında Doğan'ı da götürmeleri üzerine, Devlet Üniversitesinden emekli oluncaya kadar Doğan kardeşimiz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde doçent ve profesör olmuştur. Ancak devlet olanaklarıyla okuduğunu hiçbir zaman unutmayan arkadaşımız, kendisinden ders vermesini talep eden tüm hukuk fakültelerine kar kış demeden büyük bir özveriyle ders vermeye gitmiştir. Benim bildiklerim arasında Konya Selçuk Hukuk Fakültesi, Diyarbakır Dicle Hukuk Fakültesi, Kırıkkale Hukuk Fakültesi yanında bu Armağan'ı çıkarma nezaketini gösteren Kayseri Erciyes Hukuk Fakültesini sayabileceğimi düşünüyorum.

<sup>1</sup> Bizim İstanbul Hukuktaki sınıftan birçok akademisyen arkadaş çıktığını da belirtmek isterim. Bunlar arasında yukarıdaki biz dört Adalet Bakanlığı burslu olarak okuyan akademisyen dışında, ikisi ceza hukuku profesörü (Prof. Dr. Feridun Yenisey ve Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı), ikisi de medeni hukuk profesörü (Prof. Dr. İlhan Uluhan, Prof. Dr. Galip Sermet Armağan) ve bir de iş hukuku profesörü (Prof. Dr. Murat Demircioğlu) olmak üzere dokuz hukuk profesörü çıkmıştır. Ayrıca Askeri Yargıtay önceki başkanlarından Dr. Ferhat Ferhanoğlu da bizim sınıf arkadaşımızdır. Politikacılardan ise, uzun yıllar Gaziantep Belediye Başkanı Celal Doğan ve önceki Kültür ve Turizm Bakanı Ertuğrul Günay'da bizim sınıftandır.

Profesörlüğe atanırken derinliğine incelediğim eserlerinden, kendisinin Ceza Hukukunun her alanında kitaplar yayınlamış, Türkçe ve Fransızca makaleler yazmış, suç ve ceza siyasetiyle ilgilenmiş, Kriminolojiye duyduğu ilgi sebebiyle gereğinde cebinden para harcayarak Uluslararası Kriminoloji Sempozyumlarına katılacak kadar kendini bilime vermiş değerli bir bilim adamı olduğunu, arkadaşlığın ötesinde samimi bir kanaat olarak belirtmek isterim.

Yozgat'tan bir öğretmen kardeşimle evlenerek hayatına Ankara'da daha güzel bir düzen veren Doğan, iyi bir eş ve çocuklarının üzerine titreyen bir baba olmuştur<sup>2</sup>. İstanbul Hukuku başarıyla bitirdikten sonra YÖK adına ABD'de doktora sınavını kazanan kızı Gülen Soyaslan ise, Anglosakson Hukukundan Türk Ceza Hukukuna büyük katkılar yapma ümidini güçlendirmekte ve böylece babasından bayrağı alıp, bir başka yaklaşımla dalgalandıracağı benzemektedir. Oğlu ise, henüz daha genç olmakla birlikte, o da, Doğan'ı gururlandıracak bir yolda ilerlemektedir.

Öte yandan, Doğan ile ben, meslektaş olarak, uzun yıllar Rahmetli Hocamız Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in başkanlığında yürütülen Ceza Mevzuatı reform çalışmalarına da katıldık. Ayrıca Doğan, zamanın Adalet Bakanı olan Cemil Çiçek arkadaşımız döneminde, bu yasaların TBMM'deki çalışmalarına da katılmıştır.

Doğan'ın Sulhi Dönmezer Hocamızın tarih bilgisinden de yararlanma arzusu başlangıçta Hocayı biraz kızdırırken, sonradan Doğan'la yemek aralarında sürekli bu konuları görüşür olmuştum. Hatta Doğan'ın milletvekili olmayı çok arzuladığını gören Hocamızın bir akşam yemeğinde Doğan'ın aday olması halinde, kendisine Komisyon üyesi olan biz arkadaşlarının para yardımı yapmamızı kararlaştırdığını, Erol Cihan Hocamız'dan caymaması için yazılı taahhüt bile aldığını hatırlıyorum. Doğan'ın bugünkü iktidar partisinin kuruluş aşamasında aday olmak istemesinin kabul görmemesi nedeniyle verdiğimiz taahhüt artık kadük oldu. Ama Doğan, çok sevdiği politikanın seviyesini yükseltmek için büyük uğraşlar da vermiştir. Basında "Kıyak Emeklilik Kanunları" olarak bilinen kanunların uygulamasını önlemek için Emekli Sandığı aleyhine cebinden harcını ödediği birçok dava da açıp bu kişilere milletvekili olarak kendilerine sağlamaya çalıştıkları ek gelirin ödenmemesini sağlamıştır.

Aslında Doğan'la o kadar ortak anımız var ki hangisini anlatacağımı bilemiyorum. Ama kısaca Prof. Dr. Doğan Soyaslan, Fakülte öğrenciliğimizden

---

<sup>2</sup> Doğan'ın bildiği kendi çevresinden bir bayanla evlenmesini ona hep tavsiye eden bir insan olduğumu da vurgulamak isterim. Zira Doğan'ı çekip çevirecek akıllı bir eş, meslek hayatı için çok önemliydi. Nitekim yıllar önce Sulhi Dönmezer Hocamla birlikte Türk Ceza Kanunu Reform Komisyonundan davet ettiği kimi üye arkadaşımıza evinde verdiği yemekte, eşinin ne kadar hamarat bir insan olduğunu yakından gözlemiş ve hepimiz takdirlerimizi dile getirmiştik.

bugüne kadar karşılıklı olarak her zaman sevgi ve saygı ile birbirimize bağlı olduğumuz bir kardeşimdir.

Onun benden daha ileri olan bir yönü ise, ben çocuğu olmayan birisi olarak, beldemde bir lise yaptırarak teselli bulmaya çalışırken, onun, birbirinden kıymetli iki çocuk yetiştirerek Soyaslan adını süreklileştirme adına Türk Hukukuna büyük katkılar yaptığına inanıyorum.

Bir süre daha Hocalığı sürdüreceğine inandığım sevgili Doğan Kardeşime ve ona destek olup gururlandıran sevgili aile bireyelerine sağlık ve esenlikler dilerim. (İstanbul, 09 Temmuz 2014)

## EN YAKIN ARKADAŞIM, DOSTUM, HOCAM VE BABACIĞIM

*Gülen SOYASLAN*

Eşini vaktinden önce kaybeden babaannemin güçlü ve kararlı yapısını, kendisini hiç tanımamış olsam da dedemin sakin ve vakur duruşunu almışsın. Fakir bir köy ailesinde büyüdüğünden, gerçek anlamda zorluğun ve yokluğun ne demek olduğunu iyi bilirsin. Hayata karşı güçlü duruşun da bundan kaynaklanır. Aynı sebepten dolayı, bu halkın olaylara bakış açısını, sıkıntılarını ve modern Türk düşünce yapısıyla olan farkını çok iyi bilir ve olayları buna göre değerlendirmeye çalışırsın. Seni başkalarından farklı kılan ve bu yüzden kendini aydın zanneden insanlar tarafından yanlış anlaşılmana sebep olan özelliğin de budur. Avrupa'da geçirdiğin süre boyunca o medeniyeti de bir hayli özümseme fırsatı bulmuşsun. Bu bakımdan bu ülkeyi çağdaş medeniyet seviyesine ulaştırmak için nelerin gerektiği hususunda daha gerçekçi değerlendirmeler yaptığını da belirtmek gerekir.

Çocukken bile cebindeki üç kuruş harçlıkla gazete alan Doğan'da olan öğrenme ve okuma aşkı bende senin dünyaya bilim adamı olman için gönderildiğin kanısını uyandırdı. Olaylar karşısındaki gerçekçi ve ileri görüşlü yaklaşımın yalnızca tecrüben, bilgi birikimin ve içinde yetiştiğin pür Türk ve Avrupa kültüründen kaynaklanmıyor. Bunların sana Tanrı tarafından bahşedilmiş bir yetenek olduğunu düşünüyorum. Dedemin daha sen küçükken mantıklı ve daha doğru düşündüğün için kararlarına müdahale etmediğini düşünürsek, bu düşünce çok da yanlış sayılmaz.

Muhafazakar bir çevrede özgür yaratılmış ve bunu hayatın boyunca korumayı başarmış ender insanlardansın. Aklını hiçbir kayıt ve şartla bağlamamış, yeni kurulan cumhuriyetin ilk meyvelerinden olmuşsun... Belki de bilim adamı olman ve özgür düşüncenin önemini bu kadar iyi kavraman, kitap önsözlerinde ve sohbetlerinde insanın beyninin bağlı olmaması gereğini sık sık vurgulaman bundan kaynaklanıyor. Ne de olsa yeni doğan cumhuriyet ruhu ve batı ilkeleri ile yetişmiş ikinci jenerasyonsun...

Avrupa kültürünü özümsemen ve batı zihniyetiyle düşünmen seni kökünü oluşturan Türk halkından koparmamış. Seninki günümüzde örneğini çok gördüğümüz yanlış batılılaşma veya batı hayranlığı değil çünkü. Atatürk'ün de hedefi olan, Türk kültüründen kopmamış, ülkenin ve milletin çıkarlarını savunmada

taraf, aynı zamanda batının özgür düşünce ve yaşam tarzını özümsemiş bir aydın bana göre. Yaşın kaç olursa olsun yaşamının her bir aşamasında dürüst ve temiz kalmış olman, sofrta sohbetlerinin içtenlik ve hoşluğu, bu halkın insanına bir baba gibi duyduğun şevkat, merhamet ve sevgi, ülkemiz insanın özgür düşünmesi gereğine duyduğun inanç seni farklı kılıyor.

Yaşama sevincin, ölümü düşünmeden şevkle yaşamak gereğine duyduğun inanç, bitmek tükenmek bilmeyen hedeflerin, öğrenme, öğretme ve üretme tutkuların seni ve aslına bakarsan sen farkında olmasan da aileni, öğrencilerini ve arkadaşlarını hayata bağlıyor. Muhtemeldir ki onlar da farkında değil bu durumun...

Çevren içindekileri olduğu gibi yansıttığın için dürüstlüğüne ve karakterine güvenen, sana inanan, seven, sevmese bile doğru bildiğini söylediğin ve her dönemin adamı olmadığın için sana saygı duyan insanlarla dolu... Bunun yalnızca çok küçük bir kısmını bu armağana makale veren insanlar oluşturuyor... Bu anlamda, özellikle Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı öğrencin Prof. Dr. Murat Doğan ile beni arayıp bulan ve bu armağana küçük de olsa bir katkımın olmasını sağlayan Arş. Gör. Emre Köroğlu'nun sana verdiği değer yadsınamaz.

Babacığım, dürüstlüğün, yaşam sevincin ve aşkın, yardımseverliğin, şevkatin, alçak gönüllülüğün, içtenliğin, merhametin, bilgi birikimin, gerçekçiliğin, ileri görüşlülüğün, vatanseverliğin ve eşsiz ruhunla hayatımıza ışık saçıyor ve onu anlamlandırırıyorsun. İyi ki varsın, seni gerçekten çok seviyoruz... (18 Şubat 2014, New York).

**BALIN GÜLEN**

## TOPLUMDA AYDINLARIN ÖNEMİ VE EVRİM-DEVİRİM İKİLEMİ ÜZERİNE...

*Gülen SOYASLAN*

Toplumun temel yapıtaşlarından biridir şüphesiz aydınlar... Gerek Fransız İhtilali sonrasında yazılan İnsan Hakları Bildirgesi'ni, gerekse Amerikan Bağımsızlık Savaşı sonrasında Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'ni hazırlayarak, insan hakları açısından toplumun gelişimine büyük etkileri ve katkıları olmuştur. Aynı şekilde İngiltere'de de bu ülkelerden çok önce oluşturulan 1215 Magna Carta Beyannamesi de gerçekten önemli bir yere sahiptir. Bu belgelerin hazırlanmasında ve devrim süreçlerinde o ülke aydınlarının, düşünürlerinin ve devlet adamlarının gücünü yadsımak mümkün değildir. Bu devrimlerde burjuva ve aydınlar, nispeten fakir halklarının desteklerini arkalarına almışlardır ve devrimler bu surette gerçekleştirilmiştir. Bugünkü özgürlüklerin şekillenmesi açısından sadece kendi toplumlarına faydalı olmamışlar, diğer dünya devletlerine de örnek teşkil ederek insan hakları bilincinin aşılmasına evrensel düzeyde katkıda bulunmuşlardır. Öngörerek veya öngörmeden, yalnızca ülkelerinin değil, aynı zamanda dünyanın tarihini ve kaderini değiştirmişlerdir. Bu ülkelerde devrimlerden sonra devletin temelleri üzerinde anlaşılmış ve bu anlamda kişisel ve toplumsal gelişime önem verilmeye başlanmıştır.

Ülkemizdeki durum ise biraz farklı seyir etmektedir. Cumhuriyetin ilanı ile Osmanlı'nın teokratik devlet düzeninden yeni bir sistem olan Cumhuriyete geçilmiştir. İngiltere'nin 13. ve 17. yüzyılda (Magna Carta-Bill of Rights), Fransa'nın ise 18. yüzyıl'da düşünce evrimi ve hemen arkasından İnsan Hakları Bildirileriyle yaptıkları devrimi, Türkiye Cumhuriyeti 20. yüzyılda evrim yerine salt devrim suretiyle gerçekleştirmiştir. Atatürk'ün de dediği gibi, Balkan Savaşı, 1. Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı'nda yeterince döktüğümüz ve evrim sürecinde daha fazla dökülecek kanımız olmadığı için evrimle vakit kaybedilmeyerek, bunun yerine, cumhuriyet devrimi ile anayasal ve insan haklarına dayalı bir devlet kurulmuştur.

İngiltere ve Fransa halkının savaşıarak, bu uğurda kan dökerek elde etmiş olduğu insan hakları, bize, ülke topraklarını yabancı işgaline karşı korumak amaçlı girdiğimiz savaşlarda döktüğümüz kanları saymazsak, Atatürk tarafından bahsedilmiştir. 20. yüzyılın Osmanlı'sında Orta Çağ'ı yaşayan Türk halkı toplumsal hayata yönelik art arda gerçekleştirilen devrimlerle Batılı ülkelerin seviyesine hızla ulaştırılmaya çalışılmıştır. Bu anlamda siyasal, toplumsal, kültürel, eğitim ve hukuk alanlarında birçok devrim yapılmıştır. Türk halkı bu ye-

niliklere hızla uyum sağlamıştır. Çoğunluğu Müslüman olan bir devletin İslam ilkeleriyle yönetilmeyip, modern batı ilkelerine dayanması ve laikliğin devletin temel yapı taşlarından biri olması, yabancı ülkeler tarafından takdir edilmiş ve bu anlamda benzeri olmayan bir ülke olduğumuz için hayranlıkla karşılanmıştır.

Kurtuluş Savaşının hemen arkasından kurulan Cumhuriyette rejim karşıtları kurulduğu günden bu yana var olmuştur ve kişisel fikrime göre Müslümanlığı bağnazca ve kişisel çıkarlarına uygun olarak algılamak isteyenler olduğu sürece olmaya da devam edecektir. Laiklik, aslında dini devlet işlerinden ayırıp sadece vicdan meselesi haline getirerek, bir yönüyle iktidarın devlet işlerinde dini araç kılıp insanların duygularını sömürerek oy toplamalarını ve bu yolla haksız surette iktidarda kalmalarını engellemeyi amaçlamaktadır. Şahsi çıkarlarını bu ülke menfaatlerinin önünde tutan kişiler, laiklik ilkesinin bu fonksiyonunun işini boşaltmak için ellerinden geleni yapmaktadır.

Rejim karşıtlarının bu bakımdan gerekçeleri Atatürk'ün Batı ilkelerini aniden devrim ile Türk toplumuna getirdiği ve bunun Türk toplum yapısına uygun olmadığı, bu tür ilkelerin topluma aşılmasının bir anda olmayacağı ve evrimi gerektirdiğidir. Halbuki Batılılaşma Hareketleri Atatürk ile bir anda olmayıp Osmanlı Dönemi'nde 18. Yüzyılda Lale Devri ile başlamış, Tanzimat ve Islahat Fermanları, 1. ve 2. Meşrutiyet'in İlanı ile devam etmiştir. Bu dönemlerde, askeri, eğitim, hukuk, düşünce ve yaşam tarzı açısından Batı örnek alınmış ve yenilikler yapılmıştır. Genel olarak 1839'da Tanzimat ile başlayıp 1922'de devletin yıkılmasına dek süren Batılılaşma Hareketleri ve reform çalışmaları, mutlak monarşiden meşruti monarşiye geçilmesiyle kendini belli eden rejimi demokratikleştirme çabaları cumhuriyet düşüncesinin oluşumunu kolaylaştırmıştır.

Görünen o ki, bu devrim-evrim ikilemi ve tartışması, insanlarda gerçekten insan hakları ve laikliğin önemi ile ilgili bilinç oluşana kadar devam edecektir. Tarihin gösterdikleri ve kişisel fikrim ve bilgimle belirtmem gerekir ki, Cumhuriyet ilan edilmeden önceki son on bir yılda (1912-1923) üç ayrı büyük savaştan çıkmış, daha fazla dökülecek kanı olmayan ve en az yüzde 90'ının okuma yazma bilmediği bir toplumda, evrimle batılı insan haklarına dayanan bir sistem getirmeye çalışmak zaman ve kan kaybından başka bir sonuca yol açmazdı. Ayrıca o dönemde bu denli cahil kalmış bir toplumdan da kolay kolay insan haklarına dayanan bir sistemi savunan insanın çıkması veya çıksa bile onu destekleyenlerin olması çok da mümkün değildi.

Bu bağlamda Atatürk, elinde tekrar padişahlık sistemi kurup kendi çıkarına uygun ve Türk halkını kul olmaktan öteye götürmeyen bir düzen kurma gücü ve imkânı olmasına rağmen bunu yapmayı, yaptığı devrimlerle, fedakâr ve özverili Türk halkına, kul yerine birey olma onuru ile birlikte, çağdaş ve uygar insanlara yakışır olan hak ettiği geleceği bağışlamıştır. Vatansever Türk halkının Atatürk'e sevgisi işte bundan kaynaklanır ve kolay kolay tükenmez.



Üzerinden 90 yıl geçmesine rağmen cumhuriyet rejimini içlerine sindiremeyenler, halen otokratik veya teokratik bir rejim kurmaya veya öyle bir rejimde yaşıyorumuz gibi davranmaya başlamışlardır. Ulu Önderin gençliğe mirası olan Cumhuriyetin tehlike altında olduğunu anlamak için âlim olmaya gerek yoktur. Olayları bir araya getirip, neden-sonuç ilişkisi içinde değerlendirmek ve biraz akıl yürütmek yeterli olacaktır.

Yargı bağımsızlığının bir ülkede yasama ve yürütme erklerini denetlemek bakımından önemini ve güçler dengesi açısından vazgeçilmez bir unsur olduğunu, hukuk birinci sınıf öğrencisiyken öğretildiğinden çok daha fazla bir anlam ifade ettiğini yaşayarak öğreniyorum. Kuvvetlerin denetlenememesi durumunun nasıl bir krize yol açabileceğine şahit olmaktayız. Öğrendim ki, hukukçular düşündüklerinden daha çok sorumluluk altındalar. Yargı aslında bir evin en önemli tuğlasıdır. O tuğlayı yerinden oynattığımız zaman sistemin çökmesi bundan. Avrupa ülkelerinin bu ilkeyi neden getirdiklerini ve bize insan hakları derslerinde anlatılan ve kuvvetler ayrılığına temel teşkil eden tarihsel gelişmelerin aslında ne kadar önemli olduğunu anladım. Çoğu insan için hiçbir anlam ifade etmez şu söz: "Yargı bağımsızlığının olmadığı yerde hukuk devleti değil, polis devleti olur." Yaşayarak görüyoruz, nasıl olduğunu... Polisin savcının emirlerini yerine getirmediği ve yargıcın ve savcılarının görev yerlerinin sabah akşam değiştiği bir ülkeden bahsediyoruz. Siz karar verin, biz gerçekten hukuk devletinde mi yaşıyoruz, ya da bütün bunlar bizim ileri demokrasimizden mi kaynaklanıyor?

Avrupa devletleri işte bizim bugün yaşadığımız sıkıntıları yüzyıllar önce yaşadılar. Ancak aydınları susmadı, korkmadı, yılmadı... Peki, bugün Türkiye'nin durumu nedir? Ülkemizde gerçek anlamda aydın var mı sorusunu sormaktan çekiniyorum. Gerçek anlamda aydın kimdir peki?

Aydın kelimesi aslında aydınlanmadan gelir. Benim kafamda yarattığım, olması gereken aydın insan, duygularıyla ve kalıplaşmış düşünce ve kurallarla değil, bilgisiyle ve somut verilere dayanarak konuşur. Düşüncelerini mantık ilişkisini ifade eden neden-sonuç ilişkisinden geçirip, beyninde tartıp, sorgulayıp daha sonra dışa vurur. Okumak ve öğrenmek aşktır onun için... Sahip olduğu bilgileri başkalarının dayatmasıyla elde etmediğinden, onu baskıyla susturmak veya düşüncelerini açığa vurmaktan alıkoymak mümkün değildir. Her şeyden önce cesurdur. Ne iktidar ne de toplum baskısından korkar. Bulunduğu ortama göre demecini değiştirmez, tutarlı ve karakterlidir. Toplum çıkarını kendi gelecek kaygısının önünde tutarak, kişisel zenginleşme kaygısı gütmeksizin, doğru bildiği neyse onu yapar.

Genel anlamda tarafsızdır; ama bir yandan da devletin niteliklerine ve - Türk aydınları açısından -Modern Cumhuriyete taraftır. Cumhuriyete zarar verici veya yıkıcı eylemlerin farkına vardığında bunu engellemeye çalışır veya hiç

olmazsa durumu topluma açık açık bildirir. Koltuğundan olma korkusuyla rejimin gizlice temellerinin kazılmasına, dinamitle patlatılmasına göz yummaz. Karakteri o kadar güçlüdür ki etrafındakiler dış etkilere bağlı olarak değişmiş olsa bile kendisi fırtınalara karşı bir kale kadar sağlamdır. Düşüncelerinden dolayı hapsedilse, sürgüne uğrasa bile, onurundan ve kendine duyduğu saygısından dolayı dümenini değiştirmez.

Bu ülkenin aydınları veya en azından kendini aydın kategorisine koyanlar varlıklarını Cumhuriyete borçludurlar. Şu anda savunmaya muhtaç olan ama kimsesiz bırakılmış Cumhuriyete ve Atatürk'e gönül ve vicdan borçları vardır, aksi takdirde tarih ve gelecek nesiller onları affetmez.

(18 Şubat 2014, New York)

# Kamu Hukuku

---



*Sevgili sınıf arkadaşım  
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN'a  
sağlıklı, mutlu, nice yıllar  
diliyorum.*

## **MAĞDUR TİPOLOJİSİ BAĞLAMINDA YAĞLI İSTİSMARI MAĞDURLARI**

*Prof. Dr. Füsun SOKULLU-AKINCI\**

### **A. GENEL OLARAK MAĞDUR TİPOLOJİSİ**

Suçlu ve mağdur kavramlarını tanımlama uzun zamandır önemle üzerinde durulmuş bir konudur. Bu tanımlama en iyi sınıflandırma yoluyla olur. Suçlu tipolojisi Kriminoloji'de uzun yıllardır incelenen bir konu olmuştur. Nitekim pek çok yazar eserlerinde suçlu tiplerini bazı farklı kriterleri esas olarak sınıflandırmaktadır. Örneğin Soyaslan, suçluluğun tezahürlerine göre<sup>1</sup> ve önceden var olan psikolojik faktörlere göre<sup>2</sup> suçluları sınıflandırmaktadır.

Öte yandan, bireylerin sınıflandırılması ve etiketlenilmesi bazı nahoş sonuçları da doğurur ve bu kişileri stigmatize eder; onları damgalar<sup>3</sup>. Özellikle suçlu damgası bir insana vurulduğunda, bunun değiştirilmesi çoğu kez olanaksızdır. Ancak, bu tür bir sınıflandırma yapıldıktan sonradır ki, hem faile hem de mağdura yardım etmek mümkün hale gelir; yani mağdurun yaralarını sarmak, faili rehabilite etmek ancak böyle bir tasniften sonra olanaklıdır<sup>4</sup>. Diğer bir deyişle kime ne tür rehabilitasyonun yararı olabileceği ancak bu şekilde belirlenebilir.

Viktimoloji'de de mağdurlar çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadırlar. Viktimoloji açısından bazı tasnifler, mağdurun suçta oynadığı rol dikkate alınarak yapılmaktadır<sup>5</sup>. Bazı suçlarda mağdurun rolü açıktır, örneğin hırsızlık, yağ-

---

\* İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD. Emekli Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Ayrıntılar için bkz. SOYASLAN, Kriminoloji, Ankara, 2003, s. 181-186.

<sup>2</sup> Ayrıntılar için bkz. SOYASLAN, s.186-190.

<sup>3</sup> Damgalama kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SOKULLU-AKINCI, Kriminoloji, İstanbul. 2013, s.198-203.

<sup>4</sup> CHO, "Criminality, Victim and Victimizer", (ed. DRAPKIN-VIANO) I, Victimology, A New Focus, Mass-Londra-Toronto, 1974, s. 93.

<sup>5</sup> YOUNG, M. A., "Victimology and Victim Assistance: Reflections on the Path Towards the Twenty-First Century", Festschrift for Hans Joachim Schneider (ed. FRIDAY-KIRCHOFF), Aachen, 2000, s.39.

ma, güveni kötüye kullanma gibi suçlarda suçlu, mağdur ile ya da ona ait bir mal ile doğrudan doğruya temas halindedir. Suçların pek çoğunda mağdur ve fail arasında bir etkileşim bulunmaktadır:

Suç mağduru olmak değişik kişileri değişik şekilde etkiler. Özellikle şiddet içeren suçların mağduru olmayı tolere edebilmek kolay bir durum değildir. Mağdurun tahammül yeteneğini yaşı, mali ve entelektüel durumu, algılama yeteneği, duygusal gelişmesi, inançları, yaşam felsefesi ve daha önce yaşamak zorunda kaldığı benzer deneyimlere nasıl tahammül ettiği belirler<sup>6</sup>. Fiziksel ve sosyal çevre ve kişiler arası ilişkiler de mağdurun iyileşmesine katkıda bulunur. Travma deneyimi sonrası uyum sağlamada toplumsal desteğin derecesi ve niteliği de özellikle önemlidir.

Bir kısım mağdurların dezavantajlı durumları ya da başkalarına olan bağımlılıkları nedeniyle viktimizasyon deneyimi ile başa çıkmaları daha güç olmaktadır. Örneğin şiddet suçlarından en fazla etkilenen mağdurlar kadınlar, çocuklar, yaşlılar, işsizler ve sosyo-ekonomik statüsü düşük kişilerdir.

Bazı Mağdur Tipleri özellikle önem taşır: Bunlardan en dikkati çekenler cinsel suç mağdurları, aile içi şiddet mağdurları, çocuk istismarı mağdurları, yaşlı mağdurlar. Yaşlılar, hem bedensel hem de zihinsel dezavantajları nedeniyle kolaylıkla mağdur edilebilmektedirler.

## B. İSTİSMAR MAĞDURU YAŞLILAR<sup>7</sup>

Yapılan araştırmalar 60 yaşı üzerindeki kişilerin suç mağduru olmaları ihtimalinin çok düşük olduğunu, ancak suç mağduru olmaktan da en çok bu grubun korktuğunu ortaya koymaktadır<sup>8</sup>. Bu çelişki şöyle açıklanabilir: Yaşlıların fiziksel yeterliliği azaldığından saldırıya uğradıklarında kaçma ya da karşı saldırıya geçme olanakları sınırlıdır. Yaralandıklarında iyileşmeleri daha uzun bir süre alır. Yaşlıların bir suç sonucunda oluşan maddi kayıplarının da yerine konulması güçtür. Çalınan ya da tahrip edilen mallarını yeniden satın almalarında ki güçlüğü yanında, bu malın yaşlılar için pazar değerinin çok üstünde bir manevi değeri de bulunmaktadır<sup>9</sup>. Öte yandan, yaşlıların özellikle “sokak suçları”ndan korktukları belirtilmektedir. Bu ise onları daha fazla izolasyona, yani eve kapanmaya ve yalnızlığa götürmektedir<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> BALL, Victims of Violent Crimes, Canberra, 1983, s. 80.

<sup>7</sup> SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, İstanbul, 2008, s. 104-110.

<sup>8</sup> BİLES, “Who Faces the Greatest Risk of Becoming a Crime Victim”, National Symposium on Victimology, (ed. GRABOSKY, Australian Institute of Criminology), 1982, s. 148.

<sup>9</sup> GRABOSKY, Victims of Violence, Canberra, 1989, s.18.

<sup>10</sup> JAMES-GRAYCAR, “Crime and Older People”, in The Cambridge Handbook of Australian Criminology, (ed. GRAYCAR-GRABOSKY), Cambridge...Melbourne, 2002, s. 252.

Genelde suç korkusu yaşlıların yaşam kalitesini çok düşürmekle birlikte, yaşlıların suç mağduru olmaları çok sık rastlanan bir olgu olmadığından bu konuda çok fazla çalışma yapılmamıştır. Ancak yaşlıların toplumdan soyutlanmalarına yol açabilecek bu suç korkularının yenebilmeleri için yapılması gereken çok şey bulunmaktadır. Bu alanda kamusal kuruluşlara olduğu kadar gönüllü toplum örgütlerine de ihtiyaç vardır<sup>11</sup>. Zira diğer mağduriyetlerde evinin güvenli atmosferine sığınan yaşlı, istismar mağduriyetinde nereye sığınacaktır? Yaşlıların suç mağduriyetlerinin önemli bir bölümü evinin güvenli duvarları arasında gerçekleşmekte, bazen de, ne acıdır ki, en güvenmesi gereken insanlar tarafından yapılmasıdır.

Yaşlı mağduriyeti, yaşlı istismarı ve ihmali şeklinde de görülebilir. Başkalarının yardımına gereksinim duyma yaşı her kişide farklılık gösterebilir. Ama her yaşlı mutlaka belirli bir dönemden sonra adeta çocuklar gibi ilgi, yardım ve bakıma muhtaçtır. Özellikle yaşlı nüfusun artma eğilimi gösterdiği gelişmiş batı toplumlarında yaşlı mağduriyeti de artmaktadır. Bu nedenle de yaşlı mağduriyeti sorunu daha çok dikkati çeker duruma gelmiştir. Özellikle emeklilik dönemlerinde gelirleri son derece sınırlanmış yaşlı nüfusun tedavi masrafları da arttıkça ihmal olgularının da arttığı bir gerçektir. Özellikle ülkemizde kendisi ile ilgilecek yakını bulunmayan yaşlıların ihmale uğramaları kaçınılmazdır, zira hastanelerimizde hasta bakımı tamamen “refakatçi” sistemi üzerine kurulmuştur.

Öte yandan da ihmal kadar vahim bir olgu olan yaşlı istismarının uzun yıllar tanımı yapılamamıştır. İlk tanımlardan biri, “Hizmet vermekle yükümlü olan bir kişinin kasten, acı verecek ve makul olmayan bir yalnızlığa ve yoksunluğa mahkûm eden davranışlarda bulunması” şeklindedir fakat ihmal ve istismarı karıştırdığı eleştirileriyle karşılaşmıştır. İkinci eleştirilen nokta ise yalnızca kasdi hareketleri kapsıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Üçüncü olarak da istismarın yalnızca bakmakla yükümlü kişiler tarafından işlenebileceği gibi bir sonuca ulaştırmasıdır<sup>12</sup>. Hâlbuki yaşlılar dört grup kişi tarafından istismar edilebilirler. Kendi aile bireyleri, arkadaşları, tanıdıkları onlara saldırabilir, mallarını çalabilirler. Yabancılar, onları türlü suçlardan mağdur edebilirler, ticari şirketler onları dolandırabilir, onlara bakmak için tutulmuş kişiler onları ihmal ya da istismar edebilirler<sup>13</sup>.

İstismar mağdurları için risk faktörleri, yaşlıların toplumdan soyutlanmaları, süregelen aile içi geçimsizlik, bedensel, ruhsal ve mali olarak başkalarına bağımlılık, yaşlılara yönelik özel hizmet veren bulunmaması olarak sayılabilir.

<sup>11</sup> GRABOSKY, 19.

<sup>12</sup> DOERNER-LAB, Victimology, Cincinnati-Ohio, 1995, s.170-171.

<sup>13</sup> JAMES-GRAYCAR, s. 235.

İstismar failleri için ise belirlenmiş olan risk faktörleri ise süregelen aile içi geçimsizlik, duygusal sorunlar, düşük gelir, madde veya alkol kullanımı, bakımda karşılaşılan güçlüklerin yarattığı stres<sup>14</sup>.

Yaşlı istismarı ve ihmali şu şekillerde olabilir:

1. Fiziksel istismar: Bu mağdura bedensel zarar verecek hareketler ile yapılır, örneğin tokat, cinsel istismar, silahlı saldırı gibi.
2. Psikolojik istismar: Mağdurda elem ve ıstıraba neden olacak derecede utandırıcı davranışlar, tehditler, soyutlama, kötü sözler söyleme, küfür etme.
3. Mali istismar: Sömürme, mağdurun parasını, mallarını çalma, yağma etme, dolandırma.
4. Aktif ihmal: Bakma yükümünü bilinçli olarak yerine getirmemek, örneğin yiyecek vermemek, terk etmek, sağlık ve konut gereksinimini yeterince karşılamamak.
5. Pasif ihmal: Bilinçsiz olarak bakım yükümünü yerine getirmemek, örneğin bilgisizlik veya yetersizlik nedeniyle<sup>15</sup>.

Yaşlı mağduriyetini diğer mağdurlardan ayıran özellik, bir kez gerçekleşmeyip, sürekli olması ve siyah sayı olarak kalması olasılığının daha yüksek olmasıdır<sup>16</sup>. Zira özellikle kapalı kapılar arkasında ve aile çevresinde işlenmektedirler. Ayrıca yaşlıların da sosyal çevresinin daraldığını düşünürsek, şikâyetlerini iletecek kimse bulamamaları da olasıdır. Bakım ve huzur evlerinde barındırılan yaşlıların özellikle derdini anlatamıyorsa istismar edildiklerinden pek de haberdar olunamaz. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde yaşlı nüfusun %5'inin istismara uğradığı belirtilmektedir. Kimi araştırmacılar ise bu oranın %10 olduğunu iddia etmektedirler. Bilinen sayılar tüm nüfusun %4'ünün yaşlı istismarı mağduru olduğunu ortaya koymakla birlikte, gerçek sayının 2.5 milyon civarında olduğu tahmin edilmektedir<sup>17</sup>. Avustralya'da bu olgu, 70'li ve 80'li yıllarda fark edilmiş, sivil toplum kuruluşlarının yoğun lobisi sonucunda yeni düzenlemeler yapılmış, önlemler oluşturulmuştur<sup>18</sup>.

Bir kez herhangi bir suçun mağduru olan yaşlı bir kişi sürekli bir sinirlilik ve tedirginlik içinde olacaktır. Evinde dahi güvensizlik duyguları yaşayacak, sonuçta kişiliğinde bozukluklar oluşabilecektir. Hele yakınları sabırsızlık gösterir ve mağduriyete tedbirsizliği nedeniyle kendisinin yol açtığı gibi suçlamalar-

<sup>14</sup> JAMES-GRAYCAR, s. 245.

<sup>15</sup> DOERNER-LAB, 172.

<sup>16</sup> JAMES-GRAYCAR, 239.

<sup>17</sup> DOERNER-LAB, 173.

<sup>18</sup> JAMES-GRAYCAR, 239.



da bulunurlarsa, yaşlı mağdur hem kendisine olan saygısını kaybetmeye başlayacak hem de çevresiyle çatışmaya girecektir. Bu iki tür sonuca yol açar: Mağdurun yakınları ya ondan uzaklaşırlar, ya da aşırı koruyucu bir tutuma girerler. Her iki tür davranış da yaşlılar açısından olumsuz etkilere sahiptir<sup>19</sup>. Hele de istismar aile bireylerinden kaynaklanıyorsa yaşlının içine sürükleneceği depresyon geri dönülmesi olanaksız sağlık bozukluklarına yol açacaktır. Bu nedenle de yaşlıların istismar mağduru olduğu durumlarda bazen de yaşlıyı kendi yakınlarından korumak gerekebilecektir. Zira yaşlıların aile içi istismarı da her zaman mümkündür. Bu tür mağdurlar için sığınma ve huzur evleri oluşturulmalıdır<sup>20</sup>.

### **C. YAŞLI İSTİSMARI İLE NASIL MÜCADELE EDİLMELİDİR**

Dünyada yaşlı istismarı ile etkin bir mücadelenin, çocuk istismarında olduğu gibi, ihbar zorunluluğu ile sağlanabileceği artık bilinmektedir. Ancak uygulamada bunun yeterli bir uygulamasının yapıldığını söylemek zordur. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde yaşlı istismarının ihbarına ilişkin özel yasalar çıkarılmasına rağmen bu yasalarda örneğin istismarın tanımı yapılmadığından, ihbarın yapılması gereken merciler belirtilmediğinden, ihbar yapılmamasına herhangi bir yaptırım uygulanmadığından, etkin bir ihbar mekanizmasının işletilemediği belirtilmektedir. Yine Amerika Birleşik Devletlerinde, bu tür yasaların ihbar sonrasını, yani mağdura ne yapılacağını düzenlemediği, yaşlıları çocuklar ve akıl hastaları ile aynı kefeye koyup, adeta kendisi hakkında karar vermesine izin verilmediği noktalarından eleştirilmektedir<sup>21</sup>. Gerçekten de bu muameleye maruz kalan yaşlı bir kişi kendisini aşağılanmış hisseceğinden hakkında yapılacak olan her işlem konusunda bilgilendirilmeli, kendisine bir çocuk ya da akıl hastası gibi davranılmamalıdır.

İhbar zorunluluğunun pek çok alanda uygulandığını bildiğimiz Avustralya’da, belirli sosyal problemlerin çözümlenmesinde zorunlu ihbar kurumunun önemli katkıları olduğunu biliyoruz. Bunlar arasında yaşlı istismarı önemli bir yer taşımaktadır<sup>22</sup>. Hatta zorunlu ihbarın yasalarda var olması, bazı suçların önlenmesinde ve olası failleri caydırmada önemli bir rol oynamaktadır<sup>23</sup>.

Türk Ceza Kanununda da zorunlu ihbarın düzenlendiğini görmekteyiz: Göreviyle bağlantılı olarak da kamu görevlilerinin (TCK. 279) ve sağlık mesleği

---

<sup>19</sup> Report of the Committee of Inquiry on Victims of Crime, South Australian Attorney General’s Department, Adelaide, 1981, s. 71-74.

<sup>20</sup> GRABOSKY, 19.

<sup>21</sup> DOERNER-LAB, 179.

<sup>22</sup> AYLING-GRABOSKY, “Policing by Command: Enhancing Law Enforcement Capacity Through Coercion”, Law and Policy, Cilt 28, No. 4, Ekim 2006, 424, 425.

<sup>23</sup> AYLING-GRABOSKY, 426.

mensuplarının<sup>24</sup> (TCK 280), suçüstü durumlarında ise herkesin (TCK. 278) durumu yetkili makama bildirmemeleri suç oluşturmaktadır. Özellikle bir yanda etik olarak, sır tutma yükümü altında bulunan hekimler, hastalarının istismara uğradığını bildirmek zorunda olmakla, bir mağduriyet varsa, sır tutmamak zorundadırlar. Çünkü burada bakılması gereken hangi yararın daha üstün olduğudur.

Öte yandan yaşlı mağdurun bedensel ya da ruhsal bir özürü bulunmaktaysa örneğin kocama nedeniyle bedensel yetilerini kaybetmişse, failin cezası, TCK. m. 278/3 gereğince artırılacaktır.

TCK. 278. madde bağlamında ise vurgulamamız gereken bir durum söz konusudur: Anayasa Mahkemesi<sup>25</sup>, bu maddeyi, yakın akrabalık durumunu kapsayan bir cezasızlık nedenini dikkate alınmadığından Anayasanın 38 maddesinde yer alan kimsenin kendisini ve yasada belirtilmiş yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir. Bunun üzerine maddeye eklenen 4. Fıkra ile “Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır” hükmü eklenmiştir<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> TCK. 280/2, sağlık mesleği mensubu kavramının tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri kapsadığını ifade etmektedir.

<sup>25</sup> A.Y. Mah. 30.6. 2011 tarihli ve E.2010/32, K.2011/113 (RG.15.10.2011)

<sup>26</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZÜER, Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı, İstanbul, 2003, s. 370-371.

## OSMANLI HUKUKUNDA SUÇA TEŞEBBÜS

*Prof. Dr. Mustafa AVCI\**

### ÖZET:

Suç yolunda önce suç işleme düşüncesi doğar. Sonra suç işlemeye karar verilir (kast oluşur). Nasıl işleneceğine dair planlar yapılır. Suçun işlenmesinde kullanılacak araçlar temin edilir, suç yerine gidilir yani hazırlık hareketleri yapılır. Sonra da icra hareketleri (kanuni tanımında yer alan hareketler) başlar. Bu hareketlerin bir engel sebebiyle tamamlanamaması veya neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmemesi haline suçta teşebbüs denir. İslam-Osmanlı hukukunda had veya kısas cezasının verilebilmesi için suçun (icra hareketlerinin) tamamlanması (neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmiş olması) gerekir. Aksi takdirde icra hareketleri başka bir suç oluşturuyorsa onun cezası; değilse tazir cezası verilir.

Bu makalede teorik izahı yapılan teşebbüs ve bağlantılı kurumların hemen hepsiyle ilgili Osmanlı hukukunun teori ve uygulamasından örnekler verilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı Hukuku, Suç Yolu, Hazırlık Hareketi, İcra Hareketi, Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme, Etkin Pişmanlık.

### ABSTRACT:

Firstly criminal intent arises in iter criminis. Then it is decided to commit a crime (intent is formed). Plans concerning how to commit a crime are made. Tools which will be used in commitment are obtained and it is gone to crime scene namely preparation acts are done. And then execution acts (acts taking part in legal definition) start. The situation of not being able to complete of these acts owing to an obstacle or not occurring of result of evatuated crimes is called criminal attempt. In order to be able to give "had" or talion penalty, the crime (execution acts) should be completed (in evatuated crimes occurring of results). Otherwise, if execution acts constitute another crime its penalty is given if not so "tazir" penalty is given.

**Keywords:** Ottoman Law, Iter Criminis, Preparation Action, Execution Acts, Attempt, Effective Rependance, Voluntarily Abandonment, Preparation Action.

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

## A. GENEL OLARAK

Suç, bir süreç içinde (suç yolunda ilerleyerek) işlenir. Suç yolunda, önce suç işleme düşüncesi doğar. Suç işlemeye karar verilir (suç kastı oluşur), suçun nasıl işleneceğine dair plan ve hazırlık yapılır, icra hareketlerine başlanır, bu hareketler yarım kalabilir (kesilir) ya da icra hareketleri tamamlansa bile suç tanımında yer alan netice gerçekleşmez. Bu duruma suça teşebbüs denir.

Had ve kısas suçlarında naslarda öngörülen cezanın verilebilmesi için suçların tamamlanmış yani bu suçların bütün unsurları gerçekleşmiş olması gerekir.<sup>1</sup> Had, kısas ve tazir suçlarında failin fiili amacına ulaşamamış yani teşebbüs derecesinde kalmışsa tazir cezası gerektiren suç sayılır.<sup>2</sup> Tazir cezalarını tür ve miktar olarak belirleme yetkisi yasama organlarına ait olduğu için İslam hukukçuları tazirle ilgili teorik açıklamalarda bulunmamışlar, tazir teorisinin teşebbüs teorisine başvurmayı gereksiz kılması, hatta tazir teorisinin daha açık ve uygulanabilir olması sebebiyle teşebbüs teorisi ortaya koymamışlar ve bir tanım vermemişlerdir.<sup>3</sup> Failin taziren cezalandırılması, tamamlamak istediği suça teşebbüsten dolayı değil; tamamlayamadığı suça ait gerçekleştirdiği kısmi hareketleri bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmesi dolayısıyladır.<sup>4</sup>

Klasik dönem Osmanlı kanunnamelerinde teşebbüsle ilgili açık bir hüküm yer almaz. 1858 CK m.46'da 6 Cemaziyelevvel 1329/22 Mayıs 1327 (1911) tarihinde yapılan değişiklikle teşebbüsle ilgili hüküm konulmuştur.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> CİN-AKGÜNDÜZ, Türk İslam Hukuk Tarihi, İst.1990, I/308, SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İst.1994, s.36.

<sup>2</sup> SOYASLAN, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ank.1994, s.49.

<sup>3</sup> UDEH, Abdülkadir, et-Teşrü'l-Cinâiyi'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i, Beyrut, Ty. I, No: 248, BEHNESİ, A. Fethi, Nazariyyat fi'l-Fıkhi'l-Cinai'l-İslami Dirase Fıkhiyye Mukarane, Kahire, 1969, S.37.

<sup>4</sup> SÖZÜER, s.36.

<sup>5</sup> ŞENTOP, Mustafa, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, İst.2004, s. 42.

m.46'nın değişik şekli şöyledir: “Bir kimse bir cinayet ikamı tasdim edip te vesait-i mahsusa ile icrasına bed' ederek yed-i ihtiyarında olmayan esbab-ı mania hayluletiyle ol cinayetin husulüne muktazi ef'ali ikmal edememişse kanunun sarahati olmayan yerlerde fiil-i mezkur idam veya müebbet kürek cezalarını müstelzim olduğu halde müteşebbis hakkında yedi seneden eksik olmamak üzere muvakkat kürek ve müebbet kalebentlik cezasını müstelzim ise keza yedi seneden eksik olmamak üzere kalebentlik ve müebbeden nefy cezasını müstelzim olan ahvalde üç sene müddetle kezalik kalebentlik cezası hükmolunur. Ahval-i sairede o cinayet için kanunen muayyen olan cezanın nisfından iki sülüsüne kadarı tenzil edilir...”

Bir kimse tasdim ettiği cinayetin kaff-i ef'al-i icraiyesini ikmal etmiş ve fakat yed-i ihtiyarında olmayan esbab-ı mania hayluletiyle ol cinayet meydana gelmemiş ise –kanunun sarahati olmayan yerlerde- fiil-i mezkur idam ve müebbet kürek ve kalebentlik cezalarını müstelzim ise müteşebbis hakkında on seneden aşağı olmamak üzere muvakkat kürek ve müebbet kalebentlik cezasını müstelzim ise keza on seneden ekal olmamak üzere kalebentlik ve müebbeden nefy cezasını müstelzim ise üç sene müddetle kalebentlik cezasına hükmolunur. Ahval-i sairede o cinayet için muayyen olan cezanın sülüsünden nisfına kadarı tenzil olunur.” Düstur, II. Tertip, C: 3, s.441-442.

Bu kanunun özel hükümlerinde devletin emniyetine karşı bazı suçlara tamamlanmış suçların cezası öngörülmüştür.<sup>6</sup>

## B. TANIM

Suçta teşebbüs, terim olarak klasik fıkıh kaynaklarında yer almıyorsa da fakihler tamamlanmış suç ile tamamlanmamış suçu birbirinden ayırmışlar ve tamamlanmış suçta oranla teşebbüs aşamasında kalan suçta daha hafif cezalar öngörmüşlerdir.<sup>7</sup> Çağdaş İslam hukukçuları, teşebbüsü şöyle tarif etmişlerdir: “Bir suçu işlemek kastıyla icraya başlayan kişinin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamaması veya icra hareketleri tamamlandığı halde istenen neticenin gerçekleşmemesidir.”<sup>8</sup>

“Teşebbüs” terimi ilk olarak 1858 CK m.55’te padişaha suikasta teşebbüs şeklinde geçmiş, aynı maddenin son cümlesinde ise “*tasmim olunan cinayetin icrasına (icra hareketlerine) bed’ etmek (başlamak) teşebbüstür*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>9</sup>

## C. TEŞEBBÜSÜN ŞARTLARI

Teşebbüsün şartları şunlardır: Kasıtlı bir suç olmalı,<sup>10</sup> elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanmış olmalı, failin iradesi dışında bir sebeple<sup>11</sup> ya

---

Teşebbüsle ilgili kanunun sarahati olan hükümleri şunlardır: m.54 zeyli, 55, 56, 58/1-2, 67, 164, 180 zeyli, 198 zeyli. Geniş bilgi için bkz. Ahmed Ziya, Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi, İst.1329, s.191.

<sup>6</sup> SOYASLAN, s.50.

<sup>7</sup> AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, İst.2010, s.170.

<sup>8</sup> EBU ZEHRA, Muhammed, el-Cerîme fi’l-Fıkhî’l-İslâmî, Kahire, Ty. s.337; ÂMİR, Abdülaziz, et-Tazir fi’ş-Şerîati’l-İslâmiyye, Mısır, 1969, s.238, 251; BEHNESÎ, A. Fethi, el-Mevsuatü’l-Cinaiyye fi’l-Fıkhî’l-İslâmî, Beyrut, 1991, III/327; NEVAVÎ, Abdülhalık, Cerâimü’l-Cerh ve’l-Darb beyne’ş-Şerîati ve’l-Kânûni’l-Vad’î, Mektebetü’l-Müniriyye, t.y, s.44.

<sup>9</sup> ZÖHRAP, Kirkor, Hukuk-ı Ceza, İst.1325, s.165.

1858 CK’nın kaynağını oluşturan 1810 Fransız CK m.2’de teşebbüs şöyle tanımlanmıştır: “Bir suçun tamamlanmasına yarayabilecek araçlarla suç işlemeye başlayan, ancak iradesine aykırı olarak suçu tamamlaması engellenen fail... cezalandırılır.” Akt. YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri I, Manisa, 1982, s.342.

<sup>10</sup> Failin kastı suçu tamamlamaya yönelik kasttır. Dolayısıyla ayrı bir teşebbüs kastından söz edilemez. Kastın, fail icra hareketlerine başladığı anda mevcut olması gerekir. Öncelikle failin kastının hangi suçta yönelik olduğu belirlenmeli, bundan sonra gerçekleştirilen hareketlerin kastedilen suç bakımından doğrudan icra hareketleri olup olmadığı tespit edilmelidir. KOCA-ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ank.2013, s.396-397.

<sup>11</sup> Ahmed Ziya, s.190, Kİİ, Muhammed Abdülmün’im, Nazratü’l-Kur’an ile’l-Cerimeti ve’l-Ikâb, Kahire, 1988, s.119. Örneğin öldürücü bir aletle öldürmeye elverişli tarzda vurulur fakat tedavi sebebiyle ölüm gerçekleşmezse faili öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutmak gerekir. AMİR, s.157.

da suçun hukuki konusunun mevcut olmaması dolayısıyla icra hareketlerinin tamamlanamamış veya neticenin gerçekleşmemiş olmasıdır.<sup>12</sup>

#### D. TEŞEBBÜSÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Teşebbüs, bağımsız bir suç veya tamamlanmış suçun hafifletici sebebi değildir.<sup>13</sup> suç tanımında korunan hukuki değer ihlali, bu tanımda yer alan fiilin icrasına başlamakta gerçekleşmektedir. Dolayısıyla ceza kanunlarında yer alan teşebbüsle ilgili maddeler suç tanımıyla korunan hukuki değerlerin koruma alanını yani cezalandırılabilirliğin alanını genişleten hükümlerdir.<sup>14</sup>

#### E. TEŞEBBÜSE ELVERİŞLİ OLMAYAN SUÇLAR

Sırf hareket suçları (ridde ve kazif) mahiyetleri gereği teşebbüse elverişli değildir.<sup>15</sup> Ancak bu suçlarda hareketler bölünebiliyorsa teşebbüs düşünülebilir.

Teşebbüs, icrai davranışla işlenen suçlarda olur; ihmali suçlarda olmaz.<sup>16</sup>

Taksirli suça teşebbüs olmaz.<sup>17</sup>

Genel kabullere göre olası kastla işlenen suça da teşebbüs olmaz.<sup>18</sup>

Yine netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda (şibh-i amd: kast taksir kombinasyonu) gerçekleşen netice failin kastettiği netice olmadığından teşebbüs düşünülemez.<sup>19</sup>

#### F. SUÇ YOLUNUN AŞAMALARI

##### 1. Düşünce ve Karar Aşaması

Hz. Peygamber, suç işlemeyi düşünüp karar veren kimsenin cezalandırılmayacağını beyan etmiştir.<sup>20</sup> “Allah ümmetimin içinden geçirdiklerini fiil veya

<sup>12</sup> EBU ZEHRA, el-Cerime, No: 384.

<sup>13</sup> CENTEL, Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İst.2008, s.445.

<sup>14</sup> ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ank.2013 (9. Bası), s.455, KOCA-ÜZÜLMEZ, s.393.

<sup>15</sup> ARSLAN, Hüseyin, İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst.2006, s.35.

<sup>16</sup> ÖZGENÇ, s.473, HIDİR, Abdülfettah, el-Cerîme, Ahkâmühe'l-Âmme fi'l-İtticâhâti'l-Muâsıra vel-Fikhi'l-İslâmî, İdâretü'l-Buhûs, Suud 1985, s.155.

<sup>17</sup> AMİR, s.155, Kİİ, s.120, HIDİR, s.37.

<sup>18</sup> ÖZGENÇ, (2013, 9. bası), s.454, ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İst.2010, s.295. Olası kastla işlenen suça teşebbüs olabileceğine dair görüş için bkz. YÜCE, s.343.

<sup>19</sup> Kİİ, s.120, HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ank.2013 (16. Bası), s.470, HIDİR, s.105.

<sup>20</sup> Müslim, *Birr*, 14-15; Tirmizi, *Zühd*, 52.

söze dökmedikleri sürece silmiştir.”<sup>21</sup> “Kim bir kötülüğe niyet edip de onu yapmazsa ona günah yazılmaz.”<sup>22</sup> “Ben insanların içlerindeki şeyleri gözetlemek veya onların karınlarını yarıp, içindekilere bakmakla görevli değilim.”<sup>23</sup> “Had suçu işlemeyene had cezası veren sınırı aşmış olur.”<sup>24</sup>

Kural olarak suç işlemeyi düşünmek veya karar vermek (suç kastı taşımak) suç değildir.<sup>25</sup> İstisnaen suç işlemeye karar vermek de suç sayılabilir. Örneğin 1855 Men’i İrtikap Nizamnamesi m.10’a göre rüşvet anlaşması yapmak tamamlanmış suç gibi cezalandırılan bir fiildir.<sup>26</sup> Bu hükme göre: “Rüşvet teatisi üzerine yalnız bir mukavele-i mahsusa vuku bulmuş olduğu ve bu mukavele-i fiile çıkmaması raşi ve müртеşinin def’ine muktedir olmadıkları bazı mevaniden neşet eylediği bil-muhakeme sabit olursa bu makule mukavelelere bi-aynihi rüşvet alınıp verilmiş nazarıyla bakılıp müртеkip olanlar hakkında rüşvet cezaları icra oluna...”<sup>27</sup>

Suç işlemeye tahrik, bağımsız bir suç sayılarak cezalandırılabilir. Nitekim 1840 CK II. Fasil m.1 ve 1851 CK I. Fasil m.5’e göre halkı kanunlara uymama-ya tahrik, 1-5 sene kürek cezası gerektiren suç sayılmıştır.

*Suç için anlaşma (komplo):* “(Ve sen ey Muhammed!) gizli konuşmalar [yoluyla dolap çevirmek]ten men edilen, ama men edildikleri şeye [tekrar] başvurmadan kaçınmayanların ve suç işlemeye, düşmanlığa ve Peygamber’e karşı gelmeye niyetlenerek fesatlık kuranların farkında değil misin?” Mücadile, 58/8. Klasik müfessirlerin işaret ettiği gibi, bu pasajda değinilen "gizli konuşmalar"ın bazı inkarcı çağdaşlarının Hz. Peygamber’e ve arkadaşlarına karşı hazırlamak istedikleri **komplolar** ile ilgili bulunduğu kuşku yoksa da, pasajın genel bir muhtevaya sahip olduğu ve bu nedenle bütün çağlar için geçerli bulunduğu da aynı şekilde şüphesizdir.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> Buhârî, *Itk*, 60, *Eyman*, 15; Nesâî, *Talak*, 22; İbn Mâce, *Talak*, 16.

<sup>22</sup> Buhârî, *Rikak*, 31; Müslim, *Eyman*, 206, 207, 259; Dârimi, *Rikak*, 70; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/279, 310, 361; II/234, 411, 498; III/149.

<sup>23</sup> Buhârî, *Meğâzî*, 61; Müslim, *Zekat*, 144; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/4.

<sup>24</sup> Buhârî, *Hudûd*, 42; Müslim, *Hudûd*, 40.

<sup>25</sup> Suç işleme düşüncesi kural olarak cezalandırılmaz, çünkü: a) Hukuk insanın dış dünyaya yansıyan davranışlarıyla ilgilendir (iç dünya ahlak ve dinin ilgi alanına girer). b) Suç işleme düşüncesi tespit edilemez. c) Bu düşünceden vazgeçme ihtimaline binaen cezalandırmakta fayda yoktur. TOSUN, Öztekin, *Suç Hukuku El Kitabı*, s.227-228.

<sup>26</sup> MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Devletinde Rüşvet*, Ank. 2005, s.283.

<sup>27</sup> Madde metni 1858 CK m.76’da aynen tekrarlanmıştır. TCK m.252/3: “Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.”

TCK m.255/2: “Menfaat temini konusunda anlaşmaya varılması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.”

<sup>28</sup> ESED, s.1122.

1858 CK m.58'e göre: Padişaha suikast veya fiili saldırı, saltanatın el değiştirmesi ile ilgili kuralların ihlali, halkı birbiri veya hükümet aleyhine silahlı isyana teşvik veya isyan etmek, gasp, memleketi tahrip etmek üzere gizli ittifak (ittifak-ı hafî) teşkilini teklif eden, bu teklif kabul olunmamış ise 1-3 yıl hapis, en az iki kişi tarafından **gizli ittifak** teşkil edilmiş (suç için anlaşma yapılmış) ise faillere muvakkat kalebentlik, ittifak konusu suçların hazırlık hareketlerine başlanmış (esbab-ı icraiesini tehyie zımında bazı e<sup>2</sup>al ve tedabire teşebbüs olunmuş) ise müebbet kalebentlik cezası verilir.

*Suç örgütü kurmak*: Suç işleme fikrinin doğuşu ve suç işlemeye karar verme aşamaları kural olarak cezalandırılmaz. Suç işleme amacıyla örgüt kurmak da suç yolunun karar aşamasına tekabül etmekte ise de<sup>29</sup> toplum açısından tehlike arz etmesi dolayısıyla bağımsız suç sayılarak cezalandırılması gerekir.<sup>30</sup>

Suç örgütünü basit ve nitelikli suç örgütleri olarak ikiye ayırabiliriz. Hırsızlık<sup>31</sup> veya dolandırıcılık yapmak üzere kurulmuş suç örgütleri adi, faaliyetlerini cebir ve/veya tehditle icra eden terör ve çıkar amaçlı suç örgütlerini ise nitelikli suç örgütleri olarak görürüz. Terör örgütlerinde siyasi; çıkar amaçlı suç örgütlerinde ise mali saik ön plandadır. Terör örgütlerini de bölücü (ridde) ve yıkıcı (bağy) örgütleri olarak ikiye ayırabiliriz.

*Bağy örgütü kurmak*: Kamu düzeni ve sosyal barışı bozma tehlikesi olan terör örgütü kurma fiili, suç yolunun karar verme aşamasına karşılık gelmekteyse de müstakil suç sayılıp cezalandırılabilir. Ahzab, 60-61 ayetleri ile bağy suçunun hazırlık hareketleri de suç haline getirilmiştir.<sup>32</sup> Ancak Hz. Ali, Nehrevan'da kendisinden ayrılıp müstakil bir grup oluşturan Haricilerle, bunlar tayin ettiği valiyi öldürüp silahlı isyana kalkışmaya kadar savaştı.<sup>33</sup>

1858 Osmanlı CK m.63 bağy örgütü kurmak ve yönetmek suçunu düzenlemiştir. Bağy örgütü kurmaya süreli kalebentlik cezasının verildiğini gösteren

<sup>29</sup> Suç örgütü kurmanın amaçlanan suç bakımından hazırlık hareketi olduğuna dair görüş için bkz. ÖZGENÇ, s.457.

<sup>30</sup> UDEH, I, No: 172.

<sup>31</sup> **Hırsızlık örgütü** kurmuş olan eski bir subaşı, elemanlarıyla insanlardan yankesicilik suretiyle çaldıkları malları paylaşmayı meslek edinmiş bulduklarından süresiz hüküm şeklinde kalede **hapsedilmeleri** emredilmiştir. BOA 113 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm: 84.

<sup>32</sup> KİÎ, s.118. Devletin, bağilere karşı işin başında kesin tavır koyması bazı hadislerde önerilmiştir. Arface b. Şureyh, Allah Resulünün şöyle dediğini nakleder: "*Nice fitne ve fesatlar vuku bulacaktır. Bu ümmet toplu iken bir kimse onun hâlini perişan etmek ve onları dağıtmak isterse, kim olursa olsun onu, hemen kılıçla öldürün!*" Müslim, *İmare*, 60.

<sup>33</sup> Çoğunluğu teşkil eden hukukçulara göre asiler hazırlık yapmakta ve isyan edeceklerine muhakkak nazarıyla bakılmakta ise savaşa başlamak için fiilen isyan etmeleri beklenmez. Çünkü bu durum, fitnenin büyümesine sebep olur. ŞAFAK, Ali, "Bağy", *DİA*, C: 4, s.451.



belge şöyledir: “*Heyet-i Devlet-i Aliye aleyhinde teşkil-i cemiyet-i ihtilaliyeye mütesaddi ve mütecasir olmalarından dolayı müddet-i muayyene ile kalebent edilmek üzere Kıbrıs ve Rodos cezirelerine nefy ve tağrip buyrulmuş olan... bu on nefere de Kıbrıs’takiler gibi on kuruş yevmiye tahsisi meşmulu’l-ifak olan merhamet-i celile-i hazret-i vekaletpenahilerine mütevakkıf bulunmuş olmakla... Rodos’tan 5 SA 1285/16.05.1284.*”<sup>34</sup>

*Hırabe örgütü kurmak:* Amaç suçları işleme konusunda elverişli araçlara sahip<sup>35</sup> ve üye sayısı yeterli<sup>36</sup> bir **örgüt**, henüz kamu düzenine doğrudan bir tehdit oluşturmaya bile yakalanırsa tazir ve hapis cezası verilir. Bunlar örgütün faaliyeti çerçevesinde yol kesmiş (kamu düzenine doğrudan tehdit oluşturmuşlar); fakat mal yağmalamadan yakalanmışlarsa nefy ile cezalandırılırlar.<sup>37</sup>

1257 tarihli Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye kararında Kayseri Meclisi’ni basarak üyelerini öldürmek ve mallarını yağmalamak amacıyla örgüt kurduklarını ikrar eden 15 kişiye, 1840 CK zeyline göre 1 sene prangabentlik cezası verilmiştir.<sup>38</sup>

## 2. Hazırlık Hareketleri

İslâm hukukunda kural olarak suçun hazırlık hareketleri cezalandırılmaz.<sup>39</sup> Bir suçun hazırlık hareketleri amaç suçtan bağımsız bir suç oluşturabilir. Örneğin namahrem bir kadınla baş başa kalmak, çalacağı eşyanın bulunduğu eve girmek amaç suçlar bakımından hazırlık hareketidir; ancak bunlar bağımsız birer suçlardır.<sup>40</sup> Normalde suç sayılmayan bazı davranışlar konjonktürel olarak suç sayılabilir, örneğin toplumsal kargaşa ortamlarında silah satmak veya taşımak suç olarak kabul edilebilir. Bunun dışındaki hazırlık hareketleri ise ceza hukukunun ilgi alanı dışındadır.<sup>41</sup>

<sup>34</sup> A. MKT. MVL. No: 2/56.

<sup>35</sup> Kasani’ye göre silah, hırabe suçunda da unsurdur. KASANİ, VII/90.

<sup>36</sup> Hanefilerin önemli bir kısmı ile Hanbeli fakihleri eşkıyalığın ancak üç ve daha fazla sayıda kişi tarafından işlenebileceğini, bir veya iki kişinin yapacağı saldırı ve yağmanın eşkıyalık sayılmayıp şahıs ve mal aleyhine işlenen adi suç düzeyinde kalacağını ifade eder. BARDAKOĞLU, Ali, “Eşkîya” *DİA*, C: 11, s.464.

<sup>37</sup> İBN HÜMAM, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid (ö.1456): Şerhu Fethi’l-Kadir, Mısır, 1970, IV/268, BEHNESİ, el-Mevsua, III/335.

<sup>38</sup> Ayniyat Defteri, No: 370, s.112-113.

<sup>39</sup> UDEH, I, No: 249; EBU ZEHRA, el-Cerime, No: 375, BEHNESİ, el-Mevsua, III/335.

Yani “fiile iktiran etmeyen, yalnız tasavvur sahasında kalan şeyler şer’an takibi müstelzim değildir.” BİLMEN, III/413.

<sup>40</sup> AKŞİT, s.43, SÖZÜER, s.37.

<sup>41</sup> EBU ZEHRA, el-Cerime, No: 381-383.

Hazırlık hareketleri hem dış görünüşü itibarıyla henüz suç tipi ile korunan hukuki yararı ihlal edebilecek ağırlıkta değildir, hem de hazırlık hareketinin bir suça yönelik olduğu hususu genellikle şüpheli ve ispatlanması zordur.<sup>42</sup> Yani hazırlık hareketleri de her zaman suç işleme düşüncesini net olarak ortaya koymaz. Örneğin silah satın alan bunu insan öldürme suçunda mı kullanacak, yoksa meşru savunmada mı, baştan bilemeyiz.

Hazırlık hareketi icra hareketi safhasına varmadan suç işleme fikrinden dönülebilir. Dolayısıyla bu hareketleri cezalandırmanın toplumsal faydası yoktur.

Hazırlık hareketleri suçun kanuni tanımında yer alan hareket değildir. Dolayısıyla cezalandırılması kanunilik ilkesine aykırı olur. İstisnaen kanun hazırlık hareketinin cezalandırılacağını belirtiyorsa kanuni unsur gerçekleşmiş olur.<sup>43</sup>

Teşebbüste cezalandırılan mücerret niyet veya hazırlık olmayıp, bu niyetin suç işleme fiilleriyle açığa çıkması, objektif hale dönüşmesidir.<sup>44</sup>

Hazırlık hareketi özünde suç oluşturmayabilir. Örneğin bir kimsenin dalgınlığından veya evden çıkmasından yararlanarak hırsızlık için beklemek esasında suç teşkil etmez. Hanefilerle Şafilere göre saike bakılarak esasında suç teşkil etmeyen bu tür davranışları suç saymak mümkün değildir.

Malikilerle Hanbelilere göre ise saike bakılarak bu davranışları da suç saymak mümkündür. Yani suç işleme kastını kesin ortaya koyan bir durum varsa bu tür hazırlık hareketi de suç sayılabilir.<sup>45</sup>

Abdullah ez-Zübeyri'ye göre de yanında kapı açmaya yarayan maymuncuk, duvar delmeye yarayan matkap, tırmanmak için merdiven gibi aletler bulunan biri bekçinin dalgınlığından yararlanmak veya ev sahibinin çıkmasını beklerken yakalansa, suç kastını açıkça ortaya koyan bu haller onun tazir cezasıyla cezalandırılması için yeterlidir.<sup>46</sup>

Osmanlı uygulamasında 1262 tarihli Meclis-i Vala kararına göre yankesicilik niyetiyle yanında bıçak taşıyan bir kişiye üç ay pranga cezası verilmiştir.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> SÖZÜER, s.37.

<sup>43</sup> TOSUN, Suç Hukuku El Kitabı, s.228-229.

<sup>44</sup> EBÛ ZEHRA, el-Cerîme, s.338.

<sup>45</sup> MEVSİLİ, Abdullah b. Mahmud (ö.1284), el-İhtiyâr fî Ta'lîlî'l-Muhtâr, Beyrut, 1975, IV/114, EBU ZEHRA, el-Cerime, No: 383-386.

Sübjektif teoriye göre teşebbüsün cezalandırılmasının temelini etkin ve hukukla çatışan irade oluşturur. Bu teori cezalandırılabilirliğin alanını hazırlık hareketlerine doğru genişletmekte ve mutlak elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini kabul etmektedir. KOCA-ÜZÜLMEZ, s.394.

<sup>46</sup> MAVERDÎ, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed (ö.1058): el-Ahkamu's-Sultaniyye, Beyrut, 1990, s.206-207, UDEH, I, No: 249.

<sup>47</sup> A. MKT. MVL. No: 2/97.

### 3. İcra Hareketleri Başlangıcı

Hz. Peygamber, “İki kişi kılıçlarını çekerek birbirine saldırırsa, ölen de öldüren de cehennemdedir.” buyurmuş, teşebbüs halinde kalmış suçun da cezalandırılması gerektiğini dolaylı olarak işaret etmiştir.<sup>48</sup>

İcra hareketleri başlangıcı ceza hukukunun ilgi alanının da başlangıcıdır. Hazırlık hareketleri ile icra hareketleri başlangıcını ayırt etmek her zaman kolay olmaz.<sup>49</sup> Her olayın özelliğine göre bunu hakim takdir etmelidir.<sup>50</sup> İcra hareketleri konusunda neticeyi meydana getirmeye elverişli hareketlerin esas alınması gerektiğini söyleyen objektif teori<sup>51</sup> ile failin kastını ortaya koymaya yarayan davranışların icra hareketi sayılması gerektiğini söyleyen sübjektif teori vardır. Hz. Aişe, Hasan Basri ve Şafii, sübjektif teoriyi benimseyenlerdendir.<sup>52</sup>

İcra hareketleri başlamış, fakat netice gerçekleşmemişse suç had suçu olsa bile had cezası verilemez. Örneğin Hz. Ali'nin huzuruna evi delerken yakalanan bir hırsız getirilmiş, faile el kesme cezası verilmemiştir.<sup>53</sup>

İslâm hukukunda suça teşebbüs modern hukuklardaki gibi ele alınmamış, yalnızca had suçlarında netice gerçekleşmişse had cezası, teşebbüs derecesinde kalmış had suçlarına ise tazir cezası öngörülmüştür.<sup>54</sup> Yani had ve kısas suçlarına teşebbüs halinde neticesi gerçekleşmiş suçun cezasından belirli oranlarda indirilerek (had veya kısas bölünerek) değil, bu cezalardan bağımsız tazir cezaları verilir.<sup>55</sup> Tazir suçlarına teşebbüs halinde ise aynı cezadan indirim yapılarak verilmesine bir engel yoktur.

<sup>48</sup> AMİR, s.156.

<sup>49</sup> Bir suçun icra hareketi kanuni tanımda gösterilen maddi unsurdur. Hırsızlık suçunda “alma”, insan öldürme suçunda “yaşayan bir insanın hayatına son verme” gibi.

Bir harekete devam edildiğinde kanuni tanımdaki netice gerçekleşiyorsa icra hareketi; aksi takdirde hazırlık hareketidir. Örneğin sadece bıçak satın almakla bir insanın hayatına son verilemez, dolayısıyla bu hareket olsa olsa hazırlık hareketidir. Ancak hırsızlık için binaya girenin elinde kastını ortaya koyan aletler (örneğin maymuncuk vb.) varsa, mala elini uzatmadan da icra hareketleri başlamış demektir. TOSUN, Suç Hukuku El Kitabı, s.230, 236.

<sup>50</sup> Ahmed Ziya, s.189.

<sup>51</sup> KIİ, s.120.

<sup>52</sup> BEHNESİ, Nazariyyat, s.44-45.

<sup>53</sup> EBU YUSUF, Yakub b. İbrahim (ö.798): Kitabu'l-Harâc (Çev. A. Özek) İst.1970, s.268.

<sup>54</sup> UDEH, I, No: 248.

<sup>55</sup> Ceza bölünebiliyorsa aynı değeri koruyan had suçunun ceza türünden; fakat o miktara varmayan bir ceza tazir olarak verilebilir. Örneğin zinaya teşebbüs halinin muhtelif safhaları için Ebu Abdullah ez-Zübeyri tarafından önerilen dayak cezası miktarları şöyledir: Failer vajinal ilişki dışında cinsel ilişki (anal veya oral) halinde yakalanmışlarsa 75, aynı örtü altında çıplak yakalanmış ve ten tene temas var fakat cima etmemişlerse 60, aynı oda içinde ten teması olmadan çıplak yakalanmışlarsa 40, aynı evde giyinik yakalanmışlarsa 30, kamuya açık alanda تنها yerde yakalanmışlarsa 20, uzaktan işaretlerken yakalananlar ise 10 sopa tazir cezasına çarptırılırlar. MAVERDİ, s.387.

#### 4. İcra Hareketlerinin Tamamlanamaması

Suç tamamlanmadığı halde cezalandırılmasının sebebini açıklayan subjektif teoriye göre fail suç işleme iradesini ve tehlikeli kişiliğini dışa vurması; objektif teoriye göre ise failin hareketi ile suçla korunan hukuki yarar açısından bir tehlike yaratmış olmasıdır.<sup>56</sup>

İcra hareketlerinin yarıda kalması<sup>57</sup> veya bitirildiği halde neticenin gerçekleşmemesi failin elinde olmayan sebeplerden kaynaklanmış olmalıdır.<sup>58</sup> Şayet yarıda kalma veya gerçekleşmeme failin iradesi sebebiyle oluşmuşsa bu durumda gönüllü vazgeçme söz konusu olur.

#### 5. İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)

İşlenemez suçla ilgili olarak ceza kanunlarında hüküm yer almaz.<sup>59</sup> Suçun diğer unsurları mevcut olsa bile maddi konusu mevcut değilse, neticenin gerçekleşmesi mümkün olmaz. Zina etmek kastıyla hareket edenin cima ettiği kadın kendi eşi, çaldığı mal yine kendi malı olursa, İbn Hazm'a göre işlemeyi kastettiği suçtan cezalandırmak olmaz. Ancak suç işlemek kastıyla hareket ettiği ve içindeki kötülüğü gösterdiği için tazir cezası verilmelidir.<sup>60</sup> Aynı şekilde önceden ölmüş bulunan cesede öldürücü darbeler yapan kimse de elverişsiz suça teşebbüsten sorumlu tutulabilir.

Kullanılan aracın elverişsiz olmasının örneği ise bozuk silahla ateş eden biri bu sebeple hareketini tamamlayamaz ise elverişsiz suça teşebbüs söz konusu olur.<sup>61</sup>

Hamile olmayan bir kadın çocuk düşürmeye yarayacak ilaçlar alsa bile suçun maddi konusu mevcut olmadığından işlenemez suçtan söz edilir.

<sup>56</sup> ZAFER, s.294.

<sup>57</sup> Sırf hareket suçları (örneğin hakaret, tehdit) sözlü olarak işlendiğinde icra hareketlerinin bölünmesi veya tamamlanamaması söz konusu olmaz. Ancak mektupla hakaret veya tehditte muhataba ulaşıncaya kadar icra hareketleri devam ettiğinden teşebbüs söz konusu olabilir. KOCA-ÜZÜLMEZ, s.406.

<sup>58</sup> EBU ZEHRA, el-Cerîme, s.337. Suç yolunda ilerleyen fail, engel dolayısıyla amacına (neticeye) ulaşamaz veya iktidarındaki hareketleri engel sebepler dolayısıyla bitiremezse bu hale teşebbüs denir. Fail yaptığı hareketleri tamamıyla yapılmamış saydırabiliyorsa icra hareketleri bitmemiş demektir. DÖNMEZER, 2003, s.119, 126.

<sup>59</sup> Ahmed Ziya, s.192.

<sup>60</sup> İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (ö.1064): el-İhkam fi Usûli'l-Ahkâm, Beyrut, 1983, IV/117, EBU ZEHRA, el-Cerime, No: 387.

<sup>61</sup> UDEH, I, No: 254.

## 6. Suç Tiplerine Göre Teşebbüs

### a. İnsan Öldürmeye Teşebbüs

İnsan öldürme kastıyla elverişli hareketi yapan, ölüm neticesi gerçekleşmezse, o ana kadar gerçekleşmiş olan neticeden sorumlu tutulur.<sup>62</sup> Örneğin kasten öldürmeye teşebbüs, kısas cezasını gerektiren bir yaralama neticesini meydana getirmişse kısas (uzuv kat'ı gibi) cezası uygulanır. Kısas uygulanamayacak bir netice meydana gelmişse uzuv diyeti (erş) gerekebilir. Ebu Hanife, Şafii ve Ahmed b. Hanbel, kamu yararı gerektirmedikçe ayrıca tazir cezasının verilemeyeceğini,<sup>63</sup> Malik ise mutlaka tazir cezasının da gerekli olduğunu söyler.<sup>64</sup> Hakim neticenin ağırlığına göre tazirin türü ve miktarını takdir eder. Hiçbir netice meydana getirmeyen örneğin sopa havaya kaldırılmış, bıçak çekilmiş ve herhangi bir sebepten vurulamamış veya birine ateş edilmiş fakat isabet ettirilememişse müstakil bir tazir suçu meydana gelmiştir.<sup>65</sup>

Osmanlı hukuk teorisine göre insan öldürmeye teşebbüs suçuna hapis cezası verilir. “*Bir kimseye karşı katl veya cerh kastıyla silahını teşhir ederek (çekerek) hücum eden şahıs tazir suretiyle hapse müstahak olur.*”<sup>66</sup>

1858 CK m.180’de öldürmeye teşebbüs halinde muvakkat kürek cezası öngörülmüştür.

### b. Yaralamaya Teşebbüs

Kavgada silah olarak kılıç çekene 40, bıçak çekene ise 10 sopa vurulur.<sup>67</sup> Yaralamaya teşebbüse hapis cezası da verilebilir. “*Bir kimseye karşı katl veya cerh kastıyla silahını teşhir ederek (çekerek) hücum eden şahıs tazir suretiyle hapse müstahak olur.*”<sup>68</sup>

<sup>62</sup> AMİR, s.157, NEVAVİ, Abdulhalik, Ceraimu'l-Cerh ve'd-Darb, Beyrut, Ty. s.43-44, DAĞCI, İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ank.1996, s.67.

<sup>63</sup> Ebû Hanife, Şafii ve Ahmed b. Hanbel, kısas cezasının uygulanmasının tazire engel olacağını söyler. Çünkü: “yaraların cezası kısastır” (Maide, 5/45) ayetine göre yaralamanın cezasına tazir eklemek nassa ilave yapmak anlamına gelir. Herhangi bir sebeple kısasın düşmesi sonucu hükûmet-i adl veya erşe hükmedilmesi durumunda bunlara ek olarak tazir cezasının verilmesine bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu durumda kişiye öldürmeye teşebbüs ettiğinden dolayı ödemekle sorumlu olduğu diyete ek olarak tazir cezası verilebilir. ÜDEH, II/260; ÂMİR, s.160.

<sup>64</sup> İBN FERHÛN, Burhâneddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm b. Şemseddîn Ebî Abdillâh Muhammed (ö.1397): Tabsiratü'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdiyeti ve Menâhici'l-Ahkâm, Beyrut, 1995, II/179; ÜDEH, I/668; II/183, 184, 260; DAĞCI, s.166.

<sup>65</sup> SERAHSÎ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), el-Mebsût, Beyrut, 1986, XXIV/37, UDEH, I, No: 198, 248, AKŞİT, s.43.

<sup>66</sup> Ali Efendi, Fetâvâ, İst.1269, I/117, BİLMEN, Ö. Nasuhi (1971): Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, İst.1975, III/318.

<sup>67</sup> İBN FERHUN, II/226.

<sup>68</sup> Ali Efendi, I/203, BİLMEN, III/318.

Kanuni Kanunnamesi m.48/2'ye göre: “*Kılıç, bıçak veya nacak çekse muhkem tazir edip hakkından gelip gani ise elli akçe... fakir olursa on akçe cürm alına.*”<sup>69</sup>

Alaüddeve Bey Kanunu, m.48'e göre: “*Kılıç veya bıçak çıkarsa, ok gezlese, çalmak veya vurmak kastına çalsa 200 akçe...*”

Osmanlı uygulamasında silahla (bıçakla) yaralamaya teşebbüs suçuna para cezası verilmiştir.<sup>70</sup>

Çocuk düşürtmeye teşebbüs edilip netice gerçekleşmezse, anneye karşı yaralamadan dolayı ceza vermek mümkündür. Çocuk düşürmeye teşebbüs edip düşüremeyen anneye de tazir cezası verilebilir.

### c. Zinaya Teşebbüs

Hız. Ebubekir ve Ömer, aynı yatakta bulunan yabancı kadın ve erkeğin her birine 100 sopa vurulmasını emretmişlerdir.<sup>71</sup> Başka bir rivayete göre ise, Kufe kadısı Abdullah b. Mesud, yabancı bir kadınla aynı örtü altında yakalanan bir adama had cezası gerektiren zina suçunun unsurları oluşmadığı için tazir cezası olarak 40 değnek vurulmasına hükmetmiş, failin yakınları Kureyşli birinin rezil edildiğini ileri sürerek hükmü temyiz etmişlerdir, Hız. Ömer olayı incelemiş ve hükmü onamıştır.<sup>72</sup>

“*Medine kadısı Hişam b. Abdülmelik'e hubb-i ğılman ile maruf bir şahsı müttehem, ityan ve ihzar olunup su-i sanii şu veçhile takrir ve ihbar olundu ki, bir mahalli izdihamda bir gulama iltisak yani dar yerde bir mahbub-i dilâraya yapışmış yahut sıkıştırmış idi. Kadı-yı müşarünileyh ol şahs-ı bî-edebi tazir hususunda istişare için İmam Malik'e ib'as ve tevcih eyledikte, onlar dahi eşedd-i ukubetle muamele etmek üzere kadıya emr u tembih eyledi. Derhal kadı dahi emr-i imama imtisal ve mutavaat birle ol şahsı habasetkâra 100 değnek urup tedibine mübaderet eyledi.*”<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Akt. HEYD, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, 1973, s.69.

<sup>70</sup> “*Üzerime hançerle hücum etmekle muceb-i Şer'isini talep ederim deyü dava... Şer'an tazir lazım geldiği... 1179*” İŞSA İstanbul Bab Mahkemesi, 235, v.58a. akt. TEKİN, Yaşar, *Şer'iyeye Sicilleri Işığında Osmanlı Devletinde Tazir Suç ve Cezaları*, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst.1995, s.62.

“*Bıçak çıkarıp kanun üzere cerimesin verdi...*” AKGÜNDÜZ ve Heyet, *Şer'iyeye Sicilleri*, İst.1988, II/129.

<sup>71</sup> İBN TEYMIYE, Takıyyuddin Ahmed, *Hisbe* (Çev. Vecdi Akyüz) İst.1989, s.84. Teşebbüs haline dair çeşitli örnekler ve önerilen cezalar için bkz. MAVERDİ, *el-Ahkamü's-Sultaniyye*, s.387.

<sup>72</sup> VEKİ, Muhammed b. Halef, *Ahbâru'l-Kudât*, Beyrut, Ty. II/188.

<sup>73</sup> DEDE CÖNGİ, Minkarizade İbrahim Kemaleddin (ö.1565): *Siyasetname Tercümesi*, (Çev: M. Arif Efendi) in: AKGÜNDÜZ, *Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Şer'i Tahlilleri*, C: IV, İst.1992, s.164.

Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl edene 20 sopa, şehvet saiki ile kadın veya kız kaçırana veya alıkoyana (cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılan) 40 sopa tazir cezası verilir.<sup>74</sup> Zina suçuna teşebbüs halinde 75 sopa, tasaddi veya sevişme gibi icra hareketlerine henüz başlanmadığı bir safhada ise 60 sopa, halvet halinde yakalamada 30 sopa ceza verileceğine dair görüş vardır.<sup>75</sup>

Osmanlı hukuk teorisine göre: “Zeyd’i filan avretin evinde bulduk” diye iki kimse şahadet eylemekle Şer’an ehl-i hüküm Zeyd’e tazir-i belîğ ve hapse kâdirdir.”<sup>76</sup>

“Zeyd, Amr’ın gece ile menziline zevcesi Hind’e fül-i şeni kastıyla girip Hind’in saçının ucundan bir miktarını kesip sonra Zeyd içeride ahz olursa Zeyd’e tazir-i şedid ve habs lazım olur.”<sup>77</sup>

“Birkaç kimesneler Hind’i cebren menzilden çıkarıp fül-i şeni kastıyla bir mahalle götürüp Hind bir tarikte ellerinden halas olsa, mezburlara ne lazım olur? Cevap: tazir-i şedid ve salahları zahir oluncaya kadar hapsolunur.”<sup>78</sup>

Uygulamada zinaya teşebbüs halinde fail Müslüman olsun, gayrimüslim olsun, tazir cezası verilirdi.<sup>79</sup> Bu ceza failin kişiliği dikkate alınarak hapsin özel ve ağır bir infaz tarzı olan kürek cezası da olabilirdi. “Ferecik Kadısına hüküm ki: ... mezbur Levent zina kastına evime girip bundan akdem dahi iki defa evime girmiş idi... mazinnem budur diye dava ettikte mezbur Memi inkar ile cevap verip evine girdiğine Üveys nam kimesne şahadet edip ... vusul buldukta tehir ü terahi etmeyip mezkur levendi kayd ü bend ile yarar adamlara koşup Südde-i saadetime gönderesin ki küreğe konula...”<sup>80</sup>

Kanuni Kanunnamesi m.24’e göre ise, kız veya kadın kaçırma suçuna haddim etme, buna razı olarak sırf cinsel birleşme maksadıyla kaçan kadın veya kıza ise cinsel organın dağlanması ceza öngörülmüştür.<sup>81</sup>

Fuhşa teşebbüs<sup>82</sup> suçuna da alnın dağlanması ve para cezaları öngörülmüştür.<sup>83</sup> Livataya teşebbüs suçuna da tazir cezası verildiğini görürüz.<sup>84</sup>

<sup>74</sup> İBN FERHUN, II/227.

<sup>75</sup> MAVERDÎ, el-Ahkamü’s-Sultaniyye, s.268.

<sup>76</sup> Ebussuud Efendi Fetvaları, akt. DÜZDAĞ, s.158.

<sup>77</sup> Abdurrahim, Fetava, I/112.

<sup>78</sup> Zina kastıyla eve girene sadece tazir cezası gerekir. Ali Efendi, Fetava, I/117.

<sup>79</sup> Geniş bilgi için bkz. TEKİN, s.101-103.

<sup>80</sup> BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm: 1274.

<sup>81</sup> ACAR, İsmail, İslâm Hukukunda Zina Suçu ve Cezası Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, DEÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 1999, s.32.

1529 tarihli bir mahkeme kaydında Yusuf b. Abdullah'ın eşi Nergis'in kocası yokken evine geceleyin yabancı erkekleri aldığı, önceleri de bazı kimselerle zina töhmeti olduğu belirlenmiş ve tazir cezası verilmiştir.<sup>85</sup>

1691 tarihli bir mahkeme kaydında fiil-i şeni kastıyla eve girip kadının boğazını sıkıp yere vuran biri, kadının feryadı üzerine kaçmış, kendisine tazir cezası verilmiştir.<sup>86</sup>

1858 CK m.198 zeyline göre ırza geçmeye teşebbüs halinde üç aydan az olmamak üzere hapis cezası verilir.

#### d. Hırsızlığa Teşebbüs

İbrahim en-Nehai<sup>87</sup> ve Zahirilere göre, hırsızın bir malı çalmak kastıyla onu alması ile hırsızlık tamamlanır ve hırsızın eli kesilir.<sup>88</sup> Hanefilere göre çalınan malı zilyedin egemenlik alanından çıkarma ve failin kendi egemenlik alanına sokması ile netice gerçekleşmiş sayılır. Diğer mezheplere göre hırsızlık meskenden yapılmışsa oradan (zilyedin hakimiyet alanından) çıkarılması ile netice gerçekleşir.<sup>89</sup> Teşebbüs haline tazir cezası verilir, had cezası verilmez.<sup>90</sup>

<sup>82</sup> “Subaşı Halil Beşe... Anestosya nam zimmiyenin menzili derununda mersum Maria zimmiye, kendine na-mahrem olan Petro zimmi ile mahfi bir oda içinde **fiil-i şeni kastıyla cem** oldukları bana ihbar olundu, ben dahi cemaat-i müslimin ile menzil-i mezkure varıp mersumanı menzil-i mezbur derununda zikrolunan oda içinde fisk ederlerken ahz eyledim... Petro ve Maria'dan her birine tazir lazım geldiği... 1179” ŞSA Kasımpaşa Mahkemesi, 58, v.21b. akt. TEKİN, s.102.

<sup>83</sup> HEYD, Uriel, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat” (Çev: S. Eroğlu) *AÜİFD*, C: XXVI, Ank.1983, s.644-645.

<sup>84</sup> “Osman nam şabb-ı emredi ayartıp mahall-i merkuma getirip suikast olduklarında feryad edip istimdat ve istihlas eyledikte... mezbur Yusuf iki elim, sağ omuzum ve başımdan, Mehmed dahi sol omuzumdan alet-i harb ile darp ve cerh eylediler... şabb-ı mezkur Osman'a suikastları için her birine tazir-i şedid iktiza eylediği... 16 Z 1178” Eyüp Mahkemesi, 211, v.31/a, akt. TEKİN, s.97.

<sup>85</sup> Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, s.320-321.

<sup>86</sup> 37 Numaralı Konya Şer'iyeye Sicili, No: 45-1.

<sup>87</sup> EBU ZEHRA, el-Ukûbe, No: 88.

<sup>88</sup> İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (ö.1064): el-Muhallâ bi'l-Âsâr fi Şerhi'l-Mücellâ bi'l-İktisâr, Beyrut, 1988, XI/336, 337.

<sup>89</sup> Tamamı bir kişiye ait olan bir evin bir odasından çaldığı bir eşyayı o evin avlusuna çıkararak kişi tazirle cezalandırılır. Ancak her bir oda ayrı kişiye ait olursa veya odalar müstakil ise, suç tamamlanmış sayılır ve hırsıza had cezası uygulanır. KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191), *Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerai'*, Mısır, 1327, VII/66; ÂMİR, s.239.

<sup>90</sup> Hz. Ali'ye göre bir evden hırsızlık yapmak için duvar delirken yakalanan kişilere (teşebbüs haline) hırsızlık haddi uygulanmaz. EBU YUSUF, s.268, FERRA, Kadı Ebu Ya'lâ Muhammed b. Hüseyin (ö.1065): el-Ahkâmü's-Sultaniyye, Mısır, 1987, s.294, SCHACHT, İslâm Hukukuna Giriş, s.186, BARDAKOĞLU, “Hırsızlık” *DİA*, XVII/386. Bir kimse malı alıp yola atsa, yoldan geçen biri de o malı alıp gitse, malı dışarı atan hırsızlığa teşebbüsten cezalandırılır. Alan kişinin iştirak iradesi olmadığı için cezalandırılmaz. SERAHSÎ, IX/148, CÜNDİ, Hüsnü Ahmed, *Cerimetü's-Serika beyne'l-Kanuni'l-Vad'i ve's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Kahire, 1985, s.116.



Maverdi'ye göre, hırsızlık maksadıyla kapıyı açmaya çalışana 10, binaya girip henüz mallara dokunmadan yakalanana 30, malları toparlayıp çıkarmadan yakalanana 40 sopa vurulur.<sup>91</sup>

“Sirkat maksadıyla bir kimsenin duvarını delerek veya bir kapının kilidini açarak içeriye girip de bir takım eşyayı toparlamış olduğu halde derdest edilen mücrim hakkında hapis ve darp suretiyle tazir...”<sup>92</sup>

Osmanlı hukuk teorisine göre: “Üç kimse kadı huzurunda sirkat kastına Amr'ın evine girdik diye ikrar eyleseler şer'an tazir olunur.”<sup>93</sup>

24 Ş 1262 tarihli Meclis-i Vâlâ kararında gemiye girip ambarda akçe sandığını kırarken yakalanan bir serseri birkaç ay hapsedildikten sonra suç işlediği yere gelmemek üzere salıverilmesi emredilmiştir: “Midilli Kaymakamına: Gemici Yorki, Ayazma İskelesi'nde Süleyman Ağa'nın sefinesine girip ambarda akçe sandığını şikest eder iken ahz u girift olunarak Bab-ı Zaptiyeye bil-irsal mersum **serseri** makulesinden olup yedinde tezkeresi dahi olmadığına mebni birkaç mahdan beri habs ve tevkif kılındığı ve kendisi namına vakiasını mukır ve muterif olduğu halde memleketi canibine tart ve ref kılınmasını istirham eylemekte bulunduğu beyanıyla... mersum Yorki ağırca bir cünha ve töhmet ile tutulmamış ise de **mazanne-i sû** olup kendisinden emniyet olunamayacağından memleketi canibine tart ve ref kılınması ve ba'de ezin yine gemicilik ve saire ile Dersaadet'e getirilmeyip ol tarafta bir münasip hizmette istihdam olunması Meclis-i Vâlâ-yı mezkurede müzakere ve tensip kılınmış ve ol vecihle mersum ihtisap nezareti marifetiyle ol tarafta gönderilmiş olmakla...”<sup>94</sup>

1858 CK m.230 zeyline göre “Fiil-i sirkatin icrasına tasaddi edip de yed-i ihtiyarında olmayan esbab-ı mania hayluletiyle bir şey alamamış olan hırsızlar hakkında tasaddi eylediği fiilin derecesine göre sirkat cezası icra kılınır.”

Bu kanunun uygulandığı dönemde Yunanistan vatandaşı olan Dimitri Garbi adlı şahıs, yanındaki suç ortaklarıyla hırsızlığa teşebbüs halinde yakalanmış, yedi sene muvakkat kürek ve teşhir cezaları verilmiştir. “Rufekası ile tüccardan Midillili Tepoaslaki nam kimesnenin mağazası kapısını gece âlet-i mahsusa ile açıp nukûd ve eşyasını sirkat ettiği ve bundan sonra gene rufekası ile birlikte Pilçar karyesinde Hiristovlov'nun mağazasını dahi âlet-i mahsusa ile açmağa

<sup>91</sup> MAVERDİ, el-Ahkamü's-Sultaniyye, s.387. İbn Abbas, Basra'da kendi yerine Ebu'l-Esved ed-Deyli'yi bırakmış, huzura hırsızlık için binaya girmiş biri getirilmiş ve 25 sopa vurularak serbest bırakılmıştır. BEHNESİ, el-Mevsua, I/322.

<sup>92</sup> BİLMEN, III, No: 889.

<sup>93</sup> Ebussuud Efendi Fetvaları, akt. DÜZDAĞ, s.150.

<sup>94</sup> A. MKT. MVL. No: 2/67.

*teşebbüs eylediği halde esbab-ı mânia hayluletiyle faziha-i sirkati fiile getiremedikleri kendisinin ikrarı ve emarât ile sâbit olduğundan... ”<sup>95</sup>*

Kalaycı Mehmed’in evine hırsızlık kastıyla girip de, suçu tamamlamasına engel çıkması üzerine suçu teşebbüs aşamasında kalan Mustafa Abdi’ye üç yıl kürek, benzer bir olayda, hırsızlık kastıyla bir dükkânın duvarını delmeye çalışırken yakalanan Mihâl’e sabıkası da olması sebebiyle dört sene kürek cezası verilmiştir.<sup>96</sup>

#### e. Şürbe Teşebbüs

İçki içmek üzere hazırlık yapmış veya toplanmış olan kişi / kişiler henüz içmemişse had cezası verilmez,<sup>97</sup> belki tazir cezası ile yetinilir. Aynı şekilde evine şarap tedarik eden kimse de içtiği görülmeden yakalansa, kendisine şürb haddi uygulanamaz. Ebu Hanife, “belli ki o içilecek şeyi hazırlamış, muhakkak içecek, ona had vurulmalı” diyenlere, “dediğiniz gibi olacak olursa, o adamı önce zina cezasına çarptırmanız gerekir, zira zina aleti her zaman kendisinde duruyor” demiştir.<sup>98</sup>

Şarap satın almak, üretmek ve nakil gibi eylemler de Müslümanlar için suç olarak kabul edildiğinden tazir cezası verilir.<sup>99</sup>

#### f. Hırabeye Teşebbüs

Hanefî ve Hanbelîlere göre, failer insan öldürüp soygun gerçekleştirmese bile sadece yol emniyetini ihlal etmekle bu suçu tamamlamış sayılacaklarından henüz yol kesmeden yakalanırlarsa hırâbe suçu teşebbüs aşamasında kalmış olur. Aksi halde suç tamamlanmış olur.

<sup>95</sup> İ.HR, D. 274, G. 16680, (1294 Ş 11/21.08.1877). Bu dosyadaki diğer belgelerden, bu şahsın yaklaşık üç yıl kürek cezasını çektikten sonra, Yunanistan elçiliğinin araya girmesiyle, affedilerek ülkesine gönderildiği anlaşılmaktadır. AKGÜNDÜZ, N. Said, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İst.2010, s.156.

<sup>96</sup> CM, sy. 327, 5 Rebiulevvel 1303/12.12.1885, 3154, akt. AKGÜNDÜZ, Tanzimat, s.157.

<sup>97</sup> ÇİVİZADE, Şeyhülislâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas (ö.1547): “Risale Mûteallika bi’t-Teazir” Tahkik: Abdullah Özer, *İslâm Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülislâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas Çivizade’nin Risale Mûteallika bi’t-Teazir Adlı Risalesi*, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst.2000, s.54.

<sup>98</sup> SERAHSİ, XXIV/37. Ebussuud Efendi, Ebu Hanife’nin bu görüşüne bir fetvasında yer vermiştir: “Zeyd’in elinde bir içki kabı bulunsa (ne olur)? Cevap: Ebu Hanife hacca gitti ve Medine’de insanların bir adamın etrafında toplanmış olduğunu gördü. Onlar şöyle dediler: Biz onu elinde içki şişesiyle bulduk ve ona ceza vermek istiyoruz. Ebu Hanife şöyle dedi: “Onun yanında zina aleti de var, o halde önce onu recmedin.” ve onlar adamı bıraktılar. Veli b. Yusuf, v.96a, akt. IMBER, Colin, Şeriatten Kanuna Ebussuud ve Osmanlı İslami Hukuk (Çev: Murteza Bedir) İst.2004, s.220.

<sup>99</sup> AKŞİT, s.43.

Mâlikîlere göre, hırâbe suçunda yol emniyetini bozma gerçekleşmese bile kişi bu amaçla yola çıktıktan sonra yakalanırsa onun bu suçu işlemek için hazırlığının yeterli olup olmadığına bakılmaksızın suçu tamamlamış sayılır.<sup>100</sup>

Şafîilere göre ise, insan öldürme veya soygun gerçekleştirmeden yakalanan kişi yol emniyetini bozmuş olsa bile suçu tamamlamış sayılmaz; suça teşebbüs sayılır.<sup>101</sup>

Ömer b. Abdülaziz'in valisi, henüz hiçbir kimseyi öldürmemiş olan fakat hırabe suçu faili sanılan bir grup insanı yakalatmış, bunların ölüm veya el kesme cezasına çarptırılacaklarını duyan Ömer b. Abdülaziz, daha hafif bir ceza verilmesini tavsiye etmiştir.<sup>102</sup>

Abdülaziz Amir, eşkıyalık amacıyla yol kesenler yol emniyetini bozup soygun için güç kullansalar bile öldürme veya soygun gerçekleştirmemişlerse eylemin suça teşebbüs sayılması gerektiğini dolayısıyla had cezası verilmeyeceğini söyler.<sup>103</sup>

Bazı hukukçulara göre hırabe, bağlı ve seçimlik hareketli bir suç olduğu için bu suçu oluşturan hareketlerden birinin yapılması (örneğin, sadece yol güvenliğinin ve kamu düzeninin ihlali) ile netice gerçekleşmiş sayılır.<sup>104</sup> İzinsiz toplanıp yürüyüş yapanlar, bu eylemi yol kesip yağma amacıyla (saikiyle) yaparlarsa, hırabe suçunu işlemiş olurlar.<sup>105</sup> Yani yol kesmiş, fakat henüz mal yağmalamamış veya insan öldürmemiş olanlar, bu suça teşebbüsten değil, suçun en basit halinin neticesinin gerçekleşmiş olmasından dolayı sürgün veya uslanıncaya kadar hapis ile cezalandırılır.<sup>106</sup>

<sup>100</sup> BACİ, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef (ö.1102), el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta, Beyrut, 1332, VII/169, 170. Dolayısıyla Mâlikîlere göre bu suçun teşebbüs aşamasında kalması için kişinin eşkıyalık amacıyla yola çıkması yeterlidir.

<sup>101</sup> REMLİ, Muhammed b. Ahmed (ö.1596): Nihayetü'l-Muhtac ila Şerhi'l-Minhac, Beyrut, 1984, VIII/5.

<sup>102</sup> Malik b. Enes, el-Muvatta', *Hudud*, 31.

<sup>103</sup> AMİR, s.253.

<sup>104</sup> Suçun şekli (neticesi harekete bitişik) suç olduğu iddiası için bkz. BARDAKOĞLU, "Eşkîya", *DİA*, XI/464.

<sup>105</sup> KASANİ, VII/90, ŞİRBİNİ, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.1570), Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc, Mısır, 1958, IV/180, el-Fetâva'l-Hindiyye, IV/128, EBU ZEHRÂ, el-Ukûbe, s.133, No: 104.

<sup>106</sup> ÜÇÖK, Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-I, s.145. "Menemen ovasında... tüfenkler ile koyunu kendileri aldıklarını... Bergama katırcılarının gelecekları yol ve vakti anlamak ve akşam saat bir buçuk civarlarında yanlarına gelip kendilerinin dahi Bergama katırcıları birlikte vurmak üzere sohbet ettiklerini... tüfenk endahıyla zaptîye neferatından bir neferin kolundan kurşun ile yaralamış olduklarından... kutta-i tarik hükmünde bulunmuş... Yani birlikte bulunup **sabıkası olmadığından** mersumun hapis tarihinden itibaren yedine tezkere itasıyla **iki sene** ve mersum Yani **kutta-i tarik hükmünde** olup bu

Bazılarına göre de, hırabe suçu failleri yoldan geçenleri sadece yaralamış olsalar, suçun neticesi gerçekleşmiş sayılmayacağı için tazir cezası verilir.<sup>107</sup>

Hırabe suçu işlemek üzere örgüt kurmuş bir grup veya onun adına hareket eden bir militan, yola çıkmış ve henüz hiçbir mal almadan veya kimseyi öldürmeden yakalanmışsa, sadece yol güvenliğini tehlikeye düşürdükleri için tazir ve uslanıncaya kadar hapisle cezalandırılırlar.<sup>108</sup>

Bir kişi bir malı çalıp henüz olay yerinden ayrılmadan malın sahibi gelir ve malını geri ister, fail bunun üzerine silah, bıçak veya sopa ile onu korkutursa, suç yağmaya dönüşen hırsızlık olur. Olay yerine gelen insanların faili yakalaması ve malın failin zilyetliğine henüz geçmemiş olması hırabe suçunun neticesinin gerçekleşmesine engel değildir.<sup>109</sup>

### g. Bağye Teşebbüs

İmam Malik, Şafi, Ahmed b. Hanbel ve Zahirilere göre, bağiler fiilen güç kullanmaya başlayınca (icra hareketleri) bağy suçuna teşebbüs etmiş sayılırlar. Bu safhadan önceki (hazırlık) hareketleri bağy sayılmaz. Hz. Ali'nin Haricilerle ilgili tutumu bu görüşün dayanağıdır.<sup>110</sup> Bir görüşe göre de devletin güvenlik güçleri silahlı eyleme hazırlanan örgüt mensuplarını (Havaric) haber alınca onları yakalayıp işlemeyi planladıkları suçtan vazgeçinceye veya örgüt üyeliğinden ayrıldıklarını söyleyinceye kadar hapsedilmelidir.<sup>111</sup> Yakalanan bağiler

---

*makulelerin yedi sene müddetle vaz'ı pranga olunması... hapis tarihinden itibaren cünha-i vakia ve müddet-i muayyenesini mübeyyin kezalik yedine tezkere itasıyla yedi sene prangabent ile hidemat-ı süfliyede bil-istihdam mersumanın tekmi-i müddetlerinde tahliye-i sebilleri... 20 Ş 1262." A. MKT. MVL. No: 2/100.*

<sup>107</sup> MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz, Dureru'l-Hukkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm, İst.1978, II/85, AMİR, s.253.

<sup>108</sup> SERAHSİ, IX/199, MERĞİNANİ, Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr (ö.1197): el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, İst.1986, II/98, MOLLA HÜSREV, II/85, İBN HÜMAM, IV/269, BEHNEŞİ, el-Mevsua, III/335, AMİR, s.251. Hırabe faillerinden yakalananlar, ceza olarak ıslah oluncaya kadar hapsedilirler. MAVERDİ, s.126. Bu cezanın müebbet hapis olacağına dair görüş için bkz. BEHNEŞİ, el-Mevsua, III/334.

<sup>109</sup> BACİ, VII/169, BEHNEŞİ, el-Mevsua, III/338.

<sup>110</sup> ÖZEK, Çetin, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhinde Cürümler, İst.1967, s.17. Hz. Ali, Hâricilere şöyle dedi: "İstedığınız tarafta olun, sizinle aramızdaki hukuk, haram kan dökmemeniz, yol kesmemeniz ve hiç bir kimseye zulüm etmemenizdir. Eğer bunları yapacak olursanız size harp ilân ederim." Ahmed b. Hanbel, Taberânî ve Hâkim.

Hâriciler ashaptan Abdullah b. Habbab b. Eret'i şehit ettiler. Hamile olan eşinin karnını yarıp cenini çıkardılar. Hz. Ali bunları duyunca Hâricilere bir mektup yazarak Abdullah b. Habbab'ı şehit edenin kisasını istedi. Hâriciler: "Onu hepimiz öldürdük" deyince, Hz. Ali onlarla savaşa izin verdi. İbn Hacer el-Askalânî, Bulûĝu'l-Meram, III/560-561.

<sup>111</sup> TRABLUSİ, Alaeddin Ali b. Halil, Muînu'l-Hukkâm fimâ Yeterreddedü beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm, Mısır, 1973, s.190. "Takı kaçan kim irişse sultanka kim anlar silah satın alurlar takı yarag kılurlar uruşmakka eyle kerek kim tutgay anlarını takı anlarını zindanga koygay ançaga tigrü kim kayıtgaylar ol işden takı tevbe kılgaylar." İrşadü'l-Mülük ve's-Selâtîn, s.433.

salıverildiğinde katılacakları bir örgütleri mevcutsa hapsedilir, değilse salıverilir.<sup>112</sup>

Ebu Hanife'ye göre, henüz silaha sarılmamış ve fiili bir güç kullanmamış olsalar bile, isyan amacıyla bir yerde toplanmakla (siyasi saikle örgüt kurmakla) icra hareketleri başlamış demektir. Silahlı eyleme başlamaları beklense karşı koymak veya bastırmak zorlaşır, tehlike büyür.<sup>113</sup>

Serahsi'ye göre Müslümanların çoğunluğunun düşünce ve inançlarına ters düşen düşünce ve inanç sahipleri, devlete isyan etmedikçe (şiddet hareketlerinin icrasına başlamadıkça) devletin bunları öldürme veya hapsedme hakkı yoktur.<sup>114</sup>

Şer'an faillerin cezalandırılması için isyanın fiile çıkması gerekli olduğu halde,<sup>115</sup> Osmanlı uygulamasında en küçük isyan şüphesi isnadı dahi ölüm cezasının uygulanması için yeterli görülmüştür.<sup>116</sup> Bir fiilin isyan niteliği taşıdığıının takdiri padişaha aittir.<sup>117</sup>

İsyan hazırlığı içinde bir veya birkaç beldeyi zapt etmekle silahlı dolaşmak unsuru yerine geldiğinden saike göre hırabe veya bağı suçunun neticesi gerçekleşmiş sayılır. Osmanlıda büyük eşkıyalık hareketlerinde henüz kıtal hazırlığı içinde olan ve baskın yoluyla zulüm icra edenler, genel siyaseten katli sebebine dayanılarak sai bi'l-fesad sayılmış ve idam edilmişlerdir.<sup>118</sup>

## 7. Teşebbüs Suçu

Bazı suçlarda suç tamamlanmış olmasa bile icra hareketleri belli bir aşamaya varmışsa tamamlanmış suç gibi cezalandırmayı gerektirebilir. Bu tür suçlara teşebbüs suçu denir.<sup>119</sup> Tazir suçlarında teşebbüs aşamasında kalmış suçlara tamamlanmış tazir suçunun cezası verilebilir.<sup>120</sup>

<sup>112</sup> TRABLUSİ, s.191.

<sup>113</sup> UDEH, II, No: 663.

<sup>114</sup> SERAHSİ, el-Mebcut, X/125vd.

<sup>115</sup> Meşru otoriteye isyan eden ve itaat tekliflerini reddedenlerin katli caiz olmakla birlikte, hükümdarlar bu şer'i hükmü, isyan şüphesine de teşmil etmişlerdir. Osmanlı padişahlarının isyan şüphesi ile ölüm cezası verdiği veziriazamlarla ilgili geniş bilgi için bkz. MUMCU, s.89.

<sup>116</sup> IV. Mehmed'i hal' etmek için faaliyette bulunduğu halde sadece azil ve sürgünle cezalandırılan Şeyhülislâm Hocazade Mesut Efendi, sürgün yerine giderken yolda asker topladığı için bunun bir isyan hazırlığı şeklinde padişaha yansıtılmasından dolayı katledilmiştir. (1656) MUMCU, Siyaseten Katli, s.127.

<sup>117</sup> MUMCU, s.89, ÖZEK, Çetin, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, İst.1970, s.91.

<sup>118</sup> MUMCU, s.89.

<sup>119</sup> ÖZGENÇ, (9. Bası), s.473.

<sup>120</sup> UDEH, I, No: 251.

Fatih Ceza Kanunu m.7'ye göre, zinaya tam teşebbüs hali, neticesi gerçekleşmiş zina suçu ile aynı yaptırıma bağlanmıştır.<sup>121</sup>

Kanuni Kanunnamesinin 9. maddesinde teşebbüs aşamasında kalmış bir suça tamamlanmış suçun cezası öngörülmüştür: “Eğer bir kişi zina kastına bir kişinin evine girse (ol zina eden gibi) evli olursa evli cürmün vere ve ergen olursa ergen cürmü vere.”<sup>122</sup>

Veziriazam Derviş Paşa, Saray’a tünel kazdığına dair haber üzerine I. Ahmed tarafından katledilmiştir.<sup>123</sup> Bu örnek devlet başkanının hayatına kastın (suikast) teşebbüs aşamasında kalsa bile ölüm cezası ile karşılandığını gösterir.<sup>124</sup>

Osmanlı 1840 CK İkinci Fasıll m.1’e göre, insanları devlet, kanun ve nizamata aykırı harekete tahrik şeklindeki sözlü; yine insanları bağı ve isyana tahrik ve onlara silah ve barut vermek gibi fiili sai bi’l-fesatlık şeklinde iki tür belirtilmiş, ilki için 1-5 sene kürek, ikincisi için ise taziren katl cezası (bu ceza padişah tarafından müebbed küreğe çevrilebilir) öngörülmüştür.<sup>125</sup>

1858 Ceza Kanunu m.55’e göre Saltanat-ı Seniyye’nin usul-i verasetini yahut şekil ve heyeti tağyir veya tebdil veya imhaya teşebbüs eden idam olunur diye yazılıdır. Burada teşebbüsün, tamamlanmış suç gibi cezalandırılması öngörülmüştür.<sup>126</sup>

## G. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Suçun icra hareketlerine başlayan, suç yolundan geri dönmeye teşvik edilme, gönüllü vazgeçme cezasız bırakılarak fail ödüllendirilmelidir.<sup>127</sup> Suçu iş-

<sup>121</sup> ACAR, İsmail, “Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası”, in: *Türkler*, Ank.2002, X/84.

<sup>122</sup> Metin için bkz. HEYD, Criminal Law, s.38.

<sup>123</sup> MUMCU, Siyaseten Katl, s.88.

<sup>124</sup> KAŞIKÇI, Osman, Osmanlı Devletinde Padişahlık, İzmir 2008, s.196.

<sup>125</sup> 1262 tarihli Meclis-i Vala kararında yankesicilik niyetiyle yanında bıçak taşıyan bir kişiye üç ay pranga cezası verilmiştir. A. MKT. MVL. No: 2/97.

<sup>126</sup> ZÖHRAP, s.169.

<sup>127</sup> “Sana düşmanlıktan vazgeçerlerse günahları bağışlanacaktır.” Enfal, 8/38 ayeti, gönüllü vazgeçmenin cezasızlık sebebi olacağına işaret etmektedir.

Hz. Peygamber, gönüllü vazgeçmeyi özendiren şöyle bir kıssa anlatmıştır: “Sizden önce yaşayanlardan üç kişi yola çıktılar. (Akşam olunca) geceleme amacıyla bir mağaraya girdiler. Bir kaya parçası yuvarlanıp mağaranın girişini kapadı. Aralarında: “Bizi bu kayadan, salih amellerimizi şefaati kılarak Allah'a yapacağımız dualar kurtarabilir!” dediler... Bunlardan birinin duası şöyleydi: “Ey Allahım! Benim bir amcam kızı vardı. Onu herkesten çok seviyordum. Ondan kâm almak istedim; ama bana yüz vermedi. Gün geldi kılığa uğradı, benden istemek zorunda kaldı. Ona, kendisini bana teslim etmesi mukabilinde yüz yirmi dinar verdim, kabul etti. Arzuma nail olacağım sırada: “Allah'ın mührünü, gayrimeşru olarak bozman sana

lemeye niyet eden, fiilin icrasına başlayıp da kendi isteği ile<sup>128</sup> netice gerçekleşmeden vazgeçerse bu durumda gönüllü vazgeçme sebebiyle niyet ettiği suçun cezası değil, o ana kadar olan hareketi başka bir suç teşkil ediyorsa bunun cezası verilir. Örneğin bir kimseyi öldürmek üzere silah çeken; fakat öldürmekten vazgeçen o kişiyi korkuttuğu için tazir cezası verilmelidir.<sup>129</sup> Serahsî, el-Mebsût adlı eserinde şöyle der: “Bir kişiyi yaralamak maksadıyla ona kılıç çeken veya bıçak ve sopa gibi şeylerle saldıran fakat sonra bu saldırısından vazgeçen kişiye tazir cezası verilir. Çünkü bu kişi bir müslümanı öldürmeye teşebbüs etmiş veya onu korkutmuştur ki, bu davranışı helal değildir.”<sup>130</sup>

İcra hareketleri başlar, ancak harici birtakım engeller veya araçların yetersizliği yüzünden netice meydana gelmezse fail suça teşebbüsten sorumlu tutulur.<sup>131</sup> Örneğin hırsızlık kastıyla bir eve girip de ceza korkusu sebebiyle hırsızlıktan (almayı düşündüğü eşyayı almaktan) vazgeçen kişiye hırsızlık suçunun cezası verilemez,<sup>132</sup> yalnızca eve girmesi (konut dokunulmazlığını ihlal etmesi) sebebiyle tazir cezası verilir.<sup>133</sup>

1858 CK m.46/2 (22 Mayıs 1327/1911 tarihli değ. hali) *Müteşebbis cürmün ef'al-i icraiyesinden bil-ihhtiyar feragat ettiği ve fakat tamam olan kısım fiil hadizatında bir cürüm teşkil eylediği halde ancak ol kısma mahsus ceza ile mücazat olunur.*<sup>134</sup>

## H. ETKİN PİŞMANLIK

Fail, suçun işlenmesi yönünde icra hareketlerini tamamlayıp netice gerçekleşikten sonra yakalanmadan önce veya sonra pişman olup suçtan doğan mağ-

---

haramdır!” dedi. Ben de ona temasta bulunmaktan kaçındım ve insanlar arasında en çok sevdiğim kimse olduğu halde onu bıraktım, verdiğim altınları da almadım. Ey Allahım, eğer bunları senin rızan için yapmışsam, bizi bu sıkıntıdan kurtar.” ... derken kaya açıldı, çıkıp yollarına devam ettiler.” Buhari, *Enbiya* 50, *Büyu* 98, *İcare* 12, *Hars* 13, *Edeb* 5; Müslim, *Zikr* 100, (2743); Ebu Davud, *Büyu* 29.

<sup>128</sup> Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesinin sübjektif şartı failin gelecekte suç işlemeyeceği yönündeki kararlığının tespiti, objektif ölçütü ise mağduriyeti gidermiş veya gidermeye hazır olmalıdır. SÖZÜER, s.36.

Gönüllü vazgeçmenin ahlaka uygun bir saike dayanması gerekmez. Korku, pişmanlık, nefret, tikslenme, suçtan beklenen yarar açısından hayal kırıklığı vazgeçmenin sebebi olabilir. Fail, “gidebilirdim ama neticeye kadar gitmek istemiyorum” derse vazgeçme gönüllüdür. “istesem bile sonuca ulaşamam” diyorsa vazgeçme gönüllü değildir. YÜCE, Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri C: 1*, Manisa, 1982, s.357.

<sup>129</sup> AMİR, s.158.

<sup>130</sup> SERAHSÎ, XXIV/37.

<sup>131</sup> SAVA PAŞA, (ö.1901), *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, (Çev: B. Arıkan) Ank.1955, II/308.

<sup>132</sup> SERAHSÎ, IX/147.

<sup>133</sup> KASANİ, VII/238, EBU ZEHRA, el-Cerime, s.337, AKŞİT, s.43.

<sup>134</sup> Metin için bkz. Düstur, II. Tertip, C: 3, s.442.

duriyeti giderdiğinde suçun cezasının infaz edilip edilmeyeceği fakihler arasında tartışılmıştır. Büyük çoğunluğa göre tövbenin cezayı düşürmedeki etkisi neticeyi tamamen telafi (tamir) mümkün olan suçlarda söz konusu olur.

Kıyas ve diyet kul hakkı ağırlıklı cezalar sayıldığından fakihler, tövbenin insan öldürme ve yaralama suçlarının cezalarında herhangi bir etkisinin bulunmadığı konusunda ittifak halindedir. Kişilere karşı işlenen hakaret ve yaralama gibi tazir suçlarında mağdur şikayetinden vazgeçmedikçe ceza failin tövbesi ile düşmez.<sup>135</sup>

Gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olan etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin gönüllü olarak neticeyi telafi etmeye yönelik gerçekleştirdiği davranışlardır.<sup>136</sup> Etkin pişmanlık bir hukuka uygunluk sebebi değil; cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeptir.<sup>137</sup>

Hırabe suçunun faili netice gerçekleşmiş (yağma ve öldürme suçunu işlemiş) olup, kolluk güçlerine yakalanmadan teslim olur<sup>138</sup> ve pişmanlık duyarsa (tazmin sorumluluğu baki kalmak üzere) hakkındaki kamu davası (idam, salb, kat-ı yed ve nefy gibi ceza verme hakkı) düşer. Maide, 5/34.<sup>139</sup>

Ebu Hanife, Şafii ve bazı Hanbelilere göre etkin pişmanlık sadece hırabe suçunda had cezasını düşürür. Yani bu hukukçulara göre hırsızlık, zina, kazif vb. suçlardaki tevbe suçun uhrevi sorumluluktan kurtulmayla ilgili olup, dünyevi cezaya etkili değildir. Hırabe suçunda etkili olması ise bir suç örgütünün çözümlenmesine katkısı olması hikmetine bağlıdır. İrtidat suçunda netice gerçekleştikten sonra bile sadır olsa, etkin pişmanlık infaza kadar had cezasını düşürür.

Hırsızlık, ridde ve bağı suçları da etkin pişmanlıkla neticeyi tamir mümkün olduğundan etkin pişmanlık halinde kamu davası düşer. Zina, kazif ve şürib suçlarında ise etkin pişmanlığın cezayı düşürmesi mümkün değildir.<sup>140</sup>

Kur'an'da etkin pişmanlık, açıkça hırabe suçu bakımından had cezasını düşüren bir sebep olarak zikredilmiştir. İbn Teymiye ve İbn Kayyim'a (ö.1350) göre cezası en ağır olan hırabe suçunda etkin pişmanlık had cezasını düşürüyor-

<sup>135</sup> BÖKE, Emine Gümüş, "Tövbe" *DİA*, C: 41, s.283-284.

<sup>136</sup> KOCA-ÜZÜLMEZ, s.419.

<sup>137</sup> YAZIR, III/1667, ÖZGENÇ, s.479.

<sup>138</sup> Yakalanmadan önceki tövbe, suç yerini terk edip, ellerinde rehine ve eşya varsa bırakmaları, insanları güvenliğe kavuşturmaları, silahlarını bırakıp güvenlik güçlerine teslim olmaları ile olur. FUDEYLAT, Cebr Mahmud, Sukûtu'l-Ukûbât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Amman, 1987, III/218-219.

Faillerin yakalandıktan sonraki tövbesi (pişmanlık hali) suçun dünyevi cezasını etkilemez. BARDAKOĞLU, Ali, "Eşkîya", *DİA*, C: 11, s.466.

<sup>139</sup> AKŞİT, s.113-114, FUDEYLAT, III/217-220.

<sup>140</sup> AKŞİT, s.60, 114-115.



sa, daha hafif suçlarda neticeyi tamir mümkünse, evleviyetle cezasızlık veya daha az cezalandırmayı gerektiren şahsi sebep sayılabilir.<sup>141</sup>

İslam hukuku bakımından etkin pişmanlığın etkili olduğu suç tiplerini şöyle sıralayabiliriz:

**1. Hırabede:** “Siz kendilerini (hıraibe suçu faillerini) *ele geçirmeden önce tevbe edenleri olursa, biliniz ki, Allah bağışlayan ve merhamet edendir.*” Maide, 5/34. Hırabede fail/failler yakalanmadan önce güvenlik güçlerine teslim olurlarsa, kamu davası ve had cezası düşer; hırabeye unsur olan adi suçların cezası ile şahsi haklar bakidir. Etkin pişmanlığın kamu davasını ve had cezasını düşürebilmesi için hıraibe faillerinin mal yağmalamışlarsa iade, diğer şahsi hakları tazmin etmeleri gerekir.

“Zeyd, bir müddet kutta-ı tarikke gezip badehu tövbe ve istiğfar edip salahlı zahir olduktan sonra beldesine gelse kadı veya vali mücerret mukaddema kutta-ı tarikke gezmiştin diye Zeyd’in üzerine kat-ı tarik hükmünü icraya kadir olur mu? Cevap: Olmaz.”<sup>142</sup>

1858 CK m.64’e göre, eşkiya örgütünün yöneticisi olmayan üyeleri kolluk güçlerinin ihtarı üzerine örgütten ayrılır veya örgütün faaliyet alanı dışında (fesadın gayri mahalde) silahsız olarak yakalanırsa örgütten ceza verilmeyip işlediği adi suçlar varsa onlardan cezalandırılır ve genel güvenlik gözetimi altında tutulur. m.65’e göre ise: “Usat ve eşkiya takımından olup da icra-yı isyan ve şakavete tasaddiden veya taharriyata şürudan mukaddem töhmet olanları memurin-i devlete haber verenler yahut taharriyata şüru olunduktan sonra şerik-i töhmet olanları tevkif ettirmek esbabını istihsal edenler sairleri hakkında icra olunacak mücazattan muaf olup fakat iki seneyi tecavüz etmemek üzere zaptiye nezareti altında tutulur.”

**2. Hırsızlıkta:** “Hırsızlık suçunu işledikten sonra tevbe edip kendisini (görevliler tarafından yakalanmadan önce çalınan malları iade etmek suretiyle) ıslah edene gelince, kuşkusuz Allah onun tevbesini kabul eder: Allah çok bağışlayıcıdır, rahmet kaynağıdır.” Maide, 5/39.<sup>143</sup>

<sup>141</sup> İBN KAYYIM, İ’lam, III/15, UDEH, I, No: 253.

<sup>142</sup> Ali Efendi, Fetava, I/121.

<sup>143</sup> "Salah halinin tebeyyünü için taziren bir müddet-i münasibe hapis ve çalınan mal istihlak edilmişse tazmini (mevcutsa iadesi) lazım geleceğinden zuhul olunmamalıdır." YAZIR, III/1677.

Ayetin zahirine göre hırsız yaptığına pişman olur, tövbe eder ve samimi bulunursa eli kesilmez. Ancak bu hususun tespiti için bir süre hapsedilmesi (gözlem altında tutulması) gerekir. Kur’an Yolu, II/216.

Hız. Peygamber, Mahzum Kabilesinden hırsızlık yapan bir kadın, yaptığına pişman olmasına rağmen elinin kesilmesine hükmetmiştir.<sup>144</sup> Bu olayda kadının çaldığı malı iade ettiğine dair bir bilgi bulunmamaktadır.

Hırsızlık suçunda da neticeyi tamir, alınan malın iadesiyle gerçekleştiğinden etkin pişmanlık had cezasını düşürür;<sup>145</sup> bunun yerine dayak veya hapis cezası verilebilir.<sup>146</sup>

Osmanlı hukuk düşüncesini yansıtan fetvalarda hırsızlık suçunda etkin pişmanlık hali had cezasını düşüren sebep olarak kabul edilmiş ve şöyle yer almıştır: “*Sirkat ile müttehem olan Zeyd, Amr’ın menzilinden... eşyasını bigayri hak ahz ve fuzulen bey’ ve teslim ile istihlak ettikten sonra Zeyd eşya-yı mezbureyi Amr’a tazmin etmiş olsa Zeyd’e tazir-i şedid ve salahı zahir olunca (ya kadar) hapis lazım olur.*”<sup>147</sup>

Osmanlı uygulamasında bir gün önce çaldığı eşyayı, mahkemede sahibine geri veren faile had değil, tazir cezası verilmiştir.<sup>148</sup>

**3. Kazifte:** “*Ancak bundan sonra yaptığından ötürü tövbe edip kendini düzeltenler bu kısıtlamanın dışındadır.*” Nur, 24/5.<sup>149</sup>

Kazif suçundan mahkum olan kişi, tanıklık ehliyetini kaybeder. Bu yoksunluk, Hanefilere göre müebbet,<sup>150</sup> İmam Malik<sup>151</sup> ve Şafilere göre ise fiskları zail

<sup>144</sup> Buhari, *Enbiya*, 54, *Hudud*, 11, Müslim, *Hudud*, 9.

<sup>145</sup> KASANİ, VII/96, EBU ZEHRA, el-Ukuba, No: 175.

<sup>146</sup> MAYDANİ, Riyad, “İslam Ceza Hukukunun Genel Prensipleri” (Çev: Şamil Dağcı), *İslami Araştırmalar*, C: 4, S: 1, Ocak 1990, s.63.

<sup>147</sup> Dürrizade, s.125.

<sup>148</sup> “*Sahib-i arzuhal Osman, derun-i arzuhalde mezkur Ahmed ile mürafaa-yı Şer’ olduktan bir gün mukaddem menzilinden eşya-yı memlukemden bir entari ve bir münakkaş yemeni ve bir dülbend örtümü ahz ü gasb etmiştir deyü bade’-d-dava ve’l-inkar eşya-yı mezkureyi mezbur Ahmed sahib-i arzuhale red ve teslim etmekle mezbur Ahmed’e tazirden gayri şer’an bir nesne lazım gelmediği huzur-i alilerine ilam olundu. 1159/1746*” İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, No: 415, v.24a/2.

Osmanlı uygulamasını gösteren bir diğer belge şöyledir: “*İttifak edip vakt-i mezkurda üçümüz maan menzil-i mezkura varıp işbu cüllah Hasan bana arka vermekle ben dahi duvar damına çıkıp ve dehlizin direk başına ip bağlayıp ve ipi sokağa salıverip mezbur Hasan dahi dama çıkıp ve sipahi Ali geri gidip ve ben bahçede merdiveni getirip ve dehlize dayayıp... mabeyn odasına girip kerpetenle dolabın kilidini ve çekmeceyi kırıp (mağdur) Süleyman’a reddeylediğimiz binbeşyüz kurşluk altın ve beyaz akçeyi alıp Hasan’ın dükkanında üçümüz taksim eyledik... her biri müstahak oldukları tazirleri hususunda... 1180/1766*” AKGÜNDÜZ ve Heyet, Şer’iye Sicilleri, II/96.

<sup>149</sup> Yani had cezasını çektikten sonra yaptığı suçlamadan aleni olarak vazgeçen kimseler. ESED, s.707.

<sup>150</sup> BACİ, V/207.

<sup>151</sup> Bkz. Malik, el-Muvatta’, *Akdiye*, 3.

olur (etkin pişmanlıkta bulunur) ise muvakkattir.<sup>152</sup> İşlediği suçtan ötürü tövbe edip kendini düzeltenler (ıslah olanlar)in tanıklık ehliyetinin kaybı güvenlik tedbiri kalkar, ehliyet rücu eder.<sup>153</sup>

**4. Ridde suçunda:** İrtidat suçunda netice gerçekleştiikten sonra bile sadır olsa, etkin pişmanlık<sup>154</sup> infaza kadar had cezasını düşürür. Mükerrir mürtedin nedametine itibar edilmez. Sihirbaz, zındık, Peygamberlere ve meleklere dil uzatanlar vb. etkin pişmanlığa davet edilmez. Gizli küfür olduğu için müslümanlığa dönmüş olduğunu söylese bile itibar edilmez diyenler vardır.<sup>155</sup>

Ancak Malik’e göre bu durum “*Size müslüman olduğunu söyleyene (veya selam verene) sen müslüman değilsin demeyin*” (Nisa, 4/94) ayeti ile, “*İnsanlarla “la ilahe illallah” deyinceye kadar savaşmakla emrolundum, bu kelimeyi söyleyen canını ve malını güvene almış demektir.*” hadisine aykırıdır, bu sebeple zındığın tövbesi de makbuldür.<sup>156</sup>

Diğerlerinin pişmanlığa davet edilmesi Hanefilere göre müstehap, diğer hukukçulara göre zorunludur.<sup>157</sup>

Zındığın tövbesi yakalanmadan önce olursa makbuldür, tutulduktan sonraki tövbeye itibar yoktur denilmiştir.<sup>158</sup>

**5. Bağyde etkin pişmanlık:** “*Zeyd, sultan Bayezid’e yazılıp varıp birkaç gün yanında durup geri ihtiyarı ile koyugidip yerlerine geldikte şehirlisi kadı ile cem olup “senin şimdiden geru tevben makbul değildir” deyu katlettiklerinden kadı olan Amr, namazını kıldırmasa ve Müslüman makberesine dahi koydurmayaya şer’an ne lazım olur? Cevap: Bağinin tevbe-i sahihi makbuledir, tevbe-i sahih ettiyse katli haramdır, katiline diyet lazımdır.*”<sup>159</sup>

#### 6. Tazir suçlarında etkin pişmanlık:

**a) Rüşvette:** Rüşvet suçunda etkin pişmanlığı cezasızlık sebebi olarak kabul eden 1855 Men-i İrtikap Kanunnamesi m.13’e göre: “*Kendisine rüşvet arz olunan kimesne ol rüşveti gerek almazdan mukaddem ve gerek aldıktan sonra âher tarafından duyulmaksızın nihayet iki ay zarfında... haber verirse hakkında*

<sup>152</sup> YAZIR, V/3480.

<sup>153</sup> ESED, s.705-707.

<sup>154</sup> Ridde suçunda pişmanlığın etkin olması namaz kılmak ve zekat vermek gibi alametlerle anlaşılır, bkz. Tevbe, 9/5.

<sup>155</sup> ŞİRBİNİ, IV/141.

<sup>156</sup> BUTİ, M. Said Ramazan, Davâbitü'l-Maslaha fi'ş-Şeriatü'l-İslâmiyye, Beyrut, 1982, s.178-181.

<sup>157</sup> ŞİRBİNİ, IV/139.

<sup>158</sup> Ebussuud, No: 973.

<sup>159</sup> Ebussuud, No: 966.

*muamele-i tahsiniye icra oluna...*<sup>160</sup> Aynı hüküm 1858 Osmanlı CK m.79'da tekrar edilmiştir.

**b) Yalan tanıklıkta:** Yalan tanıklıkta etkin pişmanlık, tanığın mahkeme huzurunda tanıklık yaparken yalan söylediğini ikrar etmesi suretiyle olur. Tanıklığına dayanılarak hüküm verilmiş ve ceza infaz edilmişse artık etkin pişmanlıktan söz etmek mümkün değildir. Örneğin bir kimsenin hırsızlık yaptığına tanıklık edip hırsızın eli kesildikten sonra tanıklıktan dönme halinde yalan tanıklığı kasten yapmışsa yalan tanıklık yapan, hakimi dolaylı fail olarak kullandığı için kendi eli kısasen kesilir. Sadece elin diyeti ödetilir diyen alimler de vardır.<sup>161</sup> Yalan tanığın etkin pişmanlığının (önceki ifadelerinin doğru olmadığını söylemesinin) cezasızlık sebebi değil, hafifletici sebep olduğunu söyleyen hukukçular da vardır.<sup>162</sup>

Tazir suçu sayılan yalan tanıklıkla ilgili etkin pişmanlık halini düzenleyen Bozok Kanunu m.38/2 şöyledir: “Eğer tanıklığından rücu edip yalan iddiğini ikrar etse, ne ki şahadetten ziya ede, ödedeler.” Bu hüküm yalan tanığın etkin pişmanlığını cezasızlık sebebi saymış; ancak failin tazmin sorumluluğunun devam ettiğini bildirmiştir.

## İ. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Klasik fıkıh kitaplarında teşebbüs kavramı açıkça yer almaz. Bu kaynaklarda her bir suça teşebbüsün cezası ile ilgili ayrıntılı bilgiler ve uygulama örneklerine yer verilmektedir.

Suçta yolunda suç işleme düşüncesi (niyet) kural olarak cezalandırılmaz. Suç işlemeye karar verme aşamasının suç olarak tanımlanması mümkündür ve tanımlanmıştır.

Suçta hazırlık hareketleri bağımsız bir suç oluşturmadıkça kural olarak cezalandırılmaz, istisnaen hazırlık hareketlerinin suç olarak tanımlandığı hallerde işlenmesi kastedilen amaç suçun değil; o ana kadar gerçekleşen neticenin cezasının verileceği konusunda ittifak vardır.

Hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayrımında fakihlerin teşebbüsün gerçekleşmesi için ortaya çıkan sonucun masiyet oluşturmasını şart koştuklarını dikkate alınırsa İslam hukukçularının bu konuda objektif teori yanlısı oldukları söylenebilir.

<sup>160</sup> Metin için bkz. AKGÜNDÜZ, Ahmet, “1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikap Kanunnamesi” *Belleten*, C: LI, S: 199, s.187.

<sup>161</sup> SERAHSİ, XVI/178-180

<sup>162</sup> BİLMEN, III/78, ÜÇÖK, s.134, BAYRAKTAR, Köksal, “Faal Nedamet”, *İHFM*, C: XXXIII, S: 3-4, İst.1968, s.120vd.

İcra hareketleri başladıktan sonra fail bir engelle karşılaşmamasına rağmen gönüllü olarak bu hareketi tamamlamaktan vazgeçerse işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten değil; o ana kadar yapılan hareket bir suç tanımına uyuyorsa ondan dolayı cezalandırılır; değilse cezasız kalır.

Bir engelle karşılaştığı için işlemeyi kastettiği suçun icra hareketlerini tamamlayamaz veya neticesi gerçekleşmezse bu durumda suça teşebbüs söz konusu olur. İslam ve Osmanlı hukukunda suça teşebbüs, tazir kategorisi içinde değerlendirilmiş, yani tazir yaptırımlarıyla karşılanmıştır.

Bazı suç tiplerinde icra hareketleri tamamlanmasa veya netice gerçekleşmese bile korunan hukuki yarar çok önemli olduğundan tamamlanmış suçun yaptırımı ile karşılanır. Bu kategoriye teşebbüs suçları denir.

Etkin pişmanlık netice gerçekleştikten sonra failin bu neticeyi telafi ve tamir faaliyetidir, kuru bir pişmanlık hali değildir. Her suçta etkin pişmanlık hükmü uygulanamaz. Örneğin insan öldürme, yaralama ve zina gibi suçlarda netice tamamen tamir edilemez, yani suç işlenmezden önceki haline döndürülemez. Dolayısıyla etkin pişmanlık hükümlerinin uygulandığı suç tipleri sınırlıdır.

Etkin pişmanlık bazı suçlarda cezasızlık, bazı suçlarda ise cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeptir.

Bu makalede teorik izahı yapılan teşebbüs ve bağlantılı kurumların hemen hepsiyle ilgili Osmanlı hukukunun teori ve uygulamasından örnekler verilmeye çalışılmıştır.

**KAYNAKÇA**

37 Numaralı Konya Şer'îye Sicili, No: 45-1.

A. MKT. MVL. Bab-ı Asafi Mektubi Kalemi Meclis-i Vâlâ

Abdurrahim Efendi Menteşzade (ö.1716), Fetava-yı Abdurrahim, İst.1243 / 1827.

ACAR, İsmail, İslâm Hukukunda Zina Suçu ve Cezası Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, DEÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 1999

\_\_\_\_\_: "Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası", in: Türkler, Ank. 2002, X/84.

Ahmed Ziya, Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi, İst. 1329.

AKGÜNDÜZ Ahmet ve Heyet, Şer'îye Sicilleri, İst. 1988.

\_\_\_\_\_: 1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikap Kanunnamesi" Belleten, C: LI, S: 199, s.153-191.

AKGÜNDÜZ, N. Said, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İst. 2010.

AKŞİT, M. Cevat, İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları, İst. 1976

Ali Efendi Çatalcalı (ö.1692), Fetâvâ, İst. 1269.

AMİR, Abdülaziz, et-Tazir fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye, Mısır, 1969.

ARSLAN, Hüseyin, İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst. 2006.

ASKALÂNÎ, Ebu'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Alî b. Muhammed İbn Hacer (ö.1449), Bulûğu'l-Meram, III/560-561.

AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, İst. 2010.

Ayniyat Defteri, No: 370, s. 112-113.

BACÎ, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef (ö.1102), el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta, Beyrut, 1332.

BARDAKOĞLU, Ali, "Eşkiya", DİA, C: 11, s.466.

\_\_\_\_\_: "Hırsızlık" DİA, XVII/386.

BAYRAKTAR, Köksal, "Faal Nedamet", İHFM, C: XXXIII, S: 3-4, İst.1968, s. 120 vd.

BEHNESÎ, A. Fethi, el-Mevsuatü'l-Cinaiyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Beyrut, 1991.

\_\_\_\_\_: Nazariyyat fi'l-Fikhi'l-Cinai'l-İslami Dirase Fikhiyye Mukarane, Kahire, 1969.

BİLMEN, Ö. Nasuhi (ö.1971): Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kamusu, İst.1975.

BUTÎ, M. Said Ramazan, Davabitü'l-Maslaha fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye, Beyrut, 1982.

- CENTEL, Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İst.2008.
- CİN-AKGÜNDÜZ, Türk İslam Hukuk Tarihi, İst.1990, I/308,
- CÜNDİ, Hüsnü Ahmed, Cerimetü's-Serika beyne'l-Kanuni'l-Vad'i ve's-Şeriatî'l-İslâmiyye, Kahire, 1985.
- ÇİVİZADE, Şeyhülislâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas (ö.1547): "Risale Mûteallika bi't-Teazir" Tahkik: Abdullah Özer, İslâm Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülislâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas Çivizade'nin Risale Mûteallika bi't-Teazir Adlı Risalesi, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst.2000.
- DAĞCI, Şamil, İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ank.1996.
- DEDE CÖNGİ, Minkarizade İbrahim Kemaleddin (ö.1565): Siyasetname Tercümesi, (Çev. M. Arif Efendi) in: AKGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Şer'i Tahlilleri, C: IV, İst.1992.
- Dürrizade Mehmed Arif Efendi (ö.1800), Neticetü'l-Fetava, İst.1265.
- Düstur, II. Tertip, C: 3, s.442.
- DÜZDAĞ Ertuğrul, Ebussuud Efendi Fetvâları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İst.1983
- EBU YUSUF, Yakub b. İbrahim (ö.798): Kitabu'l-Harâc (Çev. A. Özek) İst. 1970
- EBU ZEHRA, Muhammed, el-Cerîme fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Kahire, Ty.
- EBU ZEHRA, Muhammed, el-Ukûbe, Kahire, Ty.
- FERRA, Kadı Ebu Ya'lâ Muhammed b. Hüseyin (ö.1065): el-Ahkâmu's-Sultaniyye, Mısır, 1987.
- FUDEYLAT, Cebr Mahmud, Sukûtu'l-Ukûbât fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Amman, 1987.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ank. 2013, 16. Bası.
- HEYD, Uriel, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", in: Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler (Tercüme ve Derleme: Ferhat Koca) Ank. 2002.
- \_\_\_\_\_: Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford, 1973.
- HIDIR, Abdülfettah, el-Cerîme, Ahkâmühe'l-Âmme fi'l-İtticâhâtî'l-Muâsıra vel-Fıkhi'l-İslâmî, İdâretü'l-Buhûs, Suud 1985.
- IMBER, Colin, Şeriaten Kanuna Ebussuud ve Osmanlıda İslami Hukuk (Çev: Murteza Bedir) İst. 2004.
- İBN FERHÛN, Burhâneddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemseddîn Ebî Abdillâh Muhammed (ö.1397): Tabsıratü'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdiyeti ve Menâhici'l-Ahkâm, Beyrut, 1995.
- İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (ö.1064): el-İhkam fi Usûli'l-Ahkâm, Beyrut, 1983.
- \_\_\_\_\_: el-Muhallâ bi'l-Âsâr fi Şerhi'l-Mücellâ bi'l-İktisâr, Beyrut, 1988.

- İBN HÜMAM, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid (ö.1456): Şerhu Fethi'l-Kadir, Mısır, 1970
- İBN KAYYIM el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin (ö.1350), İ'lâmu'l-Muvakkiîn an Rabbi'l-Âlemin, Beyrut, 1991.
- İBN TEYMİYE, Takıyyuddin Ahmed (ö.1328), Hisbe (Çev. V. Akyüz) İst. 1989.
- İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, No: 415, v.24a/2.
- KARAMAN-ÇAĞRICI-DÖNMEZ-GÜMÜŞ, Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayını, Ank.2003-2004
- KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerai', Mısır, 1327
- KAŞIKÇI, Osman, Osmanlı Devletinde Padişahlık, İzmir 2008, s.196.
- Kİİ Muhammed Abdülmün'im, Nazratü'l-Kur'an ile'l-Cerimeti ve'l-Ikab, Kahire, 1988.
- KOCA-ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ank. 2013.
- MAVERDİ, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed (ö.1058): el-Ahkamu's-Sultaniyye, Beyrut, 1990.
- MAYDANİ, Riyad, "İslam Ceza Hukukunun Genel Prensipleri" (Çev: Şamil Dağcı), İslami Araştırmalar, C: 4, S: 1, Ocak 1990, s.63.
- MERĞİNANİ, Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr (ö.1197): el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, İst. 1986.
- MEVSİLİ, Abdullah b. Mahmud (ö.1284), el-İhtiyâr fi Ta'lîli'l-Muhtâr, Beyrut, 1975
- MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz (ö.1480), Dureru'l-Hukkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm, İst.1978
- MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ank. 1985.
- NEVAVİ, Abdülhalık, Cerâimü'l-Cerh ve'd-Darb beyne's-Şerîati ve'l-Kânûni'l-Vad'î, Mektebetü'l-Münîriyye, t.y, s.44.
- ÖZEK, Çetin, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhinde Cürümler, İst. 1967.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ank.2013 (9. Bası).
- SAVA PAŞA (ö.1901), İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, (Çev: B. Arıkan) Ank. 1955.
- SCHACHT, Joseph, İslâm Hukukuna Giriş, (Çev. M. Dağ-A. Şener), Ank. 1986.
- SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), el-Mebsût, Beyrut, 1986.
- SOYASLAN, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ank. 1994.
- SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İst. 1994.
- ŞEKERCİ, Osman, İslam Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul 1996.



- ŞENTOP, Mustafa, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, İst.2004.
- ŞİRBİNİ, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.1570), Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc, Mısır, 1958.
- TEKİN, Yaşar, Şer'îye Sicilleri Işığında Osmanlı Devletinde Tazir Suç ve Cezaları, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst. 1995.
- TOSUN, Öztekin, Suç Hukuku El Kitabı, İst. 1982.
- TRABLUSİ, Alaeddin Ali b. Halil (ö.1445), Muînu'l-Hukkâm fimâ Yeterreddü beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm, Mısır, 1973.
- UDEH, Abdülkadir, et-Teşrû'l-Cinâiyyi'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i, Beyrut, Ty.
- ÜÇÖK, Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, I-III", AÜHFİM, 1947, C: 4, S: 1-2
- Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, s.320-321.
- VEKİ, Muhammed b. Halef (ö.918), Ahbâru'l-Kudât, Beyrut, Ty.
- YAZIR, M. Hamdi (ö.1942), Hak Dini Kur'an Dili, İst. Ty.
- YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri C: 1, Manisa, 1982.
- ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İst. 2010.
- ZÖHRAP, Kirkor (ö.1915), Hukuk-ı Ceza, İst. 1325.



# KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNDE 6284 SAYILI YASA'NIN ROLÜ

*Prof. Dr. Nur CENTEL\**

## I. GİRİŞ

Her toplumda özellikle fiziki ve ekonomik yönden güçsüz olanlar şiddete maruz kalır. Bu iki özellik daha çok kadınlara ve çocuklara özgü olduğundan, şiddete maruz kalanlar da genellikle onlardır. Şiddet, bir kimseye karşı isteği dışında ve kasten acı duyuracak davranışlarda bulunulmasıdır. Şiddet sadece fiziki değil, sözlü, duygusal, cinsel ve ekonomik de olabilir. Konumuz kadınla sınırlı olduğundan, burada çocuklar açısından şiddete değinilmeyecektir.

Kadınlar şiddet ile ev içinde veya dışında, iş yerinde ya da eğitim kurumları gibi kamusal alanda karşılaşmaktadır. Hemen belirtelim ki, *kadına karşı şiddet* ve *kadına karşı ayrımcılık* birbiriyle kesişen veya bir arada bulunan olgulardır. Toplum kadınlar ve erkekler için sosyal olarak rol ve davranış biçimi kurgulamakta ve kadınlar toplumsal cinsiyete dayalı olarak, kadın oldukları için şiddete maruz kalmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının yasa önünde eşitliği güvenceleyen 10. maddesi, *Birleşmiş Milletlerin 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*'ne 1985 yılında katılmış olmamız, 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılan "Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme"yi imzalayıp onaylamamız ayrımcılığın ortadan kalkmasına yetmemiştir. Uygulamada şiddete tepki bilinci oluşturma konusunda ilerleme sağlanamamış olması, yasaların genel ve özel önleme işlevini yerine getirmesini engellemektedir.

## II. YASAL DÜZENLEMELER

Kadın şiddete karşı öncelikle Türk Ceza Kanunu'ndaki kasten öldürme, kasten yaralama ve cinsel saldırı gibi suç tanımlarıyla korunmaktadır.

Ceza Yasası'ndaki korumanın yanı sıra kadın, mekan olarak en sık maruz kaldığı ev içi şiddete karşı özel yasayla korunmak istenmektedir. Bu alandaki

---

\* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

ilk yasa 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun” olmuştur<sup>1</sup>. Yasa’nın ismi ailenin korunmasının ön plana alındığını göstermiştir. Aile kavramının geniş tutulmaması, konulan ismin Yasa’nın uygulama alanını sınırlandırması sonucunu doğurmuştur. 4320 Sayılı Yasa döneminde 2007 yılında yapılan değişiklikle sadece evli kadının değil, diğer aile bireylerinin de koruma kapsamına alınması şeklinde bir gelişme sağlanmıştır<sup>2</sup>.

4320 Sayılı Yasa’dan 14 yıl sonra, İstanbul Sözleşmesi’nin imzalanmasıyla birlikte yasa koyucu tekrar harekete geçmiş ve yeni bir Tasarı hazırlanmıştır: “Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunması Yasası”.

8 Mart 2012’de yine Tasarı’daki isme sadık kalınmayarak 6284 sayılı “Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” kabul edilmiştir<sup>3</sup>.

*Ev içi* şiddetin önlenmesi yerine ilk Yasa’da sadece ailenin korunması kavramına yer verilmesi, yeni Yasa’da ise yine ailenin korunmasının ön plana alınması ve ev içi şiddete değinilmemesi, yasaların amacıyla isimlerinin çelişmesi sonucunu doğuran ve uygulamayı da yasanın ismi yönlendirdiği için kadının korunmasını hedeflediğinden daha etkisiz kılan bir özellik olmuştur. Toplumdan önde gitmesi gereken yasa koyucunun konuyu “kadın odaklı” olarak ele almakta çekingen davrandığı görülmektedir.

İstanbul Sözleşmesi’nde toplumsal cinsiyet tanımlandıktan sonra kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, “kadına kadın olmasından dolayı uygulanan ve kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddet” anlamına geldiği belirtilmektedir.

### III. ŞİDDETE KARŞI ÖZEL YASAYLA SAĞLANAN KORUMA

#### 1. 6284 Sayılı Yasa Hükümleri

6284 Sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”da ev içi şiddete karşı **koruyucu ve önleyici** tedbirler öngörülmüştür. **Koruyucu tedbirlere karar verecek olan mülki amir veya hakimdir. Sınırlı hallerde kolluk amiri** de koruyucu tedbire karar verebilir ve mülki amirin onayına sunar (m.3; 4). **Önleyici tedbirlere hakim karar verebilir. Kolluk amiri yine sınırlı hallerde önleyici tedbire karar verebilir** (m.5). Kolluk ile mülki amire tedbir uygulama yetkisinin verilmesi yerindedir. Ancak, önemli olan bu yetkinin kağıt üzerinde kalmaması, hayata geçirilmesidir.

<sup>1</sup> Bak. 14.01.1998 Gün ve 4320 sayılı Kanun.

<sup>2</sup> 26.04.2007 Gün ve 5636 sayılı Kanun m.1.

<sup>3</sup> 08.03.2012 Gün ve 6284 sayılı Kanun. RG 20.03.2012 No.28239.

Koruyucu ve önleyici tedbirler çok çeşitli olmakla birlikte, kamuoyunda en çok bilinen tedbir, şiddet uygulayanın müşterek konuttan veya bulunduğu yerden **derhal uzaklaştırılması** ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesidir. Yasa'ya göre, şiddet ihbarını herkes yapabilir (m.7). Tedbir kararı ilk defasında en çok altı ay için verilebilir. Şiddetin devam edeceği anlaşılırsa tedbir devam ettirilir. Tedbir uygulanmasını ev içi şiddete maruz kalan kişi talep edebileceği gibi; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı da bu konuda başvuruda bulunabilir (m.8/1, 2). Başvurular için harç vs. alınmaz (m.20/1). Hakim, talep edilmese de, tedbir nafakasına hükmedebilir (m.5/4). Korunan kişiye geçici maddi yardım yapılabilir ve kişi sağlık sigortasından yararlandırılır (m.17/1). Gerekli ise korunan kişinin kimlik bilgileri gizlenir (m.8/6). Karar korunan ve şiddet uygulayan kişiye, ayrıca ilgili mercilere bildirilir (m.8/4; 10/1). Tedbir kararına karşı iki hafta içinde aile mahkemesine itiraz edilebilir (m.9; 10). Tedbir kararının infazı ve izlenmesi *şiddeti önleme ve izleme merkezleri* tarafından gerçekleştirilir (m.14; 15). Bakanlık kurumlar arası koordinasyonu sağlar (m.16).

6284 Sayılı Kanun m.13/1'e göre, hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi halinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hakim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur.

Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez (m.13/2).

Zorlama hapsi, CMK m.2/1-1'de tanımlanan disiplin hapsi niteliğindedir. Bu kavram, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önodeme yapılamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi ifade etmektedir.

## 2. 6284 Sayılı Yasa'nın Değerlendirilmesi

Kadını ev içindeki şiddete karşı etkili biçimde korumak amacıyla ilk olarak 1998 yılında 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Bu Yasa'ya göre, şiddet uygulayan eşe karşı tedbir uygulanacak ve tedbire uymayan eş, eylem başka bir suçu oluştursa bile, üç aydan altı aya kadar hapis cezasına çarptırılacaktı (m.1, 2). 2012 Yılında bu Yasa yürürlükten kaldırılmış ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu Yasa'da şiddet uygulanmasına karşı çeşitli tedbirler gösterilmiştir.

6284 Sayılı Yasa'da, Sözleşme'nin aksine olarak, kadın örgütlerinin kadına karşı şiddet davalarına katılmasına olanak tanınmamış, toplumsal cinsiyet kavramı ile ayrımcılık yapma yasağına doğrudan yer verilmemiştir.

6284 Sayılı Yasa, 4320 sayılı önceki Yasa'ya oranla daha etkili biçimde şiddetin önüne geçmek yerine, sığınma evlerine talebi artırmış görünmektedir. Medyadaki haberler ve politikacıların kadın haklarıyla ilgili açıklamaları mağdurların sığınma evi kavramını tanımalarına neden olmuştur. Bu kez sığınma evleri yetersiz kalmaya başlamıştır<sup>4</sup>. Türkiye'deki toplam 81 sığınma evine karşılık, nüfusu bizim onda birimiz olan Avrupa ülkelerinde de benzer sayıda sığınma evi bulunmaktadır.

Yasa'nın öngördüğü şiddeti önleme-izleme merkezlerinin 14 ilde açılacak olması, 7 gün/24 saat çalışılacak olması, 5 bin kadro verilecek olması henüz gerçekleşmiş değildir. Siyasi irade bunu *tek* bir şiddet önleme merkezi olarak ve 300 kadroyla sınırlı kılmış görünmektedir.

6284 Sayılı Yasa'da aile mahkemelerinde kadının nasıl korunacağını bilen uzman sosyal çalışmacılara yer verilmemiş olması, koruyucu tedbirlere karar verilebilmesi için şiddet uygulandığı hususunda delil veya belge aranmayacağına ilişkin hükmün önleyici tedbirler için öngörülmemiş olması (m.8/3), bir aile mahkemesinin kararına itirazın doğrudan başka aile mahkemesine yapılacağı olması (m.9), zorlama hapsine yer verilmiş olması (m.13) eleştiri konusudur. Ayrıca bu Yasa'da kadına kalacak güvenli yer sağlamaya, arabuluculuk ve uzlaşma yasağına da yer verilmemiştir.

#### IV. SONUÇ

Hukuk sistemimizde, Anayasa m.10 ve iç hukuka yansıtılmış bulunan uluslararası sözleşmeler kadın-erkek eşitliğini sağlamayı hedeflemektedir. Kadına karşı şiddetin önlenmesi konusunda başlıca, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki, pozitif hukuk kuralları etkin biçimde hayata geçirilmiş değildir. Toplumda kadınlar bir hukuk devletinden beklendiği biçimde insan haklarından ve insan haklarının gereği olan eşitlikten tam anlamıyla yararlanamamaktadır. Bunun nedeni, büyük ölçüde toplumda kadına toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcı bakış açısının yasal düzenlemelere paralel biçimde değişiklik gösterememesidir.

Gazetelerin yüzeysel biçimde taranmasıyla ortaya çıkan tablo şudur: Her gün ortalama 5-6 şiddet haberi basına yansıyor. Medyada “şiddetin fiziki haritası” çizilerek<sup>5</sup>; ülkemizde her beş kadından ikisinin şiddete maruz kaldığı belirtiliyor. Söz konusu haritaya (!) göre, en az (!) şiddet Batı Marmara'da (%25), en çok şiddet Kuzey Doğu Anadolu'da (%53) görülmektedir. Basında şöyle bilançolar yayınlanmaktadır: “10 ayda 216 kadın öldürüldü, 96 kadın yaralandı, 519

<sup>4</sup> “Sığınma Evlerine Koşullar”, Cumhuriyet Gazetesi, 6 Mayıs 2012.

<sup>5</sup> “Bu da Şiddetin Fiziki Haritası”, Hürriyet Gazetesi, 18 Nisan 2012.

kadın şiddet, taciz ve tecavüze maruz kaldı. 11 Ayda nefret cinayetleri sonucu 8 trans ve 1 gay birey yaşamını yitirdi”<sup>6</sup>; “2013 yılında 842 kadın öldürüldü”<sup>7</sup>.

Ne yazık ki soyut yasa hükümleri, doğal olarak 6284 sayılı Yasa da bu dehiset tablolarının derhal tersine çevrilmesini sağlamaya muktedir değildir. Ancak, önce 4320, halen 6284 sayılı Yasalar kuşkusuz topluma, kadına karşı şiddetin hoş görülmediği, onaylanmadığı mesajının verilmesine yararıdır. Şimdi önemli olan, toplumun ve kolluğun bu Yasa’yı benimsemesi ve kadının kocasının, sevgilisinin, babasının veya erkek kardeşinin malı olduğuna ilişkin geleneksel bakış açısından kurtularak yasanın etkin uygulamasında rol almasıdır.

Toplum, kadına karşı şiddeti olağan ve sıradan karşılamama yönünde bilinçlendirilmedikçe, medyaya yansıyan şiddet haberleri devam edip gidecektir. Ayrıca kadınların da şiddeti kabullenmeye yönünde bilinçlendirilmesi gerekmektedir. 26 Ülkede yapılan aile içi şiddet araştırmasında kadına karşı şiddetin hoş görüldüğü ülkeler sıralamasında Türkiye, Afrika ülkelerinin hemen ardından gelmiştir. Araştırmaya katılan kadınların yarısı kocaya haber vermeden dışarı çıkma, yemeği yakma, çocukları ihmal etme gibi durumlarda kocanın karısına şiddet uygulamasını haklı görmektedir<sup>8</sup>.

Son olarak belirtelim ki, kadına karşı şiddeti toplumda en az düzeye indirme, ilk planda kültürel gelişme ve erkek ya da kadın olsun, tüm bireylerin kadına bakış açısının geleneksel kalıplarından kurtulmaları ile sağlanabilir. Ancak, yasa hükümleri de şiddeti onaylamama ve kadın ayrımcılığını yok etme doğrultusunda düzenlenmelidir. Yasa koyucu kadını şiddete karşı koruma konusunda samimi davranmalı, uygulamacılar, şiddeti özendirme ve meşru gösterme izlenimini uyandıracak değerlendirmelerden kaçınmalıdır. Öte yandan, medya, şiddete ilişkin haberleri sınırlı biçimde kamuoyuna aktarmalı ve haberlerin verilmiş biçimi, şiddete özendirme ya da şiddeti meşru gösterme imajı yaratmamalıdır.

<sup>6</sup> Radikal Gazetesi, 11 Aralık 2012.

<sup>7</sup> Radikal Gazetesi, 18 Kasım 2013.

<sup>8</sup> “Aile İçi Şiddette Mosmor Olduk”, Hürriyet Gazetesi, 1 Mayıs 2013.





# NELUM CRIMEN SINE LEGE VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLER\*

*Prof. Dr. Şeref ERTAŞ\*\**

## 1. İLKENİN ÖNEMİ

Kanunsuz suç ve ceza olmaz (nelum crimen sine lege, nula poena sine lege) kuralı, Roma hukukundan beri tüm medeni toplumların ortak kuralı olmuştur. Bu kural tüm özgürlüklerin temelini oluşturur. Engizisyon devrinde dahi bu kuralın kutsiyeti kabul olunmuştur. Centel haklı olarak “günümüzde bu ilkenin anlamı sadece suç ve cezanın kanunsuz olamayacağı değildir, bu ilke aynı zamanda yasakoyucuya insan haklarının ve demokratik anayasal hakları ihlal eden ceza yasaları getirmeme yükümlülüğü getiren bir anlam taşımaktadır” dedikten sonra<sup>1</sup> bu ilkenin anlamı ve işlevinin üç yönlü olduğunu ifade etmektedir:

- “- bireylerin hangi davranışlarının suç oluşturduğunu ve bunların hangisinin karşılığında hangi cezaların öngörüldüğünü bilmelerine olanak sağlamak,
- hakimlerin bireyleri keyfi cezalandırmalarını önlemek,
- yasakoyucunun insan haklarına ve demokratik anayasal haklara ters düşen yasalar yapmasını engellemedir” diyerek bu ilkenin önemini vurgulamaktadır.

## 2. ÜLKEMİZDE BU İLKENİN AÇIKLI UYGULAMASI

Biz burada, bir Medeni hukuk öğretim üyesi olarak haddimizi aşmak suretiyle ülkemizde bu kuralın uygulaması ile ilgili çok genel bir değerlendirme yapmak istiyoruz. Bu yazıyı neden yazdığımıza gelince, bir defa Doğan Soysalan, benim 40 yıllık dostumdur. Bir cezacıya özel hukuk ile ilgili birşeyler yazmak içimden gelmedi. ve biliyorum ki değerli hocamızın, kanunilik ilkesi en sevdiği

---

\* Bir Özel Hukukçu olarak, saf ceza hukuku konusu sayılan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi üzerinde yazı yazma cesaretimin, kadim dostum Armağanın sahibi Doğan Soysalan'ın hatırı için hoş görüleceğini umuyorum.

\*\* Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza hukukuna Giriş s. 46, Konuyu felsefi açıdan inceleyen Montesquieu, Kanunların Ruhu adlı eserinde “Özgürlük yasaların izin verdiği herşeyi yapabilmektir. Yurttaş yasaların yasaklamadığı her şeyi yapabilir. Bireylerin özgürlüğünü sınırlayacak her şey yasalar da belirtilmelidir. Beldaş çevirisi s.232.

konulardan biridir. Hepsinden önemlisi, ülkemizin hapisaneleri, yazarçizer deposu olarak kullanmasıdır. Bu kişiler hapisanede sadece, hareket özgürlüğünden yoksun bırakılmazlar, yazmaktan, çizmekten ve hatta düşünmekten bile yasaklanmaktadırlar. Bir hapis cezası, mahkumunun özgürlük dünyasının ne kadarına kadar uzanacaktır? Bir çok değerli yazarımız, büyük eserlerini hapisanede, yönetimden gizli tuvalet kağıtlarına yazmak zorunda kalmıştır. Cumhuriyet tarihimizin en büyük şairi kabul olunan Nazım Hikmet, yaşamının dörtte birini hapiste geçirmiştir.

### 3. İLKENİN POZİTİF HUKUKUMUZDAKİ YERİ

Tanzimat fermanından itibaren<sup>2</sup> Türkiye “kanunsuz suç olmaz” ilkesini pozitif hukuk olarak benimsemiştir. Bütün Anayasalarımızda bu ilke vurgulanmıştır. Bu ilke Hukuk devletinin de temelini oluşturmaktadır. Bu ilkenin geçerli olmadığı ülke olsa olsa haydut devlet olabilir.

Sine poena lege ilkesi Anayasamızın 38. m.'sinde “kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Kimse suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilemez” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı ilke 5237 sayılı TCK. 2. m. de “Kanunda açıkça suç sayılmadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz” şeklinde tekrarlanmaktadır.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7/1 m.'sinde yer almıştır.

### 4. İLKENİN “KANUNSUZ CEZA OLMAZ” KISMI UYGULANMAMAKTADIR

Maksadımız bu ilkeyi burada şerh etmek değildir. Bu görev ceza hukuku uzmanı meslektaşlarımızdır. Ben burada bu ilkenin ülkemizdeki yanlış uygulanmasına dikkat çekmek istiyorum.

Crimen ve Poena sine lege kuralı esasında iki temel ilkeyi içermektedir.

- Kanunsuz suç olmaz
- Kanunsuz ceza olmaz.

Sorun bu ilkenin ikinci kısmının uygulamadaki yorumundan çıkmaktadır. Klasik ceza Hukuku kitaplarında konu sadece suçun unsurları bakımından incelenmekte, cezanın unsurları üzerinde durulmamaktadır.<sup>3</sup> Suçlar gibi cezalar da

<sup>2</sup> Centel, age s.52

<sup>3</sup> Örneğin blz. İzzet Özgeç, Türk ceza hukuku s.106 vd

tüm ayrıcı öğeleri ile yasada düzenlenmeli, mahkuma bu ceza öğeleri dışında veya bunları aşacak şekilde cezai yaptırımlar uygulanmamalıdır.

Türk Ceza Kanunu 45. m. suç karşılığı uygulanabilecek cezaları “hapis ve adli para cezası” olarak sınırlamıştır. Yani bir kişiye suç işlediği sabit olsa bile bu cezaların dışında bir ceza vermek mümkün değildir.

Değildir de bu hapis cezası nedir, ne anlama gelir, hapis cezasının yasal öğeleri nelerdir? Eğer bunun sınırlarını çizmezseniz hapis cezası ile mahkum bir kişi tüm özgürlüklerinden yoksun bırakılabilir.

Yasalarda hapis cezasının tanımı yapılmamıştır. Halbuki kanunilik ilkesi gereği suç gibi bu cezanın da tanımı yapılmalı, unsurları belirtilmelidir. Timur Demirbaş İnfaz Hukuku adlı eserinde, hapis cezasını “Failin işlediği suç karşılığı olarak kanunda öngörülen süre için özgürlüklerinden yoksun bırakılmasıdır” şeklinde tanımlamaktadır. İnsaf be meslektaşım, burada sadece süre mi önemlidir? Mahkum bu süre içinde tüm özgürlüklerinden mahrum mu edilecek. Burada yoksun bırakılacak özgürlüğün sadece failin hareket özgürlüğü olduğu yasal bir tanımla belirtilmelidir. Ancak o zaman nulam crimem sine lege ilkesi gerçekleşmiş olur.

İnsanların anayasalarda ve uluslararası belgelerde garanti altına alınmış temel özgürlükleri, renk skalası gibidir. Tek bir renkten ibaret değildir. Bir cezanın kişi bu skaladaki hangi renkten, temel hak ve özgürlükten yoksun bırakacağıının da yasal ceza tanımında düzenlenmiş olması lazımdır. veya bu yapılmamış ise sayın Ceza Hukuku hocaları bu görevi yerine getirmelidir. Renkler skalasından bir rengin çıkarılması, renk skalasını ortadan kaldırmaz. Cezalar da, özgürlükler skalasındaki hangi özgürlüğü sınırlandırdığı açıkça<sup>4</sup> belli değilse, Anayasanın 2. m.'sindeki devletin temelini oluşturan hukuk devleti amacına ulaşamaz.

Ceza Hukukçuların bu temel ilkenin daha ziyade kanunsuz suç olmaz ilkesi üzerinde durarak, yürütme organının yaptığı düzenlemelerle suç yaratıp yarata-mayacağı konusunu tartışmakta, cezaların içeriğini çok incelememektedir.

Alman Hukuku'ndan bir örnek olay vererek meselenin önemini ortaya ko-yalım. Tanınmış bir ressam hapis cezasına mahkum olur. İnfaz başladıktan sonra kendisine resim yapmak için malzeme ve ortam temini için hapisane yönetimine başvurur. Hapisane yönetimi talebi reddeder. Onlara göre hapis cezası, kişinin her türlü faaliyetten men edilmesi anlamına gelir, mesleki sanatsal faaliyetten yoksun olmak bu cezasının içindedir. Ressam mahkum bu karara karşı dava açar, ona göre hapis cezası mahkumu sadece hareket özgürlüğünden yoksun bırakan bir cezadır, mahkumun anayasa ile teminat altına alınmış diğer temel hakları, özgürlükleri devam eder, bunun içinde sanat ve bilim özgürlüğü de

<sup>4</sup> Aksi takdirde biz özel hukukçuların bu alana girmelerini hoşgörü ile karşılasınlar.

vardır. Hapishane yönetimi hukuka aykırı olarak kendisini bu özgürlükten yoksun bırakmaktadır. Mesele Alman Anayasa Mahkemesinin önüne kadar gider. Alman Anayasa Mahkemesi, hapis cezasının dar yorumlanması gerektiğine, sadece mahkumun hareket özgürlüğünün bu yolla kısıtlanmış olduğunu, mahkumunun anayasada teminat altına alınmış özgürlüklerini koruduğunu, bunları kullanmasının engellenmesinin anayasaya aykırı olduğuna karar verir.

Bizdeki uygulamada mahkum, infaz yönetimi uygun görmezse, yazamaz, çizemez, bırakın dizüstü bilgisayarını, bir kaleme dahi sahip olamaz. Sanki mülkiyet hakkı dahi ortadan kalkmıştır. 21 Şubat darbecilerinden Talat Aydemir, yargılandı ve darbeci olarak asıldı. Asılmadan önce darbe günlüğünü yazdı, bu günlüğü hapishane yönetiminden gizli tuvalet kağıdına yazdı, sonra bu günlük gizlice dışarı çıkarıldı ve basıldı. Bir çok büyük yazar en önemli eserlerini hapishanede yazmıştır. Almanya'da en fazla okunan baskı yapan Karl May'in, romanlarını hapishanede yazdığı bilinmektedir. Büyük mizah yazarımız Aziz Nesin, hayatının neredeyse yarısını hapishanede geçirmiştir. Hababam Sınıfı yazarı Rifat Ilgaz'ın başına gelenler malumdur. Bilinmelidir ki, hapis cezası, mahkumun sadece hareket özgürlüğünü kısıtlayan bir cezadır. Hapis cezası ile mahkum bir kişinin:

- Meslek ve sanatını icra etme özgürlüğü devam eder.
- Sağlık üzerinde özgürlüğü devam eder.
- Mülkiyet hakkı devam eder.
- Din ve vicdan özgürlüğü devam eder.

Bu nedenle nasıl bir mahkumunun dini, ibadet özgürlüğü devam ediyorsa, şiir yazma, roman yazma, resim yapma, sağlıklı yaşama özgürlüğü de devam eder. Topluma mal olmuş bir sanatçıyı, hapishanede sanatını icradan men etme, toplumu da onun yaratacağı sanat eserlerinden mahrum etmek anlamına gelir. Bir gazete köşe yazarı, tutuklandığı veya hapse mahkum edildi diye, köşe yazılarını yazması engellenemez. Hepsinden önemlisi insan sağlığı üzerindeki hakları. Balyoz ve Ergenekon davalarında bir çok tutuklu gereken tedaviler yapılmadığı için hayatını kaybetmiştir.

Anayasamızın 13. m.'si kişilerin temel hak ve özgürlüklerden ancak yasa ve hakim kararı ile yoksun bırakılacağını belirtmektedir. Bu bakımdan mahkum ve tutukluların, açık yasal dayanak ve hakim kararı olmadan bir temel hakkından yoksun bırakılması, hukuka aykırıdır, bunlara neden olan yargıçlar, ceza infaz yöneticileri en azından TCK'daki görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olduğu kabul olunmalıdır.

# TÜRK MİLLETİNİ, TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİNİ, DEVLETİN KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA

*Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI*

## GİRİŞ

Ülkemizin tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türk Ceza Hukuku'nun tartışmasız asli kaynağıdır.

Kanun koyucular, ceza normu koyarken, uygulamacılar, normu yorumlar-ken; söz konusu sözleşmenin hükümlerini, bunları ete-kemiğe büründüren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarını, savsaklamamak, göz ardı etmemek zorundadırlar.

Burada, tarihi süreç de göz önünde tutularak, TCK'nın 301. maddesi hükümü incelenmeye çalışılacaktır<sup>1</sup>.

## 1. KANUNUN DÜZENLEMESİ

Herkes; düşünme, vicdan ve din hürriyetine; ifade hürriyetine; resmi makamlar karışmaksızın, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, haber ve düşünce almak ya da vermek; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklamak ve yaymak hakkına sahiptir (AİHS m. 9, 10; Ay. m. 24, 25, 26, 27, 28, 29).

Öyleyse “görev ve sorumluluk” bilinci altında, yönetenin eylem ve işlemleri hakkında, haber ve düşünce almak ya da vermek veya eleştirilerde bulunmak, tartışmak, değerlendirmek herkesin temel insan hakkı olmaktadır.

Ancak, bu hakkın ne olduğu, kapsamının ve sınırlarının neden ibaret bulunduğu Aydınlanma döneminden bu yana, özellikle liberal-demokratik Devlet düzenlerinde tartışma konusu olmuştur. Doktrinde, eleştirmenin, tartışmanın hiçbir adla yasaklanamayacağı, sadece Ulusun, Devletin, Devletin temel kurum ve organlarının alenen tahkir ve tezyifinin yasaklanabileceği ifade edilmiştir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> İş bu çalışma, ileride yayınlanması düşünülen bir genel eser çalışmasından alınmıştır. Bu nedenle, başvurulan bir kısım eserlerin kimlikleri, zaten konuya yakın kişiler bakımından maruf oldukları düşünülerek, orada kısaltıldıkları biçimde bırakılmışlardır.

<sup>2</sup> Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 55, 59.

Gerçekten, bu doğrultuda olmak üzere, Zanardelli Kanunu, 123. maddesinde “Ayan ve Meb’usan Meclisinin” sadece “alenen tahkir ve tezyifini” ve “devletin meşrutiyet müesseselerinin” sadece “alenen tahkir ve tezyifini” suç saymış, “tenkit” ve münakaşa serbestisini” korumuştur.

İCK, İtalyan Cumhuriyeti Anayasası’nın temel kurumlarını göz önünde tutarak, 290. maddesinde, cumhuriyeti, yasama meclislerini veya bunlardan birini, hükümeti, Anayasa Mahkemesi’ni, Yargı erkini veya Devletin silahlı kuvvetlerini ve 291. maddesinde İtalyan ulusunu, Zanardelli Kanunu’na benzer olarak sadece alenen tahkir (vilipendio/ vilipendere<sup>3</sup>) etmek, fiilini suç saymaktadır.

Zanardelli Kanunu’ndan ve İCK’ undan mülhem, mülga 765 sayılı Kanun, birçok kez değişik, 159. maddesinde, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini, alenen tahkir ve tezyif etme” ve “Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövmek” fiillerini suç saymıştır.

5237 sayılı Kanun, 2008-5759/1 sayılı Kanunla değişik 301. maddesinde, kadim doktrin doğrultusunda “malumun ilamı” olarak “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” hükmüne yer vererek, Zanardelli Kanunu, İCK ve 765 sayılı Kanunun düzenlemesine paralel bir düzenleme yapmış, suçun Aydınlanmadan gelen özgün yapısını korumaya özen göstermiştir. Kanun, “vilipendio” / “vilipendere” / “tahkir ve tezyif etmek” veya “tahkir etmek” ifadesini “aşağılamak” ifadesi ile karşılamıştır<sup>4</sup>. Tahkir, sözlükte, aşağılatma, onur kırma, onuruna dokunma; tahkir etmek, aşağılatmak, onur kırmak<sup>5</sup> olarak tanımlanmıştır. Herhalde, sövmek de, aşağılamaktır.

Gerekçede yer verilen çelişkili açıklama dikkate alınmaksızın, suçun tanımında yer verilen “aşağılamak” fiili, “vilipendere” fiilinin Türkçe karşılığı olan, tahkir etmek, küçümsemek, aşağılamak, küçük düşürmek, hor görmek olarak anlaşılmalıdır.

<sup>3</sup> Bonelli, Lessico Italiano-Turco, Roma 1952, s. 321; Tanış, vilipendere’ nin, Türkçesinin, küçümsemek, aşağılamak, küçük düşürmek, hor görmek anlamına geldiğini ifade etmektedir. (İtalyanca-Türkçe Büyük Öğretici Sözlük, C. II, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 1008).

<sup>4</sup> Gerekçede, “Aşağılamak, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan “tahkir ve tezyif” kavramı karşılığında kullanılmıştır. Hakaret ancak gerçek kişilere karşı işlenebilen bir suç olduğu için 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çeşitli suç tanımlarında kurum veya kuruluşlarla ilgili olarak “aşağılama” kavramına yer verilmiştir. Zayıf düşürmek anlamına gelen “tezyif” sözcüğüne suçun tanımında ayrıca yer verilmemiştir” görüşü ifade edilmiştir (Bkz. Yaşar-Gökcan-Artunç, Türk Ceza Kanunu, VI, s. 8304). Ancak, gene gerekçede, “Bu hüküm karşısında iktidarın tahkir ve tezyifi halinde” denerek (Bkz. Age, s. 8301) denerek çelişkiye düşülmüş olmaktadır.

<sup>5</sup> Türkçe Sözlük, TDK., 2. S.2114

301. maddede, suç, dört fıkra halinde düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını; ikinci fıkrada, Devletin askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama” suç sayılmıştır. Üçüncü fıkrada eleştirme amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmadığı belirtilmiş; dördüncü fıkrada suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanı’nın iznine bağlanmıştır.

301. maddesinde öngörülen suç, yapısal olarak, İCK’nın 290 ve 291. maddesinde öngörülen suçla, benzerlik göstermektedir. Suç incelenirken, İtalyan doktrini ve uygulaması, göz ardı edilmeyecektir.

## **2. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR**

Kanun, faili “aşağılayan kişi” olarak ifade etmiştir.

Öyleyse, herkes, suçun faili olur.

Vatandaş veya yabancı, suçu yabancı ülkede işlediğinde, kendilerine Türk kanunları uygulanır (m. 13). Kanun, mülga 765 sayılı Kanundan farklı olarak, suçu yabancı bir ülkede bir Türk’ün işlemesini, cezayı etkileyen bir neden saymamaktadır.

Hukuki konu, suçun kanunda yer aldığı bölümün başlığından da anlaşıldığı üzere, Devletin egemenliğinin veya aynı şey erklerinin ifadesi olan kurumların, saygınlığının korunmasına ilişkin kamusal yarardır. Doktrinde, cezai himayenin konusunun, Devletin itibarının, açıkçası Devletin anayasal temel kurumlarının saygınlığının korunması olduğu ifade edilmektedir<sup>6</sup>.

Suçun mağduru, ulusal ve uluslararası hukukta bir kamu tüzel kişisi olarak Devletin kendisi, Devletin aşağılanan kurumudur.

Suçun maddi konusu yoktur. Kanun, cezai himayenin konusu kurumlar yönünden, salt aşağılamada bulunma fiilinin kendisini zararlı veya tehlikeli saymaktadır.

## **3. FİİL**

Kanun, fiili, birinci fıkrada, “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin Yargı Organlarını” ve ikinci fıkrada, “Devletin askeri veya emniyet teşkilatını” alenen aşağılamak olarak tanımlamaktadır.

<sup>6</sup> Fiandaca-Musco, *Dirittopenale*, s. 79; Antolisei, *Manuale*, II, s. 1020; Manzini, *Trattato*, IV, s. 574. Yaşar-Gökcan-Artuç, *Ceza Kanunu*, VI, s. 8313; Bkz., Erem, *Ceza Hukuku*, HH., s. 130.

Kanun, “Türk milleti” diyerek, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin insan unsurunu cezai himayenin konusu yapmaktadır. İnsan unsurunu, bir değer olarak, olası saldırılardan korumayan bir devlete, ne dün, ne de bugün rastlanmış değildir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin insan unsuru, Türk Milleti’dir. Türk milleti, dünü, bugünü ve yarınıyla, “Din ve ırk farkı gözetilmeksizin Türk ıtlak olunan” Anadolu Ahalisi’dir<sup>7</sup>. “Türklük” gerekçeye de bakılarak<sup>8</sup> ırkçı yorumlara konu olduğu içindir ki, 2008/5759 Kanunla maddeden çıkarılmış, yerine Türk Milleti<sup>9</sup> terimi konulmuştur. “Türk ıtlak olunan” Anadolu ahalisi, tarihinden gelen tüm farklılıklarıyla, hiçbir ayırım yapılmaksızın, cezai himayenin konusudur.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasa’nın başlangıcında, 1, 2, 3 ve 4. maddelerinde tanımlanan ve nitelikleri gösterilen devlettir. Bu, demokratik, laik, sosyal hukuk devletidir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin Yargısı, Kuvvetler ayırımı temelinde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel kurumları, kendilerinde egemenliğinin tezahür ettiği organları olarak, Anayasasında ifadesini bulan Yasama, Yürütme ve Yargı erkidir. Himaye edilen, erkin kendisidir. TBMM komisyonları, çalışma birimleri, bakanlıklar, hükümet olan siyasi parti veya partiler, idare, idari teşkilatlar himayenin konusu dışındadır<sup>10</sup>. “Devletin Yargı Organı” ifadesinden maksat, mahkemelerdir. Savcılık bu kavram içinde düşünülmektedir<sup>11</sup>.

Denmese de, Kanun koyucunun, mülga 765 sayılı Kanunun 159. maddesi ve 301. madde hükmünün imalinde, İCK’nın 290. maddesi hükmünden yararlanmış olduğu açıktır. Bu kanunun “*Forsearmatedello Stato o quelledelleliberazione*”<sup>12</sup> hükmü, 765 sayılı Kanunda “Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetleri” olarak dilimize aktarılmıştır. Her iki kanunda “teşkilat” terimi yoktur. “Milli savunma” ve bu bağlamda “Silahlı kuvvetler” kendisinde “egemenlik erkinin” somutlaştığı, Anayasa’da yer verilen (m. 117)

<sup>7</sup> 1924 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 68.

<sup>8</sup> “Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri toplumlara da kapsar”. Ekdemir, Ceza Kanunu, s. 445

<sup>9</sup> Kanun, gerekçesinde, genelde siyaset bilimi, hukuk kitaplarında geçen Millet’in sübjektif anlayışı, yani kültür milliyetçiliği tanımı ile “Türk milleti” terimini açıklamaya çalışmış, ancak açıklama, milletin olmuş ama, Türk milletinin tanımı olmamıştır. Gerekçe için bkz., Özgenç, Ceza Hukuku Mevzuatı, s. 542.

<sup>10</sup> Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 1022;

<sup>11</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 134

<sup>12</sup> Manzini, “liberazione” kuvvetlerinin, ikinci Dünya Savaşında, işgalci Almanlara karşı savaşan gerillalar ve gönüllü kuvvetler olduğunu belirtmektedir. Trattato, IV, s. 585



Devletin vazgeçilmez, temel kurumudur. Burada, himayenin konusu “askeri teşkilat” değildir, bir kurum, bir müessese olarak Devletin silahlı kuvvetlerin kendisidir. Silahlı kuvvetler, Genel Kurmay Başkanlığı komutası altında, Kara Kuvvetleri, Hava Kuvvetleri, Deniz Kuvvetleri ve Jandarma Genel Komutanlığıdır<sup>13</sup>. Tesisler, muayyen bir birlik karakol, rütbesi ne kadar üst olursa olsun Komutan hükmün kapsamı dışındadır<sup>14</sup>.

Devletin “asayiş” teminle görevli silahlı kuvvetleri, yani kolluk, polis Devletin zorunlu, temel bir kurumu olarak, cezai himayenin konusu olabilmektedir. Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nde, asayiş teminle görevli silahlı kuvvet, kolluk, Polis kurumu (PVSK. M. 1) olmaktadır. Bu demektir ki, burada, cezai himayenin konusu, teşkilât olarak emniyet değildir, kurum olarak emniyettir. “Emniyet teşkilâtı” ifadesinden, Devletin, varlık nedeni olarak, asayiş temin eden organı, Kolluk anlaşılmalıdır. Emniyet teşkilatı, müdürlükler, amirlikler, diğer kolluk birimleri, ör. çevik kuvvet, karakol hükmün kapsamı dışındadır.

Himaye kanunda olanla sınırlıdır, genişletici yorumla sayı artırılamaz<sup>15</sup>. Kanun, bunları “alenen aşağılamak” fiilini suç sayılmaktadır. Aşağılama fiili, “özel hayatın ve hayatın gizli alanı” dışında işlenmiş olduğunda, alenidir. İCK., m. 266/son, Ceza kanununun uygulanmasında, basın ve yayın yoluyla veya kamusal yahut kamuya açık bir yerde ve birçok kimse önünde ya da çok kimse-nin katılması için yapılan veya amacı ve konusu bakımından özel toplantı niteliğinde olmayan toplantılarda yapılmış olan fiilleri alenen yapılmış fiil kabul etmektedir. Doktrinde, aleniyetin, ileri sürülenin aksine<sup>16</sup>, bir cezalandırılabilme şartı olmadığı, fiilin bir unsuru olduğu kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Silahlı Kuvvetlerin büyük bölümünün (Kara, Hava, Deniz) madde hükmüne dâhil olduğu aşikârdır. Esasen bunlar silahlı kuvvetlerin unsurları değil, silahlı kuvvetlerin muayyen bir hareket şeklini ifade eder. Bu kuvvetlerden birine hakaretin silahlı kuvvetlerin hepsine sirayet etmeyeceğini düşünmek de kabil değildir. Genelkurmayın bir askeri heyet sayılması doğru olmaz, cezi himaye yönünden Genelkurmay, silahlı kuvvetleri temsil eder. Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 134. Ancak, Antolisei, İtalyan hukukunun gerekleri yönünden, silahlı tek bir kuvvetin, örneğin Jandarma, cezai himayenin dışında olduğu kanaatindedir, Manuale, Ps., II, s. 1022,.

<sup>14</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 134: “Silahlı Kuvvetlerin büyük bölümünün (Kara, Hava, Deniz) madde hükmüne dahil olduğu aşikârdır. Esasen bunlar silahlı kuvvetlerin unsurları değil, silahlı kuvvetlerin muayyen bir hareket şeklini ifade eder. Bu kuvvetlerden birine hakaretin silahlı kuvvetlerin hepsine sirayet etmeyeceğini düşünmek de kabil değildir. Genelkurmayın bir askeri heyet sayılması doğru olmaz, cezi himaye yönünden Genelkurmay, silahlı kuvvetleri temsil eder”.

<sup>15</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 132

<sup>16</sup> Manzini, Trattato, V, s. 589

<sup>17</sup> Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 1022; Fiandaca-Musco, Dirittopenale, Ps., I, s 80

Aşağılamak, iradi bir düşünce açıklamasıdır. Bir ifadeye yüklenen anlamdır. Dilde, aşağılamak, değerinden düşük göstermek, küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek anlamındadır. İCK'nın fiil için kullandığı "vilipendere" terimi, dilimize, "tahkir etmek" olarak çevrilmiştir<sup>18</sup>. Bu konuda, gerekçede, yer verilen açıklama<sup>19</sup> geçerli değildir. Tahkir, dilde, aşağılama, onur kırma, onuruna dokunma; tahkir etmek, aşağılamak, onur kırmak anlamındadır.

Aşağılamak, bir ifade üzerine verilen bir değer hükmüdür. Bir ifadenin aşağılama olup olmadığını belirlemek hâkimin işidir.

Madem düşünce açıklamasıdır, aşağılama, ör., söz, yazı, işaret, çizgi yontu, vs., her çeşit ifade ve basın, medya, duvar yazıları, sinema, tiyatro, konser, sergi, vs., her çeşit iletişim aracıyla gerçekleştirilebilir.

Maddede, birinci ve ikinci fıkrada, tahdidi olarak sayılan kurumlardan birinin alenen aşağılanması ile birlikte suç oluşmuş olur. Aleniyet fiilin unsuru olduğundan, özel hayatın ve hayatın gizli alanı içinde işlenmiş olan aşağılama fiili, suç oluşturmaz. Maddede, himayenin konusu kurumların çokluğu, suçu, seçimlik hareketli bir suç yapmaz. Her bir kurumun alenen aşağılanması ayrı bir suçtur. Bir ifadede, ör., söz, yazı, vs., birden çok kurumun tahkir edilmiş olması bir suça değil, birden çok suça vücut verir.

Suç, ani suçtur, kural olarak icra hareketi ile işlenir. Ancak, doktrinde, ender de olsa, suçun ihmal hareketiyle de işlenebileceği ileri sürülmektedir<sup>20</sup>.

Doktrinde, aksi de söylenmekle birlikte<sup>21</sup>, aleniyeti gerektirdiğinden, bu suça teşebbüs olmaz.

Aynı gerekçeyle, azmettirme dışında suça iştirak olmaz. Birden çok kimse- nin, aşağılama içeren bir afişi birlikte, ör., bir meydana asmaları halinde, birlikte hareket edenlerden her biri, suçun işlenmesine yardım eden değil, suçun failidir.

Bu suçta, fikri içtima, olmaz.

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, bir kişiye karşı, ör. TBMM., Türkiye Cumhuriyet Hükümeti, birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç söz konusu olabilir. Kanun, 23/2. madde hükmünde, aynı suçun birden fazla kişiye karşı bir fiille işlenmesi durumunda da zincir-

<sup>18</sup> Bonelli, Lessico Italiano-Turco, Roma, 1952, s. 321

<sup>19</sup> Gerekçe, Özgenç, Ceza Hukuku mevzuatı, s.542

<sup>20</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 589, ayrıca dnt., 1.

<sup>21</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 589; Fiandaca-Mosca, Dirittopenale, Ps., I, s. 80: Teşebbüs, sadece hareket parçalara bölünebildiği takdirde mümkündür.

leme suçun olduğunu kabul etmektedir. Burada, “kişi” terimini, daraltarak yorumlamayı haklı kılan bir durum yoktur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, TBMM., Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Silahlı Kuvvetler, hak ve fiil ehliyetine sahip, kamu tüzel kişileridirler. Bu durumda, bir fiille, ör., bir sözde, bir yazıda, daha somut olarak ör., bir meydana asılmış olan bir afişte, birden çok kurum aşağılandığında, bu hüküm karşısında, fiilin tek olduğu kabul edilirse, birçok suçtan değil, ama herhalde zincirleme suçtan söz edilmesi gerektiği düşünülebilir.

#### 4. HUKUKA AYKIRILIK

Kanun, himayenin konusu ile mutlak sınırlı olarak, belirttiği kurumlarının (istituzione) kendisinin, bizzat erkin, alenen aşağılanmasını, dolayısıyla onların olması gereken saygınlıklarının ihlalini suç saymaktadır.

Devletin organlarının ve organ yerindeki kişilerin eylem ve işlemlerini eleştirmek, bunlar hakkında bilgi ve haber vermek herkesin hakkıdır. Eleştirmek, kimseye, Devletin organlarını ve organ yerindeki kişileri tahkir etmek hakkı vermez. Tenkit ile tahkir aynı kavram değildir. Bunların aynı fiilde yer almaları mümkünse de birinin diğerini masnetmesi mümkün değildir<sup>22</sup>.

Ancak, erkin kendisi, kurum, mahiyetinin gereği olarak, eleştirinin konusu olmaz. Eleştiride bulunma hakkı, Devletin egemenliğinin ifadesi olan temel kurumlarının kendileri dışında, o kurumlarının ve kurumlarda görevli kişilerin eylem ve işlemlerine ilişkindir.

Böyle olunca, ör., onursuz millet, Katil Devlet, hırsız hükümet, askeri kuvvet değil, eşkıya sürüsü, aşağılık Türk yargısı, vs., şeklindeki düşünce açıklamaları, Devletin organının veya organı yerindeki kimsenin bir eylem veya işleminin eleştirisi değildir, Devlet’in, 301. madde hükmü ile korunan erklerinin, erk olarak aşağılanmasıdır.

Gerçekten, Aydınlanma Çağından bu yana, evirilerek gelen liberal-demokratik Devletlerde, Devletin organlarının, organı yerindeki kişilerin eylem ve işlemlerini, organın kendisine ve kişinin şahsına dokunmadan, değerlendirmek; bu anlamda beğenmemek, hatta yermek, işlemin geri alınmasını, kaldırılmasını, değiştirilmesini istemek, kişinin, sorumluluk gerektiren hem hakkı hem de görevidir. Kimse, kanunları, kararları, yönetenlerin eylem ve işlemlerini beğenmeye mecbur değildir.

Kanun, söz konusu işte bu hakkı, üçüncü fıkrada, “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” diyerek, zaten mevcut olan genel bir hu-

<sup>22</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 135

kuka uygunluk nedenine<sup>23</sup> (m. 26, Ay., m. 25, 26), malumun ilamı olarak, tekrar işaret etmiş olmaktadır<sup>24</sup>.

AIHS 'in tarafı ülkelerde, elbette ülkemizde, eleştirinin ölçüsü, AIHM'in kararlarında ifadesini bulan ilkelerdir.

## 5. KUSURLULUK

Suç kastla işlenir.

Özel kastın da olması gerektiği ileri sürülmekle birlikte<sup>25</sup>; genelde, genel kastın olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>26</sup>. Kast, failin, fiilinin, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını, alenen aşağıladığını bilmesi ve istemesi iradesidir.

Failin kullanmak üzere hazırlamış olduğu, ancak özelinde tuttuğu, ör., Türkiye Cumhuriyeti Devletini aşağılayan bir afişi, iradesi dışında, başka bir kimsenin, görülebilecek bir yere asarak alenileştirmiş olması halinde, failin fiilinde kusurlu olduğu söylemez. Burada, fiilinde kusurlu olan, içini bildiği afişi, isteyerek herkesin görebileceği bir yere asan, dolayısıyla aşağılamayı alenileştirmiş olan kimsedir.

Bu suçta fiili hata olmaz. Failin, düşüncesini açıklarken, tahkir amacı ile değil de, eleştiri amacı ile hareket ettiğini zannetmiş olması, hukuka uygunluk nedeninde hataya düşmüş olması olmaz, fiilinden sorumlu olur.

## 6. SUÇUN SORUŞTURULMASI

Kanun, 4. fıkra hükmünde, bu suçtan dolayı soruşturma yapılmasını (CMK. m. 2/1, f) Adalet Bakanı'nın iznine bağlamıştır.

Madem "soruşturma" kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi (CMK. m. 2, 1, e) ifade

<sup>23</sup> Aksi düşünce, Gerekçe, Özgenç, Ceza Hukuku Mevzuatı, s.542

<sup>24</sup> Gerekçede (Özgenç, Ceza Hukuku Mevzuatı, s. 542, 543) "ifade özgürlüğünün doğal sonucu olarak, eleştiri hakkının kullanılması suretiyle açıklanan düşünceler suç oluşturmaz". "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları ile askeri ve emniyet teşkilatında görev yapan kamu görevlilerinin eleştirilmesini bu kurumların saygınlığını zedeleyici davranışlar olarak değerlendirilmemesi gerekir. Keza bu kurumlarda görev yapan kişilere hakaret edilmesi halinde bu madde hükümleri değil, Türk Ceza Kanununun kamu görevlisine hakaret suçuna ilişkin hükümlerin göz önünde bulundurulacağı aşikârdır" denmektedir.

<sup>25</sup> Manzini, Trattato, s. 590; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 136

<sup>26</sup> Antolisei, Manuale, PS., II, s. 1022; Fiandaca-Musco, Dirittopinale, PS., I, s. 80; Artuk, Türk-lüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu, TBBD., S. 70, 2007, s. 233; Sancar, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2004, s. 188; Tosun, TCK 159. Madde-si ve Basın Hürriyeti İlişkisi, YD., 1980, S.4, s. 466

etmektedir, Cumhuriyet savcısı, suç şüphesini öğrendiğinde, soruşturma sürecini başlamadan önce, suç şüphesi konusunda bilgi vererek, soruşturulması konusunda Adalet Bakanı'nın iznini almak zorundadır. Cumhuriyet savcısının izin alınmadan başlattığı soruşturma yok hükmündedir. Sonra alınan izin, yoku var etmez.

Suçun soruşturulması, Cumhurbaşkanı'nın iznine bağlanmak istenmiş ancak, Adalet Bakanı'nın iznine bağlanması uygun görülmüştür<sup>27</sup>. Her iki yol da sakıncalıdır. Adalet Bakanı siyasi bir kişidir. Uygulamalar, özellikle siyasi kriz dönemlerinde, keyfiliğe yol açabilir. Keyfilik, kanun önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlalidir. Kanunun düzenlemesi, yukarıda belirttik, İCK'nın düzenlemesiyle örtüşmektedir. Bu Kanun, suçun takibinde, izine yer vermemiştir.

Esasen Cumhuriyet savcısına güvensizliği ifade eden, teknik olarak hiç bir gereği olmayan, üstelik keyfiliğe yol açabilecek olan mevcut düzenlemenin, kısa sürede giderilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz.

## **7. CEZA**

Fiili sabit olduğunda, fail, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bugün, bu suçta, failin, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılması genelde uygun görülmemektedir. Nitekim, İCK., suç için, daha önce altı aydan üç yıla kadar ağır hapis cezası (reclusione) öngörmüşken, son değişiklikle, 1000 avro'dan 5000 avro'ya kadar ağır para cezası öngörmüş bulunmaktadır.

## **8. SONUÇ**

Uygulamacılar, 301. madde hükmünü uygularken, AIHM'in konuya ilişkin kararlarını mutlaka göz önünde tutmak, AIHS' inin 9. ve 10. maddeleri hükmünü sağlamayan uygulamalardan özenle kaçınmak zorundadırlar.

Hukukta "kabadayılığın" yeri yoktur. İnsanları susturmak, tarihte, Devletlerin zararına olmuştur.

---

<sup>27</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, I, s. 544



# TÜRK HUKUKU'NDA TERÖRLE MÜCADELENİN HUKUKİ BOYUTU\*

*Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ\*\**

## ÖZET:

Ülkemiz uzun süredir terör sorunu olan ülkelerden biridir. Bu sorun ile önceki yıllarda öncelikle özel mahkemeler kurulmak suretiyle mücadele edilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulduğunu görmekteyiz. Devlet Güvenlik Mahkemelerinden sonra da bu alanda özel mahkemeler kurulmuştur ve halihazırda da özel mahkeme olmasa da, özel yetkili mahkemeler bir müddet ülkemizde görev yapmıştır. Bilahare sıkıyönetimi takiben olağan üstü hal uygulamaları çerçevesinde getirilen özel düzenlemelerle terör suçlarına ilişkin ayrıık hükümler getirilmiştir. Bu çerçevede atılan en önemli adım Terörle Mücadele Kanunu'nun çıkarılmasıdır. 1992 yılından beri devam eden ceza hukukunun insan hakları ile uyumlulaştırılması çabalarında da daima gündemde olan husus terör alanında hangi istisnaların tanınacağı olmuştur. Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan değişikliklerle bu istisnalar önce o ana kadar hukukumuzdaki en asgari düzeye indirilmiş ve sonradan da kaldırılmıştır. Bu çerçevede yeni bir gelişme olarak Terörizmin Finansmanına ilişkin bir kanunun çıkarıldığına dikkat çekmek isterim. Bugün yabancı ülke hukuklarıyla ülkemiz terörle mücadele hukuku karşılaştırıldığında, ülkemiz hukukunun, terörle bizzat mücadelenin devam etmesine rağmen, bir çok AB üyesi ülkeden dahi liberal olduğu tespitini yapmak mümkündür.

---

\* Bu çalışma, Türkiye Adalet Akademisi tarafından 30-31 Ekim 2013 tarihlerinde İstanbul'da düzenlenen Terörizmle Mücadelede Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Uluslararası Sempozyumu'nda sunulmuş olup, Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan son değişikliklere göre güncellenmiştir.

\*\* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

## GİRİŞ

Terör suçları, hazırlanışı, işlenişi ve etkisi bakımından özel suçlardır. Teröristler de aldıkları yoğun eğitim nedeniyle adi suçlulardan farklıdır. Dolayısıyla, bu suçlarla mücadele için, suç öncesinde, soruşturma, kovuşturma ve infaz aşamasında özel kurallara ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu nedenle de, özellikle ceza muhakemesi hukuku alanında düzenlemeler yapılması gerekebilmektedir<sup>1</sup>.

Soğuk savaş sırasında, devletin güvenliği ön plandaydı ve bunun için bireysel hak ve özgürlükler kolayca feda edilebiliyordu. Ancak soğuk savaşın sona ermesiyle birlikte insan odaklı, sivil toplum ve medya denetimine açık, demokratik kurumları önemseyen bir güvenlik anlayışı ön plana çıkmıştır<sup>2</sup>. Bu anlayışta, güvenlik sektörü de sivil katılım ve denetime açık, şeffaf ve hesap verebilir, hukukun ve sivil otoritenin üstünlüğünü tartışmasız kabul eden bir biçime bürünmüştür<sup>3</sup>.

## KURUMSAL YAPI

Anayasamızın devletin temel amaç ve görevleri başlıklı 5. maddesine göre, ülkenin dış ve iç güvenliğinin sağlanması devletin en temel fonksiyonlarından. Anayasa'nın 117. maddesine göre, milli güvenliğin sağlanması ve silahlı kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanması Bakanlar Kurulu'nun sorumluluğundadır.

Son elli yıldır Türkiye'nin iç güvenlik sisteminde köklü değişiklik içeren herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır. İç güvenlik sistemi 1950 öncesinde çıkarılan kanunlarla düzenlenmektedir<sup>4</sup>. Örneğin, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a göre, yurdun iç güvenliği ve asayişin sağlanması, kamu düzeni ve genel ahlakın korunması bu kanunla düzenlenmektedir (md. 1). 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu da ülkenin emniyet ve asayiş işlerinden içişleri bakanının sorumlu olduğunu, bakanın bunu Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı ile sağlayacağı ve gerektiğinde de ordu kuvvetlerinden yararlanılabileceğini düzenlemektedir.

Terörle mücadele konusunda ülkemizde tek ve yetkili sorumlu olacak, başarı ve başarısızlığın hesabını kamuoyu ve siyasi iradeye verecek, planlamadan örgütlemeye, istihbarattan operasyona kadar geniş yetkilerle donatılmış bir kurum bulunmamaktadır<sup>5</sup>. Terörle mücadele alanında çok sayıda aktörün yetkili olduğu görülmektedir.

---

<sup>1</sup> Yıldırım, 57.

<sup>2</sup> Çapar, 18.

<sup>3</sup> Çapar, 19, 20.

<sup>4</sup> Çapar, 98.

<sup>5</sup> Çapar, 139.



Uygulamada bu aktörler arasında koordinasyon probleminin çıktığı da devamlı ifade edilmektedir. Terörle mücadele karmaşık bir örgütsel yapıyla yürütülmektedir. Bir iç güvenlik sorunu olarak terörle mücadele yukarıdaki yasal düzenlemeler karşısında İçişleri Bakanlığı'nın görevi olmak gerekir. Ancak 1990'lı yıllardan beri Türk Silahlı Kuvvetleri'nin de verilen yasal yetkiye bağlı olarak iç güvenlik alanında mücadele verdiği görülmektedir. Bu birliklerin İçişleri Bakanlığı'na bağlı olan birimlerden farklı bir komuta zincirine sahip olması, terörle mücadeledeki karmaşayı artırmakta ve koordinasyonu zorlaştırmaktadır. Yine bu alandaki başka aktör olan Milli İstihbarat Teşkilatı da Başbakanlığa bağlı olarak görev yapmaktadır. Bu durum, yetki ve sorumluluk karmaşasına yol açmaktadır<sup>6</sup>.

İçişleri Bakanlığı'na bağlı olan Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde Terörle Mücadele Dairesi Başkanlığı görev yapmaktadır. Bu dairenin tarihi, 1924 yılında kurulan ve devletin güvenliğine yönelen her türlü tehdit ile yıkıcı faaliyetlerle mücadele için görevlendirilmiş olan 1. Şube'ye kadar uzanmaktadır. Bu şube 1937 yılında Güvenlik Dairesi Başkanlığı bünyesinde yıkıcı faaliyetler şubesine dönüştürülmüş; silahlı terörün artması, özellikle PKK tehdidinin hayati bir önem kazanması nedeniyle, bu şube 1986 yılında Terörle Mücadele Hareket Dairesi Başkanlığı'na dönüştürülmüş, 2008'de de dairenin ismi Terörle Mücadele Daire Başkanlığı olmuştur.

Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde ayrıca Özel Harekat Dairesi Başkanlığı da operasyonel bir birim olarak terörle mücadele etmektedir.

Bütün bunların dışında yine EGM bünyesinde İstihbarat Dairesi Başkanlığı'nın da terörle mücadelede görev aldığı görülmektedir. Yine köy korucularını da terörle mücadele eden organizasyonlar arasında saymak gerekir.

Belirtilen bu koordinasyon eksikliğini gidermek amacıyla 2010 yılında Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı kurulmuştur. Doğrudan Başbakanlığa bağlı olan bu müsteşarlık terörle mücadeleye ilişkin politika ve strateji geliştirmek ve koordinasyonu sağlamak amacıyla kurulmuştur. Ancak bu müsteşarlığın da çok başlılığı sona erdirmesinin mümkün olmadığı, aksine yeni bir koordinasyon sorunu oluşturabileceği belirtilmektedir. Terörle mücadele alanında şu an Milli Güvenlik Kurulu'nun etkin olduğu, KDGM'nin bunlardan bağımsız bir çalışma yapamayacağı da ifade edilmektedir<sup>7</sup>.

## **TERÖRLE MÜCADELE HUKUKU**

### **Tarihsel Gelişim**

Bilindiği üzere terör örgütleri kendilerini hiç bir kurala tabi görmedikleri gibi, hiç bir sınır da tanımamaktadır. Buna karşılık, devlet organlarının bu mü-

<sup>6</sup> Çapar, 144.

<sup>7</sup> Çapar, 177.

cadelede hukuk sınırları içinde kalma gibi bir zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hukukun da evrensel insan hakları normlarına uygun olması gerekmektedir.

Terörle mücadelenin zorlukları nedeniyle, güvenlik kuvvetlerine dünyanın hemen her yerinde, diğer suç unsurlarıyla mücadeleye nazaran daha farklı yetkiler tanıyan düzenlemeler yapılmaktadır. Hatta bu düzenlemelerin ne kadar aşırıya gittiğini Avrupa ülkeleriyle, ABD’de görmekteyiz. O kadar ki, ABD terörle mücadele bahanesiyle Guantanamo’da hiç bir uygar hukuk devletinin yapmıyacağı bir uygulamayı hala yapmaktadır.

Bu ülkeler, demokratik ilkelere ters düşen ve yürütmenin gücünü artıran önlemler almış, özel mahkemeler ve yargılama sistemleri oluşturmuş, yargı sisteminde ve ceza hukukunda esaslı değişikliklere gitmiştir<sup>8</sup>.

Ülkemizin terörle mücadele tarihine baktığımızda, 1970’li yıllarda ilkin Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmak suretiyle bu mücadelenin hukuk alanına taşındığını, bu konuda Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlarla gelgitlerin yaşandığını görmekteyiz. Mahkeme yapısı dışında, 1980’li yılların başlarına kadar da terörle mücadele sıkıyönetim kanunlarıyla yapılmaya çalışılmış, 12 Eylül darbesini müteakiben sivil yönetime geçilmesinden sonra da uzunca bir süre Olağanüstü Hal mevzuatıyla terörle mücadele edilmiştir.

Bu arada 1982 Anayasası ile Devlet Güvenlik Mahkemeleri anayasal bir güvenceye kavuşturulmuş ve uzunca bir süre görev yapmış olup, hatta kaldırılmalarına rağmen başka mahkemeler adı altında hala da bir müddet görev yaptıkları da söylenebilir.

Ülkemizde terörle mücadeleye özgü ilk yasal düzenleme 1991 yılında yapılmıştır. Bu yıl ülkemizde ilk defa Terörle Mücadele Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun hala yürürlüktedir. Bu kanunun getirdiği özel düzenlemeler, hemen 1992 yılında Türkiye’de gerçekleştirilen insan hakları alanındaki düzenlemeler karşısında çok tartışma konusu olmuş, fakat bu liberal düzenlemeler ancak terörle ilgili istisnalar getirilmek suretiyle parlamentodan geçirilebilmiştir.

Bu tarihsel gelişim içinde 1991 yılından bugüne kadar arada geri adımlar olmakla beraber<sup>9</sup>, genel olarak yapılacak tespit, her yeni düzenlemenin insan haklarına daha saygılı düzenlemeler olmasıdır. Büyük bir geri adım atıldığından bahsetmek mümkün değildir. Özellikle Avrupa Birliği adaylık süreciyle de beraber, pratikteki terör olgusuna rağmen, ülkemiz bir çok Avrupa ülkesiyle, ABD’den daha liberal terör düzenlemeleri çıkarmıştır.

<sup>8</sup> Yıldırım, 25.

<sup>9</sup> Bu tartışmalara örnek olarak bkz., Şanlı, 11 vd.

### **Anayasa**

Anayasamızın 120. maddesi olağanüstü hal ilanını düzenlemektedir. Buna göre demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin çıkması veya şiddet olayları sebebiyle olağanüstü hal ilan edilebilecektir.

122. maddede ise sıkıyönetim ilanı düzenlenmiştir.

### **Terörle Mücadele Kanunu**

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ülkemizin ilk ve hala yürürlükte olan terörle mücadele kanunudur. Kanun 1991 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu tarihte, 1983 yılında askeri darbe sonrası ülkemizin demokratikleşme süreci devam etmekteydi. Ancak artan terör olaylarıyla beraber özel kurallara da ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu çelişkiyi, kanunun da ortaya koyduğunu düşünüyorum. Bir yandan terörle mücadeleye ilişkin özel hükümler getirilirken, öte yandan da komünizm, faşizm ve şeriat propagandasını cezalandıran ve ülkemizde yıllardır tartışılan hükümler bu kanunla kaldırılmıştır. Diğer yandan da yine uzun yıllar tartışılacak olan ve yürürlükten kaldırılan bölücü propagandayı cezalandıran 8. madde ihdas edilmiştir<sup>10</sup>.

Kanun suçlarla ilgili düzenlemeler içermekte olup, suçu önleyici kolluk tedbirleri ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir<sup>11</sup>. Terörle Mücadele Kanunu Tasarısı'na ilişkin TBMM İçişleri Komisyonu raporunda da, bunun kanunun bir eksikliği olmadığı, önleyici kollukla ilgili düzenlemelerin başka kanunların konusu olduğuna işaret edilmiştir.

Kanunda günümüze kadar yirmidokuz değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler genelde kanunun liberalleştirilmesi yönünde olmuştur.

### **Terör Tanımı**

Kanun birinci maddesinde terörün tanımını yapmış bulunmaktadır. Öğretide de değişik tanımlar yapılmaktadır<sup>12</sup>. Bu tanımlara girmeksizin, doğrudan kanunun tanımı üzerinde durmakta yarar görüyorum:

*“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele ge-*

<sup>10</sup> 8. madde 1995 ve 2002 yıllarında değiştirilerek yumuşatılmış ve nihayet 2013 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>11</sup> Bkz., Özgenç, 17.

<sup>12</sup> Tanım konusunda bkz, Zafer, 1 vd.; Tanıma ilişkin tarihsel gelişim için bkz., Saul, 21 vd.

*çirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir” (TMK 1).*

Kanunun ilk halinde terör tanımının çok geniş tutulması eleştirilmiştir. Bu nedenle, madde değişikliğe uğramıştır.

Bu tanıma uygun terör suçundan bahsedebilmek için bir örgüt bünyesinde, aynı siyasi amaca yönelik, birbiriyle bağlantılı bir kaç suçun işlenmesi gerekmektedir. Ayrıca cebir ve şiddet kullanılması da önemli bir şart olarak öngörülmüştür<sup>13</sup>.

Bu tanımdan anlaşıldığı üzere terör, Türk Devletine ve Cumhuriyete yönelik eylemlerdir. Buna karşılık, başka ülkelere yönelik bu tanıma uyan eylemler terör kapsamında kabul edilmemektedir.

### **Terör Suçlusu**

*Terörle Mücadele Kanunu'nun birinci maddesinde belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.*

*Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır (TMK 2).*

Bu suçlara terör eylemi niteliği kazandıran ana unsur, bunların bir örgüt faaliyeti çerçevesinde sistemli olarak işlenmesidir<sup>14</sup>.

Terör örgütüne mensup olmayan ve örgüt adına suç işleyen kişi uygulamada sadece örgüt üyesi olmaktan cezalandırılmaktadır<sup>15</sup>. Ancak iştirak ettiği örgüt suçları varsa, bunlara iştiraktan dolayı da cezalandırılacaktır.

Örgütün içinde bulunmuş olmakla beraber hiç suç işlememiş kişiler bakımından ise Yargıtay, kısa süreli bulunmayı yeterli görmemekte, örgüt üyeliğinin uzun süreyi gerektirdiğini, dolayısıyla somut olayda bu sürenin örgüt üyeliği olarak anlaşılıp anlaşılamayacağına göre karar vermektedir<sup>16</sup>.

### **Terör Suçları**

Terör suçlarının hangi suçlar olduğu konusunda belirli bir kıstas belirlemenin zorluğu nedeniyle, bu suçlar genelde sayma suretiyle belirlenmektedir<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Yıldırım, 62, 63.

<sup>14</sup> Özgenç, 27.

<sup>15</sup> Yıldırım, 65.

<sup>16</sup> Bkz., Yıldırım, 65.

<sup>17</sup> Özgenç, 34.

Kanunumuz terör suçlarını sayma yoluna gitmiştir<sup>18</sup>. Bu saymayı da iki türlü yapmıştır:

İlkin terör suçları sayılmış, ikinci olarak da terör amacıyla işlendiğinde terör suçu sayılacak suçlar sayılmıştır. Bu sayımın önemi bu suçlar bakımından Terörle Mücadele Kanunu hükümlerinin uygulanacak olmasıdır.

Terörist eylemler, esas itibarıyla ceza kanunlarında tanımlanmış suçları oluşturmaktadır. Ancak, bu suçlar, gerek işlenişinde güdülen saik, gerek işleniş tarz ve mahiyeti itibarıyla “terör suçu” olarak nitelendirilmektedir. Ceza kanunlarında esas itibarıyla suç olarak tanımlanan bu fiillerin bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesiyle, devletin ana yapısını, bu yapının dayandığı temel prensipleri değiştirmek veya yıkmak, toplumda korku ve panik yaratmak amacının güdülmüş olması durumunda, bu suç bir terör suçu niteliğini kazanmaktadır<sup>19</sup>.

### Yapısı İtibarıyla Terör Suçları

Terör suçları şunlardır (md.3): *Türk Ceza Kanununun 302<sup>20</sup>, 307<sup>21</sup>, 309<sup>22</sup>, 311<sup>23</sup>, 312<sup>24</sup>, 313<sup>25</sup>, 314<sup>26</sup>, 315<sup>27</sup> ve 320<sup>28</sup>'nci maddeleri ile 310'uncu maddesinin birinci fıkrasında<sup>29</sup> yazılı suçlar.*

Belirtmek gerekir ki, aşağıda ele alacağım TMK 6 ve 7’de düzenlenen suçlar da terör suçudur.

Bu sayılan suçların ne amaçla işlendiği, terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediği önemsizdir. Bu suçlar mutlak olarak terör suçudur. Buna karşılık aşağıda sayılan suçların terör suçu sayılabilmesi için terör amacıyla ve bir terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmesi gerekir.

<sup>18</sup> Kimi uluslararası metinlerde de genelde sayma yoluna gidildiği görülmektedir, örneğin bkz., Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi.

<sup>19</sup> Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun’un genel gerekçesi.

<sup>20</sup> Devletin birliğini ve bütünlüğünü bozmak suçu.

<sup>21</sup> Askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma.

<sup>22</sup> Anayasayı ihlal.

<sup>23</sup> Yasama organına karşı suç.

<sup>24</sup> Hükümete karşı suç.

<sup>25</sup> Türkiye cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan.

<sup>26</sup> Silahlı örgüt.

<sup>27</sup> Silah sağlama.

<sup>28</sup> Yabancı hizmetine asker yazma, yazılma.

<sup>29</sup> Cumhurbaşkanı suikast.

### **Terör Amacıyla İşlendiğinde Terör Suçu Sayılan Suçlar**

Terör amacı ile işlenen suçlar ise şöylece belirlenmiştir (md. 4):

Aşağıdaki suçlar 1'inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır:

a) *Türk Ceza Kanununun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319'uncu maddeleri ile 310'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.*

b) *10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan suçlar.*

c) *31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110'uncu maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.*

ç) *10/7/2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.*

d) *Anayasanın 120'nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar.*

e) *21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68'inci maddesinde tanımlanan suç.*

Kanunun birinci maddesinde terör tanımlanırken, siyasi amaç, şiddet ve örgüt unsurları aranmaktadır. Buna karşılık terör amacıyla işlenen suçlar tanımlanırken sadece amaç ve örgüt yeterli görülmüştür<sup>30</sup>.

### **Terörle Mücadele Kanunu'na Özgü Suçlar**

Terörle Mücadele Kanunu'nda belirtilen terör suçları esasen zaten diğer kanunlarda suç olarak düzenlenen suçlardır. Buna karşılık kanun, diğer mevzuatta yer almayan iki suç ihdas etmiştir. Bunlardan terörün finansmanı suçu bilahare kaldırıldığından, burada, kanunun 6. maddesinde düzenlenen açıklama ve yayınlama suçu ile 7. maddesinde düzenlenen terör örgütünün propagandası üzerinde durmak istiyorum:

#### **Açıklama ve Yayınlama Suçu**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu hükümler düşünciyi açıklama özgürlüğüne aykırılığı dolayısıyla devamlı eleştirilere muhatap olmuş ve bu nedenle de

<sup>30</sup> Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz, Zafer, 125; Yıldırım, 67, 68.

kanunun bu maddesi en çok değişikliğe uğrayan maddelerinden biri olmuş ve ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmüne de konu olmuştur.

Kanunun 6/1. maddesine göre, “*isim ve kimlik belirterek veya belirtmeyererek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”.

Yine, “*terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayınlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” (md. 6/2).

“*Bu Kanunun 14'üncü maddesine aykırı olarak muhbirlerin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” (md. 6/3).

*Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beşbin güne kadar adli para cezasına hükümlenir* (md. 6/4). Yayın sorumlularının bu sorumluluğu için dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmeleri gerekir. Taksir derecesinde bir kusuru olmayan yayın sorumlularının cezalandırılması mümkün değildir<sup>31</sup>. Suçun işlenişine iştirak eden yayın sorumluları ise esasen iştirak hükümlerine göre cezalandırılacaktır<sup>32</sup>.

### **Terör Örgütünün Propagandası Suçu**

Bu suç tipi de düşüncüyü açıklama özgürlüğü karşısında sorunlu olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve bu nedenle 2013 yılında aşağıdaki şekline kavuşmuştur:

*Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstererek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:*

a) *Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması.*

<sup>31</sup> Bkz. Madde gerekçesi.

<sup>32</sup> Bkz., Özgenç, 40 vd.

b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1. Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması,

2. Slogan atılması,

3. Ses cihazları ile yayın yapılması,

4. Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.

*İkinci fıkrada belirtilen suçların; dernek, vakıf, siyasî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde bu fıkradaki cezanın iki katı hükmolunur<sup>33</sup>.*

### **Terör Suçlarına Özgü Sonuçlar**

Yukarıda da belirttiğim gibi, kanunun terör suçu olarak saydığı suçlar bakımından Terörle Mücadele Kanunu'na belirtilen özel düzenlemeler uygulanacaktır. Bunlar, cezanın artırılması, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması halinde cezanın artırılması ve tüzel kişilere ilişkin hükmüdür:

### **Cezanın Artırılması**

Kanunun 5. maddesine göre, başka kanunlarda düzenlenmiş olup, bu kanun kapsamında terör suçu sayılan suçlarla ilgili olarak ceza artırılabilecektir:

*“3 ve 4'üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*

*Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz”.*

Cezanın artırılmasına ilişkin bu hükümler 18 yaşından küçükler bakımından uygulanmayacaktır.

<sup>33</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve suçun liberal bakış açısıyla yorumlanması için bkz., Yıldırım, Zeki, İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terörizmin Propagandası Suçu, Ankara 2014. Suç tipi ile ilgili somut öneriler için bkz., aynı yazar, s. 260 vd



### **Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılması Halinde Cezanın Artırılması**

Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçların *kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır* (md. 8/A).

### **Tüzel Kişilerin Sorumluluğu**

Bilindiği üzere TCK 5 karşısında, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri bütün özel ceza kanunları bakımından da uygulanır. Bu uygulama TMK açısından da geçerlidir. Yine, tüzel kişiler ile ilgili olarak bir güvenlik tedbiri uygulaması için bunun kanunda açıkça yazılı olması gerekir. Bu nedenle, Terörle Mücadele Kanunu'nun 8/B maddesinde bu zorunluluğu karşılayan bir hüküm sevk edilmiştir:

*“Bu Kanun kapsamına giren suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 60'ıncı maddesine göre bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”.*

### **Terör Örgütü Kavramı**

Terörle Mücadele Kanunu terör örgütünü tanımlamamış, sadece terör örgütünü kurma, yönetme ve üye olmayla ilgili bir atıf normu sevk etmiştir:

Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine göre, *“cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1'inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314'üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır”.* Bu suretle ancak silahlı örgütlerin terör örgütü olarak kabul edilmesi mümkündür.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin Türk Ceza Kanunu hükümleri, bu suç açısından da aynen uygulanır (TCK 314/3).

*Terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına;*

*a) İkinci fıkrafta tanımlanan suç,*

*b) 6'ncı maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç,*

*c) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu,*

*işleyenler hakkında, 5237 sayılı Kanunun 220'nci maddesinin altıncı fıkrasında tanımlanan suçtan<sup>34</sup> dolayı ayrıca ceza verilmez* (md. 7/son).

<sup>34</sup> TCK 220/6: Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.

### **Koruma Tedbirleri**

Dünyada terörle mücadele alanında özel koruma tedbirlerinin öngörülmesinin yaygın bir uygulama olduğu bilinmektedir. Ancak Türk Terörle Mücadele Kanunu'nda sadece terör suçlarına özgü bir koruma tedbiri öngörülmemiştir. Sadece 21 Şubat 2014 tarihinde kaldırılan 10. maddenin 3. fıkrasının h bendine göre, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinde, örgüt suçlarıyla ilgili olarak diğer suçlar bakımından öngörülen TCK 220. maddenin iki, yedi ve sekizinci fıkralarının bu tedbirler kapsamında olmadığına ilişkin istisnalar, bu suçlar açısından geçerli değildir<sup>35</sup>:

Terör suçları bakımından koruma tedbirlerinin ayrıca düzenlenmemesi, Türk Ceza Adalet Sistemi'nde 2005 yılı itibarıyla benimsenen yaklaşımla da uyumludur. Bu yaklaşım, her özel düzenleme için özel hükümler sevk etmek yerine genel ceza ve ceza muhakemesi kanunundaki düzenlemelerin uygulanmasıdır.

### **İnfaz Hukuku**

Kanunun 17. maddesinde koşullu salıverilmeye ilişkin özel hükümler sevk edilmiştir:

*“Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması bakımından 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107'nci maddesinin dördüncü fıkrası ile 108'inci maddesi hükümleri uygulanır.*

*Tutuklu veya hükümlü iken firar veya ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla salıverilmeden yararlanamazlar.*

*Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu Kanunun kapsamına giren bir suçu işlemeleri halinde, şartla salıverilmeden yararlanamazlar.*

*Ölüm cezaları, 14/7/2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunun 1'inci maddesi ile değişik 3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya*

<sup>35</sup> Kaldırılan hüküm şöyleydi: “Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135'inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139'uncu maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz”.

*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ölünceye kadar devam eder”.*

### **Terörle Mücadele Kanunu’ndaki Diğer Özel Düzenlemeler**

Kanun, yeni suç ihdası, özel yargılama kuralları dışında da özel bir takım hükümler öngörmüştür. Bunları sadece saymakla yetiniyorum:

- Muhbirlerin hüviyetlerinin açıklanmaması (md. 14)
- Müdafı tayini (md. 15)
- Ödüllendirme (md. 19)
- Koruma tedbirleri (md. 20) (Terörle mücadelede görev yapan görevlilerin korunmaları)
- Malul olanlarla aylığa müstahak dul ve yetimlere yardım (md. 21)
- Terörden zarar gören diğer kişilere yardım (md. 22).
- Kadro ve istihdama ilişkin özel hükümler (Ek md. 1)

Kanun ek 2. madde de yine genel hükümlerden ayrı bir düzenleme yapmıştır. Bu konu üzerinde daha ayrıntılı durmakta yarar görüyorum. Söz konusu düzenleme şöyledir:

*“Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda "teslim ol" emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler”.*

Bu konuya ilişkin kanunun önceki hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından 1999 yılında Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmişti<sup>36</sup>. Kanun koyucu uzun süre bu konuya ilişkin bir düzenleme yapmadı ve 2006 yılında kanuna bu hüküm eklendi.

Bu hükmün yine Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatindeyim. Bu maddeye ilişkin hükümet tasarısında isabetli bir biçimde “teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde” silah kullanma yetkisi verilmekteydi ve bu düzenleme ceza hukukunun genel prensiplerine uygun idi. Ancak tasarının bu hükmüne uyulmayarak, tasarının TBMM Genel Kurulu’ndaki görüşülmesi sırasında, “teslim ol emrine itaat edilmemesi veya” denilmek suretiyle yine Anayasa’ya aykırı bir hüküm konulmuştur<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> AYM, 06.01.1999, 68/1.

<sup>37</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Özgenç, 104 vd.

### Terör Mahkemeleri

Terör mahkemeleri 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile artık kaldırılmıştır<sup>38</sup>. Bu alanda herhangi bir özel mahkeme bulunmamaktadır. Aşağıda bu mahkemeler kaldırılmadan önceki istisnai düzenlemelere kısaca değinilecektir.

### Görev

Devlet güvenlik mahkemelerinin Anayasa'da düzenlenmek suretiyle anayasal bir güvenceye kavuşturulduğunu belirtmişim. Bu anayasal düzenleme 2004 yılına kadar yürürlükte kalmış ve bu tarihte söz konusu hüküm kaldırılmıştır. Böylece terör suçlarına yönelik özel bir mahkeme geleneği bırakılarak, bu görev genel görevli ağır ceza mahkemelerine tevdi edilmiştir. Bu alanda uzmanlaşmayı sağlamak ve bazı özel hükümlerin uygulanması bakımından, bu suçlara bakacak ağır ceza mahkemeleri ayrıca yetkilendirilmiştir. Böylece özel yetkili ağır ceza mahkemeleri terör suçlarını 2012 yılına kadar yargılamıştır. 2012 yılında bu mahkemelerin de görevine son verilerek Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bazı ağır ceza mahkemelerine terör suçları ile ilgili yetki verilmiştir. Böylece bu mahkemeler TMK 10 kapsamında görevli ağır ceza mahkemeleri olarak anılmaya başlanmıştır.

Konuya ilişkin TMK 10 hükmü şu şekildi:

*“Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.*

*Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır” (TMK 10/1 ve 2).*

*Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamaz; bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz (TMK 10/son).*

*“Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak;*

*a) Soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet başsavcılığınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.*

<sup>38</sup> Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun geçici 2'nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden ağır ceza mahkemeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun 10'uncu maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri kaldırılmıştır.

b) *Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316'nci maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26'nci maddesi hükmü saklıdır*" (TMK 10/3-a ve b).

Terörle Mücadele Kanunu'nun 14. maddesinde geçiş hükümleri vazedilmiştir:

*Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri ile Terörle Mücadele Kanununun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış atıflar ağır ceza mahkemelerine; bu mahkemelerin üyelerine yapılmış atıflar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Ankara Ağır Ceza Mahkemesine yapılmış sayılır. Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar ile Terörle Mücadele Kanununun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrası kapsamına giren suçlara yapılan atıflar, Türk Ceza Kanununda yer alan;*

a) *Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçu,*

b) *Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlara,*

c) *İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlara (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332'nci maddeler hariç),*

*yapılmış sayılır.*

*Bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun 10'uncu maddesi kapsamına giren suçlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla açılmış olan davalarda, sanığın taşıdığı kamu görevlisi sıfatı dolayısıyla hakkında soruşturma yapılabilmesi için izin veya karar alınması gerektiğinden bahisle durma veya düşme kararı verilemez.*

### **Önceki Mevzuatta Yer Alan Terör Suçlarıyla İlgili Soruşturma ve Kovuşturmaya İlişkin Diğer Suçlardan Ayrı Hükümler**

Kanunun mülga 10. maddesinde bu kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak istisnai hükümler öngörülmüştü. Bu hükümlerin kaldırılmasıyla beraber, terör suçları bakımından soruşturma ve kovuşturma açısından farklılık kalmamıştır<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Söz konusu hükümler şunlardır:

*"c) Yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak üzere yeteri kadar hâkim görevlendirilir.*

### Terörizmin Finansmanının Önlenmesi

Terörizm ile mücadelenin önemli ayaklarından birisini, terörizmin mali desteklerinin önlenmesi oluşturmaktadır. Bu nedenle, Terörle Mücadele Kanunu'ndan terörizmin finansmanı suçu bulunmaktaydı<sup>40</sup>. Ancak uluslararası düzenlemeler nedeniyle bu hüküm kaldırılarak, özel bir kanun ihdas edildi. Bu düzenlemenin en önemli sonucu, TMK 5. maddede öngörülen ceza artırımının artık başka bir kanunda düzenlenen bu suç bakımından geçerli olmayacağıdır.

Terörizmin finansmanının önlenmesi konusundaki uluslararası metinler iki yönden düzenleme yapılmasını öngörmektedir<sup>41</sup>. İlk, terörizmin finansmanının suç olarak düzenlenmesi ve ikinci olarak da bu suça ilişkin etkin soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin mekanizmaların öngörülmesidir<sup>42</sup>.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi yerine konulan getirilen hükümler 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun ile ihdas edilmiştir. Kanun 16.02.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

*c) Ceza Muhakemesi Kanununun 91'inci maddesinin birinci fıkrasındaki yirmidört saat olan gözaltı süresi kırksekiz saat olarak uygulanır.*

*d) Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.*

*e) Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.*

*f) Kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır. Kolluk görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hallerde çıkarılan davetiye veya çağrı kâğıdı, kolluk görevlisinin iş adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında adres olarak iş yeri adresleri gösterilir.*

*g) Güvenliğin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verilebilir.*

*ğ) Açılan davalara adli tatilde de bakılır”.*

*Türk Ceza Kanununun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332'nci maddeleri hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır (md. 10/5).*

Son fıkra hükmü de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olup, iptal kararının yürürlüğe girmesi bakımından 2.8.2013 tarihinden itibaren 1 yıllık süre tanınmıştır.

<sup>40</sup> Esasen, özel bir suç tipine gerek kalmadan da, bu tür eylemlerin hukukumuzda cezalandırılabilir olduğu açıktır. Terörizmin finansmanı, suç örgütüne yardım niteliğindedir, Yenidünya/Değirmenci, 1275.

<sup>41</sup> Karşılaştırmalı hukukta, terörün finansmanı suçunu genel ceza kanununda düzenleyen ülkeler olduğu gibi, özel bir kanunda düzenleyen ülkeler de bulunmaktadır. Ayrıntılar için bkz, Yenidünya/Değirmenci, 1277 vd.

<sup>42</sup> Yıldırım, 53, 54.

Bu kanunda yapılan düzenlemeler kısaca şöylece özetlenebilir<sup>43</sup>:

1. Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alıp, yürürlükten kaldırılan terörizmin finansmanı suçu yeniden tanımlanmış ve kapsamı genişletilmiştir.

Yeni düzenlemede TMK'daki suç tipinde yer alan eylemlerin dışında, BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'deki eylemler ile bu sözleşmenin ekinde yer alan uluslararası sözleşme ve protokolde sayılan eylemlerin finansmanı da suç olarak düzenlenmiştir.

2. İdari nitelikte bir tedbir olarak "malvarlığının dondurulması tedbiri" ihdas edilmiştir. Bu amaçla idari bir mekanizma oluşturulmuştur. BM Güvenlik Konseyi'nin konuya ilişkin kararları idari mercilerce yerine getirilecek ve ikinci olarak da yabancı devletlerden gelen talepler Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanacaktır<sup>44</sup>. Türkiye'de işlenen suçlara ilişkin CMK'nın elkoymaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Terörle Mücadele Kanunu'nun soruşturmaya, kovuşturmaya ve infaza ilişkin hükümleri, terörizmin finansmanı suçu bakımından da uygulanacaktır (6415 s.K, md. 4/6).

## SONUÇ

Son 20 yıldır ceza adalet sisteminde Terörle Mücadele Kanunu kadar başka bir kanun tartışılmış mıdır bilemiyorum. Devamlı olarak bir yandan kanunun liberalleştirilmesi, öte yandan da sertleştirilmesi talepleri gündemde kalmıştır. Her terör eylemi sonrasında konu tekrar gündeme gelmiş; AB ile uyum yasaları çerçevesinde yapılan düzenlemelerde de yine gündeme gelen ilk konulardan birisi bu kanunun düzenlemeleri olmuştur.

Güvenlik birimleri, Türkiye'de uzun yıllardır güvenlik ve özgürlük den-  
gesinde devamlı olarak güvenlik aleyhine düzenlemeler yapıldığını, sürekli terör tehdidi altında olan ülkemizde, güvenlik kuvvetlerinin terör karşısında ellerinin bağlanmamasına dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Mevcut düzenlemelerin güvenlik yöneticilerini pasifleştirdiği eleştirisi yöneltilmektedir<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Yıldırım, 74.

<sup>44</sup> Bu düzenleme yürürlüğe girmeden önce BM Güvenlik Konseyi kararlarına istinaden Bakanlar Kurulu tarafından alınan tedbir kararlarının hukuka aykırı olduğuna haklı olarak öğretilmiş ve iptal edilmiştir. Buna göre, Bakanlar Kurulu'nun böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle alınan kararların kamu görevlisi olsun veya olmasın hiç kimse açısından bağlayıcı bir etkisi olamaz. Bu kararları uygulayan kamu görevlileri de, kanunsuz emri uygulamak suretiyle suç işlemiş olmaktadır, Özgenç, 26.

<sup>45</sup> Çapar, 331.

Gerçekten de 2005 yılında Türk Ceza Adalet Sistemi'ne ilişkin mevzuat da yenilenirken, dünyadaki gelişimin konuya ilişkin hükümlerin sertleştirilmesi-ken<sup>46</sup>, Türkiye'de daha liberal düzenlemelerin yapılmasının acaba isabetli olup olmadığı sorusu gündeme gelmiş, ancak insanımızın başka ülkeler ne tür düzenlemeler yaparsa yapsın, en demokratik, en liberal ve insan haklarına en uygun düzenlemeleri hak ettiği düşüncesiyle bu düzenlemeler yapılmıştır. 2005 sonrasında dahi özellikle Terörle Mücadele Kanunu'nda insan haklarına uygun düzenlemelerin yapıldığını görmekteyiz.

Bu düzenlemelere rağmen terörle mücadelede korkulan zafiyetin oluşmadığı kanaatindeyim. Aksine güvenlik kuvvetlerinin yeni CMK'nın da sağladığı teknik olanaklardan yararlanarak, artık sanıktan delile gitmek yerine, gayet başarılı bir şekilde delilden sanığa gittiğini görebilmekteyiz. Ülkemiz artık insan hakları ihlalleri ile gündeme gelen bir ülke olmaktan çıkmıştır ve İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki dava sayısının da düşürülmesiyle birlikte, Türkiye bu alanda gündemde olmaktan süratle çıkacaktır.

Burada tartışılması gereken bir husus, kanunun tümüyle yürürlükten kaldırılması halinde çok önemli bir eksikliğin olup olmayacağıdır. Esasen kanunun en önemli özelliği getirmiş olduğu görev kuralları ile soruşturma ve kovuşturma açısından öngörülen istisnalardır. Şubat 2014 değişiklikleriyle bu farklılıklar da kaldırıldığından, artık bu tür ayrı bir kanuna gerek kalmadığı kanaatindeyim. Kanunda yer alan tanımlar ve suç tipleri ceza kanununa eklenebilir. Diğer özel normlar da ilgili kanunlara alınabilir.

Bu kanunun bu şekliyle muhafazasının, ileride tekrar sert düzenlemeler ihtiyacı halinde başvurulacak ilk kanun olması nedeniyle de isabetli olmayacağı kanaatindeyim.

---

<sup>46</sup> 11 Eylül 2001'den sonra tüm dünyada ve özellikle Batı ülkelerinde özgürlükler alanında bir daralma yaşandığı açıktır. Türkiye'de ise tam tersi bir süreç yaşanmış ve demokratikleşme ve insan hakları alanında *2014 yılı başından itibaren söz konusu olan geri adımlar* istisna tutulacak olursa, önemli bir genişleme sağlanmıştır, bkz., Sessiz Devrim, Türkiye'nin Demokratik Değişim ve Dönüşüm Envanteri, 2002-2012, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, Ankara 2013, s. 43; 11 Eylül olayları, radikal ve etkili bir mevzuat konusunda ülkelerin elini güçlendirmiş, ABD'nin güçlü lobi faaliyetlerinin etkisiyle bir çok ülke bu konuda özel düzenlemeler yapmışlardır, Zelman, 83.



## **KAYNAKÇA**

- Çapar, Erkan, Türkiye’de İç Güvenlik Yönetimi ve Terörle Mücadele, Ankara 2013.
- Özgenç, İzzet, Terörle Mücadele Kanunu, Ankara 2006.
- Saul, Ben (çev. S. İrem Çakırca), “Uluslararası Hukukta Terörizmi Tanımlama Girişimleri”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Editör: Yener Ünver, Ankara 2008, s. 21-48.
- Sessiz Devrim, Türkiye’nin Demokratik Değişim ve Dönüşüm Envanteri, 2002-2012, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, Ankara 2013.
- Şamlı, Yasin, Terörle Mücadele Kanunu Tasarısının Kanunlaşma Süreci ve Sivil Toplum Kuruluşları, Hukuk Dünyası, Yıl: 16, Sayı: 2006/2.
- Yenidünya, A. Caner/Değirmenci, Olgun, “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku’nda Terörün Finansmanı Suçu”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, s. 1263-1294.
- Yıldırım, Zeki, İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terörizmin Propagandası Suçu, Ankara 2014.
- Yıldırım, Zeki, Türk Hukuku’nda Terörizmin Finansmanı Suçu ve Malvarlıklarını Dondurma, Ankara 2013.
- Zafer, Hamide, Sosyolojik Boyutlarıyla Terörizm, İstanbul 1999.
- Zelman, Joshua D, (çev. Ali Emrah Bozbayındır), “Uluslararası Hukukta Son Gelişmeler: Anti-Terörizm Mevzuatı- Bölüm I: Genel Değerlendirme”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Editör: Yener Ünver, Ankara 2008, s. 83-98.
- <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/turkiye-ve-terorizm.pdf>



## ÂDİL YARGILANMA VE İTİBAR HAKKINA ULAŞIM AÇISINDAN BİREYİN AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKI

*Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ\**  
*Arş. Gör. Oğuzhan GÜZEL\*\**

### ÖZET:

“Af”; suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku işlemidir. Affin tanımından da anlaşılacağı üzere af iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Bunlardan biri, mahkûmiyet hükmünü ve kamu davasını ortadan kaldıran genel af, diğeri de sadece cezayı etkileyebilen özel aftır. Genel ve özel affin ortak özelliklerinden biri de affin mecburiliği prensibidir. Affin mecburiliği meselesi, aftan yararlanmayı reddetme hakkının tanınıp tanınmayacağı tartışmalarını doğurmuştur. Bu tartışmalar özellikle genel af üzerinde yoğunlaşmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve anayasal ilkeler ışığında bireye genel aftan yararlanmayı reddetme hakkı tanınmalıdır. Bu doğrultuda “affi kabul etmeme” hakkı, genel bir hüküm olarak ceza kanunlarına ilâve edilmeli; bu mümkün olmazsa aftan faydalanmayı reddetme hakkı her af kanununda yer almalıdır. Genellikle affin çıkmasını isteyenlerle affin çıkarılmamasını isteyenler arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. En önemli denge unsuru; kişinin affi reddetme imkânına sahip kılınmasıdır. Bu çalışmada bireyin aftan yararlanmayı reddetme hakkı; Anayasa Hukuku açısından da ele alınacak ve insan hakları, kanun önünde eşitlik, temel hak ve özgürlükler, kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı, hak arama hürriyeti, âdil yargılanma hakkı ve savunma hakkı, ailenin ve özellikle çocukların korunması konularına değinilecektir. Affi kabul etmeme hakkının hüküm altına alındığı Türkiye’de çıkarılmış af kanunlarından da bahsedilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Af, İtibar Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı.

---

\* Mevlâna (Rumî) Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Mevlâna (Rumî) Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

**ABSTRACT:**

Amnesty is a public law act which removes the right to penalize criminal acts, partly or totally prevents the execution of given penalties, and sometimes dismisses the public prosecution or ignores the conviction with all its consequences. As can be understood from the definition, amnesty appears in two ways. One of them is the amnesty that removes conviction and public prosecution and the other one is the pardon that may affect only the punishment. One of the common features of amnesty and pardon is the principle of obligatoriness of amnesty. The matter of obligatoriness has given rise to discussions on whether to grant right to reject benefit from amnesty or not. These discussions have been intense in terms of especially amnesty. In the light of the Universal Declaration of Human Rights and constitutional principles the right to reject benefit from amnesty should be granted to the individual. Accordingly, the right “not to accept amnesty” should be included as a general provision in the criminal laws. If it is not possible, the right to reject benefit from amnesty should take place in each amnesty law. Generally a balance needs to be set between those who want for amnesty and who does not. The most important element of balance is to make the individual have an option to reject the amnesty. In this study; individual’s right to reject benefit from amnesty in terms of constitutional law will also be examined from the point of view of human rights, equality before the law, fundamental rights and freedoms, personal inviolability, material and spiritual existence, right to legal remedies, right to fair trial and right to defence, protection of family, especially protection of children. Turkish amnesty laws -in which the right to reject benefit from amnesty has taken place- will also be listed.

**Keywords:** Amnesty, Right to Dignity, Right to Legal Remedies, Right to Reject Benefit From Amnesty.

## GİRİŞ\*\*\*

Türkiye’de devamlı gündemde olan ve bugün de hâlâ güncelliğini koruyan belli başlı konulardan biri de af kanunlarıdır.

Türkiye Cumhuriyeti’nde çıkarılmış olan af kanunlarının sıklığı incelendiğinde bundan sonra da belli aralıklarla af kanunlarının çıkarılacağı anlaşılmaktadır.

Toplumda affın çıkarılmasını isteyenlerle, affın çıkarılmasını istemeyenlerin hangi sebeplerle bu fikirde olduklarının araştırılması sosyologların görevidir.

Ancak bundan sonra da; toplumda af beklentisinin olduğu, cezaevlerinin dolduğu gibi gerekçelerle yeni af kanunlarının çıkarılması muhtemelen düşünülecektir.

Nitekim kamuoyunda genel affın gündeme gelebileceğine ilişkin açıklamalar yapılmaktadır<sup>1</sup>.

Daha önceki yıllarda bu konu ile ilgili çalışma yapmamıza rağmen tekrar aynı konuyu ele almamızın nedeni; bu defa affı red hakkının başka bakımlardan da hatırlanması gerektiğine dair oluşan inancımızdır. Özellikle bizim hukukumuz açısından düşünürsek son geniş kapsamlı af kanununun çıkarıldığı 2000 yılından sonra anayasamıza giren ve yargılama hukukunun doğruluk ölçütü olarak algılanan “âdil yargılanma hakkı”<sup>2</sup>, “çocukların korunması” ve son yıllarda uluslararası hukukta her geçen gün daha da fazla önem kazanan “itibar hakkı”<sup>3</sup> açılarından konuyu yeniden inceleme ihtiyacı duyduk. Bu amaç doğrultusunda çalışmamızın konusu; özellikle âdil yargılanma ve itibar hakkına ulaşım açısından “bireyin aftan yararlanmayı reddetmek hakkı”dır.

Bu çalışmayı yapmaktaki bir diğer amacımız, kanun koyucunun; hem uluslararası belgeleri göz önünde bulundurmasını sağlamak, hem de Anayasa’ya yeni giren hükümler karşısında dikkatini bu noktaya çekmektir. O halde konu; yalnızca ceza hukuku açısından değil, anayasamızda düzenlenmiş olan temel haklar bakımından da ele alınacaktır.

Bu bakımdan "affı reddetme"nin her şeyden önce bir anayasal hak olduğu üzerinde durulacaktır.

\*\*\* Kısaltmalar: agb., adı geçen bildiri; age., adı geçen eser; agm., adı geçen makale; bkz., bakınız; C., Cilt; md., madde; R.G., Resmî Gazete; s., sayfa; S., Sayı; Y., Yıl.

<sup>1</sup> <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2012/05/16/akdag-genel-af-gundeme-gelebilir> (Erişim tarihi: 26.09.2013).

<sup>2</sup> “Âdil Yargılanma hakkı” konusunda bkz. AKINCI, Müslüm: “İdarî Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı”, Ankara Mayıs 2008, Turhan Kitabevi Yayınları.

<sup>3</sup> DYZENHAUS, David: “Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification”, <http://ssrn.com/abstract=2029818> (Erişim tarihi: 29.09.2013).

Tartışmalar ve öneriler özellikle "Genel Af" kastedilerek yapılacak; bununla birlikte "Özel Af"fa da değinilecektir.

Affi red çoğunlukla Türk toplumunun hassasiyetini yansıtmaya yardımcı olacak şekilde ele alınacaktır. Toplum kavramı içine suça mâruz kalan bireylerle, suçsuz olduğunu iddia eden sanıkları ve huzuru, istikrarı bozulan toplumun asıl diğer bireylerini yani davacı olan kamuyu dâhil ediyoruz.

Çeşitli yolsuzluklar toplumu hem maddî, hem de manevî açıdan fazlasıyla etkilemektedir. O halde öncelikle üzerinde durulması gereken husus, Türk toplumunun ahlâk anlayışına, aile yapısına, inançlarına ters düşen suçların affedilmemesidir. Çünkü usûlsüzlükleri yapanların, zamanında ve yeterince cezalandırılmaması veya geç cezalandırılması, mağdur edilmiş insanları rencide etmekte, toplumu derinden yaralamaktadır. Böylece ahlâkî değerler yıpranmaya mâruz kalmaktadır.

Aftan yararlanmayı isteyenlerle, aftan yararlanmayı istemeyenler arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir.

Çeşitli denge unsurları vardır. Bunların içinde konumuzu ilgilendiren en önemli denge unsuru, aftan yararlanmayı istemeyenleri de tatmin edecek bir yol olan, **kişinin affi reddetme imkânına** sahip kılınmasıdır.

Bu nedenle, suçların ekonomik, sosyolojik ve psikolojik etkilerine ve temiz toplum konularına "ahlâkî kurallar" yanında bir de meslekî kurallar açısından bakmak lâzımdır.

Örneğin hırsızlıkla itham edilen bir kimse veya düzenlenen operasyonlar sonucunda sırf orada görev yaptığı için yargılanmakta olan, mesleğinde bilgisi, tecrübesi ve dürüstlüğüyle tanınmış bir görevli -şayet o suçlar affa tâbi olursa-aftan yararlanmak istemeyebilmelidir.

Kariyerinin bundan sonraki döneminde "aftan kurtuldu" damgasıyla devam etmek "etik" ve "deontolojik" açıdan kendisini rencide edecektir.

Sanık; "aftan yararlanmış" durumuna düşmeyerek, davanın neticelendirilmesini tercih edecek, hukuken de beraat etmek ve toplumun önünde, gözünde, vicdanlarda da aklanmak isteyebilecektir. Kaldı ki isteyebilmesi bir temel hak niteliğindedir<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> ODYAKMAZ, Zehra: "Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetmek Hakkı Olmalıydı", Anadolu Finans, Aylık Ekonomik, Siyasî ve Aktüel Dergi, Y.1, S. 1, Ocak 2001, s. 48-49; ODYAKMAZ, Zehra: "1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.364-377.

## I. AF KAVRAMI VE AFFIN ÇEŞİTLERİ

Fransız hukukunda “L’amnistie”, İtalyan hukukunda “L’amnistia” adıyla bilinen “af”, kaynağını Yunanca kökenli “amnestia” kelimesinden almakta ve unutmak, bağışlamak anlamlarına gelmektedir<sup>5</sup>. Kelime anlamı olarak ise af bir haktan vazgeçmektir<sup>6</sup>. Af merhamet duygusunu ifade eder. Özü bakımından bir ahlâk konusudur. “Af” ceza hukukunda suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldırır. Af, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önler, bazen de kamu davasını düşürür veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırır. Af; yasama veya yürütme organlarınca gerçekleştirilen bir kamu hukuku işlemidir<sup>7</sup>. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere af; her ne

<sup>5</sup> SCHAETZER, Johann Georg: Handbuch des Gnadenrechts, Gnade-Amnestie-Bewahrung, 2. Auflage, München 1992, s.208 (Nakleden: DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2013, s.697, Seçkin Yayınevi) [Bundan sonra yazarın bu eserine yapılacak atıflar age. şeklinde yapılacaktır]; DEMİRBAŞ, Timur: “Af Tartışmaları ve 4616 Sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Davaya ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.79. [Bundan sonra yazarın bu eserine yapılacak atıflar agb. şeklinde yapılacaktır]; BOUZAT, Pierre-Jean PINATEL: Traite de Droit Penal et de Kriminologie, Deuzieme Edition, Paris 1970, s.847 (Nakleden: SOYASLAN, Doğan: “Af”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.416); DÖNMEZER, Sulhi- Sahir ERMAN: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. III, Cezalar Sistemini Tamamlayan Kurumlar-Cezaların Tayini-Tehlike Hali-Ceza İlişkisinin Sona Ermesi-Milletlerarası Ceza Hukuku-Devletlerarası Ceza Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul Eylül 1994, s.208, BETA Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Yayın No.476, Hukuk Dizisi: 206.

<sup>6</sup> ÖZEK, Çetin: “Umumî Af”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXIV, S.1-4, İstanbul 1959, s.118-119.

<sup>7</sup> ÖZEK, Çetin: agm., s. 119; KEYMAN, Selâhattin: Türk Hukukunda Af (Genel Af- Özel Af), Doktora Tezi, Ankara 1965, s.42, s.149, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.199, Ankara Üniversitesi Basımevi; EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara 1997, s. 931, Seçkin Yayınevi; ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş-Ceza Hukuku Kurallarının Uygulama Alanı- Suç Teorisi- Yaptırım Teorisi-Milletlerarası Ceza Hukuku, Yenilenmiş, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara Haziran 2013, s.902, Adalet Yayınevi; TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2012, s.457, Savaş Yayınevi; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2013, s. 672, Adalet Yayınevi; KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş-Suç Teorisi-Yaptırım Teorisi- Milletlerarası Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, [Ankara] Ekim 2012, s.588, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Hukuk No: 877; DEMİRBAŞ, Timur: age., s. 697; DEMİRBAŞ, Timur: agm., s.79; KUZU, Burhan: “Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s. 254; SÖZÜER, Adem: “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasa’ya Uygunluğu Sorunu”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozy-

kadar yargısal sonuçlar doğurmaktaysa da bir yargı tasarrufu olmayıp, yasama veya yürütme organı tarafından tesis edilen idarî bir tasarruftur<sup>8</sup>.

Af müessesesi, ceza hukukunun; üzerinde en çok tartışılan konularından biridir. Affetme daha doğrusu af kanunu çıkarma yetkisine yöneltilen eleştiriler<sup>9</sup>, bu yetkinin kötüye kullanılmasından kaynaklanan sakıncalara dayanmaktadır. İyi şekilde kullanıldığı ve aşırılığa kaçılmadığı takdirde, af yetkisinin çeşitli hukukî ve sosyal yararları gerçekleştirilebileceği kuşkusuzdur<sup>10</sup>.

Affin tanımından da anlaşılacağı üzere af iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Bunlardan biri, mahkûmiyet ve kamu davasını ortadan kaldıran genel af, diğeri de sadece cezayı etkileyebilen özel aftır<sup>11</sup>. Genel olarak Kıta Avrupası hukukunda kabul edilen bu fark, İngiliz-Amerikan hukukunda bu kadar belirgin değildir<sup>12</sup>. "Common Law" geleneğine sahip İngiliz-Amerikan hukukunda, genel ve özel af iki ayrı müessese olarak düzenlenmemiştir. sadece affa yetkili organlar genel af niteliğinde işlemler yapabilmektedir<sup>13</sup>.

Fransız hukukunda af "amnistie" ve "grâce" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. "Amnistie" şartsız bir işlemdir; hem suçu hem cezayı ortadan kaldıran, hem de mahkûmiyete bağlı bütün kanunî sonuçları silen, genel, kişilik dışı, kesin hükümden önce veya sonra uygulanabilen, şartsız bir tasarruftur. "Grâce" ise ismen belirlenmiş bir veya birden fazla mahkûmun kesinleşmiş cezasını ortadan kaldırma, bu cezayı indirme veya bu cezayı daha hafif bir ceza türüne çevirme

---

yumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.223; SANCAR, Türkân Yalçın: "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.156

<sup>8</sup> ÖZEK, Çetin: agm., s. 133-134; KEYMAN, Selâhattin: age., s.3-5; SÖZÜER, Âdem: agb., s.223-224; ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s. 902; DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.217; KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: age., s.588-589.

<sup>9</sup> Affin leh ve aleyhindeki görüşler için bkz.: ÖZEK, Çetin: agm., s.136-138; KEYMAN, Selâhattin: age., s. 14-41; DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.212-216; EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.931-933; ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s. 902-903; DEMİRBAŞ, Timur: age., s.697-698; KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: age., s.589-590; DEMİRBAŞ, Timur: agb., s.79-80; SANCAR, Türkân Yalçın: agb., s.152-156; CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Yedinci Bası, İstanbul Kasım 2011, s.734-735, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.; DURSUN, Hasan: "Af Kavramına Genel Bir Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.85, Y.2009, s. 374-383.

<sup>10</sup> TOROSLU, Nevzat: age., s.457.

<sup>11</sup> KEYMAN, Selâhattin: age., s.42.

<sup>12</sup> BARTHÉLÉMY, Joseph-Paul DUEZ: Traité De Droit Constitutionnel, Yeni Bası, Paris 1933, s.754 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.42).

<sup>13</sup> KEYMAN, Selâhattin: age., s.43.



işlemdir<sup>14</sup>. Hukukî niteliği itibariyle “amnistie” genel affa, “grâce” özel affa benzemektedir<sup>15</sup>.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran genel af (Türk Ceza Kanunu md. 65/1) ve hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son veren veya infaz kurumunda çektirilecek süreyi kısaltan ya da hapis cezasını adli para cezasına çeviren özel af (Türk Ceza Kanunu md. 65/2) olmak üzere iki çeşit af vardır<sup>16</sup>.

Genel ve özel af ilânına karar vermek yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin yetkisindedir (1982 Anayasası md.87). Bununla birlikte devlet başkanı olan Cumhurbaşkanı; sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yetkisine sahiptir (1982 Anayasası md. 104/b-13)<sup>17</sup>.

## **II. AFFIN MECBURİLİĞİ İLKESİ KARŞISINDA BİREYİN AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKI**

Genel ve özel affın ortak özelliklerinden en önemli ikisi, affın mecburiliği ve geri alınmazlığı prensipleridir<sup>18</sup>. Bu çalışmada ise konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla affın mecburiliği ilkesine değinilecektir.

Affın mecburiliği ilkesi; bireyin affın uygulanmasına engel olamaması, affın sonuçlarının doğabilmesinin bireyin kabulüne bağlı olmaması, bireyin aftan faydalanmak zorunda olması anlamına gelmektedir<sup>19</sup>. Bir diğer ifadeyle bireyin; aftan yararlanıp yararlanmama konusunda seçim hakkına sahip olmasını

<sup>14</sup> GÖZLER, Kemal: “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.301.

<sup>15</sup> Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Lüksemburg, Norveç, Portekiz, Türkiye ve Yunanistan’da af yetkisi hakkında anayasal düzenlemeler ve karşılaştırmalar için bkz. GÖZLER, Kemal: agb., s.306-329.

<sup>16</sup> ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2013, s.832, Seçkin Yayınevi; ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s.906; TOROSLU, Nevzat: age., s.457; HAKERİ, Hakan: age., s.673; DEMİRBAŞ, Timur: age., s.700-701; KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: age., s.591.

<sup>17</sup> Türk hukukunda 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda affa ilişkin hüküm yer almıştır. 1876 tarihli Anayasa’nın 7. maddesi ile padişaha özel af yetkisi tanınmasına rağmen 1909 değişiklikleriyle bu yetkinin Genel Meclis’in onayı ile padişaha ait olması öngörülmüştür. 1921 Anayasası’na bu konuda hüküm konulmamıştır. 1924 Anayasası’nın 26. maddesi uyarınca ise yasama organına af yetkisi verilmiştir. CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: age., s.734.

<sup>18</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. KEYMAN, Selâhattin: age., s.47.

<sup>19</sup> DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.217; ARTUK, Mehmet Emin - Ahmet GÖKCEN- Caner YENİDÜNYA: age., s.907.

ifade etmektedir<sup>20</sup>. Bu ilke aftan yararlanmayı reddetme hakkının tanınıp tanınmayacağı tartışmalarını doğurmuştur. Tartışmalar özellikle genel af üstünde yoğunlaşmıştır. Doktrinde özel af açısından neredeyse oybirliği halinde affin mecburîliği ilkesi benimsenmiştir<sup>21</sup>.

### 1. Genel Affin Mecburîliği İlkesi ve Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı

Genel affin reddedilemeyeceği görüşü doktrinde büyük bir çoğunluk tarafından savunulmaktadır<sup>22</sup>. Bu görüşü savunanların ilk gerekçesi, genel affin kamu menfaati ile ilgili olmasıdır. “Esasen genel yarar düşüncesine dayanan bir yasama veya yürütme tasarrufunun kişinin isteği ile uygulanıp uygulanmaması, anlaşılması mümkün olmayan bir husustur.”<sup>23</sup> Bu sebeple kamu düzeninden sayılacak olan genel af, ilgili kimselerin iradelerine rağmen birey üzerinde etkisini gösterir. Bir sanığın masumiyetini ispat gerekçesiyle bile genel affi reddetmesi mümkün olamaz<sup>24</sup>. Eğer sanığa affa rağmen kovuşturmanın devamını talep etmesi hakkı tanınırsa, bir an evvel ortadan kaldırılması istenen ihtilâflar birkaç kişinin menfaati uğruna uzayıp gidecektir<sup>25</sup>. Genel af gibi siyasî bir işlem söz konusu olunca özel menfaatler, kendilerinden daha üstün olan menfaatlerin karşısında ihmal edilmelidir<sup>26</sup>.

Genel affin reddedilemeyeceğini savunanların bir diğer gerekçesi genel affin bir yasama işlemi olması ve uygulanmasının zorunluluğudur. Genel af kanun şeklindedir ve bu durum genel affin kayıtsız şartsız uygulanması gerekeceğini göstermektedir<sup>27</sup>. Bununla birlikte bu af kanununa açık bir hüküm koymak suretiyle birey affi reddetme hakkı tanınması mümkündür<sup>28</sup>.

Genel affin reddedilebileceğini savunanların gerekçeleri şöyledir: Af gibi bir lütfun ilgililerin iradelerine rağmen bahşedilmesi kabul olunamaz. Özellikle âdi suçlarda haksız şekilde yargılanan bir kimsenin mahkeme kararı ile ma-

<sup>20</sup> CENTEL, Nur - Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: age., s.735.

<sup>21</sup> KEYMAN, Selâhattin: age., s.46; DURSUN, Hasan: agm., s.396.

<sup>22</sup> EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.943.

<sup>23</sup> DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.217.

<sup>24</sup> TAHON, René: L'Amnistie Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1940, No: 1, s.11 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s. 47).

<sup>25</sup> CHOMETTE, Henri: De L'Amnistie, Paris 1898, s.45 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.47).

<sup>26</sup> HÈLIE, M. Faustin: Traité de L'Instruction Criminelle, C. II, Second Edition, Paris 1886. s. 721 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.48).

<sup>27</sup> MERAY, Seha L.: Ceza Hukukunda Af (Konusu Üzerine Bir Deneme), Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1944, s.30.

<sup>28</sup> DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.217; ARTUK, Mehmet Emin- Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s.907-908; SANCAR, Türkân Yalçın: agb., s.158; SÖZÜER, Âdem: agb., s.225.

sumiyetini ispat etmesi engellenemez.<sup>29</sup> Çünkü cezadan kurtulan sanık daima bir itham altında kalacaktır. Halbuki suçsuzluğunun ortaya çıkacağından emin olan sanıklar, davanın sonuçlandırılmasını ve kendilerine yönelik ithamdan kurtulmayı isterler. Bu psikolojik bir ihtiyaçtır<sup>30</sup>. Dava sonuçlandıktan sonra mahkûm olanlar, yine ceza görmeyip aftan yararlanmış olurlar. Bu durumda kanunun kayıtsız şartsız uygulanması ilkesi ihlâl edilmeyecektir<sup>31</sup>.

Kamu menfaatine dayanan genel affın reddedilemeyeceği düşüncesi kamu menfaati ölçütüne başvurmak suretiyle fert hak ve hürriyetlerini ihlâl etmektedir<sup>32</sup>. Ayrıca affın reddedilememesi halinde şahsın haksız yere tutuklandığını gerekçe göstererek tazminat talep etme hakkı da ortadan kalkmaktadır<sup>33</sup>. Ceza adaletinin insan şahsiyetine daha fazla değer vermeğe yönelik eğilimi red hakkını fazlasıyla açıklayabilmektedir. “Af”la sadece toplumun ilgili olduğu tezi gerçeği yansıtmamaktadır. Çünkü sanık haksız da olsa affı kabûle zorlanması “hukuk” değildir. “Toplum faydası” için kişiyi feda etmek ümanist ceza hukuku ve hukukun üstünlüğü anlayışıyla bağdaşmamaktadır<sup>34</sup>. Bununla birlikte red hakkının tanınması halinde sanıklardan birçoğunun bu yola başvuracağını gösteren bir delile rastlanmamaktadır. Bu sebeple de, birkaç kovuşturmanın devam etmesinin kamu menfaatini ne derecede bozacağı belli değildir<sup>35</sup>.

## 2. Özel Affın Mecburîliği İlkesi ve Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı

Özel affın mecburîliği konusunda ciddi tartışmalar yoktur. Özel affı reddetmek söz konusu olamaz<sup>36</sup>. Buna rağmen özel affın da bir lûtf teşkil ettiği ve hiç kimsenin bir lûtfu kabule zorlanamayacağı savunulmuştur<sup>37</sup>. Ancak özel af sosyal fayda gözetilerek çıkarıldığından keyfî bir merhamet işlemi olarak kabul edilemez<sup>38</sup>. Ayrıca cezaların infazı hususu kamu düzenindedir. Hükümlünün,

<sup>29</sup> MAJNO: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları Şerhi, C. 1, İstanbul 1927, s.472-473, Vatan Matbaası (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.49).

<sup>30</sup> ÖZEK, Çetin: agm., s.171-172.

<sup>31</sup> KEYMAN, Selâhattin: age., s.49.

<sup>32</sup> KEYMAN, Selâhattin: age., s.49.

<sup>33</sup> İNCEOĞLU, Sibel: “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.70.

<sup>34</sup> EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.943.

<sup>35</sup> KEYMAN, Selâhattin: age., s.51.

<sup>36</sup> CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: age., s.736.

<sup>37</sup> RULLEAU, Charles: De La Grâce En Droit Constitutionnel, Bordeaux 1911, s.64 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.52).

<sup>38</sup> VABRES, Henri Donnedieu de: Traité Élémentaire de Droit Criminel et de la Législation Pénal Comparée, Paris, s.561 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.52).

hakkında verilmiş cezayı çekmek bakımından bir kazanılmış hakkı bulunmamaktadır<sup>39</sup>. Aynı hususlar devlet başkanı tarafından çıkarılan af kararlameleri açısından da geçerlidir<sup>40</sup>.

Amerikan hukukunda özel affin mecburîliği her zaman kabul edilmemektedir. “Common law” affin geçerliliğini, kabul şartına bağlamıştır, hükümlüye affi reddedip etkisiz hale getirme hakkını tanımıştır. Buna rağmen Yüksek Mahkeme (Supreme Court) 1927 yılında vermiş olduğu bir kararda mahkûmun istememesine, yani aksi yönde iradesine rağmen Başkan’a ölüm cezasını müebbet hapse çevirme yetkisi vermiştir<sup>41</sup>. Yüksek Mahkeme’nin bu kararına göre, affi özel şahıslar için çıkartılmış bir merhamet tasarrufu olarak kabul etmemek gerekir. Çünkü af gerçekte anayasal bütünün bir parçasıdır. Başkan’a böyle bir tasarruf yetkisi verilmek suretiyle, evvelkinden daha hafif bir ceza verilmesinin kamu yararı açısından daha faydalı olduğu kabul edilmelidir<sup>42</sup>.

Aftan yararlanan kişi, özel affin iyileştirme görünümü altında kendi durumunun ağırlaştırıldığını iddia ederse bireye özel aftan yararlanmayı reddetme hakkı verilebilecek midir? Fransa’da meydana gelen bir olayda bir asker ölümüne mahkûm edilmiştir. Sanığın cezası müebbet kürek cezasına çevrilmiştir. Asker, kürek cezasında rütbe kaybı yaşayacağını gerekçe göstererek eski cezasının tekrar verilmesini talep etmiştir. Ölüm cezasının uygulanması halinde rütbelerine dokunulmayacaktır. Sanık asker, askerlik şerefini hayatına tercih ettiğini ileri sürmüştür. Ancak söz konusu talep Fransız Devlet Şûrası tarafından “özel af hükümet tasarrufudur” denilerek reddedilmiştir<sup>43</sup>.

### III. 10 ARALIK 1948 TARİHLİ İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ AÇISINDAN BİREYİN AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKI

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin<sup>44</sup> muhtelif maddelerinde “itibar (dignity)” kavramı geçmektedir. 1. maddede bütün insanların onur ve hakları

<sup>39</sup> MERAY, Seha L.: age., s.48; SOYASLAN, Doğan: agb., s.427.

<sup>40</sup> KEYMAN, Selâhattin: age., s.52.

<sup>41</sup> CORWIN, Edward Samuel: The Constitution and What It Means Today, New Jersey 1948, s. 98 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.53); GÖZLER, Kemal: agb., s.307.

<sup>42</sup> ROTTSCHAEFER, Henry: Cases on Constitutional Law, Minn. 1939 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.53).

<sup>43</sup> ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s. 911, dipnot 44; SOYASLAN, Doğan: agb., s.427.

<sup>44</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948 tarih ve 217A (III) sayılı kararıyla ilân edilmiştir. Türkiye’de 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabûl edilmiş ve bu karar 27 Mayıs 1949 tarihli ve 7217 sayılı R.G.’de yayınlanmıştır.

bakımından eşit olduğu, 22. maddede herkesin onur ve kişiliğinin serbestçe gelişimi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahip olduğu, 23. madde'nin 3. fıkrasında herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır.... âdil ve elverişli bir ücrete hakkı olduğu ifade edilmektedir.

“İtibar (dignity)” kavramı doğrudan kullanılmamakla birlikte bazı maddelerin; dolaylı da olsa “bireyin aftan yararlanmayı reddetme hakkı”na dayanak yapılabilecek anlam ve içerikte olduğu gözükmektedir.

Meselâ 8. madde herkesin; temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yargı yoluna başvurma hakkı olduğunu düzenlemektedir.

10. madde herkesin; kendisine bir suç yüklenirken, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkemede hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı olduğunu ifade etmektedir.

11. madde ise kendisine suç yüklenen herkesin; savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılamaya hakkı olduğuna değinmektedir.

Bu hükümler topluca yorumlandığında; kendisine suç yüklenen bir kimşenin henüz yargılanma aşamasında, kendisinin bir af kanunu ile rızası hilâfına affedilmesinin bu maddelerin ruhuna ve hattâ lâfzına aykırı olduğunu düşünüyoruz. Çünkü savunma hakkı, yargılanma hakkı, daha doğrusu yargılanma aşamasının devam ettirilerek sona erdirilmesi hakkının verilmemesinin ve bunun tabîî sonucu olarak kişinin beraat edebileceği bir konuda yargılanma sürecinden af çıkararak devletin vazgeçmesinin, kendisine aftan yararlanmayı reddetme hakkı verilmemesinin, o insanın “onur hakkı”nın rencide edilmesine sebep olacağı kanısındayız.

#### **IV. ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN BİREYİN AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKI**

Bireyin affi reddetme hakkı olmalıdır. Affi reddetme hakkı anayasal bir haktır.

##### **1. Cumhuriyetin Nitelikleri (Anayasa md. 2) ve İnsan Haklarına Saygılı Hukuk Devleti Kavramı**

Anayasa'nın “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı 2. maddesine göre “Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına saygılı bir hukuk devletidir.”

Hukuk devletinin unsurlarından biri olan ve aynı zamanda hukuk devleti kavramı ile iç içe girmiş bulunan insan hakları, kavram olarak çok boyutlu bir yapıya sahip olmakla birlikte, kısaca; kişinin sırf bir insan olduğu için sahip bulunduğu haklardır. Bu haklar aynı zamanda en üstün ahlâkî değerleri güvence altına alırlar.

İnsan hakları insanın kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerdir. Bu temel hak ve hürriyetler aynı zamanda insan haklarının yürürlükte bulunan hukuktaki benimsenmiş olan ilkeleridir.

İnsan hakları sayılan "temel haklar"a örnek olarak: İşkenceye karşı korunma, ifade, basın ve toplanma hürriyetleri, keyfi yakalama ve tutuklanmaya karşı korunma, düşünce ve din özgürlüğü, kanun önünde tanınma ve kendini savunma gibi haklar gösterilmektedir. Kanaatimizce kanun önünde aklanmayı istemek de savunma hakkının doğal sonucu olması bakımından insan haklarındandır.

Aftan yararlanmak istemeyenlerin soruşturma veya yargılanma sonunda beraat etmeleri, yalnız kendileri bakımından değil, toplum bakımından da olumlu sonuçlar doğuracaktır.

### **2. Devletin Temel Amaç ve Görevleri (Anayasa md. 5)**

Devletin varlığının korunması, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun sağlanması, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan her türlü engellerin kaldırılması devletin temel amaç ve görevleri arasındadır. Bu itibarla mağdur olduklarını düşünenler bakımından suçlu olduklarını iddia ettikleri kişilerin yargılanıp cezalarını görmeleri ve kendilerinin suçsuz olduğunu iddia edenlerin de yargılanma sonunda hükmen aklanmalarının sağlanması devletin görevidir.

Bu hale göre, affi reddetme hakkı, hem mağdurların, hem de aklanacakları kanısıyla sanıkların ve sonuçta toplumun huzurunu ve mutluluğunu sağlayacaktır.

Diğer yandan devlet, affi reddetme hakkını tanımak suretiyle; devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen hükme göre yukarıda belirttiğimiz hususlardan ayrı olarak insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartlardan birini de hazırlamış olacaktır.

### **3. Kanun Önünde Eşitlik (Anayasa md. 10)**

Yargılanması devam etmekte olan bireye affi reddetme hakkı verilmeyerek bir eşitsizliğe sebep olunmaktadır: Aynı tarihlerde benzer suçları işlediği düşünülen iki kişi farklı mahkemelerde yargılanmakta iken, bir mahkeme diğerine nazaran daha hızlı çalışmakta ise, bu sanık savunma hakkını kullanarak beraat etmiş olabilecek, diğeri ise beraat etmesi mümkün iken savunma hakkını kullanmadan affa uğrayarak, beraat etme imkânından mahrum kalacaktır.

### **4. Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü (Anayasa md. 11)**

Bireylerin isteklerine bakılmaksızın davanın açılmasını veya kesin hükme bağlanmasını erteleyerek, yargılanma ve beraat etme haklarının ellerinden alınması şeklindeki düzenleme; anayasalarda yer alan "insan haklarına saygılı olma,

kanun önünde eşitlik, hak arama hürriyeti, savunma hakkı" gibi hükümlere uygulanma alanı bırakmadığı için; Anayasa'nın bütün organlarını bağlayan ve kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı hükmünü getiren 11. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

### 5. Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği (Anayasa md.12)

Herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu için kanaatimizce bir insan hakkı olarak kabul ettiğimiz yargılanma ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen savunma hakkı kişinin rızası hilâfına elinden alınamamalıdır; bu hak kutsaldır, en vazgeçilemez temel haktır.

### 6. Kişinin Dokunulmazlığı, Maddî ve Manevî Varlığı (Anayasa md.17)

Herkesin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirmeyi düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesini yine insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesine devletin görevleri açısından değinen Anayasa'nın 5. maddesi ile bağlantılı olarak yorumladığımızda yargılanmayı istemek, savunma hakkını kullanmak, beraat etmesi mümkün bir suç dolayısıyla genelde lütuf olarak kabul edilen "af"tan yararlanmayı reddetmek kişinin manevî varlığını korumasının tabii bir sonucudur.

Son yıllarda uluslararası hukukta dile getirilen "itibar hakkı" bu hükümde yer alan kavramları da kapsamaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2007 yılında özel hayata saygı gösterilmesi hakkının gelişimini etkileyecek bir karar<sup>45</sup>, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin<sup>46</sup> bir şahsın itibarına uygulanmasını kabul etmiştir. "**İtibar hakkı**"nın ulusal mahkemelerde korunması yükümlülüğünü getiren Mahkeme, bu hakkın, kişinin bireysel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğunu ifade etmiştir<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Pfeifer-Avusturya davası, Başvuru No.12556/03, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Pfeifer"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-83294"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (Erişim tarihi: 30.09.2013).

<sup>46</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 8: Özel ve aile hayatına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

<sup>47</sup> ROAGNA, Ivana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması (Türkçeye çeviren: Ayşe Gül Alkış SCHÄLING), Strazburg 2012, s.18-19, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları.

## 7. Hak Arama Hürriyeti, Âdil Yargılanma Hakkı ve Savunma Hakkı (Anayasa md. 36)

Anayasa'nın 36. maddesi herkesin yargı mercileri önünde savunma hakkına sahip olmasını düzenlemiştir. Af kanunu gereğince sanık; hakkında takibata geçilmemiş veya dava açılmamış veya henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemişse, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelendiği için hak arama hürriyetini ve en tabî bir insan hakkı olan savunma hakkını kullanamayacaktır.

Kaldı ki; 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'nın 36. maddesine herkesin - hak arama hürriyeti bakımından - sahip olduğu haklara "âdil yargılanma hakkı"da<sup>48</sup> eklenmiştir<sup>49</sup>.

Affi reddetme hakkı verilmeyerek kişinin savunma hakkından mahrum bırakılması aynı zamanda temel hak ve hürriyetleri düzenleyen Anayasa'nın 12. maddesine de aykırıdır.

## 8. Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar (Anayasa md. 38)

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağını düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesinin getirdiği "suçsuzluk karinesi" açısından zorla, rızası dışında affa uğratılarak yargılanmamak, savunma yapmak hak-

<sup>48</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6:

1. Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makûl bir sürede, âdil ve alenî olarak yargılanma hakkına sahiptir. Karar aleni olarak açıklanır Ancak duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, çocuk ve gençlerin menfaatlerini veya tarafların özel yaşamlarının korunmasını gerektirmesi halinde ve adaletin zarar göreceği özel hallerde mahkemenin kesinlikle gerek olduğuna inandığı ölçüde, demokratik bir toplumdaki genel ahlâk, kamu düzeni veya ulusal güvenlik amacıyla duruşmanın tamamından veya bir bölümünden çıkarılabilir.

2. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır.

3. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse asgarî şu haklara sahiptir

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebepleri hakkında anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilme:

b) Savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma:

c) Kendisinin bizzat veya seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma; avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkânı yoksa ve adaletin yaranı gerektiriyorsa ücretsiz hukukî yardım alma:

d) Aleyhine olan tanıkları sorguya çekme ve sorguya çektilme, lehine olan tanıkların aleyhine olan tanıklarla aynı şartlarda hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmelerini sağlama;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşmıyorsa, bir çevirmenden ücretsiz yararlanma.

<sup>49</sup> 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile eklenen ek ibare için bkz. 17 Ekim 2011 gün ve 24556 2. mükerrer sayılı R.G.



larından mahrum bırakılarak ömrü boyunca bir suç isnadının altında kalmak bu konudaki düzenlenmiş hükümlere de aykırıdır.

### **9. Ailenin Korunması (Anayasa md. 41)**

Türk toplumu güçlü aile yapısına sahiptir. Dolayısıyla her anne, baba evlâtlarına şerefli, haysiyetli, temiz isim bırakmak ister. Çeşitli suçlardan dolayı takibat altında bulunan veya yargılanmakta olan kamu görevlileri veya siyasî, ekonomik ve sosyal hayattaki etkinlikleriyle toplumda adını duyurmuş bulunan kişilerin en tabîî hakları olan ve bir insan hakkı saydığımız beraat etme haklarını kullanmak üzere, aftan yararlanmayı reddetmek hakkı, yalnız kendilerini değil, bütün ailesini ve hatta gelmiş-geçmiş ve gelecek soyunu da ilgilendirmektedir. Kendisini yakînen bilmeyenler o şahsa aftan yararlanarak cezadan kurtulmuş bir suçlu gözüyle bakacaklardır.

Kaldı ki aile hakkı, kişinin aile fertlerine karşı hak ve ödevlerini de içerir. Bu açıdan baktığımızda henüz yargılama devam ederken çıkarılan/yürürlüğe konulan bir af kanunu ile bu yargılamanın ortadan kalkması, kişinin beraat etmesi sonucunu doğuracak bir davada, o kişinin yalnız toplum nezdinde değil, ailesi nezdinde de suçlu muamelesi görmesine neden olacaktır. Özellikle bu suçun yüz kızartıcı bir suç olması durumunda, kişi açısından doğuracağı sakıncalar daha da artmaktadır. Bu hal titizlikle korunması gereken aileyi temelinden sarsabilecektir.

Ayrıca; Anayasa'nın 90. maddesinin başlığı daha önce "Ailenin Korunması" iken 2010 yılında "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" olarak değişmiştir. O halde bu konuyu çocuk hakları bakımından ele aldığımızda da bir çocuk için şerefli bir anne babaya, daha doğrusu bir suç isnadından sonra lâyıkiyle aklanmış bir anne babaya sahip olmanın en tabîî hak olduğunu düşünüyörüz.

Kaldı ki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılan, Türkiye'nin de 4058 sayılı Onay Kanunu<sup>50</sup> ile onayladığı Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 16. maddesinin 1. fıkrasında da çocuğun onur ve itibarına değinilmektedir.

Bütün bunlara ek olarak unutmayalım ki; kişi muris sıfatıyla eşi ve evlâtlarına yalnızca mâmelek değil, manevî miras olarak şeref ve haysiyet de bırakır.

### **10. Milletlerarası Antlaşmalar (Anayasa md.90)**

Anayasa'nın 90. maddesini de Anayasa'nın 36. maddesiyle birlikte değerlendirmek gerekir. Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu düzenleyen Türk Anayasası'nın 90.

<sup>50</sup> 4058 sayılı Onay Kanunu için bkz. 11 Aralık 1994 gün ve 22138 Sayılı R.G.

maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti'nin onayladığı ve İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (11 No.lu Protokol ile Değişik Metin) "Âdil Yargılanma Hakkı" başlığını taşıyan 6. maddesine göre<sup>51</sup> herkes âdil ve alenî olarak yargılanma hakkına sahiptir.

O halde rızası hilâfına aftan; zorunlu bir şekilde yararlandırılarak, âdil yargılanma hakkından mahrum bırakılmak da bu madde hükmü karşısında sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 15. maddesi de milletlerarası hukukun ihlâl edilmemesini öngördüğüne göre, iki maddeyi bir arada değerlendirmek gerekir.

Anayasa'nın 15. maddesi savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahî temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını kısmen durdurabilmesine veya Anayasada öngörülen tedbirleri alabilmesine milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlâl etmemek kaydıyla cevaz vermiştir. Halbuki milletlerarası hukukun tanıdığı âdil yargılanma hakkını yukarıda sayılan olağanüstü haller yokken herhangi bir af kanununun kişinin elinden alması Anayasaya tam anlamıyla aykırı olur.

## V. TÜRKİYE'DE GENEL AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKININ DÜZENLENDİĞİ AF KANUNLARI

Aftan yararlanmayı reddetme hakkı; Türkiye'de şimdiye kadar ancak iki genel Af Kanununda, birinci Af Kanununa ek olarak çıkarılan Ek Kanunda, üç kez de disiplin cezalarının affı ile ilgili kanunlarda yer almıştır. Daha sonra çıkarılmış kanunlarda ise aftan yararlanmayı reddetme hakkı düzenlenmemiştir.

### 1. 26 Ekim 1960 gün ve 113 sayılı Af Kanunu

Türkiye Cumhuriyeti'nde bu hakkı düzenleyen ilk kanun 26 Ekim 1960 gün ve 113 sayılı Af Kanunu'dur<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi için bkz. 48 no.lu dipnot.

<sup>52</sup> 26 Ekim 1960 gün ve 113 sayılı Af Kanunu için bkz. 28 Ekim 1960 gün ve 10641 sayılı R.G.; Düstur 4. Tertip, C. 1, s. 409. Kanunun ilgili hükmü şu şekildedir:

MADDE 1 - 27 Mayıs 1960 tarihine kadar işlenmiş olan suçlardan:

A) Taksirli cürümlerle kanunların yukarı haddi beş seneyi geçmeyen hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile yahut yalnız para cezası ile cezalandırıldığı veya müsadereyi veya bir meslek ve sanatın yapılmamasını veya bu cezalardan birini veya birkaçını istilzam eden fiiller hakkında takibat yapılmaz.

Bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların **affı kabûl etmemeye hakları vardır**. Bu hakkını kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında tahkikat veya takibata devam olunur. Mahkûmiyet halinde bu hakkın kullanılmış olması aftan istifadeye engel olmaz.

113 sayılı Af Kanunu'nun birinci maddesinin affi kabul etmemeyi içeren ilgili fıkrası üç hususu düzenlemiştir:

Bu maddeye göre ilk olarak bu kanundan faydalanacak olanların affi kabul etmemeye hakları vardır.

İkinci olarak; bu hakkını kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında tahkikat veya takibata devam olunacaktır.

Nihayet üçüncü olarak da mahkûmiyet halinde bu hakkın kullanılmış olması aftan faydalanmaya engel olmayacaktır.

Aftan yararlanmayı reddetmek hakkı, süresiz olmamalı, belli bir süre içinde kullanılmalıdır. Nitekim söz konusu Kanunda 30 günlük süre bulunmaktadır.

## **2. 18 Kasım 1960 tarihli ve 134 sayılı “113 sayılı Af Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Hükümler Eklenmesine Dair Kanun”**

134 sayılı Kanun'da<sup>53</sup>, af hükmünden faydalanacak olanların affi kabul etmeme haklarını Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullandıkları öngörülmüş, haklarında tahkikat ve takibata devam olunacağı düzenlenmiştir.

Affi reddetme hakkından faydalananın mahkûm olması halinde, bu hakkı kullanmış olması onun aftan faydalanmasına engel olmayacaktır.

B) Beş sene ve daha az hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olanlar fer'i ve mütemmim cezalar ile ceza mahkûmiyetlerinin neticelerine de şâmil olmak üzere affedilmiştir.

C) Beş seneden fazla hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olanların cezalarının üçte biri indirilir. Ancak indirilen miktar beş seneden az olamaz.

Bu kanun ile ilgili görüşmeler için bkz. T.C. Millî Birlik Komitesi Genel Kurulu Toplantısı, TBMM Tutanak Dergisi, C.2, Birleşim 28, 26.10.1960, 0: 1, s. 1-35.

<sup>53</sup> 18 Kasım 1960 gün ve 134 sayılı "113 sayılı Af Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Hükümler Eklenmesine Dair Kanun" için bkz. 22 Kasım 1960 gün ve 10661 sayılı R.G.; Düstur: 4. Tertip, C.1, s. 463. Kanunun ilgili hükmü şu şekildedir:

MADDE 1:.....

A).....

Bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların, **affi kabûl etmemeye hakları** vardır. Bu hakkını Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında, tahkikat ve takibata devam olunur. Mahkûmiyet halinde, bu hakkın kullanılmış olması aftan istifadeye engel olmaz.

Af Kanununa Ek Kanun Teklifi ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (2/117) için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Birleşim 33, 8.11.1960, 0: 1, s.11-23.

Bu kanun ile ilgili görüşmeler için bkz. TBMM Tutanak Dergisi Birleşim 35, 14.11.1960, 0: 2, s. 8-27.

### 3. 3 Ağustos 1966 tarihli ve 780 sayılı “Bazı Suç ve Cezaların Affi Hakkında Kanun”

780 sayılı Kanun'da<sup>54</sup> da aftan yararlanmayı red hakkı, aynen 134 sayılı Kanundaki gibi düzenlenmiş, bir aylık kullanma süresi konulmuş, mahkûmiyet halinde ise aftan faydalanabileceği hükme bağlanmıştır.

### 4. 25 Aralık 1985 tarihli ve 3249 sayılı “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affi Hakkında Kanun”

3249 sayılı Kanun<sup>55</sup> kapsamına giren disiplin cezalarına karşı, Kanun yürürlüğe girilmeden önce idarî yargı mercilerine başvurmuş olanlardan, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde davaya devam edilmesini istediklerini bildiren şahısların davalarına devam edilecektir.

Eğer dava davacının aleyhine sonuçlanırsa bu Kanunla getirilen af hükümleri uygulanacaktır.

### 5. 18 Haziran 1992 tarihli ve 3817 sayılı “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affi Hakkında Kanun”

3817 sayılı Kanun'un<sup>56</sup> konumuzla ilgili hükümleri de aynen 3249 sayılı Kanun hükümleri gibi düzenlenmiştir.

<sup>54</sup> 3 Ağustos 1966 gün ve 780 Sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affi Hakkında Kanun için bkz. 9 Ağustos 1966 gün ve 12370 sayılı R.G. mükerrer; Düstur: 5. Tertip, C. 5-2, s. 2669. Kanunun ilgili hükmü şu şekildedir:

MADDE 1:.....

A).....

Bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların, **affi kabûl etmemeye hakları vardır**. Bu hakkını Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında, tahkikat ve takibata devam olunur. Mahkûmiyet halinde, bu hakkın kullanılmış olması aftan istifadeye engel olmaz.

<sup>55</sup> 25 Aralık 1985 gün ve 3249 sayılı “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affi Hakkında Kanun” için bkz. 3 Ocak 1986 gün ve 18977 sayılı R.G.; Düstur: 5. Tertip, C. 25, s.123. Kanunun "**affi ret**" hakkını düzenleyen hükmü şu şekildedir:

MADDE 4. – Bu Kanunun kapsamına giren disiplin cezalarına karşı, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce idarî yargı mercilerine başvurmuş olanlardan, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine müracaat etmek suretiyle davaya devam etmek istediklerini bildirmeyenlerin davaları hakkında; görülmekte olan davalarda davayı gören mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştay'ca, “karar verilmesine yer olmadığına” ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde davaya devam etmek istediklerini bildirenlerin davalarının görülmesine devam olunur. Ancak davanın davacının aleyhine sonuçlanması halinde bu kanunla getirilen af hükümleri uygulanır.

<sup>56</sup> 18 Haziran 1992 gün ve 3817 sayılı “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affi Hakkında Kanun” için bkz. 7 Temmuz 1992 gün ve 21277 sayılı R.G.; Düstur: 5.

## 6. 28 Ağustos 1999 tarihli ve 4455 sayılı "Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun"

4455 sayılı Kanun'un<sup>57</sup> konumuzu ilgilendiren hükümleri 3249 ve 3817 sayılı Kanunlarla aynı şekilde düzenlenmiştir.

## VI. TÜRKİYE'DE GENEL AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKININ DÜZENLENMEDİĞİ AF KANUNLARI

### 1. Af Kanunları

Türkiye Cumhuriyeti'nde 26.10.1933'te çıkarılan 2330 sayılı Af Kanunu, 1938 tarihli ve 3527 sayılı Siyasî Suçlardan Hüküm Giyenlerle İstiklâl Mahkemesi Kararıyla Mahkûm Olanlar Hakkındaki Af Kanunu, 14.7.1950 tarihli ve 5677 sayılı Af Kanunu, 23.2.1963 tarihli ve 218 sayılı Af Kanunu, 9.8.1966 tarihli ve 780 sayılı Af Kanunu ve 15.5.1974 tarihli ve 1803 sayılı Af Kanunlarında aftan yararlanmayı reddetme hakkı düzenlenmemiştir<sup>58</sup>.

---

Tertip, C.31. Kanunun 2. maddesi "affı reddetme hakkı"nı düzenlemiştir. Getirilen hüküm şu şekildedir:

MADDE 2: "Bu Kanunun kapsamına giren disiplin cezalarına karşı, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce idarî yargı mercilerine başvurmuş olanlardan, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine müracaat etmek suretiyle davaya devam etmek istediklerini bildirmeyenlerin davaları hakkında; görülmekte olan davalarda davayı gören mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştay'ca, "karar verilmesine yer olmadığına" ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde davaya devam etmek istediklerini bildirenlerin davalarının görülmesine devam olunur. Ancak davanın davacının aleyhine sonuçlanması halinde bu kanunla getirilen af hükümleri uygulanır".

<sup>57</sup> 28 Ağustos 1999 gün ve 4455 sayılı "Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun" için bkz. 3 Eylül 1999 gün ve 23805 sayılı R.G.; Düstur: 5. Tertip, C. 38. Kanunun "affı ret hakkı"nı düzenleyen hükmü şu şekildedir:

MADDE 2. -Bu Kanunun kapsamına giren ve 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenmiş disiplin suçları nedeniyle verilmiş olan disiplin cezalarına karşı, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine müracaat etmek suretiyle davaya devam etmek istediklerini bildirmeyenlerin davaları hakkında; görülmekte olan davalarda davayı gören mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştay'ca, "karar verilmesine yer olmadığına" ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde davaya devam etmek istediklerini bildirenlerin davalarının görülmesine devam olunur. Ancak davanın davacının aleyhine sonuçlanması halinde bu kanunla getirilen af hükümleri uygulanır.

Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun Tasarısı ile aynı mahiyetteki Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 160, Dönem 21, Yasama Yılı: 1, s. 1-19.

<sup>58</sup> DEMİRBAŞ, Timur: age., s. 702.

## 2. Dolayısıyla Af Kanunları

Doğrudan doğruya afla ilgili görünmeyen diğer bazı kanunlar ise şartlı salıverilme ve ertelemeyle ilgili hükümleri içermekte ve “dolayısıyla af kanunu” olarak değerlendirilmektedirler<sup>59</sup>.

1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 28.8.1999 tarihli ve 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun, 21.12.2000 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’da da aftan yararlanmayı reddetme hakkı düzenlenmemiştir<sup>60</sup>.

Dört maddeden oluşan 4616 sayılı Kanunun, konumuz açısından 1. maddesinin 3. ve 4. fıkraları eşitlik ilkesine aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 4. fıkrayı kısmen iptal etmiştir.

8 Aralık 2000 gün ve 4610 sayılı Kanunun Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresinin<sup>61</sup> 3. maddesinde kanunda yer alan üst sınırı on yılı geçmeyen cezaları gerektiren suçlarda dava açılması ve kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi, ilgililere; istemeleri halinde yargılanmalarının sürdürülüp aklanmaları olanağının tanınmaması, veto gerekçelerinden biri olarak yer almaktadır.

Cumhurbaşkanına göre 4610 sayılı Kanun; Anayasanın eşitlik ilkesine, hukuka, adalete, toplum huzurunu sağlamaya yönelik değildir ve toplum vicdanını incitecek niteliktedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu’nun 18.12.2000 tarihli raporuna göre<sup>62</sup> affi ret hakkı pek az kanunda yer almıştır. Bu hakka çok sayıda af kanununda ise yer verilmemiştir. Bu kurumun uygulanması halinde öngörülen ceza sınırları itibariyle kanundan yararlanma imkânı getirdiği için mahkemelerin gereksiz yere uğraştırılmaması düşüncesi ağırlık kazanmıştır. Rapora göre “... Affi ret imkânı tanınmalı, tercih imkânı verilmelidir.” Anayasa Komisyonu raporuna karşı oy görüşü koyanlara göre de:<sup>63</sup> “..... Affi ret hakkının

<sup>59</sup> DEMİRBAŞ, Timur: age., s. 702.

<sup>60</sup> 21 Aralık 2000 gün ve 4616 sayılı Kanun için bkz. 22 Aralık 2000 gün ve 24268 sayılı R.G.

<sup>61</sup> Tezkere için bkz. Cumhurbaşkanlığının 15.12.2000 gün ve B.01.0.KKB.01 KAN.KAR.: 39-18/A-1-2000-984 sayılı ile TBMM Başkanlığı’na gönderdiği yazı için bkz. TBMM Tutanak Dergisi S. Sayısı 567, Dönem 21, Yasama Yılı 3, s.1-5.

<sup>62</sup> TBMM Anayasa Komisyonu’nun 18.12.2000 gün ve Esas No: 1/792, Karar No: 6 sayılı raporu için bkz. TBMM Tutanak Dergisi S Sayısı: 567, Dönem 21, Yasama Yılı 3, s. 5-9.

<sup>63</sup> TBMM Anayasa Komisyonu Raporunun 18.12.2000 gün ve Esas No: 1/792 Karar No: 6 sayılı karara karşı oy için bkz. TBMM Tutanak Dergisi S. Sayısı: 567. Dönem 21, Yasama Yılı 3, s.8-9.

tanınmaması bir kusurdur. Bu anlayış; temiz siyaset, saydam yönetim, insan hakları ve hukukun üstünlüğü değerleri içinde savunulamaz. 'Affin mecburiliği' klâsik görüşü, aşılmaz ve yeni değerlere göre terk edilemez bir prensip değildir. Yasama aslî bir yetki olarak (1982 Anayasası md. 7) Anayasa ile bağlıdır (1982 Anayasası md. 11)". Kanun Adalet Komisyonunda aynen, ancak oyçokluğu ile kabul edilmiştir<sup>64</sup>. Ama yine de bu kanunda affi ret hakkı yer almamıştır.

2000 tarihli Af Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra aftan yararlanmayı reddetme talepleri olmuş ve kabul edilmiştir<sup>65</sup>.

Herkesin kanun önünde eşit olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi karşısında 4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrası incelendiğinde çeşitli açılardan eşitliğe aykırı durumlar ortaya çıkmaktadır:

İlk olarak; bu kanun kapsamına girmeyen suçlar için, yapılan yargılama sonucunda mahkemelerin sanıklar hakkında beraat kararı verebilmesi mümkün olacak, 4616 sayılı Kanun kapsamına giren suçların bir kısmı için ise, 4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrasındaki şartlar oluştuğu takdirde, beraat kararı verilmesi mümkün olmayacaktır<sup>66</sup>.

İkinci olarak; 4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 3. fıkrasının b bendinin 2. paragrafına göre ölüm, müebbet ağır hapis ve üst sınırı 10 yılı aşan şahsî hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen suçlardan dolayı haklarında henüz takibata geçil-

<sup>64</sup> TBMM Adalet Komisyonu'nun 19.12.2000 gün ve Esas No: 1/792, Karar No: 5 Sayılı Raporu için bkz. TBMM Tutanak Dergisi S. Sayısı: 567, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, s.10-12.

<sup>65</sup> Tokat Asliye Ceza Mahkemesi 19 Mart 2001 tarihli dilekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurmuştur.

Asliye Ceza Mahkemesi taksirle ölüme neden olmak suçundan sanık hakkında açılan kamu davası nedeniyle yapılmakta olan yargılama sırasında 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe giren 4616 sayılı Af Kanunu gereğince ertelemeye tâbi olmuştur. Sanık vekili müvekkilinin beraat etmesi gerektiği kanaatinde olduğunu, 4616 sayılı Kanun ile yargılanma ve beraat etme hakkının ellerinden alındığını, bu düzenlemenin Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, bu Kanundaki Anayasaya aykırılığın giderilmesi için mahkeme tarafından başvuruda bulunulmasını talep etmiştir.

İddia makamı, 4616 sayılı Af Kanunu kapsamına giren suçla ilgili olarak sanıkların, bu Kanun hükümlerinin kendilerine uygulanmasını kabul etmeyerek, beraatlerine karar verilmesini isteme haklarının 4616 sayılı Kanun nedeniyle ellerinden alındığını, bunun insan haklarına aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme isteği uygun görmüştür.

<sup>66</sup> 4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrasının 2. bendi şöyledir: "Erteleme konusu suç kabahat ise bir yıl, cürüm ise 5 yıl içinde bu kabahat veya cürüm ile aynı cins veya daha ağır şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç işlendiğinde, erteleme konusu suçtan dolayı da dava açılır veya daha önce açılmış bulunan davaya devam edilerek hüküm verilir. Öngörülen süreler, erteleme konusu kabahat veya cürüm ile aynı cins veya daha ağır şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç işlenmeksizin geçirildiğinde, ertelemeyen yararlanan haklarında kamu davası açılmaz, açılmış olan davanın ortadan kaldırılmasına karar verilir."

memiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber dava açılmamış olan sanıkların yargılamaları yapılacaktır.

Hâlbuki şahsî hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı 10 yılı geçmeyen suçlardan dolayı haklarında henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber dava açılmamış veya son soruşturma aşamasına gelinmiş olmakla beraber henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemiş olanlar için, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenecektir.

İşte bu düzenlemede 1. maddenin 3. fıkrasına göre; 4. fıkra kapsamına giren suçlardan daha ağır cezayı gerektiren suçları işleyen sanıkların – yargılanmalarına devam edileceği için beraat edebilme ihtimalleri mümkün iken; 4. fıkradaki daha az cezayı gerektiren suçları işleyen sanıkların –fıkra hükümlerine göre davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelendiği için- beraat etme hakları bulunmamaktadır ve toplum huzurunda aklanmamış kimseler olarak zan altında bırakılmaktadırlar.

Bu durum Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırıdır.

Üçüncü olarak affi reddetme hakkı verilmeyerek bir başka eşitsizliğe daha sebep olunmaktadır: Daha önce de bahsettiğimiz üzere aynı tarihlerde benzer suçları işlediği düşünülen iki kişi farklı mahkemelerde yargılanmakta iken, bir mahkeme diğerine nazaran daha hızlı çalışmakta ise, bu sanık savunma hakkını kullanarak beraat etmiş olabilecek, diğeri ise savunma hakkını kullanmadan beraat etmesi mümkün iken affa uğrayarak, beraat etme imkânından mahrum kalacaktır.

4616 sayılı Kanununun 1. maddesinin 4. fıkrasındaki daha ağır cezayı gerektiren suçları işleyenlere yargılanma hakkı verip beraat edebilmelerini mümkün kılan, ancak daha az cezayı gerektiren suçları işleyenlere, isteklerine bakılmaksızın davanın açılmasını veya kesin hükme bağlanmasını erteleyerek, yargılanma ve beraat etme haklarının ellerinden alınması şeklindeki düzenleme; Anayasa'da yer alan “insan haklarına saygılı olma, kanun önünde eşitlik, hak arama hürriyeti, savunma hakkı” gibi hükümlere uygulanma alanı bırakmadığı için; Anayasanın bütün organlarını bağlayan ve kanunların Anayasa'ya aykırı olmayacağı hükmünü getiren 11. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

4616 sayılı Kanununun 1. maddesinin 4. fıkrası gereğince sanık; hakkında takibata geçilmemiş veya dava açılmamış veya henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemişse, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelendiği için hak arama hürriyetini ve en tabii bir insan hakkı olan savunma hakkını kullanamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi Kanunun bazı maddelerini iptal etmiştir<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesinin 18.7.2001 tarihli ve E.2001/4, K.2001/332 sayılı kararı için bkz. 27 Ekim 2001 gün ve 24566 sayılı R.G.



5.4.2012 tarihli ve 6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, 24.1.2013 tarihli ve 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunlarda da<sup>68</sup> dolaylı olarak af hükümleri yer almakta, ancak affı red ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

### SONUÇ

2000 yılında kapsamlı “dolaylı af kanunu”nun çıkarılması<sup>69</sup> söz konusu olduğu zaman Türk kamuoyu affin çıkmasını isteyenlerle, istemeyenlerin tartışmasına sahne olmuştur.

Gelecekte çıkarılacak af kanunları üzerinde "kapsam" bakımından çok dikkatli olunmalıdır. "Barış" yerine "kavga" getirecek bir af kanunu toplumun değer yargılarını her bakımdan zedeleyecektir.

Anayasaya göre affa tâbi olmayan suçları oluşturan fiillerin çarpıtılarak affa dahil edilmesi, devletin birlik ve bütünlüğünü, cumhuriyetin temel niteliklerini zaafa uğratabilecek şekilde yapılmamalıdır.

Bu bakımdan kanaatimizce af için şartlar oluştuğu zaman ortalama bir yol olarak "af" değil, bir "erteleme kanunu" çıkarılması daha doğru olacaktır. Yani aftan yararlanarak cezaevinden çıkanlar, muayyen bir süre içerisinde tekrar suç işledikleri takdirde daha önce affa uğramış olan cezalarını da çekeceklerdir.

"Erteleme" veya "şartlı af", aftan yararlananlar için caydırıcı bir yol olacağı gibi, kamu vicdanını da kısmen tatmin etmekte veya affa karşı olanları en az rahatsız eden yol olarak gözükmektedir.

Genel aftan faydalanmayı reddetmek hakkı bir anayasal haktır. Bu durumu göz önünde bulundurarak doktrinde yer alan ve bizim de katıldığımız önerileri şöyle sıralayabiliriz:

- “Affı kabul etmeme” hakkı, genel bir hüküm olarak ceza kanunlarına ilâve edilmelidir<sup>70</sup>. Bu mümkün olmazsa aftan faydalanmayı reddetmek hakkı her

<sup>68</sup> DEMİRBAŞ, Timur: age., s. 702-704.

<sup>69</sup> Bkz. VII/2 ve 56 no.lu dipnot.

<sup>70</sup> KEYMAN, Selâhattin: age., s.51; ALACAKAPTAN, Uğur: “780 Sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII-XXIII, S.1-4, 1965-1966, s. 33.

bir af kanununda yer almalıdır<sup>71</sup>. Çünkü bireyin affi reddetme hakkı bir anayasal hak, daha doğrusu geniş anlamıyla bir insan hakkı, “itibar hakkı”dır.

- Sanığın hüküm kesinleşinceye kadar affi kabul hakkı bulunmalıdır. Bu suretle affi red için süre konulmasına ihtiyaç kalmayacaktır<sup>72</sup>.
- Davayı düşürecek bir sebebin sonradan meydana gelmesi halinde, sanığın suçsuz olduğu hakkında yeterli derecede delil varsa, hâkim davanın düşmesine değil, sanığın beraatına karar vermelidir. Bazı ülkelerin usûl kanunlarında<sup>73</sup> bu yönde hüküm bulunmaktadır<sup>74</sup>.
- Aftan yararlanmayı reddetme hakkı sanıklar için kabul edilirken mahkûmiyet kararı kesinleşmiş olanlara bu hak verilmezse ve eğer failin fiili işlemediğine dair kuvvetli deliller varsa ve yargılamanın yenilenmesini (iade-i muhakeme) gerektirecek durumlar mevcutsa, haksızlıklar ortaya çıkar. Çünkü genel aftan yararlanmış bir mahkûmun, cezadan kurtulmasına rağmen toplumun gözünde suçlu gibi görüldüğü bir gerçektir. Bu nedenle mahkûm aftan yararlanmış olsa bile yargılamanın yenilenmesini talep edebilmeli ve bu yönde mevzuat değişiklikleri yapılmalıdır<sup>75,76</sup>.
- Aynı durumda olan sanıklardan birinin affi red, diğerinin kabul ettiği durumlarda, reddeden yargılama sonucunda beraat ederse -affi kabul eden şahsın suçluluğunu kabul etmiş gibi görünmemesi için- “lehe bozmanın siyaseti” gibi bir müessese kabul edilmelidir<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s.907-908; SANCAR, Türkân Yalçın: agb., s.158; SÖZÜER, Âdem: agb., s.225.

<sup>72</sup> EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.944.

<sup>73</sup> Örneğin 10.10.1930 tarihli İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 152. maddesi.

<sup>74</sup> EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.944.

<sup>75</sup> ÖZEK, Çetin: agm., s.172; EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.944.

<sup>76</sup> Örneğin Fransa’da harp sıralarında verilmiş yargı kararlarında askerî cezalardaki adli hata ihtimalinin çokluğu sebebiyle, bazı kanunlar ile yargılamanın yenilenmesi kabul edilmiştir. ÖZEK, Çetin: agm., s.172-173, dipnot 4.

<sup>77</sup> EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.943-944.

## KAYNAKÇA

- AKINCI, Müslüm: “İdarî Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı”, Ankara Mayıs 2008, Turhan Kitabevi Yayınları.
- ALACAKAPTAN, Uğur: “780 Sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII-XXIII, S.1-4, 1965-1966, s.21-33.
- ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş-Ceza Hukuku Kurallarının Uygulama Alanı- Suç Teorisi- Yaptırım Teorisi-Milletlerarası Ceza Hukuku, Yenilenmiş, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara Haziran 2013.
- BARTHÉLÉMY, Joseph-Paul DUEZ: *Traité de Droit Constitutionnel*, Yeni Bası, Paris 1933.
- BOUZAT, Pierre- Jean PINATEL: *Traité de Droit Penal et de Kriminologie*, Deuzieme Edition, Paris 1970.
- CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: *Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Yedinci Bası*, İstanbul Kasım 2011, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- CHOMETTE, Henri: *De L’Amnistie*, Paris 1898.
- CORWIN, Edward Samuel: *The Constitution and What It Means Today*, New Jersey 1948.
- DEMİRBAŞ, Timur: “Af Tartışmaları ve 4616 Sayılı <23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun>”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.78-97.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2013, Seçkin Yayınevi.
- DÖNMEZER, Sulhi- Sahir ERMAN: *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. III, Cezalar Sistemini Tamamlayan Kurumlar-Cezaların Tayini-Tehlike Hali-Ceza İlişkisinin Sona Ermesi-Milletlerarası Ceza Hukuku-Devletlerarası Ceza Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul Eylül 1994, BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Yayın No.476, Hukuk Dizisi: 206.
- DURSUN, Hasan: “Af Kavramına Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.85, Y.2009, s.373-402.
- DYZENHAUS, David: “Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification”, <http://ssrn.com/abstract=2029818> (Erişim tarihi: 29.09.2013).
- EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara 1997, Seçkin Yayınevi.

- GÖZLER, Kemal: “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.298-329.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2013, Adalet Yayınevi.
- HÈLİE, M. Faustin: Traité de L’Instruction Criminelle, C. II, İkinci Bası, Paris 1886.
- İNCEOĞLU, Sibel: “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Davaya ve Cezaların Erteleme”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.41-70.
- KEYMAN, Selâhattin: Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Doktora Tezi, Ankara 1965, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.199, Ankara Üniversitesi Basımevi.
- KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş-Suç Teorisi-Yaptırım Teorisi- Milletlerarası Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, [Ankara] Ekim 2012, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Hukuk No: 877.
- KUZU, Burhan: “Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.254-296.
- MAJNO: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları Şerhi, C. 1, İstanbul 1927, Vatan Matbaası.
- MERAY, Seha L.: Ceza Hukukunda Af (Konusu Üzerine Bir Deneme), Ankara 1944, Türk Hukuk Kurumu.
- ODYAKMAZ, Zehra: "Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetmek Hakkı Olmalıydı", Anadolu Finans, Aylık Ekonomik, Siyasî ve Aktüel Dergi, Y.1, S.1, Ocak 2001, s. 48-49.
- ODYAKMAZ, Zehra: “1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.364-377.
- ÖZEK, Çetin: “Umumî Af”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXIV, S.1-4, İstanbul 1959, s.118-175.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2013, Seçkin Yayınevi.
- ROAGNA, Ivana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması (Türkçeye Çeviren: Ayşe Gül Alkış SCHÄLING), Strazburg 2012, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları.
- ROTTSCHAEFER, Henry: Cases on Constitutional Law, Minn. 1939.

- RULLEAU, Charles: *De La Grâce En Droit Constitutionnel*, Bordeaux 1911.
- SANCAR, Türkân Yalçın: “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, *Anayasa Yargısı*, *Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, C.18, Ankara 2001, s.149-195.
- SCHAETZER, Johann Georg: *Handbuch des Gnadenrechts, Gnade-Amnestie Bewaehrung*, 2. Auflage, München 1992.
- SOYASLAN, Doğan: “Af”, *Anayasa Yargısı*, *Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, C.18, Ankara 2001, s.412-436.
- SÖZÜER, Âdem: “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartlı Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, *Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, C.18, Ankara 2001, s.219-252.
- TAHON, René: *L'Amnistie Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1940, No: 1.
- TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2012, Savaş Yayınevi.
- VABRES, Henri Donnedieu de: *Traité Élémentaire de Droit Criminel et de la Législation Pénal Comparée*, Paris.



# KANUN YOLUNA BAŞVURMA HAKKI BAĞLAMINDA TEMYİZ EDİLEBİLEN VE EDİLEMİYEN KARARLAR (CEZA MUHALEMESİNDE KESİNLİK SORUNU)\*

*Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN\*\**

## I. GENEL OLARAK

Ceza yargılama makamlarının verdikleri kararlarda yanılma, hukuka aykırılık olabilir. Gerek sübut konusunda gerekse hukuki sorun konusunda ortaya çıkabilecek olan hukuka aykırılıkların denetim muhakemesi yoluyla giderilmesi mümkündür<sup>1</sup>.

Kanun yoluna başvurma hakkı, İHAS 7 no.lu Protokolde insan haklarından biri olarak kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Anaya Mahkemesine göre de, kanun yoluna başvuru hakkı, adil yargılanma hakkının kapsamı içerisinde kabul edilmektedir<sup>3</sup>.

Hükümdeki aykırılıkları gidermek ve isabetli bir karar verilmesini sağlamak bakımından kanun yolu, sanık için olduğu kadar toplum için de bir teminat olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle muhakeme hukukunda kararlara karşı kanun yolunun açık olması kuraldır. Bununla birlikte, kanun yolunun muhakemeyi uzattığı da açıktır. Muhakemenin mümkün olduğu kadar çabuk sonuçlanması ve suçluların bir an önce cezalandırılması gereği, her karara karşı değil, önemli kabul edilen kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>4</sup>. Çok az önemli sayılabilecek kararlardaki muhtemel hukuka aykırılıklara ise göz yumulabilmektedir.

---

\* HUKAB ve Yargıtay işbirliğiyle 3 Mayıs 2013 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Ceza Yargılamasında Yasa Yolu Olarak Temyiz ve İtiraz" konulu sempozyumda bildiri olarak sunulan metin esas alınarak hazırlanmıştır.

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

<sup>1</sup> KUNTER/YENİSEY, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, No 510 I.

<sup>2</sup> Türkiye 14.03.1985 tarihinde imzaladığı 7 no.lu Protokol 01.11.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Protokolün 2. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: "Cezai bir fiilden ötürü bir yargı yeri tarafından mahkum edilen kimse, verilen mahkumiyeti ve cezayı daha yüksek bir yargı yerinde yeniden incelemek hakkına sahiptir. Bu hakkın hangi esaslar içinde kullanılacağı yasayla düzenlenir". (Metin için bkz. DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, İstanbul 1988, s. 298).

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi, 23.07.2009, 2006/65-2009/114 (RG. 07.10.2009).

<sup>4</sup> KUNTER/YENİSEY, No 510 V; Anayasa Mahkemesi, 23.07.2009, 2006/65-2009/114.

Kanun yolu denetimi kuralı oluşturduğundan, kararların verildiği anda kesin olması hususu istisnayı oluşturmaktadır. Hangi kararların istisna olarak kesin olabileceği sorunu ise, ancak olağan kanun yolları bakımından gündeme gelebilir. Zira olağanüstü kanun yolları ancak kesin kararlara karşı, yani kesinlik sorunu çözüldükten sonra söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla, ceza muhakemesinde kesinlik sorunu; itiraz, istinaf ve temyiz gibi olağan kanun yolları bakımından ele alınmalıdır<sup>5</sup>.

Bununla birlikte, “kesinlik” konusuyla ilişkili olarak, kanun sistematigi itibariyle olağanüstü kanun yolları arasında yer almakta bulunan “Yargıtay Başsavcılığının itirazı” da (CMK m. 308), bu bağlamda tartışılması gereken konular arasında yer almaktadır.

## II. TEMYİZ EDİLEMİYEN HÜKÜMLER

Bir hükümden sübut veya hukuki sorun bakımından bir aykırılığın bulunup bulunmadığını belirleyebilmek ve bir aykırılık varsa giderilebilmesini sağlamak için, istinaf henüz uygulamada olmadığından, olağan kanun yolu olan temyize başvurmak gerekmektedir. Ancak, bazı hükümler verildiği anda kesin olup; bu hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulamaz.

*Çok az önemli sayılabilecek aykırılıklara göz yummak* şeklinde ifade edilebilecek olan son kararların temyiz edilemezliği halleri aşağıdaki şekilde ele alınabilir:

1. Hapis cezasından çevrilenler hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dahil adli para cezasına mahkumiyet hükümleri (5320 sayılı Kanun, m. geçici 2, 5271 sayılı Kanun m. 272/3-a).

*Kanun yoluna başvurma hakkını bir insan hakkı* olarak kabul eden İHAS 7 no.lu Protokol (m. 2-2), üç halde bu hakka istisna getirilebilmesine, kanun yoluna gidilememesine izin vermektedir: a) Suç çok hafif ise, b) sanık olay mahkemesi olarak en yüksek mahkeme tarafından yargılanıyorsa, c) karar, beraat kararlarına karşı gidilmiş olan kanun yolunda verilmişse.

Hangi suçların çok hafif olacağı ülkelerin kanunlarınca belirlenecek olmakla birlikte, Protokolün gerekçesine göre, suçların özellikle hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmemesi önemlidir<sup>6</sup>. Para cezaları bakımından da belli bir sınırın aşılması aranabilecektir. Doktrinde de, suçun çok hafif sayılabilmesi için;

<sup>5</sup> Kanun yolu denetimi imkanının kapalı olması demek olan kesinlik, CMK'daki denetim ile ilişkili olarak ele alınmaktadır. Bu tür kararların, örneğin İHAM gibi yargı mercileri nezdinde ele alınabilirliği sorunu kapsam dışı tutulmaktadır.

<sup>6</sup> İHAS, esas mahkemesi tarafından verilen son kararlara karşı kanun yoluna başvurma hakkına istisna getirilebilmesine izin vermesine rağmen, her ülke, özellikle istinaf kanun yolunu kabul eden ülkeler (örnek olarak Almanya, Avusturya) bu istisnaya yer vermemektedirler.



hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmemesi, seçimlik olarak gerektirse bile mahkemece seçilmemesi, hükmolunan para cezasının ödeme gücünün olmaması nedeniyle ödenmemesi halinde hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmemesi gibi şartların gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>7</sup>.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 1412 sayılı CMUK'un halen yürürlükte olan 305. maddesinin ikinci fıkrasının (1) numaralı bendi ile 5271 sayılı CMK'nın 272. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusu üzerine, Protokoldeki düzenleme ve gerekçesindeki açıklamalara benzer şekilde karar vermiş ve 1412 sayılı Kanunun anılan hükmünü iptal etmiştir<sup>8</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre, özetle;

*“Anayasa'nın 142. Maddesinde, mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişlerinin ve yargılama usullerinin yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Yasa yoluna ilişkin düzenlemeler, yargılama usulü kapsamındadır. Yargılamanın olabildiğince hızlı sonuçlanması ve suçluların bir an önce cezalandırılması gerektiğinden her karara karşı değil, fakat önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi gereği benimsenmektedir. **Mahkemelerce verilen tüm kararlara karşı kanun yolunun açık tutulması, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirebilir.** Kaldı ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 7 numaralı protokolünün “Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı” başlıklı 2. maddesinde de, bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum olan kimsenin verilen hükmü bir üst mahkemede incelemek hakkına sahip olduğu ancak bu hakkın kullanılmasına yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabileceği hükmüne yer verilmiştir.*

*Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak*

<sup>7</sup> KUNTER/YENİSEY, No 532 II.

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesine başvuruda 5271 sayılı CMK m. 272/3-a'da yer alan “sonuç olarak belirlenen ikibin lira dahil adli para cezasına mahkumiyet hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı” hükmünün de iptali talep edilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararında da belirttiği üzere; itiraz konusu kuralın davada uygulanacak kural olduğunun kabulü için öncelikle yürürlükte bulunması gerekmektedir. Oysa 5271 sayılı Kanunun 272. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi henüz yürürlüğe girmemiştir; bu nedenle, bakılmakta olduğu davada uygulanacak kural niteliğinde değildir. Dolayısıyla, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, anılan hükmeye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmiştir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin iptali üzerine, 6217 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, 5320 sayılı kanunun geçici 2. maddesindeki benzer bir düzenleme, “bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar;” ibaresi dışında, aynen 5271 sayılı CMK m. 272/3-a'da da yer almıştır.

olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir.

Hak arama özgürlüğü Anayasanın 36. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasanın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasanın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır.

Ceza adalet sisteminde “önemsiz sayılabilecek suçlar” kategorisi içerisinde mütalaa edilebilmeleri mümkün bulunan doğrudan para cezası verilmesini gerektiren suçlar için öngörülen temyiz edilebilme sınırının, paranın bugünkü satın alma gücü karşısında adalet duygusunu rencide edecek veya hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açacak boyutta bulunmaması nedeniyle, itiraz konusu kuralın doğrudan hükmedilen adli para cezaları yönünden Anayasa’nın 2., 36., 141. ve 142. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Buna karşılık, **hapis cezasını gerektiren suçları ve dolayısıyla da bu suçlardan ötürü verilen adli para cezalarını “önemsiz” olarak kabul etmek mümkün değildir.** Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 7 numaralı protokolünün 2. maddesinde iki dereceli yargılanma hakkının istisnası olarak gösterilen “az önemli suçlar” ya da “hafif suçlar” tabirinin, aynı Sözleşmenin maddeye ilişkin açıklamasında suçun cezasının hapis cezasını gerektirip gerektirmeyeceğine bakılarak saptanması gerektiğinin ifade edilmesi karşısında, itiraz konusu kuralla getirilen düzenlemenin hapis cezasından çevrili adli para cezaları bakımından adil yargılanma hakkıyla bağdaşmadığı açıktır.

Diğer taraftan, hapisten çevrilen adli para cezalarına ilişkin mahkumiyet kararlarının mevzuatımızda hükümlü bakımından dolaylı olarak **hak yoksunluğu** sonucunu doğurabilecek suçlara ilişkin olması durumunda, sanıkların bu kararları temyiz edememesi hakkaniyete aykırı bir takım sonuçlara da yol açabilecektir. Örneğin hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik veya güveni kötüye kullanma suçlarında, malın değerinin azlığı, etkin pişmanlık veya diğer cezai indirim nedenlerinin uygulanması sonucunda, sonuç olarak hükmedilecek hapisten çevrili adli para cezalarının temyiz edilebilirlik sınırının altında kalma olasılığı mevcuttur. Bu durumda, **temyiz sınırının altında kalan hapisten çevrili bir adli para cezasına mahkum olan kişi devlet memuru olamayacak, milletvekili seçilemeyecek veya bir siyasi partiye üye olamayacaktır.** Kişi hakkında böylesi ağır sonuçlar doğurabilecek bir suçtan dolayı verilecek mahkumiyet kararını önemsiz veya hafif saymaya olanak bulunmadığı gibi, korunan hukuki yarar ve yasakoyucuya tanınan takdir yetkisi birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu düzenlemenin adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle de bağdaşmadığı açıktır.

*Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralla **yalnızca sonuç olarak hükmedilen adli para cezası esas alınarak, hapisten çevrili adli para cezalarının nitelikleri ve kişi bakımından sonuçları göz ardı edilerek, bunları da kapsayacak biçimde temyiz yoluna getirilen parasal sınır, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir***<sup>9</sup>.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda özetlenmiş bulunan kararı ile; 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 305. maddesinin ikinci fıkrasının birinci bendinde yer alan, “*ikimilyar liraya kadar (ikimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümlerin kesin*” olacağı kuralı iptal edilmiştir. İptal, Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazetede yayımlandığı 07.10.2009 tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. İptal kararının yürürlüğe girmesinde yaklaşık altı ay sonra, 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6217 sayılı kanunla, 5320 sayılı (Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında) Kanuna geçici 2. madde eklenmiştir<sup>10</sup>. Anılan hükme göre; *bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar, hapis cezasından çevrilenler hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dahil adli para cezasına mahkumiyet hükümlerine karşı temyiz yoluna başvurulamaz*.

Maddede, hapis cezasından çevrilenler hariç olmakla birlikte, “sonuç olarak belirlenen” adli para cezasından söz edildiği için, hürriyeti bağlayıcı cezanın seçimlik olarak öngörülmesi halinde, mahkeme adli para cezasını seçmişse, bu durumda temyizi mümkün olmayan bir hüküm söz konusudur<sup>11</sup>. Buna karşılık, aynı hüküm içinde örneğin adli para cezası yanında hapis cezası<sup>12</sup> ya da müsadere<sup>13</sup> tedbiri de yer almakta ise, bu durumda hükmün temyizi mümkün olabile-

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde de, hürriyeti bağlayıcı cezadan dolayı verilen mahkumiyet hükmünün kesin olmasını, hak arama hürriyetine aykırı bulmuştur (Anayasa Mahkemesi kararı, 29.04.1969, RG. 15.12.1970, bkz. KUNTER/YENİSEY, No 510 VI, dn. 10).

<sup>10</sup> İptal hükmünün yürürlüğe girdiği 07.10.2010 ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici 2. maddenin yürürlüğe giriş tarihi olan 14.04.2011 tarihi arasındaki yaklaşık altı aylık dönemde herhangi bir kanuni düzenleme bulunmadığından, Yargıtay, bu süre içinde verilen ve ister hapis cezasından çevrilmiş olsun isterse doğrudan hükmölunsun, adli para cezasına ilişkin mahkumiyet hükümlerinin, hiçbir miktar sınırlaması olmaksızın temyiz kabiliyeti olduğunu kabul etmiştir (YCGK, 15.05.2012, 13/276-202; YCGK, 20.03.2012, 1/427-109, bkz. AKÇİN, İhsan vd., Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, 2005-2012, Ankara 2012, s. 1467 vd.).

<sup>11</sup> YCGK, 14.02.2012, 2/238-38, Bkz. AKÇİN vd., s. 1474).

<sup>12</sup> Suç eşyasını satın alma suçundan kurulan hükmün 1.000 Lira adli para cezasının yanında 6 ay hapis cezasını da içermesi nedeniyle temyiz kabiliyeti bulunmaktadır. (Bkz. YCGK, 12.04.2011, 2011/6-41-48).

<sup>13</sup> 04.06.1936 tarihli ve 1936/12-14 sayılı Yargıtay İBK'na göre, müsadere kararlarının temyiz edilebilme sınırının belirlenmesinde HMK'nın esas alınması gerekir (Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza 1, 1927-1940, İkinci Basım, Yargıtay Yayınları No: 2, Ankara 1984, s. 297-305). Aynı yönde YCGK, 09.03.2010, 2009/2-237-2010/51. Bununla birlikte, müsadere TCK uyarınca bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi (TCK m. 54, 55), güvenlik tedbirine hükmedilmesine ilişkin kararların da hüküm olarak kabul edilmesi (CMK m.

cektir. Gerçekten, mahkumiyete ek olarak güvenlik tedbirine de hükmedilmiş olması halinde, güvenlik tedbirine ilişkin bu karar, diğer yönleri itibariyle kesin nitelikte olan hükme, her yönüyle temyiz edilebilirlik vasfı kazandırmaktadır<sup>14</sup>. Zira, ister mahkumiyetin yanında isterse bağımsız olarak verilmiş bulunsun, “güvenlik tedbirine hükmedilmesi”, kanunda “hüküm” olarak kabul edilmiş bulunmaktadır (CMK m. 223/1).

Suç niteliği doğru belirlenmesine rağmen, suç kesinlik sınırı içinde kalmadığı halde, hatalı bir uygulama ile kesinlik sınırı içinde kalan bir cezanın verilmesi halinde, ancak aleyhe başvuru üzerine hüküm temyiz edilebilir<sup>15</sup>.

Ayrıca, kesinlik sınırı içinde kalan hükümdeki eylemin başka bir suçu oluşturma ihtimalini esas alan suç vasfına yönelik olarak aleyhe temyiz imkanı kabul edilmektedir<sup>16</sup>.

Buna karşılık, kesinlik sınırı içinde kalan bir hükümde açık hukuka aykırılıkların bulunması, kesin nitelikteki o hükme temyiz edilebilirlik vasfı kazan-

---

223/1) karşısında, bu kararların temyizi bakımından HMK'daki gibi herhangi bir parasal sınırın aranmaması gerektiği de savunulabilir.

<sup>14</sup> YCGK, 05.10.2010, 2010/7-183-186; YCGK, 08.12.2009, 2009/2-241-286.

<sup>15</sup> “5271 sayılı Yasanın 223 ve 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 305. maddeleri, yargısal kararlarda varılan ilkeler de dikkate alınmak suretiyle değerlendirildiğinde, varılan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür.

1- Mahkemelerce daha ağır bir cezayı gerektirecek ve doğru uygulama yapıldığında temyiz incelemesine konu olabilecek bir eylemde, suç niteliği doğru belirlenmesine karşın, yanlış bir uygulama ile kesinlik sınırı içinde kalan bir cezanın verilmesi halinde, bu gibi hükümlerin aleyhe başvuru üzerine temyiz denetimine konu olabileceği,

2- 5237 sayılı Yasanın ... 52. maddeleri uygulanmak suretiyle hükümlenen ve başkaca herhangi bir hak kısıtlaması doğurmayan ... liraya kadar (... lira dahil) adli para cezasına ilişkin mahkumiyet hükümlerinin kesin olacağı,

3- Müsadere kararları yönünden temyiz edilebilirliğin koşullarını belirleyen 01.07.1942 gün ve 25/42 sayılı İBK'nın, müsadere 5237 sayılı Yasada güvenlik tedbiri olarak öngörülmesi, güvenlik tedbirlerinin temyizi açısından ise 5271 sayılı Yasanın 223. maddesinde herhangi bir sınırlamaya yer verilmemesi nedeniyle, anılan İBK'nın halen varlığını sürdürüp sürdürmediğinin, ancak münhasıran bu konuyla ilgili yapılacak bir müzakerede değerlendirilebileceği,

4- ...

5- Kesin nitelikteki hükümlerin ancak kesinlik sınırını aşar nitelikte yaptırım içermek koşuluyla suç vasfına yönelik temyiz üzerine, bu hususla sınırlı biçimde temyiz incelemesine konu olabilecekleri,

6- Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.11.2005 gün ve 140/143 sayılı kararı uyarınca, gerek bir mahkumiyete ek, gerekse bağımsız olarak hükmedilen güvenlik tedbirlerinin, kesin nitelikteki hükümlere de her yönüyle temyiz edilebilirlik niteliği kazandıracağı,

7- Ön ödeme nedeniyle verilen düşme kararlarında temyiz sınırının belirlenmesinde, ön ödeme miktarının dikkate alınması gerektiği, anlaşılmaktadır” (YCGK, 29.09.2009, 2009/5-173-209).

<sup>16</sup> YCGK, 31.01.2012, 2011/3-228-2012/6.

dırmaz<sup>17</sup>. Zira temyiz edilemezlik bu durumlar için kabul edilmektedir. Bunun dışındaki haller zaten suç vasfına yönelik olarak temyiz edilebilmektedir.

Tek suç nedeniyle verilen karar içerisinde yer alan cezalardan her biri ayrı bir hükmü oluşturmayıp, bu cezaların tamamı tek bir hükmü meydana getirmektedir. Bunun sonucu olarak çeşitli nedenlerle hükmün içerisinde birden fazla cezanın bulunduğu hallerde, temyiz sınırının belirlenmesi açısından cezaların her birinin miktarına değil, toplam ceza miktarına bakılması gerekir. Buna karşılık, aynı kararın içerisinde, örneğin davaların birlikte görülmesi nedeniyle birden çok suça ilişkin hüküm bulunması halinde temyiz sınırı ise her hüküm için diğerinden bağımsız olarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>18</sup>.

Lehe kanununun tespiti amacıyla yapılan uyarılama yargılaması sonucunda verilen kararlar CMK m. 223 anlamında hüküm niteliğinde oldukları kabul edildiği takdirde, (1412 sayılı Kanununun 305. maddesinde yer alan) istisnalar kapsamında kaldıkları sürece, bu hükümlere karşı temyiz kanun yoluna başvurmak mümkün olmayacaktır<sup>19</sup>.

2. Temyiz edilebilirliğin ikinci istisnası, üst sınırı onbin Türk Lirasını geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümleridir (1412 sayılı Kanun m. 305/3). Aynı istisna, Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçmesi ile birlikte uygulama kabiliyeti kazanacak olan 5271 sayılı Kanununun 272/3-b maddesinde; “üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri” şeklinde ifade edilmektedir.

Burada ölçü olarak suçun soyut (temel) cezası ve bu cezanın da üst sınırı esas alınmaktadır. Soyut olarak böyle bir ceza öngörülmüş bulunan bir suçtan dolayı verilen beraat kararı temyiz kapsamı dışında tutulmaktadır. Bu durumda sadece beraat kararlarının değil, ceza verilmemesi sonucunu doğuran ve bu açıdan beraat kararı ile aynı sonucu doğuran, örneğin düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı gibi kararların da, tıpkı beraat kararı gibi, kesin olarak verilmelerinin yorum yoluyla kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>20</sup>. Nitekim Yargıtaya göre de, ön ödeme nedeniyle verilen “düşme” kararlarında temyiz sınırının belirlenmesinde, ön ödeme miktarının dikkate alınması gerek-

<sup>17</sup> YCGK, 21.12.2010, 2010/10-230-264; YCGK, 26.05.2009, 2009/6-87-132; YCGK, 10.03.2009, 2009/2-43-56.

<sup>18</sup> YCGK, 12.04.2011, 2011/6-41-48.

<sup>19</sup> YCGK, 14.04.2009, 2009/1-238-94; YCGK, 06.04.2010, 2010/6-57-75. Hükmün bütününde değil de, örneğin şartlı salıverilme sürelerinde yapılan kanuni değişikliklerde olduğu gibi, infaza yönelik lehe kanun uygulaması amacıyla yapılan uyarılama yargılaması sonucunda verilen kararlar, 5275 sayılı CGHTİK m. 98-101'deki kurallara ve dolayısıyla itiraz kanun yoluna tabi olacaktır (Bkz. AKÇİN vd., s. 1491, dn. 333).

<sup>20</sup> KUNTER/YENİSEY, No 532 II.

mektedir<sup>21</sup>. Ancak Yargıtayın, düzenlemenin istisnai niteliğine daha uygun düşüğünü düşündüğümüz aksi yönde kararları da bulunmaktadır<sup>22</sup>.

Suçun mahkeme tarafından yanlış nitelendirildiği iddiası, hükmün temyizen incelenmesini mümkün kılacaktır. Kanuna uygun tavsif edilmesi halinde suçun, örneğin onbin liralık (beşyüz günlük) adli para cezası sınırını aştığı ya da hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirdiği şeklindeki bir iddia halinde temyiz mümkün olacaktır.

3. Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler kesin olup, istinaf veya temyiz olunamazlar (1412 sayılı Kanun m. 305/3, 5271 sayılı Kanunun 272/3-c). Bu gibi durumlarda hangi suçun çok hafif suç sayılacağı belirlenmesi işi bizzat kanunlar tarafından yapılmaktadır. Bir kanunun kesin kabul ederek kanun yolunu kapatması, o suçu çok hafif suç olarak tanımladığı anlamına gelmektedir.

Kanunda bir kararın kesin olduğunun belirtilmesi, tek başına, o karara konu olan suçun çok hafif suç sayılması sonucunu doğurmaz. Bu durumdaki bir kanunun İHAS'ne (7 no.lu Protokole) aykırı düşmemesi için, yukarıdaki başlıklarda olduğu gibi, belli şartları taşıması gerekmektedir. Bu nedenle, örneğin suç hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiriyorsa veya gerektiriyor sayılıyorsa; ödenmeyen para cezası hapse çevrilebiliyorsa; öngörülmuş (soyut) para cezası belirlenen sınırı aşyorsa, böyle bir suç pek hafif sayılmayacaktır.

Mahkumiyet kararının en yüksek mahkeme tarafından verilmiş olması da bu kapsamda değerlendirilebilecek olan bir durumdur. En yüksek mahkemenin daha yükseği olmadığından, bu mahkeme tarafından verilen kararın kanun gereği kesin olması da zorunlu bir sonuçtur<sup>23</sup>. Ancak burada suçun “çok hafif” sayılmaktan dolayı değil, hükmü veren mahkemenin daha yükseği olmamasından kaynaklanan bir kanuni kesinlik vardır.

Sonuç olarak, kanun yoluna başvurunun asıl, kanun yolu denetimi dışında kalışın ise istisna olduğu hususu göz önünde bulundurulmak suretiyle, istisnai düzenleme olan temyize kapalılık hükmünü ve dolayısıyla temyiz dışında tutulan halleri dar yorumlamak gerekir. Bu durumda, söz gelimi, sadece beraat kararlarının değil, ceza verilmemesi sonucunu doğuran ve bu açıdan beraat kararı ile aynı sonucu doğuran düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı gibi

<sup>21</sup> YCGK, 29.09.2009, 2009/5-173-209; YCGK, 25.09.2007, 2007/194-189. Yargıtayın aynı yönde kararları için bkz. Akçin vd., s. 1502, dn. 339.

<sup>22</sup> “1412 sayılı Yasanın 305 maddesi uyarınca kesin olan hükümler, ... liraya kadar mahkumiyet hükümleri ile, üst sınırı ... lira adli para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat kararları ile sınırlı olup, 5271 sayılı Yasanın 223 maddesinde belirtilen diğer hükümler yönünden herhangi bir sınırlama getirilmemiş olduğundan, düşme kararının da beraat veya mahkumiyet hükmüne kıyasen kesin olarak verilebilmesinin kabulü 1412 sayılı yasanın 305. maddesine açıkça aykırılık oluşturacaktır” (YCGK, 10.03.2009, 2009/7-38-55).

<sup>23</sup> KUNTER/YENİSEY, No 532 II.

kararların da, tıpkı beraat kararı gibi, kesin olarak verilmelerinin yorum yoluyla kabul edilmesi gerektiği yönündeki değerlendirme ve uygulamalar, hükmün istisnai niteliği ile bağdaşmamaktadır.

### III. MADDE BAKIMINDAN YETKİYE İLİŞKİN MERCİ TAYİNİ KARARLARININ KESİNLİĞİ SORUNU

1942 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararına göre, **yargı yerleri arasında çıkan görev uyuşmazlığı** sonucunda müşterek yüksek görevli mahkemece verilen **“merci tayini” kararı kesin olup**, bu karara karşı **direnilemez**; merci tayini yoluyla yetkili kılınan mahkemenin verdiği kararın **Yargıtayda** incelenmesi sırasında da görev hususu **tekrar incelenemez**<sup>24</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre, ayrıca, görev konusunun Yargıtayca inceleme konusu dahi yapılamayacağı bir durumda, **Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının** kesin nitelikteki merci tayini kararını hükümsüz kılacak bir sonuç doğmasına neden olacak şekilde **itiraz yasa yoluna başvurma olanağının da bulunmadığı** kabul edilmelidir. Aksinin kabulü halinde, halen geçerli olduğunda kuşku bulunmayan İçtihadı Birleştirme Kararına karşın, merci tayini kararlarının kesinliği söz konusu olmayacak, merci tayini yoluyla görev uyuşmazlığının çözümlenerek dosyanın gönderildiği mahkemece verilen kararların temyiz incelemesi sırasında tekrar görev konusu gündeme gelebilecek, buna bağlı olarak da yargılamalar gereksiz yere uzayacaktır<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> “Başka başka mahkemeler veya mahkemeler ile kaza selahiyetini haiz heyetler arasında selbi veya icabi zuhur eden ihtilaf üzerine tayini merci makamlarınca selahiyetli tayin olunan mahkeme veya heyetin tayini merci kararına karşı ısrar hakkı olmadığı cihetle, esas davayı rüyetle neticede taayyün eden suçun mahiyetine ve tetabuk eylediği kanun hükümlerine göre vermeğe mecbur olduğu hükmün temyizden temyizden tekrar vazife ciheti bahismevzuu yapılarak vazifésizlikten naşi bozulamayacağına ekseriyetle karar verildi” (YİBK, 10.06.1962, 1942/26-16, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza 2, 1941-1946, İkinci Basım, Yargıtay Yayınları No: 7, Ankara 1984, s. 211-213).

<sup>25</sup> “Bu açıklamalar ışığında önsoruna ilişkin olarak yapılan değerlendirmede;

*Yerel mahkemece, 08.11.2006 tarihinde verilen ilk kararda örgüte ilişkin suçlardan beraat hükmü kurulduktan sonra diğer suçlar açısından görevsizlik kararı verilmiş, ancak dosyanın gönderildiği Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesince karşı görevsizlik kararı verilmesi üzerine oluşan olumsuz görev uyuşmazlığı, Yargıtay 5. Ceza Dairesince merci tayini yoluyla kesin olarak çözümlenerek dosya tekrar İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin önüne gelmiştir.*

*Halen geçerliliğini sürdüren 10.06.1942 gün ve 26-16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı doğrultusunda, oluşan görev uyuşmazlığının merci tayini yoluyla çözümlenmesi halinde, merci tayini yoluyla yetkili kılınan mahkemenin verdiği kararın Yargıtayda incelenmesi sırasında görev hususu tekrar değerlendirme konusu yapılamayacağından, gerek yerel mahkemenin gerekse Özel Dairenin kararında bir isabetsizlik yoktur.*

*Görev konusunun Yargıtayca inceleme konusu dahi yapılamayacağı bir durumda, Yargıtay C. Başsavcılığının kesin nitelikteki merci tayini kararını hükümsüz kılacak bir sonuç doğmasına neden olacak şekilde itiraz yasa yoluna başvurma olanağının da bulunmadığı kabul edilmelidir.*

İBK’da yer alan ve Yargıtay kararlarında da tekrar edilen;

- yerel mahkeme tarafından direnilemez,
- Temyiz incelemesi sırasında Yargıtay tarafından yeniden incelenemez,
- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından olağanüstü itiraz yoluna başvurulamaz,

şeklindeki tespitlerden ilk ikisinin; CMK m. 3, m. 7, CMUK m. 308/4, CMUK 323 karşısındaki durumu ve müşterek yüksek görevli mahkeme sıfatıyla icabında ağır ceza mahkemesinin merci tayini kararının dahi Yargıtay tarafından denetlenemeyeceği ya da erken bir aşamada yapılan bu görevlendirme dolayısıyla, örneğin kasten insan öldürmeye teşebbüs veya zimmet fiilinin bir asliye ceza mahkemesince yargılanmak ve hüküm kurulmak zorunda kalınacağı gibi sonuçlara yol açacağı düşünülmelidir.

Keza, bu içtihatlar, kamu düzenine ilişkin kabul edilen görev (madde bakımından yetki) konusunu nisbileştirmekte, kamu düzeninden sayılmayan yetki (yer itibarıyla yetki) ile benzeştirmekte, tıpkı yetkide olduğu gibi görev konusunun da işin başında adeta bir ön sorun olarak çözülmesini ve bir daha kesinlikle ileri sürülememesini ve tartışılmamasını kabul eden bir yaklaşım ortaya koymaktadırlar.

İlgili İçtihadı Birleştirme Kararının değerlendirildiği Ceza Genel Kurulundaki karara muhalif bir üyenin önemli gördüğümüz açıklamalarına aşağıda özetle yer verilmektedir:

*“Her ne kadar Yargıtay Kanununda (m. 45/5), İçtihadı Birleştirme Kararlarının, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacağı ifade edilmekte ise de, savunmaya dair temel hakları güvenceli kılan düzenlemelerin öncelikle dikkate alınması gerekir.*

*Diğer yandan, merci tayini yoluyla belirlenen yetki, esasen, davanın sürünce mede kalmaması için düşünülmüş bir uygulamadır. Bu nedenle, İBK, esas mahkemesi bakımından bağlayıcı olmakla beraber, temyiz incelemesi aşamasında, soruşturma ve kovuşturmanın başlangıç kısmında görev konusu henüz netleşmemiş olduğundan, merci tayini kararının bağlayıcı (kesin) olması doğaldır. Buna karşın, kovuşturma aşamasında delillerin ortaya koyduğu durum kar-*

---

*Aksinin kabulü halinde, halen geçerli olduğunda kuşku bulunmayan İçtihadı Birleştirme Kararına karşın, merci tayini kararlarının kesinliği söz konusu olmayacak, merci tayini yoluyla görev uyuşmazlığının çözümlenerek dosyanın gönderildiği mahkemeye verilen kararların temyiz incelemesi sırasında tekrar görev konusu gündeme gelebilecek, buna bağlı olarak da yargılamalar gereksiz yere uzayacaktır.*

*Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının esasına girilmeden saptanan önsorun nedeniyle reddine karar verilmelidir” (YCGK, 27.12.2011, 2010/1-158-2011/296).*



şısında, o suçların yargılmasını yapan mahkemenin yetkisiz olduğunun açıkça anlaşılmasına karşın, temyiz incelemesi yapan Yargıtay özel dairesinin kamu düzenini ilgilendiren ve somut olayımızda özel yetkili ağır ceza mahkemesinin yargılama yetkisi dışında kalan, diğer ağır ceza mahkemesinin görevli olduğunun açıkça anlaşıldığı durumda dahi, görev yönünden esas mahkemesinin kararını bozamaması, sanığın/sanıkların usulü temel haklarını ihlal eder.

Olayımızda görev konusunu Yargıtay'ın bir dairesi belirlemiştir. Farklı bir örnek üzerinden değerlendirme yapmak gerekirse, eğer bu İBK dikkate alınırsa, sulh ve asliye ceza mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığını belirleyen ağır ceza mahkemesinin merci tayini kararı da temyiz incelemesi sırasında Yargıtay özel dairesini bağlayacaktır. Örneğin, ağır ceza mahkemesinin merci belirleme kararına karşın, davaya ağır ceza mahkemesinin bakması gerektiği çok açık ise, yine Yargıtay özel dairesi temyiz incelemesinde görevden bozma kararı veremeyecek hale gelecektir. Oysa, ağır ceza mahkemesinin sanıklar bakımından daha güvenceli olduğu kabul edilmektedir.

Nitekim İBK'nin verildiği oturumdaki karşı oyların birinde, "Tayini merci kararları, kanunun fevkinde mahkemelere bir hakkı kaza veremez. Kaza hakkını ancak kanun tayin eder"denmektedir.

Sonuçta İBK'nda, yargı yerleri arasında çıkan görev uyuşmazlığı üzerine yargılama yeri belirtilmesi yolu ile yetkili kılınan mahkemenin verdiği kararın Yargıtay'da incelenmesinde görev hususunun tekrar söz konusu edilemeyeceğine karar verilmiş ve yıllardır böyle uygulama yapılmaktadır. Ancak, zamanla yasalarda meydana gelen değişikliklerle, kimi mahkemelerin bazı suçlarla ilgili olarak sanıklar aleyhine özgürlükleri kısıtlayıcı düzenlemeler içeren suçlara ilişkin davalara baktıkları olmaktadır. Aynı yargı düzeni içerisinde olmakla beraber, kimi suçlar bakımından daha az güvence oluşturan yargı organının mercii tayini yoluyla belirlenmesi ve bu belirleme yanlış da olsa bundan dönülememesi, insan hakları ve hukuk devleti ilkeleri bakımından doğru olmaz."

Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, üçüncü tespitle ilgilidir. Mercii tayini kararlarının olağanüstü yollarla dahi denetlenemeyeceği sonucuna varılması, olağanüstü kanun yollarının varlık sebebine aykırıdır. Böyle bir sonuca, ancak, Yargıtay Başsavcılığının itirazının olağanüstü bir kanun yolu olmadığı ihtimalinde ulaşılabilir.

Aşağıdaki açıklamalar, Yargıtay Başsavcılığının itirazının olağanüstü bir kanun yolu olduğunu ortaya koyan değerlendirmeler içermektedir:

"Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının olağanüstü bir kanun yolu olup olmadığı sorunu asıl olarak, 5271 sayılı CMK'nın sistematigi ile ilgili görünmektedir. Bilindiği üzere, 1412 sayılı Kanunda "temyiz" faslında düzenlenen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi, CMK'da ayrı bir kısım-

da, olağan kanun yollarından sonra gelmek üzere, “olağanüstü kanun yolları” kısmında düzenlenmiş bulunmaktadır.

1412 sayılı Kanunla CMK arasındaki bu temel sistematik farklılığı, iki Kanunun bu denetim yoluna yaklaşımındaki farklılığı da ortaya koymaktadır.

Yargıtay Başsavcısının itiraz yetkisi CMK’da olağanüstü kanun yolları arasında sayılmaktadır. Bu durumda, bir kanun yolunun olağan veya olağanüstü sayılması arasındaki ayırımın ölçütünün belirlenmesi önem taşımaktadır. Genel kabul gören anlayışa göre, bu konudaki ölçüt, kanun yoluna konu olacak hükmün niteliğidir. Daha açık bir ifadeyle, kesinleşmemiş hükümlere karşı olağan, kesinleşmiş hükümlere karşı ise olağanüstü kanun yollarına başvurulabilir.

Nitekim Ceza Genel Kuruluna göre de, “Bir karar aleyhine ilgili herkes tarafından ... bir yasal çareye başvuruluyorsa bu olağan bir yasa yoludur. Olağanüstü yasa yolu ise ancak yasal çareler tükenince gidilebilen ... yasal son çaredir. Bu ölçüte göre de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı olağanüstü bir yasa yoludur”<sup>26</sup>.

Olağan ve olağanüstü kanun yolu ayırımının ölçütü, hükmün kesinleşmesi olarak ortaya konunca, CMK’da olağanüstü bir kanun yolu olarak düzenlenen ve sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmış bulunan itiraz yetkisi de, ancak kesinleşmiş hükümlere karşı gidilebilen istisnai bir yol olarak anlaşılacak gerekir.

Bu noktada Yargıtay Ceza Dairelerinin kararlarına baktığımızda, sadece yerel mahkeme kararlarının temyiz incelemesi sonucunda onanmış bulunan kararların kesinleştiğini kabul etmemiz gerekir.

Dairelerin bozma kararları, ister usule isterse esasa ilişkin olsun, henüz kesinleşmemiş olup, yerel mahkeme tarafından yeniden ele alınmak zorundadırlar. Bunun üzerine, yerel mahkemenin direnmesi halinde mutlaka, bozmaya uyması halinde ise bu hükmün de temyizi üzerine onanması halinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı gerekli görürse, konu Ceza Genel Kurulunun önüne gelecektir.

Görüldüğü üzere, Ceza Dairesinin yerel mahkemenin kararını bozması halinde, henüz kesinleşmemiş olan karar, ilk derece yargılamasında, iddia-savunma ve yargılamadan her üç muhakeme makamının da katılımıyla mahallinde yeniden ele alınabilecektir.

Dairelerin bozma kararlarına karşı itiraz yoluna gidilememesi, Ceza Genel Kurulunun uygulama birliği oluşturmasına engel değildir. Zira yukarıda da

<sup>26</sup> YCGK, 17.3.1998-6/18-19 (Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 701, dn. 1). Yargıtay CGK daha yeni bazı kararlarında da, başsavcılığın itirazının olağanüstü bir kanun yolu olduğunu ifade etmektedir (YCGK, 29.03.2011, 2011/3-49-28).

*ifade edilmeye çalışıldığı gibi, bu halde dahi konu Genel Kurulun önüne gelebilecektir. Belki bu durumda uygulama birliği sağlanmasında biraz gecikmeden söz edilebilecektir. Kaldı ki, uygulama birliğini sağlamanın tek yolu itiraz değildir.*

*Ayrıca, bozma halinde, uyuşmazlık sadece Yargıtay Başsavcılığı ile Ceza Dairesi arasında değil, aynı zamanda yerel mahkeme ile Ceza Dairesi arasında çıkmaktadır. Bu durumda öncelikle yerel mahkeme ile ilgili Ceza Dairesi arasındaki sorunun giderilmesi, bu mümkün olmazsa, Genel Kurulun devreye girmesi gerekmektedir. İstisnai bir yol olan Başsavcının itirazı yolunu genelleştirmek ve Genel Kurulu, adeta, Başsavcılığın mütalaa niteliğinde olan tebliğnamesindeki görüşü ile Dairenin görüşü arasında arabulucu gibi görmek, bu kurumun niteliği ile de bağdaşmamaktadır. Aksi halde, yerel mahkemenin hemen her kararına o yer savcılığının temyize başvurması ile paralel bir yaklaşımı Yargıtay Ceza Dairesi ile Yargıtay Başsavcılığı arasında da kurmuş oluruz ki, bu, itirazın olağanüstü ve istisnai bir kanun yolu oluşu ile bağdaşmaz.*

*Dikkat edilirse, bozma söz konusu olduğunda, ne Yargıtayın çeşitli Ceza Daireleri arasında ne de Ceza Dairesi ile yerel mahkeme arasında, henüz olağan çarelerin tükendiği bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durumda sadece, Yargıtay Başsavcılığının mütalaa (tebliğname) ile ilgili Ceza Dairesinin görüşü birbiriyle uyuşmamaktadır. Dolayısıyla, bu uyuşmama hali, uygulama farklılığı olarak nitelendirilemez.*

*Tekrar belirtmek gerekir ki, bozma halinde dahi, Yargıtay Başsavcılığının daha sonra bu sorunu Genel Kurul huzuruna getirme imkanı bulunmaktadır. Oysa bozma halinde, işin Genel Kurula getirilebileceğini kabul etmek, peşinen, Yargıtayın iş yükünü artırmak sonucunu doğurmaktadır.*

*Ceza Dairelerinin hangi kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceğine dair Kanunda açık bir normun bulunmadığı muhakkaktır. Ancak böyle bir norma ihtiyaç da bulunmamaktadır. Zira Kanun, sistematığı itibariyle bu sorunu çözmüştür.*

*Sonuç olarak, Yargıtay Ceza Dairelerinin sadece onama kararlarına karşı Yargıtay Başsavcısının itiraz yetkisi bulunduğu, olağanüstü bir kanun yolu olması dolayısıyla Ceza Dairelerinin bozma kararlarına karşı bu yolun işletilemeyeceği görüşü ve düşüncesindeyiz<sup>27</sup>.”*

Aslında Ceza Dairelerinin bütün kararların Ceza Genel Kuruluna götürülmesi de Yargıtay tarafından arzu edilmemektedir. Nitekim bu suretle aynı zamanda Ceza Genel Kurulunun iş yükünü de belli ölçüde hafifletmek amacıyla,

<sup>27</sup> Yazılı talep üzerine Yargıtay CGK'na sunmuş bulunduğum 05.03.2007 tarihli görüş.

CMK m. 308'e eklenen hükümler<sup>28</sup> ile de, her hususun Ceza Genel Kurulu tarafından görülmesi arzusunun vazgeçilmiştir. Buna göre, Başsavcılığın görüşü doğrultusunda dahi Ceza Dairesi kararını değiştirebilecektir ki, bu görüşün Ceza Genel Kurulu tarafından kabul görüp görmeyeceği henüz bu aşamada belli değildir. Bu yolla Ceza Dairesi, Başsavcılık ile Ceza Genel Kurulu arasına sıkıştırılmış bulunmaktadır.

Bütün bu değerlendirmelere rağmen, Kanunun sistematigi ile 308. madde içeriğinin tam anlamıyla uyumlu olmadığını da kabul etmek gerekir. Bir yandan hangi kararlara karşı bu yola gidileceğinin belirtilmemiş olması, diğer yandan ise lehe itirazda süre aranmayacağı hükmünde "sanık"tan söz edilmesi, bu uyumsuzluğu belirgin hale getirmektedir.

Sonuç olarak, münhasıran karar madde bakımından yetkisiz mahkeme tarafından verildiği mülahazasıyla; hükmün doğru kurulduğu, başka bir hukuka aykırılığın bulunmadığı kesin hükümle sonuçlanmış bir yargılamayı yeniletmenin pratik bir yararı bulunmayabilir. Madde bakımından yetkili üst dereceli mahkemenin de aynı kararı vereceği muhakkak olan bir durumda, bu konudaki yararsızlık aşikardır. Ancak, madde bakımından yetki ve (olağanüstü) kanun yolu ile ilgili olanlar başta olmak üzere, çok sayıda ceza muhakemesi ilkesine ve normuna ters düşen, merci tayini kararlarındaki kesinliğe başka hiçbir yerde rastlanmayacak ölçüde kapsamlı sonuç bağlayan, bu kararlara adeta kutsiyet atfeden yaklaşım da kabul edilemez. Ya İçtihadı Birleştirme kararının olağanüstü kanun yollarını da kapsayacak genişlikte anlaşılması şeklindeki yorumdan vazgeçilmesi ya da madde bakımından yetkinin de kanunda tıpkı yer bakımından yetki gibi düzenlenmesi gerekmektedir.

---

<sup>28</sup> 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla (m. 99), CMK m. 308'e ikinci ve üçüncü fıkralar eklenmiştir.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN VE  
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ  
KARARLARININ  
İÇ HUKUKUMUZDAKİ YERİ**

**(Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)**

*Prof. Dr. Hamide ZAFER\**

**ÖZET:**

Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin soyut ve somut normlarının iç hukukumuzdaki yeri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının ceza hukukuna etkisi ele alınmıştır. Diğer bir söyleyişle "Sözleşme Hukukunun" ceza hakimlerinin doğrudan veya dolaylı olarak başvurabilecekleri bir kaynak olarak değeri tartışılmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Soyut Norm, Somut Norm, Soruşturanın Yenilenmesi, Yargılamanın Yenilenmesi, Sözleşme Hukuku, Yorum Aracı.

**ABSTRACT:**

In this work, the place of abstract and tangible norms of the European Convention of Human Rights in our domestic law and the case law of European Court of Human Rights are examined. In other words, value of "Law of Contract" is tried to argue as direct or indirect sources for judges of criminal law.

**Keywords:** The European Convention of Human Rights, Abstract Norm, Tangible Norm, Renewal Of Investigation, Renewal of Judgement, Law of Contract, Interpretation Tool.

---

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

## I. GİRİŞ

Avrupa Konseyi üyesi olan devletler arasında 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan "İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Korumaya İlişkin Sözleşme" (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), 3 Eylül 1953'te beş Ek Protokol ile birlikte yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşmeyi 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanunla onaylamıştır<sup>1</sup>.

Avrupa Konseyi'nce hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, insan hak ve özgürlüklerinin güvenceleri belirlenmiştir. Sözleşmede; herkesin yaşam hakkının kanunun koruması altında olduğu (AİHS m.2), hiç kimseye işkence yapılmayacağı, insanlık dışı yahut onur kırıcı ceza verilemeyeceği veya muamele yapılmayacağı (AİHS m.3), her bireyin özgürlüğe ve güvenliğe hakkı olduğu ve yetkili bir mahkeme tarafından mahkûmiyeti üzerine kurallara uygun biçimde hapsedilmesi dışında, özgürlüğünden mahrum edilemeyeceği öngörülmüştür (AİHS m.5). Bunun gibi, özel yaşama, haberleşmeye müdahalenin demokratik bir toplumda hangi koşullarla gerçekleştirilebileceği yine Sözleşme'de belirtilmektedir (AİHS m.8). Sözleşme'de yer verilen özellikle yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul sürede adil yargılanma ilkesi, masumluk karinesi, savunma hakkı (AİHS m.6) tüm taraf ülkelerin ceza muhakemesi kuralları bakımından özel bir önem taşımaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sözleşmeciler devletlere, kendi egemenlik alanlarında bulunan bireylerin Sözleşme'nin kapsamına giren hak ve özgürlüklerini güvence altına alma yükümlülüğü yüklemekle yetinmemiş, uluslararası yargı denetimi mekanizması da kurmuştur. Sözleşme'nin yarattığı sistem, devletlerden başka, bireyleri de uluslararası hukukta (ilk kez) hak sahibi kılmıştır. Şöyle ki, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hak ya da özgürlüğün sözleşmeciler devlet tarafından çiğnenmesi durumunda mağdur olan birey, kural olarak iç hukuk yollarını tüketikten sonra, o devleti Sözleşme ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikâyet edebilir yani bireysel başvuru hakkını kullanabilir. Mahkeme, Sözleşme ile yüklendiği yükümlülükleri yerine getirmeyen yani Sözleşme'de yer verilen bireysel hak ve menfaatleri koruyamadığı tespit edilen devlet aleyhine ihlal kararı verebildiği gibi tazminata da karar verebilmektedir. Bu denetim mekanizması, iyi işlemekte ve kendi içtihatlarını oluşturmuş bulunmaktadır. Bu sistem 1987'den beri Türkiye'yi de yakından ilgilendirmektedir. Çünkü bu tarihte Türkiye, 1954'te onayladığı 1950 tarihli Sözleşme'nin bireysel başvuruya ilişkin hükmünü tanımıştır. Türkiye, Mahkeme'nin (Divan'ın) zorunlu yargı yetkisini ise 1990'dan itibaren geçerli olacak şekilde 1989 tarihinde kabul etmiştir<sup>2,3</sup>.

<sup>1</sup> RG 19.3.1954, No.8662.

<sup>2</sup> İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Türkiye aleyhine yapılan başvurular bir önceki yıla oranla yüzde on dört artmış, dava sayısı 13.549'a ulaşmıştır. Aleyhine başvuru yapılan devletler arasında Rusya ilk, Türkiye ise ikinci sırada yer almaktadır. Bkz. İ. Karakaş, "Son Dö-

Sözleşme ile oluşturulan denetim mekanizması 11 no.lu Protokol ile yeniden yapılandırılmıştır<sup>4</sup>. Çünkü başvurulardaki ve Avrupa Konseyi'ne üye ülke sayısındaki artış, Sözleşme'nin güvencelediği insan hak ve özgürlüklerinin korunmasının etkinliğini artırmak gereğini ortaya çıkarmıştır<sup>5</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokol hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları, Sözleşmeye taraf ve bu Sözleşme'nin yargı mekanizmasına tabi bir ülke olarak Türkiye bakımından son derece önemlidir.

## **II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDEKİ YERİ**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, adil yargılanma hakkı, silahlarda eşitlik (AİHS m.6/1) gibi soyut ilke niteliğinde kuralların yanı sıra “mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmuyor ise, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak (m.6/3-e)” veya “kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, derhal, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak” (m.6/3-a) gibi somut normları da ihtiva etmektedir.

Sözleşmelerin ilke niteliğindeki soyut normlarının, iç hukukta yeni düzenlemelerin yapılması ve mevcut düzenlemelerin değiştirilmesi ve yorumlanmasında yol gösterici olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak sözleşmelerin somut normlarının iç hukukta gerekli yasal değişiklikler yapılmadan doğrudan doğruya bir iç hukuk kuralı gibi mahkeme kararlarına esas alınıp alınamayacağı tartışmalara konu olmuştur.

Anayasa uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmeler yasa hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla dava açılmaz (Ay m.90/5). Sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemediği için öğretilerde, yasa hükmünde mi, yoksa anayasal veya yasa üstü değerde mi oldukları uzun süre tartışılmıştır<sup>6</sup>. Sözleşmeler yasa hükmünde kabul edile-

---

nemde Türkiye Hakkında Verilen Önemli Kararlar”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 2009, 21.

<sup>3</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11 No.lu Protokol'ün 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmesiyle Komisyon ve Mahkeme (Divan) ayrımı kalkmıştır. Bkz. RG 20.6.1997, No.23025.

<sup>4</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11 No.lu bu Protokol'e göre, Sözleşme'ye taraf olmak, Mahkeme'nin yargı yetkisini tanımak anlamına gelmektedir; bu yönde ayrıca bir beyana gerek bulunmamaktadır. F. Gölcüklü/Ş. Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005, 24 vd. dn. 49-78.

<sup>5</sup> İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 11 No.lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı yerine, daimi bir mahkeme oluşturulmuştur. Bkz. RG 20.6.1997, No.23025.

<sup>6</sup> İ. Şahbaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, TBBD, 54 (2004), 186.

cek olursa, sözleşmelerle çelişen yasalar yapılarak sözleşme hükümlerinin etkisiz kılınması mümkün olabilir. Sözleşme hükmü ile yasa hükmü eş değerde kabul edildiğinde sözleşme hükmü ile iç hukuktaki yasalar arasındaki çelişkinin de önceki-sonraki yasa ilişkisi ile çözümlenmesi gerekir<sup>7,8</sup>. Bu halde, sözleşme tarihinden sonra sözleşmeye aykırı yasa çıkaran devlet sadece uluslararası yaptırımlarla karşı karşıya kalabilir ve sözleşme hükümlerini dolanabilir. Buna karşılık, sözleşmelerin anayasal veya yasa üstü değerde olduğu kabul edilirse, sözleşmelerle çelişen yasalar yapılamaz. Yapılırsa sözleşmenin üstünlüğü ilkesi gereğince sözleşmenin doğrudan uygulanması söz konusu olur.

Danıştay'ın, sözleşmelerin iç hukukta yasa üstü konumda olduklarını, yürütme ve yargı organlarını bağlayıcı nitelik taşıdıklarını kabul eden kararları bulunmaktaydı<sup>9</sup>. Anayasa Mahkemesi de uluslararası sözleşmelerin Anayasa karşısındaki özel konumunu kabul etmekteydi<sup>10</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası sözleşmelerin yasa ile eş değerde olduğunu kabul eden kararı da bulunmaktaydı<sup>11</sup>.

Yargıtay da Sözleşme hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabileceğini ve Sözleşme hükümlerinin iç hukuk kuralına istisna getirmiş olabileceğini kabul etmişti. Yargıtay AİHS'nin 6/3-e maddesiyle ilgili olarak bu yönde uygulama yapmıştı<sup>12,13</sup>.

<sup>7</sup> Aynı yöndeki tespitler için bkz. C. Şenol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m.172/3), İstanbul 2013, 21.

<sup>8</sup> Aynı yönde bkz. AyM, 27.2.1997-55/33, RG 24.3.2001, No.24352.

<sup>9</sup> Danıştay'ın 1991/933 sayılı kararı ve yorumu için bkz. H. Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", 186, www.anayasa.gov.tr; Danıştay'ın bu şekildeki uygulamalarına ilişkin örnek kararlar için bkz. B. Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Eylül 2006, 19 dn.73.

<sup>10</sup> İ. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1996, 123.

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi, 27.2.1997-55/33 gün ve sayılı kararında açıkça uluslararası anlaşmaların yasa ile eş değerde olduğunu belirtmiştir. "... Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir anlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. /İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir". RG 24.3.2001, No.24352.

<sup>12</sup> YCGK, 12.3.1996-6-2/33, YKD XXII, 4 (Nisan 1996), 621-624; Y.9.CD, 8.11.2001-2125/2765, YKD XXVIII, 9 (Eylül 2002), 1442-1443, N. Centel/H. Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, İstanbul 2013, 63-64; Öğretide sözleşmelerin iç hukuka aktarılmasında yeni bir işleme gerek kalmadan uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Şahbaz, 188.

<sup>13</sup> AİHS m.6/3-e'nin doğrudan uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tereddüt nedeniyle kanun koyucu, Tercümana ödenen masrafların yargılama giderlerinden sayılmayacağını açıkça hükme bağlamıştır (CMK m.324/5).



Yasa koyucu, yasa hükümlerinin sözleşme hükümleri ile çatışması halinde nasıl bir uygulama yapılacağına ilişkin sorunların çözümlenmesine yardımcı olacak düzenlemeyi, 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasa<sup>14</sup> m.7 ile Ay m.90/5'e eklediği ek cümleyle çözmeyi amaçlamıştır. 5170 sayılı Yasa ile eklenen Ay m.90/5'in sön cümlesine göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*”. Böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasa üstü hiyerarşik bir değer tanınmıştır<sup>15</sup>. Yasaya aykırı olduğu ya da sonraki bir yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek, sözleşmenin iç hukukta uygulanması engellenemez<sup>16,17</sup>.

Belirtelim ki, Anayasa hükmünün, AIHS'nin “Tanınmış insan haklarının korunması” başlığını taşıyan 53. maddesi göz önünde bulundurularak uygulama alanının ortaya koyulması gerekir. AIHS m.53'e göre, “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz”. Bu düzenlemeler çerçevesinde insan hakları ve temel özgürlüklerini genişleten hükümlerin, kaynağı ne olursa olsun öncelikle uygulanması gerektiği söylenebilir. Bu bağlamda Ay m.90/5'deki, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla “*yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi*” ifadesi, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla “*yasaların hak ve özgürlüklerin aleyhine olacak şekilde farklı hükümler içermesi*” şeklinde anlaşılmalıdır.

<sup>14</sup> 7.5.2004 Gün ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun. RG 22.5.2004, No.25469.

<sup>15</sup> “Uygulanmayacak bir yasa Meclis tarafından da kabul edilemez. Bu nedenle İHAS gibi insan haklarına güvence sağlayan bir uluslararası sözleşme ile çatışma yaratacak bir hükmü Yasa Koyucunun yürürlüğe sokması Anayasaya aykırılık yaratır. Çatışma yaratan bir yasa hükmü karşısında Anayasa Mahkemesi md 90/son gereğince yasayı iptal etme yetkisine sahiptir. Fakat AYM henüz bu türden bir yorum yapmamıştır”. Bkz. S. İnceoğlu, (Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta Yayınları, İstanbul 2013, 10.

<sup>16</sup> F. Gölcüklü/Ş. Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Ankara 2002, 19 vd.

<sup>17</sup> Son cümlelerin teklif gerekçesinde, “uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmalar ile yasa hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine “öncelik” verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90'inci maddenin son fıkrasına hüküm eklenmez” denmiştir. Teklifin genel gerekçesinde, insan haklarına güvence sağlayan İHAS'a atıf yapılmış ve Kopenhag Siyasi Kriterlerine uyum amacıyla bu değişikliklerin yapıldığı vurgulanmıştır. Bkz. İnceoğlu, (Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 8-9.

Sözleşme'nin somut hükümleri iç hukukta usulüne göre yürürlüğe girdiğinde, artık Sözleşme'den önce yürürlükte olan ve sözleşme hükmü ile çatışan iç hukuk kuralları örtülü olarak değişmiş veya iç hukuk kuralına istisna getirilmiş sayılır. Ayrıca, iç hukukta bir değişiklik yapmaya gerek bulunmamaktadır. Bu tür hükümler doğrudan doğruya uygulanabilirler<sup>18</sup>. Sözleşme'nin iç hukukta yürürlüğe girmesinden sonra da Sözleşme'ye aykırı hükümler içeren yeni yasalar yapılamayacaktır. Ancak belirtelim ki, Sözleşme'ye aykırı hükümler içeren yeni yasalar yapılması halinde, bu tür yasaların Sözleşme'ye aykırılığını denetleyecek bir mekanizma bulunmamaktadır. Bu halde, yasa ile Sözleşme arasında çelişki bulunduğunu tespit eden hakim<sup>19</sup>, Anayasa hükmü uyarınca, Sözleşme hükümlerini dikkate almalı ve hükmüne dayanak yapmalıdır.

Sözleşme'deki soyut nitelikte olan yani Sözleşme'nin ilke içeren hükümleri ve bazı hallerde somut nitelikteki hükümleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile somutlaşmakta; ilkelerin ve kuralların anlamı ve kapsamı ortaya koyulmaktadır. Soyut normlar ve içtihatlar yasama faaliyetlerinin içeriğini etkileyebilir ve her kademedeki yani ilk derece mahkemelerinden Anayasa Mahkemesi'ne kadar tüm yargı faaliyetlerinde yorum aracı olarak kullanılabilir<sup>20,21</sup>. Belirtelim ki, yorum demek, somut bir norma anlam vermek demektir; yeni bir kural yaratılması anlamına gelmez.

*Sonuç olarak ceza mahkemeleri, sözleşmelerin kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin somut düzenlemelerini yasa hükmü gibi doğrudan doğruya<sup>22</sup> yani ususal*

<sup>18</sup> Aynı yönde yorum için bkz. Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", 188, www.anayasa.gov.tr

<sup>19</sup> Sözleşme ile yasa arasında uyumsuzluk olup olmadığını tespit makamı, uyumsuzluğun önünde olduğu ususal yargı makamıdır. Bkz. Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, 23-24, ayrıca bkz. dn.90; Ancak bu halde somut uyumsuzluk bakımından sözleşmeye aykırılığı tespit edilen Yasa'nın uygulanmaya devam edilmesi gibi bir sorun ortaya çıkacaktır. Bkz. Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, 36.

<sup>20</sup> Hukukun genel ilkelerinin yorum aracı olduğu hakkında bkz. N. Centel/H. Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2013, 43; 1989/4 sayılı Kararında Danıştay, ağır toplumsal koşulların varlığı ve baskısı altında yürürlüğe giren kanunların anlamının, amaçsal bir yorumla ve Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ilkeleri göz önünde bulundurularak tespit edilmesi gerektiğini açıklamaktadır. DİBK, 7.12.1989-6/4, RG 9.2.1990, No.20428, bkz. Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", 186, www.anayasa.gov.tr

<sup>21</sup> "Ulusal yargıç, Sözleşmeyi yorumlarken İHAM kararlarına uygun bir biçimde yorum yapmalıdır, aksi halde İHAS'ı öncelikle uygulama görevini yerine getirmiş olmaz. ... Mahkemelerin zaman zaman insan haklarına koruma getiren sözleşmelerin yetkili organlarının yorumlarından çok sözleşmelerin metnine bakarak yorum yapmayı tercih ettiklerini gözlemlemek mümkündür. Bu durum uluslararası sözleşmenin milli yorumuna neden olmaktadır ki oldukça sorunlu olduğunu belirtmek gerekir". İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 9.

<sup>22</sup> Doğrudan uygulama hakkında bkz. B. Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul 2006, 26.

bir tasarrufa gerek duymadan uygulayabilir ve kararlarında bu hükümlere dayanabilirler<sup>23</sup>. Mahkemeler, sözleşmenin soyut düzenlemelerini ise ulusal yasanın yorumunda destek ölçü norm olarak kullanabilirler<sup>24</sup>. Somut sözleşme hükümleri, sözleşme usulüne uygun olarak yürürlüğe girdiğinde sözleşme minimum düzeyde yasa hükmünde olduğundan ceza hukukunun doğrudan kaynakları; soyut hükümleri ise dolaylı kaynakları arasındadır.

### **III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU'DAN ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUYA**

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru<sup>25</sup>, insan haklarının ihlali sorununu olabildiğince iç hukukta çözerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruları azaltmak amacıyla kabul edilmiş bir hak arama yoludur<sup>26,27,28</sup>.

Anayasa'da Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 148. madde 2010 yılında değiştirilerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruları inceleme görevi verilmiştir<sup>29</sup>. Ay m.148'e eklenen fıkralara göre, "Herkes,

<sup>23</sup> Bkz. YCGK, 12.3.1996-6-2/33, YKD XXII, 4 (Nisan 1996), 621-624; Y.9.CD, 8.11.2001-2125/2765, YKD XXVIII, 9 (Eylül 2002), 1442-1443.

<sup>24</sup> Danıştay'ın bu şekildeki uygulamalarına ilişkin örnek kararlar için bkz. Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, 19, dn.73-75.

<sup>25</sup> Anayasa Şikâyeti de denilen bu hak arama yolunun anlamı ve tarihsel gelişimi hakkında bkz. T. Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul-Haziran 2013, 5-61.

<sup>26</sup> Ay m.148/3-Gerekçe.

<sup>27</sup> Hasan Uzun/Türkiye (Başvuru No.10755/13) davasında, T.C. Anayasa Mahkemesi Nezdinde bireysel başvuru hakkı sağlayan yeni kanun yolunun başlıca özelliklerini inceleyen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi oy çokluğuyla 23 Eylül 2012 tarihinden sonraki kesinleşmiş nihai mahkeme kararlarına dair Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunun tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olduğuna dikkat çekerek, başvuruçunun Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunu tüketmesi gerekirken tüketmemiş olması nedeniyle ilgili başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. AIHM Yazı İşleri Müdürü Basın Bildirisi-AİHM 147 (2013), 14.5.2013.

<sup>28</sup> Değişik ülkelerdeki durum için bkz. B. Kılınç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", Anayasa Yargısı Dergisi, C.25, 2008, 19-59; R. Mellinshof, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 31-44; V. Zorkin, "Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 283-292; P. Paczolay, "ANAYASA ŞİKAYETİ: Bir Karma Çözüm mü?", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 313-320; K. Jong-Dae, "Anayasa Şikâyeti Sistemi: Kore Deneyimi", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 145-153; G. Holzinger, Gerhart, "Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 61-79; G.D.G. Pimentel, "Ampora Ne İçindir?", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 101-110. Tüm çalışmalar için bkz. www.anayasa.gov.tr (Yayınlar).

<sup>29</sup> 7.5.2010 Gün ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.18. Bkz. RG 13.5.2010, No.27580.

Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır<sup>30,31</sup>. “Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”. “Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

Anayasa m.148’e uygun olarak, “Bireysel Başvuru” yolu 30.3.2011 gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un dördüncü bölümünde düzenlenmiştir<sup>32</sup>.

Bireysel başvuru yoluna 23.9.2012 tarihinden itibaren kesinleşmiş nihai işlem ve kararlara karşı gidilebilmektedir (AyMKYUK m.76/1-a). Yüksek Mahkeme, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler (AyMKYUK Geçiş m.1/8).

Bireysel Başvuru yolu, olağan ve olağanüstü kanun yollarından başvuru yöntemi ve sonuçları itibariyle ayrılan kendine özgü bir hak arama yoludur. Bu hak arama yolu, olağan ve olağanüstü kanun yolları sonucunda verilen kararların hukuka uygunluğunun denetlendiği bir kanun yolu değildir<sup>33</sup>.

Bireysel başvurunun konusunu kamu gücünün ihlale yol açan işlemi, eylemi ya da ihmali<sup>34</sup> oluşturabilir (AyMKYUK m.46/1)<sup>35</sup>. Kamu gücünün işlem, eylem veya ihmali ile hangi hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde bireysel başvuru yoluna gidilebileceği gösterilmiştir. *Anayasa’ya göre, “herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal*

<sup>30</sup> “37. Anılan Anayasa ve Kanun hükmüne göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra AIHS ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve AIHS’in ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18)”. AyMK, 9.1.2014, Bireysel Başvuru No.2013/533, RG 25.2.2014, Sayı: 28924.

<sup>31</sup> 30.3.2011 Gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un “Bireysel başvuru hakkı” kenar başlıklı 45/2. maddesi şöyledir:“İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.”

<sup>32</sup> RG 3.4.2011, No.27894.

<sup>33</sup> Bu hak arama yolu için bkz. H. Ekinci/M. Sağlam, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Avrupa Konseyi 2012, www.anayasa.gov.tr

<sup>34</sup> Kamu gücünün ihmal biçimleri hakkında bkz. Şirin, 363, Yasama ihmalleri hakkında ayrıca bkz. 365 vd.

<sup>35</sup> Kamu gücü kavramı ve kamu gücü müdahalesinin özel nitelikleri hakkında bkz. Şirin, 263-269-383-407.

edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir (Ay m.148/3)<sup>36</sup>. İhlal edildikleri gerekçesiyle bireysel başvuruya konu yapılabilecek olan hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümleri, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası bir sözleşmenin ve yargı mekanizmasının kılavuzluğuyla yorumlanabilecek olan hükümlerdir. Anayasa m.148/3 hükmü, anayasal hak ve özgürlüklerin Sözleşme Hukukunda ve içtihatlarında ortaya koyulmuş olan standartlara uygun yorumlanmasını gerektirmektedir<sup>37</sup>. Bu nedenle de Sözleşme hükümleri ve yorumu iç hukukumuz bakımından ayrı bir öneme sahiptir.

*Sonuç olarak*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamında olup da aynı zamanda Anayasa'da güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin korunması için Devlet, aktif ve pasif yükümlülük altına girmiştir. Bireysel başvuru yolunu kabul ederek devletin bir anlamda bu yükümlülüğünü ikmal ettiği söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında öngörülmuş olan adil yargılamaya hizmet eden hakların ihlali iddiaları öncelikle Anayasa Mahkemesi'nde Bireysel Başvuru kapsamında incelenecektir.

Anayasa Mahkemesi, esasın incelenmesi sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir<sup>38</sup>. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez (AyMKYUK m.50/1). Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için *yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir*. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, *Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir* (AyMKYUK m.50/2).

<sup>36</sup> Başvuruya konu olabilecek hakların, içtihatlar ışığında AIHS ve Anayasa karşılaştırmalı olarak açıklaması hakkında bkz. S. İnceoğlu (Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 2. Bası, İstanbul 2013, 115 vd.

<sup>37</sup> Bireysel başvuruda kamu gücünün işlem, eylem ve ihmali ile ihlal ettiği iddia edilebilecek olan haklar hakkında bkz. O. Doğru, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012, 5-65; S. Turabi, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Ankara 2013, 43-91.

<sup>38</sup> Örnek karar: "76. Başvurucu hâlâ tutuklu olarak yargılanmaktadır. Mahkemenin, başvurucunun tutuklu kaldığı sürenin makul olmadığı ve kanuni tutukluluk süresinin aşıldığı yönündeki tespitleri dikkate alınarak 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre gereğinin yerine getirilmesi için kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir". Bkz. 2012/1137-2/7/2013, RG 18.7.2013, No.28711.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal kararını, kendine özgü bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak görmek mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespiti, Ceza Muhakemesi Kanunu m.311 ve 314'te sayılan yenileme nedenlerine ek bir neden olarak değerlendirilebilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda etkin bir soruşturma yapılmadan kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespiti, soruşturmanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir (CMK m.172/3). Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğü kapsamında (Ay m.36), etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle bir ihlal tespit ettiğinde, kanımızca ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmasına da karar verebilir (AyMKYUK m.50/1). Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle verdiği ihlal kararı, soruşturmanın yenilenmesi nedeni olarak karşımıza çıkacaktır.

#### IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKUMUZA ETKİSİ

##### 1. İhlal Kararının Somut Davaya Etkisi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bünyesinde oluşturulan yargı sistemi 1987'den beri Türkiye'yi de yakından ilgilendirmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu tarihte Türkiye, 1954'de onayladığı 1950 tarihli Sözleşme'nin bireysel başvuruya ilişkin hükmünü tanımıştır. Türkiye, Mahkeme'nin (Divan'ın) zorunlu yargı yetkisini ise 1990'dan itibaren geçerli olacak şekilde 1989 tarihinde kabul etmiştir<sup>39,40</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, verdiği kararlarla ya ihlali tespit eder ya da hem ihlali tespit eder hem de somut olayda doğan zararların tazmin edilmesini emreder. Taraf devletin, somut dava ile ilgili olarak ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır (AİHS m.1). Mahkeme'nin kararları doğrudan iç hukuk organlarının kararlarını iptal etmez, değiştirmez ya da bozamaz. Ayrıca kural olarak verilen kararlar sadece somut davanın tarafları üzerinde bağlayıcı olmaktadır<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Türkiye aleyhine yapılan başvurular bir önceki yıla oranla yüzde ondört artmış, dava sayısı 13.549'a ulaşmıştır. Aleyhine başvuru yapılan devletler arasında Rusya ilk, Türkiye ise ikinci sırada yer almaktadır. Bkz. İ. Karakaş, "Son Dönemde Türkiye Hakkında Verilen Önemli Kararlar", 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 2009, 21.

<sup>40</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11 No.lu Protokol'ün 11 Kasım 1998'de yürürlüğe girmesiyle Komisyon ve Mahkeme (Divan) ayrımı kalkmıştır. Bkz. RG 20.6.1997, No.23025.

<sup>41</sup> Sözleşme'nin "Kararların bağlayıcılığı ve uygulanması" başlıklı 46. maddesine göre, "Yüksek 1. Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. / 2. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir".

Mahkeme'nin kararları iç hukuk organlarının kararlarına etki etmediğinden bu kararların değiştirilebilmesi için iç mekanizmaların yaratılması da devletin pozitif yükümlülüğü kapsamındadır. Somut dava ile ilgili olarak ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü kapsamında, Türk hukukunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şu düzenlemeler yapılmıştır:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararları, iç hukukumuzda somut dava ile ilgili olarak soruşturma başlatma ve yargılamayı yenileme nedeni teşkil etmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.172/3'e göre, "Kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır"<sup>42,43</sup>. Bu düzenleme, özellikle işkence iddiaları sonucunda yapılan soruşturma sonunda şüpheli hakkında verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarını etkisiz kılmayı amaçlamaktadır. Bu sayede Türk hükümeti, kişilere karşı vücut bütünlüğünü ve yaşama hakkını etkin bir şekilde koruma yükümlülüğünü yerine getirmeye yönelik bir düzenleme yapmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları tek başlarına lehe bir yargılamanın yenilenmesi nedeni teşkil etmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.311/1-f hükmüne göre, "ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması yenileme nedenidir. Bu halde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir. Madde 311/2 hükmüne göre ise, "birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararları ile 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır"<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Bkz. 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun m.19. RG 30.4.2013, No.28633.

<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları vermesi halinde bu düzenlemenin karşılığı şu hüküm olabilir: 30.3.2011 Gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.50/1'e göre, "Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez".

<sup>44</sup> 30.3.2011 Gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da da bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilmesi halinde yeniden yargılama yapılması öngörülmüştür. AMKYUK m.50/2'ye göre, "Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tespit ettiği ihlal ile ceza mahkûmiyeti arasında sebep sonuç ilişkisinin olması gerekir. Bu illiyet bağı ihlal kararında gösterilmiş olmalıdır. İhlal, kanunlardaki boşluktan, muhakeme süjelerinin eylem ve işlemlerinden ya da iç hukuk kurallarının farklı yorumlanarak uygulanmasından doğmuş olabilir. Yasal boşluk nedeniyle ortaya çıkmış olan ihlalin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce tespit edilmiş olması doğrudan yargılamanın iadesi nedeni olamaz. Çünkü bu halde yasal değişiklik yapılmadan hükmün değişme olasılığı söz konusu olmayacaktır. Öncelikle yasal değişikliğin gerçekleşmiş olması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce ihlalin muhakeme süjelerinin eylem ve işlemlerinden veya iç hukuk normlarının farklı yorumlanmasından meydana geldiğinin tespit edilmesi halinde, bu durum hükme etkili olmak koşuluyla doğrudan yargılamanın iadesi nedeni teşkil edebilir.

Belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal tespit eden kararının yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilmesi için tespit edilen ihlalin yapılacak yeni yargılamada giderilebilecek nitelikte olması gerekir. Örneğin sanığa tanıkları sorgulama imkânının verilmediği veya isnadın anlatılmadığı gerekçesiyle savunma hakkının ihlal edildiğini tespit eden kararların, gereği yeni yargılamada yerine getirilebilir ve bu tür ihlal kararları iade nedeni olabilir. Buna karşılık örneğin tutukluluk süresinin uzun olduğu gerekçesiyle verilen ihlal kararının gereği yapılamaz ve bu ihlal kural olarak hükme de etkili olmayacağından iade nedeni olmaz. Bu halde ihlal ile hüküm arasında illiyet bağı da kurulamaz. İhlalin, tazminat yoluyla giderilip giderilememesinin ihlalin iade nedeni yapılmasına bir etkisi yoktur<sup>45</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerini iç hukukta Anayasa Mahkemesi almıştır. Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespit eden kararlarının soruşturmanın yenilenmesi nedeni veya yargılamanın iadesi nedeni teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmeye yukarıda yer verilmiştir.

---

yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir". RG 3.4.2011, No.27894.

<sup>45</sup> 1412 sayılı CMUK m.327/a'daki düzenleme şu şekildeydi: "Kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41'inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler. /Bu istem, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan *ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine*; aksi halde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir".



## **2. İhlal Kararlarının Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Uygulamasına Etkisi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararları, yukarıda da belirtildiği üzere Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin taraf devletler tarafından ihlal edildiğine dair tespitler içermektedir. Bu ihlaller; taraf devletler Sözleşme'ye uygun olarak hak ve özgürlükleri koruyucu normlar öngörmedikleri için (iç hukuklarında boşluk bulunmasından dolayı) veya bu hak ve özgürlükleri ihlal eden yani Sözleşme hükümleri ile çatışan normlara sahip oldukları için veya uygulamacının normların kendisine tanıdığı takdir hakkını hak ve özgürlükleri koruyacak şekilde kullanmamasından ya da iç hukuka aykırı olan veya olmayan ancak Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hakları ihlal eden eylem ve işleri kendi yargı organlarıncı tespit edip zararı gidermedikleri için ortaya çıkmaktadır. Aşağıda iç hukukumuzda ve uygulamamızda hangi tür ihlallerin nasıl giderilmeye çalışıldığına ve uygulamanın ihlalleri azaltmadaki rolüne işaret eden örneklerle yer verilmeye çalışılmıştır.

Belirtelim ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmeye taraf ülkelerin kendi dinamikleri ile sürekli ilişki halinde olmaları nedeniyle, özel hayat, ifade özgürlüğü gibi sınırlanabilir haklar söz konusu olduğunda, hem iç hukuktaki kanun koyucuya, hem de yargı mercileri de dahil olmak üzere yürürlükteki kanunları yorumlamak ve uygulamakla görevli olan diğer ulusal makamlara, ulusal güvenlik, kamu düzeni, ülkenin ekonomik refahı, genel sağlık, genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi hak ve özgürlüğü sınırlama nedenlerinin içeriğini belirlemek konusunda takdir hakkı tanımaktadır. Mahkeme, ulusal kanun koyucunun ve ulusal makamların takdir hakkını kabul etmektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devletlerin kanun koyucularının ve uygulamacılarının takdir haklarını tanımakla beraber bu hakkın sınırlarının aşılmayıp aşılmadığını ve Sözleşme'de düzenlenen hakların etkili bir şekilde korunmaya devam edilip edilmediğini denetlemektedir. Bu yönüyle bir anlamda taraf devletlerin kanun koyucusu yani iç hukuku ve uygulaması sürekli insan hakları sınavı vermektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere hak ve özgürlük ihlallerinin bir kısmı yasal boşluklardan veya mevcut yasal düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları bu noktada kanun koyucuya, hak ve özgürlükleri koruyacak şekilde norm koyma veya mevcut normu yeniden düzenleme konusundaki pozitif yükümlülüğünü hatırlatıcı rol oynamaktadır. Bu gibi içtihatlar uygulamacıya yönelik değildir. Genellikle yasal değişiklik yapılmadan uygulamacının içtihat doğrultusunda hareket etmesi mümkün olmaz. Örneğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.231'de "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" kurumu düzenlenmiştir. 22.7.2010 tarih ve 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile m.231/6'ya bir cümle eklendi. Bu cümleye göre, "Sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez".

AIHS m.6'ya göre, mahkemeye başvuru hakkı kanun yolları açısından da geçerlidir<sup>46</sup>. Ayrıca m.6/2'de masumiyet karinesi kabul edilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.231'in ilk hali, kişinin masum olduğunu ispat etmek için üst mahkemeye başvuru hakkını ortadan kaldırır nitelikte idi. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz hakkının tanınmış olması, itiraz denetim mekanizmasının özelliğinden dolayı, yani bu kanun yolunun mahkûmiyetin esastan denetlenmesine imkân sağlamaması nedeniyle Sözleşme ve Eki 7 no.lu Protokolde öngörülen teminatı sağlamamaktaydı. CMK m.231 hükmü bu noktada yoruma açık değildi. Üst mahkemeye başvuru hakkının korunabilmesi için yasal değişiklik yapılması gerekiyordu. İçtihatlar doğrultusunda gerekli düzenleme yapıldı ve bu hak ihlali kısmen ortadan kaldırıldı.

Yine örneğin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m.119'da ön ödeme düzenlenmişti. Bu düzenlemeye göre, ön ödeme emri ön ödeme teklifinin kabul edilmediği halde dava açıldığında cezanın yarı oranında arttırılacağı ihtarını içermek mecburiyetindeydi. 5232 sayılı TCK m.75'de ön ödeme düzenlenirken bu ihtara yer verilmedi. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür ihtarların, sanığın bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvuru hakkını (AIHS m.6/1'i) ihlal ettiğine karar vermişti<sup>47,48</sup>. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda ön ödeme kurumu

<sup>46</sup> İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol m.2'ye göre, "Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını hazırlacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere yasayla düzenlenir. / Bu hakkın kullanılması, yasa düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir".

<sup>47</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Deweer-Belçika kararında ön ödemeye benzer bir kurumu ele almıştır. Olay, Belçika'da geçmiştir. Kasap Deweer'in, et fiyatlarını belirleyen kurallara uymadığı müfettiş tarafından tespit edilmiştir. Louvain Kraliyet savcısı, bu olayda dava açmaya gerek görmez ve Deweer'e, kırksekiz saat içinde işyerinin geçici olarak kapatılacağını, ancak dostane çözüm yoluyla 10.000 Belçika Frankı ödemesi halinde ertesi gün açılacağını bildirir. Aksi takdirde, suç hakkındaki hükmün verildiği gün kapatmanın sona ereceği, para cezasını ödemesi için sekiz günü bulunduğu ve bu çözümü kabul ederse kendisine haber vermesi de ihtar edilir. Deweer, iki gün sonra yazdığı cevap yazısında, ceza davasını ve işyerinin kapatılmasını önlemek için dostane çözüm yoluyla belirlenen miktarı ödeyeceğini, ancak, ödediği miktara ve diğer zararlarına ilişkin olarak Belçika Devleti'ne karşı hukuk mahkemelelerinde dava açma hakkını saklı tuttuğunu belirtir. Deweer, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak, hakkındaki suçlamanın, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde hakkaniyete uygun bir duruşma yapılmaksızın karara bağlandığını iddia eder. Deweer kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye başvuru hakkından feragat etmenin hukuk davalarında mümkün olduğunu kabul etmekte ve bu yöntemin ceza yargılamasında da bir ölçüde uygulanabileceğini belirtmektedir. Ancak, mahkemeye göre, suç isnad edilen kişinin ceza yargılamasını engellemek için (dostane çözüme) uzlaşmaya gitmesi halinde, zorlama olmamalıdır. Mahkeme, işyerinin geçici olarak kapatılması sonucu oluşacak maddi kayıp baskısı altında dostane çözüme giden başvuru sahibinin, zorlandığı için dürüst (adil) yargılanma hakkından vazgeçtiğini ve bunun sonucunda Sözleşme m.6/1'in ihlal edildiğini kabul etmiştir.

düzenlenirken bu ihtaraya yer verilmedi. İçtihatlar kanun koyucuya yönelik etkisini gösterdi.

Usul hukukuna ilişkin diğer bir örneği Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın tebliğnamesinin ilgililerine tebliğini şart koşan düzenleme oluşturmaktadır. Çelişmeli muhakeme ilkesi çerçevesinde verilen ihlal kararları kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya sevk etmiştir (CMK m.297, CMUK m.316/3)<sup>49</sup>.

İşkence suçunda zamanaşımı kurallarının uygulanmayacağına ilişkin yasal değişiklik de aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının itici gücüyle yapılmış yasal bir değişikliktir (TCK m.94/6). AİHS m.3'te kişilerin işkenceye uğramama hakkı (işkence yasağı) açıkça koruma altına alınmıştır. "İşkence "yasağı" mutlak haklardanır. Bu hakkı ihlaline imkân veren bir yasa normunun veya bu hakkı ihlal eden eylem ve işlemlerin meşru görülmesini gerektiren hiçbir neden yoktur. Olağanüstü koşullarda dahi bu yasağa aykırı davranılmaz. Diğer bir söyleyişle işkence görmeme hakkına müdahaleyi meşru kılan bir neden ne olağan koşullarda ne de olağanüstü koşullarda kabul edilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işkence suçunda zamanaşımına ilişkin tespitleri şu şekildedir: "AİHM, devlet görevlilerinin 3. maddeyi ihlal eden suçlarla itham edildiklerinde, cezai yargılama ve cezalandırmanın zamanaşımına uğramaması ve af çıkarılmasına ve bağışlamaya müsaade edilmemesi gerektiğini yeniden teyit eder (Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye, No.19374/03). AİHM, ayrıca, bir devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda, soruşturması veya davası süren görevlinin görevinin askıya alınmasının ve şayet mâhkum olursa meslekten men edilmesinin önemine dikkat çeker (Abdulsamet Yaman/Türkiye, No.32446/96)"<sup>50</sup>.

Kanun koyucu, 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle Türk Ceza Kanunu m.94'e 6. fıkra eklenmiş ve bu fıkra ile işkence suçu ile ilgili olarak "Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez" kuralını kabul etmiştir. Ayrıca, 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu m.172/3'e bir fıkra eklenerek esas itibarıyla işkence iddialarına yönelik etkin soruşturma gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik bir düzenleme de yapılmıştır<sup>51</sup>.

---

Deweer/Belçika Kararı, S. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, 150-151.

<sup>48</sup> S. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2005, 154-155.

<sup>49</sup> AİHM, Göç-Türkiye kararı, Karar tarihi: 9.11.2000-Başvuru No.36590/97.

<sup>50</sup> Musa Yılmaz/Türkiye Kararı, Başvuru No.27566/06, Karar T. 30 Kasım 2010.

<sup>51</sup> CMK m.172/3'e göre, "Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır" bkz. 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun m.19. RG 30.4.2013, No.28633.

Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında yer alan zamanaşımına ilişkin kurallar (TCK m.66 vd.), işkence görmeme hakkını korumadığından kanun koyucu işkence suçu bakımından zamanaşımı kurallarına istisna getirmiş ve etkin soruşturma yapılabilmesi için yasal tedbirler almıştır. Yine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.148'de yasak ifade ve sorgu yöntemleri arasında işkence yasağına yer verilmiş ve m.206'da kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan delilin ikamesinin reddedileceği hükme bağlanmıştır.

Yasal değişiklikten önce zamanaşımına uğramış olan veya iç hukukta sanık aleyhine olan zamanaşımına ilişkin yeni düzenlemenin kanunilik ilkesi gereğince geriye etkili olmaması nedeniyle zamanaşımına uğramak üzere olan davalar bakımından mevzuat açık bir cevap ortaya koymamaktadır. Zamanaşımı nedeniyle düşen işkence suçu davalarında, zarar görenlerin Anayasa Mahkemesi'ne (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne) başvurarak etkin soruşturma yapılmadığını iddia etmeleri ve Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespit etmesi halinde karar mahkemesinin Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkındaki Kanun m.50/2 gereğince yeniden yargılama yapması gerekecektir. Ancak bu hükmün sanık aleyhine işletilip işletilemeyeceği sorunu ortaya çıkabilir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararları ancak sanık lehine olarak yeniden yargılamanın nedeni yapılabilir (CMK m.311/1-f). Görüldüğü üzere sorunun ilk derece aşamasında çözülmesi gerekmektedir. İşkence suçu özel "özgü" bir suçtur. Fail kamu gücünü kullanarak bu suçu işlemektedir. Adeta işkenceyi önleme yükümlülüğü altında olan devletin taahhüdünü kendisinin ihlali anlamına gelmektedir; dolayısıyla diğer suçlara ilişkin kurumların farklı yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle işkence suçuna ilişkin doğrudan ve dolaylı düzenlemeler, mağdurun korunması ön planda tutularak bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır. İşkence suçu ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan kuralların, Sözleşme hükümleri ve içtihatlar doğrultusunda yeniden yorumlanması veya yeni bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

İşkence suçu ile ilgili soruşturma ve kovuşturma sürecine ilişkin ihlal, muhakeme sürecindeki aktörlerin eylem ve işlemlerinden veya bu aktörlerin yetkin olmamasından ya da organizasyondan kaynaklanmış olabilir. Bu durumda uygulamaya düşen, en azından kişisel yetkinliği artırmak için çaba sarf etmek, eldeki araçları doğru ve zamanında kullanma yetisini geliştirmek olabilir. Örneğin davaların makul sürede yargılama yapılmadığına ilişkin kararlar da aslında uygulamacıya bu sinyali vermektedir. Devlet, pozitif yükümlülüğü kapsamında tedbir alırken uygulamacı da kendi olanakları çerçevesinde kararlara uygun yargılama yapmaya gayret etmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kısım kararları, iç hukuktaki bazı kavramların yorumuna ışık tutucu nitelikte olabilir. Örneğin Sözleşme'nin 2. maddesinde "yaşama hakkı", 3. maddesinde "işkence yasağı", 8. maddesinde

“özel ve aile hayatına saygı hakkı; 9. maddesinde “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”, 10. maddesinde “ifade özgürlüğü”, 11. maddesinde “toplantı ve dernek kurma özgürlüğü”, 7. maddesinde “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” yani kanun olmadan cezalandırılmama hakkı kabul edilmiştir. “İşkence”, “özel hayat”, “aile hayatı”, “kanun”, “genel ahlak” gibi kavramlar yorumlanması ve içeriğinin belirlenmesi gereken kavramlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme’de yer alan hukuki kavramları taraf devletlerin iç hukukundaki anlamından bağımsız olarak yani özerk olarak yorumlamaktadır. Sözleşme’de yer alan kavramlar, bir taraf devletin hukuk sistemi içinde farklı anlam ve kapsamlara sahip olabilir. Örneğin, taraf devletin aileye saygı duyma yükümlülüğü vardır (AİHS m.8). Mahkeme, aile hayatı kavramını, bir taraf devletin kanunlarına göre “aile” teşkil etmeyen birlikte yaşama türlerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlayabilmekte ve bu yorumuna uygun olarak başvuruları bu kapsamda değerlendirebilmektedir.

Türk Ceza Kanunu’nda yukarıda gösterilen ve Anayasa ile de güvence altına alınmış olan hakları korumak amacıyla kabul edilmiş suçlar bulunmaktadır. Bu haklara bireyden gelecek olan saldırıların yaptırım altına alınması da hakkın bir çeşit korunmasını oluşturur ve taraf devletler, bu haklara yönelik saldırıları kimden gelirse gelsin yaptırım altına alarak pozitif yükümlülüğünü yerine getirmektedirler. Örneğin, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (TCK m.114), konut dokunulmazlığı ihlal (TCK m.116), haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m.132), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m.134) suçları Türk Ceza Kanunu’nda tanımlanmıştır. Ancak “özel hayatın” sınırları, “kötü muamelenin hangi noktada işkenceye” dönüştüğü gibi hususlar içtihatlarla ortaya koyulmuştur. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin özel hayatı, işkenceyi, aile hayatını tanımlayan içtihatları<sup>52</sup> Yargıtay içtihatları gibi hakimlerin suç tanımını yorumlamasında ve uygulamasında yol gösterici olacaktır.

Aynı şekilde bağlantılı davalarda veya sanığın birden fazla suç isnadı altında olduğu hallerde verilen birden fazla tutuklama kararı söz konusu ise tutukluluk süresinin ne olacağı konusu diğer bir söyleyişle Ceza Muhakemesi Kanunu m.102’de gösterilen tutukluluk sürelerinin nasıl belirleneceği yoruma açık bir konudur. Bu hükmü, derece mahkemesinin hakimleri de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi hakimleri gibi Sözleşme ve içtihatlarına uygun olarak yorumlama ve tatbik etme imkânına sahiptir.

**Ceza Muhakemesi Kanun’u m.102 şu şekilde yorumlanabilir:** “Somut dosyada, bir tutuklama kararı ile birden fazla suç için tutuklama kararı verilmiş ve mahkemesince, ... bağlantı nedeni ile birden fazla ağır cezalı suçların bir

<sup>52</sup> Bak. H. Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması* (TCK m.132-134), İstanbul 2010, 28 vd.

mahkemede ve tek tutuklama müzekkeresine bağlı olarak infaz edilen tutukluluk hallerinin her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmesinde zaruret bulunmaktadır...” gerekçesiyle talep ve itiraz reddedilmiştir. İtirazı inceleyen ağır ceza mahkemesi de “... işlenen birden fazla suçun her birinin bağımsız nitelikte olduğu, CMK’nın 102. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki sürenin her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerektiği, kanun koyucunun amacının da bu yönde olduğu, ...” gerekçesiyle itirazı reddetmiştir”.

**Ancak hüküm şu şekilde de yorumlanabilir ve uygulanabilir:** “... 43. ... Bu nedenle Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hürriyetten yoksun bırakmanın şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralı gereğince, başvurusunun tutukluluk durumunun “kanuni” dayanağının bulunup bulunmadığının, kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise, hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekir. ... 48. 5271 sayılı Kanun’un 102. maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kişilerin tutulabileceği azami kanuni süreler düzenlenmiştir. Madde metninde, ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen işler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Bireyler hakkındaki birden fazla suçla ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması halinde bu soruşturma ve kovuşturmanın belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir tutuklama tedbirinin soruşturma ve kovuşturmanın tamamı açısından sonuç doğuracağı açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez. Suç ve sanık sayısı, davanın karmaşık olması gibi etkenler tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusundaki değerlendirmede ele alınabilecek faktörler olup kanuni tutukluluk süresinin belirlenmesinde esas alınmaları mümkün değildir. Normun lafzı ve amacı, tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve 5271 sayılı Kanun’un 102. maddesindeki düzenleme ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde aksine bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir”<sup>53</sup>.

Tekrar belirtelim ki Anayasa Mahkemesi ve mahkemeler aynı Sözleşme hükmüne ve aynı içtihatlara tabidirler. O halde uygulamacının bir normu yorumlarken başvurduğu önemli kaynaklardan birisi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarıdır. Yukarıdaki somut

<sup>53</sup> AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No.2012/521; AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No.2012/1137, prg.47, 48, 49; AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No.2012/239, prg.50, 54, 55, RG 18.7.2013, No.28711; AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No.2012/348, prg.44.

örnekte, Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme ve içtihatlarla uygun bir şekilde yapmaya çalıştığı yorumu, ilk derece mahkemesi ve itiraz merci de yapabiliirdi.

Devletin egemenlik alanlarını aşağılama (TCK m.300), Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılama (TCK m.301), halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (TCK m.213), suç işlemeye tahrik (TCK m.214), suç ve suçluyu övme (TCK m.215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (TCK m.216) gibi ifade suçları bakımından ifade özgürlüğü, haber verme ve eleştiri özgürlüğü, hukuku uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Anayasa ve Sözleşme ile tanınmış olan ifade özgürlüğünün kullanılmış olması bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedenidir. Hangi tür açıklamaların bu hakkın kapsamının dışına çıktığını ve suçun maddi unsurunu oluşturduğunu tespit edebilmek için ifade özgürlüğünün ne olduğunu ve kapsamını iyi ortaya koymak gerekir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi ile ilgili olarak verdiği kararlar, Yargıtay'ın içtihatları gibi hukuka uygunluk nedeninin sınırının belirlenmesinde yol gösterici olacaktır. Bu nedenle Mahkeme içtihatlarının özellikle bu noktada Yargıtay içtihatları gibi takip edilmesi gerekmektedir.

Aslında Anayasamızdan kaynaklanan ifade özgürlüğü (eleştiri hakkı) Anayasal bir haktır ve hakkın icrası TCK m.26'ya göre bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak bu hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının tespitinin zorluğu ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını takip etmedeki zorluk bu konuda birçok ihlal kararının çıkmasına neden olmaktadır. Aslında bu tür ihlal kararlarının çıkmasını engelleyecek olan uygulama aktörleridir. Ancak uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına karşı duyarlılık kazanması çok uzun süreceğinden kanun koyucunun gerekmediği halde bazı suçlar bakımından bu hukuka uygunluk nedenine ayrıca ve açıkça işaret ettiği görülmektedir. Örneğin TCK m.218, 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile değiştirilmiş ve "Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz" denilerek, hukuken gerekmediği halde uygulamanın konuya dikkati çekilmeye çalışılmıştır. Aynı şekilde 30.4.2008 tarih ve 5759 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama suçu yeniden düzenlenmiş ve suçun düzenlendiği TCK m.301/3'de, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz hükmüne yer verilmiştir. Belirtelim ki düzenlemede "haber verme sınırlarını aşmayan, eleştiri amacıyla yapılan" düşünce açıklamalarının cezalandırılmayacağı ortaya koyulmuş ancak neyin haber neyin eleştiri olduğu belirtilmemiştir. Bunun kazuistik olarak belirtilmesi de mümkün değildir. Bu konudaki takdir mahkemeye aittir. Mahkeme'nin takdir hakkını doğru kullanmadığına inanan hak sahibi, bir sonraki aşamada Anayasa Mahkemesi'ne

ve daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuracaktır. Bu süreçlerin olumsuz etkilerini bertaraf edebilmek için uygulamacının "ifade özgürlüğü" algısının değişmesi gereklidir. Bu da ancak bir ölçüde Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarının takip edilmesiyle ve uygulanmaya çalışılmasıyla gerçekleşebilir.

Yukarıda belirttiğimiz özel hayat, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti gibi haklara koruma tedbirleri kapsamında müdahaleler söz konusu olabilmektedir. Bu hak ve özgürlüklere muhakeme sürecinde müdahale kanunla olabilmektedir. Mahkeme, taraf devletin, bu haklara kanunla ve hakların düzenlendiği hükümlerdeki sınırlama gerekçelerine uygun olarak müdahale etmediğini veya bu müdahalenin demokratik devlette gerekli olmadığını tespit etmiş ve ihlal kararı vermiş olabilir. Bu ihlal kararlarının gereğini yapmak ve normu yeniden düzenlemek devletin yükümlülüğüdür. Ancak, yakalama, gözaltı, iletişimin denetlenmesi, gizli tanıkların duruşmada sorgulanması ile ilgili olarak bu kurumların uygulanması sırasında adli makamların takdir haklarını özgürlüklerden yana kullanmamaları veya koşulları doğru değerlendirememeleri söz konusu olabilir. Örneğin iletişimin denetlenmesine karar verilirken kuvvetli şüphe bulunmadan bu karar verilmiş ve özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olabilir. Bu tür ihlallerin söz konusu olmaması için uygulamacının içtihatları değerlendirerek kişi hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil eden tedbirlerin uygulamasını daraltması gerekebilir. Bu haklara yönelik ihlaller yasal düzenlemeden değil adli makamların işlemin uygulanması sırasında takdir haklarını çok geniş kullanmasından kaynaklanabilir. Kural olarak yasal düzenleme ile bu tür ihlallerin önüne geçilemez. Zira sorun, yasal düzenlemede olmayıp takdir hakkının kullanımındadır. Takdir hakkının Sözleşme Hukuku dikkate alınarak kullanılmaya özen gösterilmesi ihlalleri azaltabilir. Uygulamacı bu sayede belki iç dinamiklerden ve ön yargılarından uzaklaşabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere iç hukuk normunda Sözleşme'ye aykırılık bulunmazken uygulamacının normun kendisine verdiği takdir hakkını çok geniş kullanması nedeniyle hak ihlalleri doğabilir. Sözleşme'nin 2. maddesiyle yaşama hakkı korunmaktadır. Örneğin kamu görevlilerinin bir operasyon esnasında taksirle ölüme neden olduğu bir olayda, ulusal Mahkeme ceza miktarı iki yılın altında kaldığı için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kurumun uygulanmasına ilişkin olarak derece mahkemesinin takdir hakkını doğru kullanmadığını tespit etmiştir<sup>54</sup>. Bu kurum suçun

<sup>54</sup> "59. AİHM, devlet görevlileri tarafından kötü muamelede bulunulması ve insan öldürme suçunun işlenmesi durumunda yaptırımların seçimini çoğunlukla ulusal mahkemelere bırakmaktadır. Buna rağmen **Mahkeme, fiilin ağırlığı ve ceza arasında açık bir orantısızlık bulunması durumunda müdahale etmek hakkını kendinde bulmaktadır.** /60. Mevcut davada, yerel mahkeme, polis memurunu taksirle ölüme sebebiyet vermekten suçlu bulmuş ve hükmün açıklanmasını geri bırakmıştır. Bu kararla yerel mahkeme takdir hakkını, bu gibi suç-



cezasız kaldığı algısını yaratmaktadır. Bu nedenle kurumun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği takdir edilirken içtihatlar doğrultusunda dar uygulanması mümkündür. Bir yakını öldürülmüş olan bir kişinin zararının tam anlamıyla tazmini kural olarak hiçbir zaman mümkün değildir. Bu koşulun gerçekleşmediği gerekçeyle hüküm, bu gibi olaylarda uygulanmadığında, yaşam hakkı gerekli korumaya kavuşmuş olur. Kurumun dar olarak uygulanması imkânı her zaman vardır.

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, uzun tutukluluk nedeniyle ihlal kararları vermektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Bir davada tutukluluğun belli bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla, yukarıda belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından incelenmesi ve serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir. / Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvuruçunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihtir"<sup>55</sup>. / "Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir sanığın tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Tutukluluğun devamı ancak masumiyet karinesine rağmen Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı bulunabilir"<sup>56</sup>.

Görüldüğü üzere uzun tutukluluğun nedeni kanundaki düzenleme değil tutukluluk nedenlerinin diğer bir söyleyişle tutuklamanın şartlarını değerlendirmedeki zafiyettir. Makul süre içinde davanın esastan karara bağlanamayacak

---

ların hiçbir şekilde tolere edilemeyeceklerini göstermek yerine, ağır bir suçun cezasını (sonuçlarını) hafifletmek yönünde kullanmıştır. Mahkeme'ye göre, CMK m.231'de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu somut olayda failin dokunulmazlığı sonucunu doğurmuştur. Çünkü bu maddenin uygulanması, sanığın denetim mekanizmasına uyması şartıyla, hükmün ceza da dahil olmak üzere bütün hukuki sonuçlarından kurtulmasına neden olmaktadır. / **Mahkeme'ye göre, bu nedenle, yerel mahkemeler takdir haklarını hukuka aykırı eylemin cezasını azaltmaktansa (minimize etmektense) bu tarz eylemlerin hiçbir şekilde tolere edilemeyeceği yönünde kullanmalıdırlar.** / 61. Sonuç olarak Mahkeme, Murat Kasap'ın öldürülmesi olayında uygulanan, taraf devletin ceza hukuku sistemindeki bu düzenlemenin yerinde olmadığı (düzenlemenin özensiz şekilde yapılmış olduğu), hukuka aykırı eylemlerin (suçların) önlenmesinde caydırıcılığının yetersiz olduğu kanaatine varmıştır". Kasap ve Diğerleri –Türkiye Davası, Karar Tarihi: 14 Ocak 2014, Başvuru No. 8656/10.

<sup>55</sup> AyM, 21.11.2013-Başvuru No.2012/1158, prg.47, 50, RG 14.12.2013, No.28851; AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No.2012/1272 (Balbay Kararı).

<sup>56</sup> AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No.2012/1272 (Balbay Kararı), prg.46, (Benzer yöndeki AIHM kararı için bkz: Labita/İtalya [BD], no. 26772/95, 6/4/2000, § 152). AyM, 21.11.2013-Başvuru No.2012/1158, RG 14.12.2013, No.28851. AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No.2012/1272 (Balbay Kararı), prg.46.

olmaması tutukluluğu haklı kılamaz. Tutukluluk süresini makul uygulayıp, davayı kısa sürede esastan karara bağlamanın çarelerini aramamız gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bazı kararları iç hukukumuzdaki bazı kavramların uygulamasını açıklamakta yani uygulamasının nasıl olması gerektiğini diğer bir söyleyişle uygulamacının görevini nasıl yerine getirmesi gerektiğini göstermektedir. Yani bir kavramın yorumlanması değil uygulanması sorun olarak görülebilir. Örneğin, Mahkeme içtihatlarıyla, kişi özgürlüğü ve güvenliği bağlamında (AİHS m.5) yaptığı değerlendirmelerde, tutuklama kararlarının gerekçesinin nasıl olması gerektiğini ortaya koymuştur<sup>57,58</sup>. Bu tip içtihatlar aslında yasal bir değişikliği gerektiren içtihatlar değildir. Anayasa m.141/3, CMK m.34 ve tutuklama ilgili olarak da m.101/2'de tutuklama kararlarının gerekçeli olması gerektiği ifade edilmiştir. Artık yasal olarak yapılacak bir şey kalmamıştır. Bu gibi hallerde uygulamayı yön veren aktörlerin bu kararları değerlendirmesi ve bu içtihatlara uygun uygulama geliştirme iradesi göstermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi gerekçe oluşturulmasında dikkat edilecek hususları şu şekilde ortaya koymuştur: "Tutuklama tedbirine kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla başvurulabilir. Başlangıçta ki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hala devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler "ilgili" ve "yeterli" görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabilir"<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Mansur/Türkiye davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutukluluk gerekçesinin "yeterli ve yeterli" olması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkeme'ye göre, olayda tutukluluk halinin devamı sorunu dokuz kez incelenmiştir. Bunlarda genellikle "suçun niteliği ve delillerin durumu"na dayanılmış ve üç kez de hiç bir gerekçe gösterilmemiştir. Ancak, "delillerin durumu" ifadesi suçluluğa ilişkin ciddi belirtilerin var olduğu ve davam ettiği şeklinde anlaşılabilirse de, bu davada tutukluluğun devamını haklı göstermeye tek başına yeterli olmamıştır. Öte yandan, kaçma tehlikesi de sadece suç için öngörülen cezanın ağırlığı dikkate alınarak değil, başka unsurlara dayanılarak değerlendirilmelidir. Sonuçta mahkeme AİHS m.5/3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mitap-Müftüoğlu/Türkiye Davası, Yağcı-Sargın/Türkiye Davası'nda hep aynı yönde kararlar verilmiştir.

<sup>58</sup> Gerekçe hakkında bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 322-329.

<sup>59</sup> AyM, 21.11.2013-Bireysel Başvuru No.2012/1158, RG 14.12.2013, No.28851; (B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 63). Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: Chraidi/Almanya, B. No.65655/01, 26/10/2006, §§ 42-45), AyM, 2.1.2014-Bireysel Başvuru No.2013/9894, RG 3.1.2014, No.28871; AyM, 3.1.2014-Bireysel Başvuru No.2014/9, prg.44, RG 4.1.2014, No.28872.

Aynı şekilde Anayasa'nın 36. ve AİHS'nin 6. maddeleri ile kişilere, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar yanında, cezai alanda yöneltilen suçlamaların da (suç isnadı) makul sürede karara bağlanmasını isteme hakkı tanınmıştır. Makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsurudur<sup>60</sup>. Anayasa Mahkemesi bir ağır ceza mahkemesinde görülen davanın 11 yıl 2 ayda karara bağlanmasını makul sürede yargılanma ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Bu içtihadın adli makamlara yönelik fonksiyonu, her adli süreyi önüne gelen işi makul sürede bitirmek için gerekli özeni gösterme konusunda duyarlı olmaya ve gereğini yapmaya davet etmekten ibaret olabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özel hayatın korunmasına yönelik olarak verdiği kararlar dikkate alınarak şöyle bir uygulama yapılmasına hiçbir engel bulunmamaktadır: Örneğin olayla ilgili olmayan kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin iddianamede yer alacağına dair hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Aksine özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verileri kaydetme, verileri hukuka aykırı olarak verme suç teşkil etmektedir (TCK m.134, 135, 136). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8. madde ile ilgili içtihatlarını takip eden uygulama, özel hayatın kapsamını ve korunması gerektiğini, ancak belirli sebeplerle bu hakka müdahale edilebileceğini bilir ve özel hayata ilişkin bilgilere iddianamede yer verilmesiyle ulaşılabilecek fayda ile özel hayata verilecek zarar arasındaki dengeyi gözetir; suçun aydınlatılmasında rol oynamayan bilgilere kendiliğinden iddianamede yer vermez ve böylece Sözleşme ve içtihatlarla ortaya koyulmuş olan korumayı gerçekleştirmiş olur.

Ancak belirtelim ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulamacı tarafından takip edilmesi ve bunların karar ve işlemlere yansıtılması çok uzun bir süreci gerektirebilir. Bu nedenle kanun koyucu, yorum yoluyla veya takdir hakkının doğru kullanılmasıyla ihlallerin azaltılması mümkün olmasına rağmen uygulamacıya yardımcı olmak üzere düzenleme yapma yolunu tercih edebilmektedir. Örneğin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.101'de tutuklama kararının gerekçesine ilişkin açıklamaya yer verilmişti. Ancak bu düzenleme uygulamada istenilen sonucu sağlamayınca 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 97. maddesi ile yapılan değişiklikle tutuklama kararının gerekçesinin nasıl olması gerektiği daha ayrıntılı bir şekilde düzenlendi. Ancak kanımızca ihlallere son verecek olan şey, bu düzenlemeler olmayıp uygulamanın Sözleşme Hukukuna uygun olarak takdir hakkını kullanmaya başlaması olacaktır.

---

<sup>60</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olarak bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 370-390.

Kanımızca uygulayıcının her somut olayda, gerek maddi hukuk kurallarını uygularken gerekse usul kurallarını uygularken şu hususları sorgulaması, sadece iç hukuka değil aynı zamanda Sözleşme Hukukuna da uygun işlem yapılmasına, eylemde bulunulmasına ve karar verilmesine bir ölçüde katkı sağlayacaktır:

- Uygulanacak maddi hukuk kuralı veya usul kuralı AİHS'nde ve Anayasa'da güvence altına alınmış herhangi bir hakla ilgili mi? Bu kuralı yorumlamaya ihtiyaç var mı? İhtiyaç varsa AİHM'si ve Anayasa Mahkemesi, uygulanacak bu kuraldaki bu kavramları nasıl anlamlandırmıştır? Bu istikrarlı içtihatlar iç hukuk kuralını yorumlamamda yardımcı olabilir mi?
- Eğer yorum söz konusu değilse, uygulanacak kural takdir hakkı veriyor mu? Yani bu kuralın uygulanması, yapılacak kişisel değerlendirmelere ve kabullere mi bağlı? Evet takdir hakkının kullanılmasına imkân veren bir kural söz konusudur denilebiliyorsa; takdir hakkı Sözleşme ve Anayasa'da güvence altına alınan haklardan üstün olanının yanında kullanılmış mı?
- Eylem ve işlemler mevzuata uygun olmakla beraber somut olayda bir kişinin Sözleşme ve Anayasa'dan doğan hakları ihlal ediliyor mu? Bu ihlalin organizasyon eksikliğinden veya yasal boşluklardan kaynaklanıyor olması, hak ihlalinin oluşmasını engellemiyor. O halde ihlale neden olacak eylem ve işlemle ulaşılmak istenilen amaca başka eylem ve işlemlerle daha az veya hiç ihlal gerçekleştirilmeden ulaşılabilir mi?

## V. SONUÇ

Sözleşme'nin ilke içeren özellikle soyut hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlar, muhtemel ihlalleri önlemek adına, iç hukuk kurallarını yorumlamak ve uygulamak durumunda olan ulusal mahkemelerin somut olayda uygulayacakları kuralları yorumlamalarında destek ölçü norm olarak onlara yardımcı olur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla ortaya koyduğu ilkeler de iç hukukumuzdaki normların yorumlanmasında kaynak görevi görür.

İhlal kararları, ilgili devlet için itibar ve tazminat kararları nedeniyle de maddi kayıp demektir. Bu nedenle ilgili devlet aleyhine yeni ihlal kararlarının verilmesinin engellenmesi zorunludur. İç hukuk kuralındaki boşluktan ya da kuralların hak ve özgürlükleri koruyacak nitelikte kaleme alınmamış olmasından kaynaklanan ihlallerin engellenmesinin yolu, bu boşluğu dolduracak Sözleşmeye ve içtihatlarına uygun yasal düzenlemeler yapmaktır. Bu düzenlemeleri yapmamış olan devlet, Sözleşme'ye uygun düzenleme yapma yani pozitif yükümlülüğünü ihlal eder. Mevcut iç hukuk kurallarından kaynaklanan ihlaller, bu kuralların yasama organınca değiştirilmesi veya mümkünse Sözleşme hükümler-

rine ve Mahkeme'nin içtihatlarına uygun olarak yorumlanması ve uygulanması ile sona erdirilebilir. Bugüne kadarki uygulama, Türkiye'de yasal düzenleme yapmak konusunda bir sıkıntı yaşanmadığını göstermektedir. Ancak iç hukuk kurallarının Sözleşme ve içtihatlarla uygun yorumlanmamasından veya uygulama aktörlerinin takdir hakkını Sözleşme ve içtihatlarla uygun olarak kullanmamasından ya da yasaya uygun olan ancak hak ihlali yaratan eylem ve işlemlerden doğan ihlallerin önemli ölçüde azaldığını söylemek zordur.

Ayrıca şu tespiti de yapmak isteriz: Anayasa Mahkemesi'nin, konumundan ve fonksiyonundan dolayı içtihatlar ışığında şekillenmiş olan Sözleşme hükümlerine uygun değerlendirme yapması kolaydır. Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında Sözleşme'ye ve ruhuna uygun içtihat oluşturmaya başlamıştır. Sözleşme Hukuku Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen davalarda başvurabileceği en önemli kaynaklardan birisidir. Ancak ilk derece veya üst derece mahkemeleri açısından Sözleşme Hukukunun diğer iç hukuk kaynakları gibi uygulanan bir kaynak haline gelmesi zaman alacaktır. Çünkü Sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki yeri Ay m.90/5'e yapılan ekleme ile netleşmiştir. Özellikle içtihatların Türkçe kaleme alınmamış olması ve uygulamacının bu mevzuata aykırı işlem ve kararlarının etkisinden çok geç haberdar olması veya ihlalin sonuçlarının birçok davada kendisine doğrudan yansımaması ya da bu mekanizmayı bir denetim mekanizması olarak kabul etmekte zorlanması, Sözleşme Hukukunun kaynak olarak görülmesini ve uygulanmasını engellemekte veya yavaşlatmaktadır. Uluslararası özelliklere sahip, yani hukuk kuralları farklı olan birçok ülkenin parçası olduğu bir mevzuatın, ulusal aktörler tarafından takip edilmesindeki fiziki ve düşünsel zorluk da ortadır. Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları arttıkça bu mevzuatın iç hukuk mevzuatı olarak kabul edilmesi kolaylaşacak ve uygulanması da artacaktır. Bu noktada da Anayasa Mahkemesi'ne önemli bir görev düşmektedir. Anayasa Mahkemesi, Sözleşme Hukukunun iç hukukumuzun gerçek anlamda bir parçası olmasını sağlayacak itici bir güce sahiptir. Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına duyarlı olan uygulamacı onun içtihadına ulaşamadığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına yönelme eğilimi gösterecektir. Kanımızca bu noktada ortaya çıkabilecek en büyük tehlike, Sözleşme hükümlerinin ve içtihatlarının Sözleşme Hukukundaki anlamından farklı yorumlanarak uygulanması ihtimalidir. Sözleşme ve içtihatların sadece şeklen uygulanması değil Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ortaya koyduğu anlam ve ruh ışığında uygulanması son derece önemlidir. Kanımızca hak ve özgürlüklerin anlamı ve sınırı konusunda ülkelerden bağımsız bir Avrupa standardı oluşmuştur veya bazı hak ve özgürlükler bakımından oluşma yolundadır. Bu nedenle bu mevzuatın iç dinamiklere uydurulmasından mümkün olduğunca kaçınılması ve kendi sisteminde oluşmuş olan anlamına sadık kalmaya özen gösterilmesi gerekir. Yani kararların Türkleştirilmesine değil; Türk uygulamasının Avrupalılaştırılmasına daha doğru bir ifade ile Sözleşme Huku-

kunun standartlarına yükseltilmesine özen gösterilmesi gerekir. Örneğin mahkûmiyet kararından sonra kanun yolları aşamasında geçen sürenin tutukluluk süresinden sayılmayacağına dair Yargıtay kararı (ki bunu Anayasa Mahkemesi de birkaç kararında tekrarlamıştır), kararın gerekçesine göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına uygun olarak verilmiş bir karardır<sup>61</sup>. Ancak bu kararın Mahkeme içtihatlarına uygunluğu öğretilerde tartışılmakta ve Mahkeme içtihadının yanlış yorumlandığı da ileri sürülmektedir. Kanımıza bu tehlikeyi ortadan kaldırmak mümkün değil ise de Sözleşme Hukukunun iyi değerlendirilmesi ve ruhunun kavranması ile en aza indirilmesi mümkündür.

---

<sup>61</sup> YCGK, 12.4.2011-1-51/42, AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No.2012/239, AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No.2012/1137, prg.66, RG 18.07.2013 No.28711; AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No.2012/348, prg.45; AyM, 2.1.2014-Bireysel Başvuru No.2013/9894, prg.48, RG 3.1.2014 No.28871.

## **KAYNAKÇA**

- Centel, Nur/Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2013.
- Doğru, Osman**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012.
- Ekinci, Hüseyin/Sağlam, Musa**, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Avrupa Konseyi 2012, www.anayasa.gov.tr
- Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, 19 vd.
- Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005, 24 vd. dn. 49-78.
- Holzinger, Gerhart**, “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 61-79, www.anayasa.gov.tr (Yayınlar).
- İnceoğlu, Sibel**, (Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 2. Bası, İstanbul 2013.
- İnceoğlu, Sibel**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2005.
- Kaboğlu, İbrahim**, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1996, 123.
- Karakaş, İ.**, “Son Dönemde Türkiye Hakkında Verilen Önemli Kararlar”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 2009.
- Kılınç, Bahadır**, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.25, 2008, 19-59 www.anayasa.gov.tr (Yayınlar).
- Mellinghof, Rudolf**, “Federal Almanya Cumhuriyet’inde Anayasa Şikayeti”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 31-44.
- Paczolay, Peter**, “ANAYASA ŞİKAYETİ: Bir Karma Çözüm mü?”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 26, 2009, 313 - 320; K. Jong - Dae, “Anayasa Şikayeti Sistemi: Kore Deneyimi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 145-153, www.anayasa.gov.tr (Yayınlar).
- Pimentel, Genaro David Gongora**, “Ampora Ne İçindir?”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 101-110, www.anayasa.gov.tr (Yayınlar).
- Şahbaz, İbrahim**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, TBBD, 54 (2004), 178-216, www.anayasa.gov.tr
- Şenol, Cem**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3), İstanbul 2013,
- Şirin, Tolga**, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme), İstanbul-Haziran 2013, 5-61.

**Tunç, Hasan**, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

**Tunç, Hasan**, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

**Turabi, Selami**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Ankara 2013.

**Yaltı, Billur**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul 2006.

**Zafer, Hamide**, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), İstanbul 2010.

**Zorkin, Valery**, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 283-292, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (Yayınlar).



## **DAVA ZAMANAŞIMI SÜRELERİNİN BAŞLAMASI**

*Doç. Dr. Berrin AKBULUT\**

### **GİRİŞ**

Ceza Kanunumuzun 66. maddesinde dava zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Bu süreler geçtiğinde işlenen suçla ilgili davaya devam edilme imkanı ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla sürelerin ne zaman işlemeye başlayacağı önem taşımaktadır. Başladıktan sonra kanunda belirtilen sürelerin geçmesiyle dava zamanaşımına uğramakta, dolayısıyla da bir mahkumiyet söz konusu olmamaktadır. Konunun önemi nedeniyle Ceza Kanunumuz da aynı maddenin 6. fıkrasında, dava zamanaşımı sürelerinin ne zaman işlemeye başlayacağına ilişkin belirleme yapmıştır.

Dava zamanaşımı sürelerinin başlamasıyla ilgili olarak getirilen hükümde bazı suç türleri ve özellik arzeden bazı müesseseler göz önünde bulundurulmuştur. Bunlar tamamlanmış suçlar, teşebbüs halinde kalmış suçlar, kesintisiz suçlar ve zincirleme suçlardır. Ayrıca sürenin işlemesiyle ilgili olarak yapılan diğer bir belirleme de mağdur çocuklara ilişkindir. Belirtilenlerden de anlaşıldığı gibi düzenleme, tüm suç türlerine, ihlal ediliş biçimlerine yer vermemiştir. Yer verilenler açısından da doktrin ve uygulamada sorunlar bulunmaktadır. Bunun dışında sürelerin başlamasına ilişkin doktrinde belirlemeler bulunmakla beraber başladığı anın tam olarak neyi ifade ettiği açıklanmamaktadır. Örneğin hareketin yapıldığı zamanın neyi karşıladığı belirtilmemektedir. Bu çalışmada kanunda yer verilen veya verilmeyen tüm suç türleri ve ihlal ediliş biçimleri göz önüne alınarak dava zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayacağı an tespit edilecek, mağdur çocuklara ilişkin düzenlemenin neyi ifade ettiği açıklanacak, dava zamanaşımı süresini kesen ve durduran nedenler incelenecek, ancak öncesinde dava zamanaşımına ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

### **I. DAVA ZAMANAŞIMI**

Suçun işlendiği tarihten itibaren kanunda belirtilen sürelerin geçmesiyle dava açılmasına veya davaya devam edilmesini engelleyen müesseseye dava zamanaşımı adı verilmektedir.

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Bu çalışma, Yaşar Üniversitesi'nde düzenlenen "8. Yılında Yeni Ceza Adalet Sempozyumu"nda sunulan tebliğin gözden geçirilerek hazırlanmış halidir.

Dava zamanaşımı<sup>1</sup>, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümler Başlığını taşıyan Birinci Kitabının Yaptırımlar isimli Üçüncü Kısımının Dava ve Cezanın Düşürülmesini düzenleyen Dördüncü Bölümünün 66. ve 67. maddelerinde düzenlenmiştir<sup>2</sup>. 66. maddede kanunda başka türlü yazılmış haller dışında öngörülen ceza miktarlarının geçmesiyle kamu davasının düşeceği ifade edilmektedir. Yine CMK'nın 223. maddesinin 8. fıkrasında, Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı halinde davanın düşmesine karar verileceği belirtilmektedir. Bu düzenlemelerde geçen davanın düşmesi ifadeleri nedeniyle, doktrinde 66. maddede belirtilen dava zamanaşımı sürelerinin geçmesiyle davaya devam edilmeyeceği ve düşme kararının verileceği kabul edilmektedir. Ancak davanın açılmasından önceki dönemde 66. maddede belirtilen süreler geçmişse soruşturma yapılıp yapılmayacağı, soruşturma sonunda iddianame düzenlenip düzenlenmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, kanunlardaki düzenlemeler nedeniyle zamanaşımı dolsa bile iddianame düzenlenmesinden vazgeçilemeyeceğini, kamu davasının açılmasının ve mahkemenin düşme kararı vermesinin gerektiğini ifade etmektedirler<sup>3</sup>. Bazı yazarlar ise, dava zamanaşımı süresinin dolması halinde davanın açılmayacağını, bu yazarlardan bazıları ise gerekirse soruşturmanın da yapılamayacağını belirtmektedirler<sup>4</sup>. Her şeyden önce soruşturma yapılmadan suçla ilgili değerlendirmede bulunulmasının doğru olmadığı, soruşturmanın yapılması gerektiğini ifade etmek istiyoruz. Ancak

<sup>1</sup> Doktrinde dava zamanaşımı kavramı yerine farklı belirlemeler de yapılmaktadır. Bunlar için bkz.: Artuk, Mehmet Emin-Alşahin, Mehmet Emin, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartı ve Zamanaşımı", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2013, C. 19, S.2, s. 31, 32.

<sup>2</sup> Zamanaşımının Türk hukukundaki tarihi gelişimi için bkz.: Gökçen, Ahmet, "Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı", s. 3, www.akader.info/KHUKA/2004\_mart/2.htm (E.T. 9 Kasım 2009).

<sup>3</sup> Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Ankara 2013, s. 834; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2013, s. 672.

<sup>4</sup> Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2013, s. 728; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara 2012, s. 608; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2014, s. 463; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2013, s. 923; Artuk-Alşahin, s. 32; Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2012, s. 497; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncellenmiş 9. Bası, Ankara 2013, s. 713; Gökçen, s. 6; Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 753; Zafer, Hamide, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, TCK m. 1-75, Ders Kitabı, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 563; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler (C. II-III), İstanbul 1992, s. 777; Taner, Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008, s. 121; Taşdemir, Kubilay, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2011, s. 341; Günay, Erhan, Uygulamalı-Örnekli Dava ve Ceza Zamanaşımı, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2008, s. 17; Aktaş, Yusuf, Ceza Davalarında Yasa Yolları, Zamanaşımı ve Süreler, İstanbul 1979, s. 32.

dava zamanaşımı dolmuşsa Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı vermesi gerektiğini, mutlaka dava açmasının gerekmediğini düşünüyoruz. Her ne kadar TCK'nın 66. madde düzenlemesi kamu davasının düşmesi ifadesini kullanmakla birlikte, TCK'nın 72. maddesi şüpheli veya sanığın dava zamanaşımından vazgeçemeyeceğini düzenleyerek soruşturma aşamasında da dava zamanaşımının göz önüne alınacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla dava açılmışsa ve dava zamanaşımı dolmuşsa mahkemenin CMK'nın 223/8. maddesi gereğince düşme kararı vermesi gerektiğini, soruşturma aşamasında ise dava zaman aşımı dolmuşsa Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi gerektiği görüşünü benimsiyoruz<sup>5</sup>.

Dava zamanaşımının dolması durumunda kovuşturma aşamasında düşme kararının verilmesi gerekmele birlikte, derhal beraat kararı verilecek hallerde düşme kararına değil beraat kararına hükmedilmelidir. Zira CMK'nın 223/9. maddesi, bu durumda düşme kararının değil beraat kararının verilmesi gerektiğini açıkça hükme bağlamaktadır<sup>6</sup>.

Dava zamanaşımı muhakemenin her aşamasında göz önüne alınır. İlgililer tarafından ileri sürülmesine gerek yoktur. Soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından re'sen uygulanır (TCK m.72/1). Kanun yolu aşamasında da dava zamanaşımı göz önüne alınır ve Yargıtay tarafından düşme kararı verilir (CMUK m. 322/1, CMK 303/1-a)<sup>7</sup>. Şüpheli veya sanığın zamanaşımına uğramış suçla ilgili olarak muhakemeye devam edilmesini istemelerinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Dava zaman aşımından şüpheli veya sanığın vazgeçmesi söz konusu değildir (CMK m. 72/2)<sup>8</sup>. Dolayısıyla gaip kişilerle ilgili olarak da dava zamanaşımı hükümlerinin uygulanması söz konusudur<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Doktrinde bazı yazarlar ayrıca gerekçe olarak dava zamanaşımının kovuşturma şartı olduğunu dolayısıyla CMK'nın 171/1. maddesi gereğince kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini belirttikleri gibi şüphelinin ölmesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğine göre dava zamanaşımının dolması durumunda da bu kararın söz konusu olması gerektiğini ifade etmektedirler: Artuk-Alşahin, s. 32, 33.

<sup>6</sup> 765 sayılı Mülga Ceza Kanunu döneminde bazı yazarlar tarafından zamanaşımının dolması durumunda yukarıdaki gibi ayırım yapmaksızın her durumda beraat kararının verilmesi gerektiğini belirtmekteydiler: İçel, Kayıhan-Sokullu Akıncı, Fusun-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem, Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener, İçel Yaptırım Teorisi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş İkinci Bası, İstanbul 2002, s. 339. Bazı yazarlar ise dava zamanaşımının süresinin dolması halinde davanın ortadan kaldırılması kararının verileceğini, bu kararın sanığın daha lehine olduğunu belirtmektedirler. Davayı ortadan kaldırma kararının verilebileceği hallerde beraat, düşme gibi kararların verilemeyeceğini ifade etmektedirler: Günay, s. 18.

<sup>7</sup> 13. Ceza Dairesi, 05.06.2012, E. 2011/34143, K. 2012/13176, 5. Ceza Dairesi, 15.03.2012, E. 2008/3246, K. 2012/2123, UYAP Mevzuat Programı (E.T. 22.11.2013).

<sup>8</sup> Doktrinde masum olan sanığa dava zamanaşımından vazgeçme imkanının tanınması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz.: Demirbaş, s. 728, 729; Taner, s. 123.

<sup>9</sup> İçel-Sokullu Akıncı-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 339; Koca-Üzülmez, s. 659.

Dava zamanaşımı sürelerinin dolması durumunda dava açılmadığından veya davaya devam edilmeyip düşme kararı verildiğinden ceza verilmesi söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla erteleme, seçenek yaptırımlara çevirme müesseselerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Sadece ceza mahkumiyetinin verilmesi değil, mahkumiyet niteliği taşıyan (suçu işlediğini sabit gören) diğer kararların verilmesi de söz konusu değildir. Bu çerçevede ceza verilmesine yer olmadığı kararına hükmedilmesi mümkün olmayacaktır. Dava zamanaşımı sürelerinin geçmesi halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve önödeme yoluna da başvurulamaz<sup>10</sup>.

Zamanaşımı nedeniyle verilen düşme kararının uyuşmazlığın esasını çözen bir karar olmadığı için, non bis in idem etkisine sahip olmadığı kabul edilmektedir. Sonradan ortaya çıkan delillerle suçun vasıflandırması değişmişse ve bu suç daha uzun zamanaşımına tabi ise düşme kararının varlığına rağmen yeniden yargılamaya yapılabileceği belirtilmektedir<sup>11</sup>.

Dava zamanaşımı sürelerinin dolması halinde düşme kararı verildiğinden, dolayısıyla da ceza mahkumiyeti kararı bulunmadığından daha önce mahkum olmama şartını arayan bazı müesseselerin uygulanmasına engel teşkil etmez. Dava zamanaşımı sürelerinin dolması nedeniyle verilen düşme kararları ertelemeye engel teşkil etmeyecek (TCK m.51/1-a), tekerrür hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmayacak (TCK m. 58/1)), kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilmesine engel oluşturmayacak (CMK 171/3-a), hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir (CMK m. 231/6-a).

Belirtilen müesseselerin uygulanmasını engellemeyecekse de, cezanın bireyselleştirilmesinde göz önüne alınabilecektir. Çünkü dava zamanaşımı süreleri geçmesine rağmen fiil haksızlık teşkil etmeye, suç olma özelliğini korumaya devam etmektedir<sup>12</sup>. Yine zamanaşımına uğramış bir fiil iştirak noktasında göz önüne alınabilir. Zamanaşımı konusunda da failin hatası önemsizdir<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Yargıtay da dava zamanaşımı sürelerinin geçmesi halinde önödemeye göre kişinin daha lehine olduğu gerekçesiyle düşme kararının öncelikle uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz.: Öztürk-Erdem, s. 497, dip not 1746. Aynı yönde Centel, Nur-Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013, s. 467, 468.

<sup>11</sup> Öztürk-Erdem, s. 498. Davanın esasını halleden karar olduğuna ilişkin olarak bkz.: Koca-Üzülmez, s. 672.

<sup>12</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 833, 834; Bock, Dennis, "Die strafrechtliche Verfolgungsverjährung", online.beck.de/?vpath=bibdata/zeits/jus/2006/cont/jus.2006.12.1.htm&pos=24&hlwords=DENN%26%23304%3bS%2c%90DENN%2c4%b0S%2c%90BOCK%2c%90+dennis%2cbock+%2c%90+dennis+%2c%90+bock+%2c%90+dennisbock+#xhlhit, s. 13 (E.T.14.07.2014). Cezanın bireyselleştirilmesi, failin göz önünde bulundurulacak cezayla ilgili yapılan belirlemeleri ifade etmektedir. Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, hapis cezasının ertelenmesi, adli para cezasının hapis cezasıyla seçimsiz olarak öngörüldüğü hallerde seçimin yapılması, takdiri indirim nedenleri, cezadan mahsup gibi işlemler cezanın

## II. DAVA ZAMAN AŞIMI SÜRELERİNİN UYGULANMAYACAĞI SUÇLAR

Dava zamanaşımı Ceza Kanunumuzun genel hükümler ismini taşıyan Birinci Kitapta düzenlendiği için aksi belirtilmediği müddetçe tüm suçlar için uygulanacaktır. Ancak dava zaman aşımının uygulanmayacağına ilişkin gerek genel hükümler gerekse özel hükümler kitabında istisnalar getirilmiştir.

İlk istisna dava zamanaşımının düzenlendiği 66. maddenin 7. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra, “Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi hâlinde dava zamanaşımı uygulanmaz.” hükmünü ihtiva etmektedir. Dolayısıyla millete ve devlete karşı suçlardan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zaman aşımı uygulanmayacaktır. Söz konusu suçların ülkede işlenmeleri halinde herhangi sınırlama söz konusu değildir. Zamanaşımı kuralları uygulanacaktır. Yurt dışı-ülke ayrımının yapılması nedeni, yurt dışında işlenen suçların ülke içinde süresi içinde dava açmak ve cezalandırmaktaki güçlük olarak ifade edilmektedir<sup>14</sup>. Ancak doktrinde bu düzenlemeye eleştiriler yöneltilmektedir. Bu görüşlerden birine göre, ülke içi-ülke dışı ayrımının açıklanmasının mümkün olmadığı, kanun koyucunun ayırım gözetmemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Diğerine göre ise, devletin güvenliğine karşı suçlar yanında zimmet, rüşvet gibi suçların da zamanaşımına uğramayacağına belirtilmesi kanunun özgürlükçü ve bireyi esas alan düzenlemesine aykırı nitelik taşımaktadır. Aynı zamanda insan öldürme, yaralama, cinsel saldırı gibi suçlar zamanaşımına tabi iken devlete ve millete karşı suçların zamanaşımına uğramaması otoriter zihniyetin ürünüdür<sup>16</sup>.

Ceza Kanunumuzdaki diğer bir istisna uluslararası suçlarda kabul edilmiştir. Soykırım (TCK m. 76/4) ve insanlığa karşı suçlarda (TCK m. 77/4) zamanaşımı, dolayısıyla da zamanaşımı içerisinde yer alan dava zamanaşımı kuralları uygulanmayacaktır. Aynı şekilde bu suçları işlemek için örgüt kuran veya yöneten veya üye olanlar ayrıca cezalandırıldığından 78. madde açısından da dava zamanaşımı kuralları uygulanmayacağı ifade edilmiştir (TCK m. 78/3).

---

bireyselleştirilmesi kapsamında ifade edilecek hususlardır. Cezanın bireyselleştirilmesinde failin geçmişi, kişiliği, sosyal ilişkileri, ekonomik durumu gibi hususlar göz önünde bulundurulur.

<sup>13</sup> Bock, s. 13.

<sup>14</sup> Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. III), Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 1997, s. 253. Bazı yazarlar ise, yurt dışında devlete karşı suçların mutlaka takip edileceği anlamına geldiğini ifade etmektedirler: Soyaslan, s. 610.

<sup>15</sup> Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara 1997, s. 1003.

<sup>16</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 730. Benzer eleştirisi için bkz.: Taner, s. 57; Koca-Üzülmez, s. 663.

Diğer istisna ise 11.04.2013 tarihli 6459 sayılı Kanunla TCK'nın 94. maddenin 6. fıkrasına ilave edilmiştir. Bu fıkra göre işkence suçunda dava zamanlaşımı kuralları uygulanmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu dışında zamanlaşımının uygulanmayacağına ilişkin diğer bir istisna Askeri Ceza Kanununun 49/1-A maddesinde düzenlenmişti. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesinin 28/3/2013 tarih ve E. 2012/143 K. 2013/48 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir<sup>17</sup>.

### III. DAVA ZAMANAŞIMI SÜRELERİ VE BELİRLENMESİ

Dava zamanlaşımı süreleri 66. maddenin 1. fıkrasında 5 bent halinde düzenlenmiştir. Belirleme, suçların kanunda öngörülen ceza miktarlarına göre belirlenmiştir. Dava zamanlaşımı, cezalar için kabul edilmiş, güvenlik tedbirleri için kanunumuzda bir düzenlemeye gidilmemiştir. Yani dava zamanlaşımı süresi dolmuşsa güvenlik tedbirlerine hükmedilip hükmedilemeyeceğine ilişkin bir belirlemeye gidilmemiştir<sup>18</sup>. Belirleme yapılmadığına göre etkisinin olmadığı söylenemez. Çünkü bazı güvenlik tedbirleri mahkumiyete bağlı olarak hükmedilmektedir. Belli haklardan yoksun bırakılma tedbiri (TCK m. 53), kısa süreli hapis cezasının seçenek tedbirlere çevrilmesi (TCK m. 50) ve tekerrür (TCK m. 58) bu niteliktedir<sup>19</sup>. Mahkumiyetin olmadığı durumlarda güvenlik tedbirlerine de karar verilemeyecektir. Diğer bazı güvenlik tedbirleri noktasında da mahkumiyet kararı gerekmemekle birlikte hakkında güvenlik tedbiri uygulanacak kişinin suçu işlediğinin tespit edilmiş olması gerekir. Dava zamanlaşımının dolması durumunda ise bu tespit yapılamayacaktır<sup>20</sup>. Ceza ilişkisini düşüren nedenlerde-

<sup>17</sup> Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar suçlarında zamanlaşımı bulunmadığı bu bentte ifade edilmekteydi. Askeri Ceza Kanunundaki bu istisna TCK'nın 5. maddesi hükmüne rağmen uygulanmaya devam etmekteydi. Zira 31.03.2005 tarih 5329 sayılı Kanunla TCK'nın 5. maddesi hükmünün 49/A maddesi açısından uygulanması kabul edilmemiştir (Ek 8. Madde). TCK'nın 5. maddesi hükmü 1 Ocak 2009 tarihinde tüm özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanmaya başlanmış, ancak 01.03.2008 tarihinde 5739 sayılı Kanunla Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya kadar, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8. maddesinin uygulanmasına devam edileceği ifade edilmiştir (Ek Madde 10). Dolayısıyla bu düzenleme nedeniyle zamanlaşımına istisna tanıyan 49/1-a maddesi yürürlükte bulunmaktaydı.

<sup>18</sup> Ancak Alman Ceza Kanununda güvenlik tedbirlerine hükmedilemeyeceğine ilişkin belirleme m. 78'de yapılmıştır.

<sup>19</sup> Güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin olarak bkz.: Akbulut, Berrin, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara 2010, s. 467.

<sup>20</sup> Ancak öncüllü suçlarda (örneğin TCK m. 282), sonraki fiilin icrasından sonra önceki suçun (öncül suçun) dava zamanlaşımının dolması halinde, mahkemenin düşme kararı vermekle birlikte öncül suçun işlendiğini sabit gördüğünü açıklayabileceği ifade edilmektedir: Özgenç, İz-zet, Suç Örgütleri, Ankara 2011, s. 73.

ki hükümlerden yola çıkmak suretiyle belirleme yapılabileceğinin söylenmesi de doğru olmayacaktır. Kaldı ki bazı müesseselerde<sup>21</sup> belirleme yapan kanun koyucunun zamaşımında unuttuğunu söylemek ve diğer hükümlerden yola çıkarak tespite gitmek mümkün değildir. Dolayısıyla konu zamaşımıyla ilgili olduğundan, dava zamaşımı müessesesinden yola çıkılarak çözüme gidilmesi gerektiğini ifade etmek istiyoruz. Dava zamaşımı gerçekleştiğinde dava açılması ve davaya devam edilmesi imkanı ortadan kalktığından failin suçu işlediği tespitinin yapılması (mahkumiyet kararının gerekmediği hallerde de) ve güvenlik tedbirine karar verilmesi imkanı ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla da dava zamaşımı süresi dolduğunda gerek hak yoksunluğuna gerek akıl hastalarına ilişkin tedbirlere ve gerekse diğerlerine karar vermek mümkün olmayacaktır<sup>22</sup>. Bu belirlemelerden sonra güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak kanunumuzda düzenlemeye gidilmemesinin bir eksiklik oluşturmadığını ifade etmek istiyoruz. Nitekim dava zamaşımı süreleri dolduğunda işlenen suç nedeniyle müsadereye karar verilemeyeceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Aksine kanun koyucu güvenlik tedbirine karar verileceğine ilişkin belirleme yapıyorsa (Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.13/2 gibi) bu tür düzenlemeler geçerli olacaktır<sup>24</sup>. Bu belirlemelerden sonra dava zamaşımı süreleri dolduğunda suçla bağlantılı güvenlik tedbirine cezaya hükmedilmesinin yanı sıra veya bağımsız olarak hükmedilmesinin artık mümkün olmadığını ifade etmek istiyoruz<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Kanun koyucunun, dava ve cezanın düşürülmesi başlığını taşıyan Dördüncü Bölümde güvenlik tedbirlerine ilişkin belirlemeleri: 64. maddenin 1. fıkrasında, sanığın ölümü hâlinde kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi gerektiğini, buna karşılık müsadereye tâbi eşya ve maddî menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsadereye hükümlenilebileceğini hükme bağlamaktadır. Yine Ceza Kanunumuzun 75. maddesinde (5. fıkra) önödemenin müsadereye ilişkin hükümleri etkilemeyeceğini ifade ederek, önödeme yoluna başvurulsa bile müsadereye ilişkin hükümleri etkilemeyeceğini ifade ederek, önödeme yoluna başvurulsa bile müsadereye ilişkin hükümleri etkilemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak 74. maddenin birinci fıkrasında "Genel af, özel af ve şikâyetten vazgeçme, müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez." diyerek belirtilen nedenlerle davanın düşmesi halinde artık müsadere yoluna gidilemeyeceğini ifade etmiştir.

<sup>22</sup> Müsadere ise suç teşkil eden fiillerle ilgili olarak eşya veya kazançlar hakkında uygulandığında, mahkumiyet gerekmemekle beraber fiilin haksızlık teşkil etmesi gerekmektedir. Suçun işlenmesi için tahsis edilen eşyanın müsadere edilmesi içinse icra hareketlerinin başlaması gerekir. Aksi durumda ise ancak eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlike olması durumunda müsadereye karar verilecektir. Müsadere için bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 757 vd.

<sup>23</sup> 1. CD, 02.11.2006, 3770/17598, Günay, s. 98.

<sup>24</sup> Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 13. maddesinin 2. fıkrasında, düşme kararının verilmesinin suç konusu eşya (kaçak eşya) ile ilgili müsadere kararının verilmesini engellemeyeceği ifade edilmektedir.

<sup>25</sup> Alman hukuku için bkz.: Sternberg Lieben, Detlev-Bosch, Nikolaus, in Schönke, Adolf-Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, mitkommentiert von Lenckner, Theodor-Cramer, Peter-Stree, Walter, 28., neubearbeitete Auflage von Eser, Albin-Heine, Günter-Perron, Walter- Sternberg Lieben, Detlev-Eisele, Jörg-Bosch, Nikolaus-Hecker, Bernd-Kinzig, Jörg, unter Mitarbeit von Schittenhelm, Ulrike, München 2010, § 78, kn. 3, 6.

Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin 1. fıkrasına göre, kanunda başka türlü yazılmış olmamak şartıyla;

- a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,
- b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,
- c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,
- d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,
- e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle kamu davası düşecektir.

TCK'nın 66. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen zamanaşımı süreleri yetişkinler için geçmesi gereken sürelerdir. Zira aynı maddenin 2. fıkrasında, yukarıda geçen zamanaşımı sürelerinin çocuklar bakımından farklı uygulanacağı ifade edilmiştir. Buna göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşecektir. Kanun koyucu fiili işlediği esnada 12 yaşından küçük olan çocuklar hakkında kovuşturma yapılamayacağını düzenlediğinden (TCK m. 31/1) doğal olarak bu çocuklarla ilgili geçmesi gereken dava zamanaşımı sürelerine ilişkin bir belirlemeye gitmemiştir. Ancak 12 yaşını doldurmuş kişilerle ilgili olarak dava açılması söz konusu olduğundan kanun koyucu bu yaş sınırını dava zamanaşımı süreleri açısından baz kabul etmiştir. Ceza sorumluluğu olup olmadığı önemli olmaksızın 12 yaşını tamamlamış çocuklarla ilgili dava zamanaşımı kuralları uygulanacaktır. Eğer dava zamanaşımı süreleri dolmuşsa ceza sorumluluğu olmayan çocuk hakkında da güvenlik tedbirleri uygulanamayacaktır<sup>26</sup>. Dava zaman aşımına ilişkin süreler, çocuğun içinde bulunduğu yaş grubuna göre 2. fıkrada belirtilen oranlar dahilinde indirilerek uygulanacaktır.

Çocuklar hakkında getirilen dava zamanaşımı süreleri yargılamayı süratlendirecektir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 40. maddesinin 2. fıkrasının iii bendi, "Yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde adli ya da başkaca uygun yardımdan yararlanarak ve özellikle çocuğun yaşı ve durumu gözönüne alınmak suretiyle kendisinin yüksek yararına aykırı olduğu saptanmadığı sürece, ana-babası veya yasal vasisi de hazır bulundurulurken yasaya uygun biçimde adil bir duruşma ile konunun gecikmeksizin karara bağlanmasının sağlanması" düzenlemesiyle taraf devletlere çocuklara ilişkin davaların gecikmeksizin sonuçlandırılması yükümlülüğü getirilmiştir. Keza Küçükler Bakımından Adaletin Yürütümü Hakkında Birleşmiş Milletler

<sup>26</sup> Ancak doktrinde düzenlemenin ceza sorumluluğu olmayan çocuklara ilişkin olduğu belirtilmektedir: Taner, s. 63.



Asgari Standart Kurallarının (Pekin Kurallarının) 20.1 numaralı belirlemesinde, çocuklara ilişkin her bir vakanın gereksiz herhangi bir gecikmeye yol açmaksızın süratle ele alınacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla Ceza Kanunumuzda zamanlaşımına ilişkin sürelerde çocuklar için yetişkinlerden ayrı belirleme yapılması, uluslararası düzenlemeler de göz önünde bulundurulduğunda çocuklara ilişkin muhakemenin hızlandırılması açısından yerinde bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak doktrinde getirilen bu düzenlemeye eleştiri yöneltilmektedir. Bu görüşe göre, dava zamanlaşımı konusunda çocuklarla yetişkinler arasında fark yaratılması yersiz olup, çocukları büyüklerden farklı kılan hiçbir psikik toplumsal özellik, böyle bir ayrımı haklı kılmamaktadır. Yetişkinler için kanunda kabul edilen sürelerin uzunluğu çocuklarla büyükler arasında esasen olmadığı halde fark yaratılarak giderilemeyeceği belirtilmektedir. Bu düşünceye göre, hüküm çocukları korumamakta, çocuk suçluluğuna prim vermektedir<sup>27</sup>. Bu görüşe yukarıda ifade ettiğimiz uluslararası düzenlemeler gereğince katılmadığımız gibi, bugün çocuklara yetişkinlerden ayrı davranılması gerektiğinin kabul edildiğini ifade etmek istiyoruz<sup>28</sup>. Ceza hukuku yaptırımlarının çocukların suç işlemesini engellemediği ifade edilmektedir<sup>29</sup>. Dolayısıyla zamanlaşımı süresinin kısıltığı çocuk suçluluğunu arttırmayacaktır.

İddianame düzenlenmişse dava zamanlaşımı süresi açısından iddianamede gösterilen suç önem taşımaktadır. Eğer suçun niteliği değişmişse bu suçun cezası dava zamanlaşımı açısından göz önüne alınacaktır. Görevli mahkeme değişmişse bu kural uygulanacaktır. Ancak suçun hukuki niteliği değişmiş veya cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nedenler ortaya çıkmış ve mahkemenin görev alanı değişmemişse bu suçtan dolayı dava zamanlaşımı süresinin uygulanabilmesi için CMK m. 226 gereğince ek savunma imkanının verilmesi gerekir. Ek savunma hakkı kullanılmadan sanık başka hükümden veya cezanın daha fazla verilmesini gerektiren hükümden mahkum edilemeyeceğinden bu hüküm-

<sup>27</sup> Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 538. Başka bir görüş, düzenlemeyi uygun bulmakla birlikte suçu meslek edinen ve itiyadi suçlu olan çocuklar bakımından bu hükmün uygulanmamasının yerinde olacağını ifade etmektedirler: Taner, s. 64.

<sup>28</sup> Bu konuda bkz.: Akbulut, Berrin, "Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2013, C. 19, S. 2, s. 543, 544.

<sup>29</sup> Bkz.: Heinz, Wolfgang, (Çev.: Mustafa Ruhan Erdem), "Çocuk ve Genç Suçluluğu-Ceza yasa Koyucusunun Harekete Geçmesini mi Bekliyor?", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 274. Yapılan uzun süreli araştırmalarda cezanın ve ıslah evlerinin çocuğun ıslahını sağlamadığı, bilakis erken yaşta hürriyeti bağlayıcı ceza verilen çocukların diğer çocuklara oranla yetişkinen daha kolay suç işledikleri ve cezaevlerine girdikleri ve bunda da erken yaşta kapalı yerde kalmanın etken olduğu ortaya çıkmıştır. Bkz.: Tekin, Uğur, "Ceza Yargılamasında Avrupa'daki Yeni Uygulamalar", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 491.

lere ilişkin dava zamanaşımı süreleri uygulanamayacaktır. İddianamede gösterilen suçtan ve hükümden dolayı dava zamanaşımı süreleri geçerli olacaktır<sup>30</sup>.

Dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulacak, seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınacaktır (TCK m. 66/4). Bu düzenlemede dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde kanunda yazılı soyut cezaların esas alınacağı ifade edilmiştir. Yani Ceza Kanunumuzda soyut ceza sistemi<sup>31</sup> kabul edilmiştir<sup>32,33</sup>. Ancak sürenin alt sınırı değil, üst sınırı göz önüne alınacaktır. Getirilen düzenlemeye bakıldığında adli para cezaları için tek bir zamanaşımı süresi öngörüldüğünden, adli para cezasının miktarı önemli olmadığı gibi, alt ve üst sınırı da bir değer ifade etmemektedir. Hapis cezaları için ceza miktarı ve üst sınır önem taşımaktadır. Buna göre alt ve üst sınır arasında gösterilen cezalarda üst sınır, üst sınır gösterilmemişse TCK'nın m. 49/1'de

<sup>30</sup> Zafer, s. 566. Yazar ek savunma hakkı verilmeden iddianamede gösterilen suçun dava zamanaşımı süresi dolmuşsa düşme kararının verilmesi gerektiğini, ek savunma hakkının verilemeyeceğini ifade etmektedir: Zafer, s. 566.

<sup>31</sup> Dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde üç sistem bulunmaktadır. Bunlar soyut sistem, somut sistem ve karma sistemdir. Soyut ceza sisteminde suçun karşılığında kanunda öngörülmuş cezanın üst sınırı esas alınmak suretiyle belirleme yapılması esastır. Çünkü henüz dava henüz kesin hükümle sonuçlanmadığından somut ceza belli değildir, dolayısıyla da soyut cezanın dava zaman aşımı sürelerinin belirlenmesinde göz önünde tutulması zorunludur. Soyut ceza sisteminde suçun daha fazla veya daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri göz önüne alınmaz. Somut ceza sisteminde ise, somut olayda suçun daha fazla ceza verilmesini veya daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller dikkate alınmak suretiyle ne gibi ceza verilecekse bu ceza esas alınmak suretiyle dava zamanaşımı süreleri belirlenecektir. Hakim, kendisine tanınan imkanlar çerçevesinde somut cezayı saptamak zorundadır ve buna göre dava zamanaşımı süresini belirlemelidir. Ancak somut ceza sisteminin kendi içinde farklılıklar da alabilmektedir. Karma sistem ise, fiile ilişkin daha fazla veya daha az ceza verilmesini gerektiren nedenler dikkate alınmalı, ancak kişisel daha fazla ceza veya daha az ceza verilmesini gerektiren nedenler ise hesaba katılmamalıdır. Ayrıca kişiye bağlı takdir indirim yapılmasını gerektiren nedenler de zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Sistemler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Dönmezer-Erman, s. 254, 255; İçel-Sokullu Akıncı-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 341-343; Erem-Danışman-Artuk, s. 996; Önder, s. 779, 780; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 928.

<sup>32</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 835; Koca-Üzülmez, s. 665; Demirbaş, s. 715; Centel-Zafer-Çakmut, s. 745; Taner, s. 60; Zafer, s. 568. Doktrinde karma sistemin kabul edildiğini belirten yazarlar bulunduğu gibi (Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 733), somut ceza sisteminin benimsendiğini ifade eden yazarlar da söz konusudur (Soyaslan, s. 609).

<sup>33</sup> 765 sayılı Kanun döneminde 102. maddede yer alan "...cezasını müstelzim cürümler" ifadesi nedeniyle kanunumuzun soyut ceza sistemini mi yoksa somut ceza sistemini mi kabul ettiği tartışmalıydı. Bazı yazarlar soyut ceza sisteminin kabul edildiğini belirtirken (Önder, s. 781; İçel-Sokullu Akıncı-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s. 344), bazı yazarlar ise somut ceza sisteminin kabul edildiğini, ancak takdiri indirim nedenlerinin göz önüne alınmayacağını ifade etmekteydiler (Erem-Danışman-Artuk, s. 997; Dönmezer-Erman, s. 256). 5237 sayılı TCK dava zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında nelerin göz önüne alınacağını açıkça belirterek tüm bu tartışmalara son vermiştir.

gösterilen 20 yıllık ceza üst sınır olarak, maktu ceza ise bu ceza, hapis cezası ile adli para cezası seçimlik öngörülmüşse hapis cezası zamanaşımı süresinin belirlenmesinde göz önüne alınacaktır. Hapis cezası ile adli para cezasının birlikte öngörüldüğü hallerde de hapis cezasına göre dava zamanaşımı süresi belirlenecektir<sup>34</sup>.

Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde kural kanunda öngörülen suçun temel şeklinin cezası ise de, olayda daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal varsa bu da süre belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Ceza kanununun 66. maddesinin 3. fıkrasında, “Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulur” ibareleriyle bu durum açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenlemeyle o suç için hükmedilmesi mümkün olan en yüksek ceza miktarı dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde esas alınmıştır<sup>35</sup>. 3. fıkraya göre, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiğinin dosyada bulunan mevcut delillerden anlaşılması gerekmektedir. Suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller, dosyadaki mevcut delillerden anlaşılmıyorsa dava zamanaşımı süresi suçun temel şeklindeki cezanın üst sınırına göre belirlenecektir.

Kanun koyucu daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri belirtmişse de netice sebebiyle ağırlaşan suçlarla ilgili bir düzenleme yapmamıştır. Dava zamanaşımı süreleri belirlenirken netice sebebiyle ağırlaşan suçlardaki ceza miktarının da göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu suçlar nitelikli hal olmamakla birlikte cezanın daha fazla verilmesini gerektirdiği için ve netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda temel cezadan ayrı olarak ceza belirlemesi yapıldığı için dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal dışında cezanın tespitinde etkili olan diğer haller dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Teşebbüs nedeniyle cezada yapılacak indirimler, zincirleme suç nedeniyle uygulanacak artırım, yaş küçüklüğü, haksız tahrik hükümleri dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmayacaktır<sup>36</sup>. Bir başka ifadeyle cezanın belirlenmesinde dikkate alınan TCK'nın 61. maddesinin 5. fıkrasındaki sıralama, dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde uygulanmayacak-

<sup>34</sup> Öztürk-Erdem, s. 499; Günay, s. 21; Zafer, s. 568. Yargıtay 18.11.1936 gün ve 26/35 sayılı ve 7.5.1947 gün ve 3/15 sayılı iki içtihadı birleştirme kararında da hapis cezasının esas alınacağı kabul edilmiştir. 765 sayılı Kanun döneminde sorun ve tartışmalar için bkz.: Önder, s. 782, 783; Kunter, Nurullah, “İki Çeşit Cezayı Gerektiren Suçlarda Dava Zamanaşımı Süresinin Hesaplanması”, İÜHF, 1947, C. XIII, S. 2, s. 1224-1230.

<sup>35</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s. 745; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 836.

<sup>36</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 836; Koca-Üzülmez, s. 667.

tır<sup>37</sup>. Ancak yaş küçüklüğünde cezada yapılacak indirim miktar veya oranları zamanaşımı süresinin hesaplanmasında göz önünde bulundurulmayacaksa da, dava zamanaşımının sözkonusu olması için geçmesi gereken süre bakımından yaş küçüklüğü 66. maddenin 2. fıkrası anlamında önem arz edecektir.

Yargılamada ortaya çıkan nedenlerle suç vasfı değişmişse, değişen suça göre zamanaşımı belirlenmelidir<sup>38</sup>.

Suçun iştirak halinde işlenmesinde ise, suça katılanlar işlenen suçtan sorumlu olduğundan dava zamanaşımı işlenen suça göre belirlenecektir<sup>39</sup>. Ancak işlenen suçta nitelikli haller varsa ve bu nitelikli haller tüm suça iştirak edenlere uygulanamıyorsa zamanaşımı süresi nitelikli hal uygulanan kişi veya kişiler için nitelikli halin cezasının üst sınırından, diğerleri içinse temel şeklindeki üst sınıra göre tespit edilecektir.

Zincirleme suçlarda her bir suç birbirinden bağımsız olduğu için zamanaşımı süresi her bir suç için ve varsa daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal de göz önüne alınmak suretiyle belirlenecektir. Örneğin zincirleme suç kapsamında olan suçlardan birinde nitelikli hal var, diğerinde yok ise, nitelikli hal olan suç için ayrı zamanaşımı, nitelikli hal olmayan suç için ayrı zamanaşımı süresi hesaplanacaktır.

Fikri içtimada tek fiille birden fazla suç gerçekleştiğinden her bir suç için zamanaşımı süresi belirlenmelidir<sup>40</sup>.

Bileşik suç, tek fiil sayılan suç olduğundan (TCK m. 42), dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde bileşik suçu oluşturan suçlar dikkate alınmaz. Bağımsız suça veya nitelikli şekline ilişkin ceza, dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde göz önüne alınacaktır.

<sup>37</sup> Ancak nitelikli haller noktasında 66. maddedeki belirleme doktrinde eleştirilmektedir. Bu görüşe göre kanun koyucu, suçun basit şekli ile daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli şekli arasında fark gözetmiştir. Düzenleme tutarsızdır. Zira bu görüşe göre, suçun basit şekli ile daha fazla ceza verilmesini gerektiren şekli arasında fark yaratarak süreyi uzun tuttuğuna göre, basit şekli ile daha az ceza verilmesini gerektiren şekli arasında da fark yaratarak süreyi kısa tutmak zorundadır. Bu durum hem eşitlik ilkesi hem de ayrımcılık yasağı ile çelişmektedir. Ayrıca “dosyadaki mevcut deliller itibariyle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri ibaresi”, zamanaşımını nesnellikten çıkarıp, öznellemektir. Bu da yargı önünde eşitlik ilkesini zedelemektedir: Hafizoğulları-Özen, s. 539.

<sup>38</sup> Günay, s. 31; Centel-Zafer-Çakmut, s. 746.

<sup>39</sup> Bkz.: Öztürk-Erdem, s. 499.

<sup>40</sup> Tröndle, Herbert-Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006, § 78 a, kn. 5; Lackner, Karl- Kühl, Kristian, StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 21., neubearbeitete Auflage, München 1995, § 78, kn. 11; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78, kn. 8; Öztürk-Erdem, s. 499. En ağır cezayı gerektiren suça göre belirleneceğine ilişkin olarak bkz.: Taner, s. 65; Günay, s. 39.

#### IV. DAVA ZAMANAŞIMI SÜRELERİNİN İŞLEMENE BAŞLAMASI

##### A. Genel Olarak

Ceza Kanunumuz dava zamanaşımı sürelerinin işlemene başlayacağı zamanı 66. maddenin 6. fıkrasında düzenlemiştir. Bu fıkra göre, “Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemene başlar.”

Yukarıdaki belirlemede suç tiplerinin özelliği, ihlal edilmiş biçimi, mağdurun yaşı ve durumunu göz önüne alan bir belirleme yapılmıştır<sup>41</sup>. Ancak bu belirlemeye doktrinde eleştiri yöneltilmiştir. Bu görüşe göre suç esas alınmalıdır. Suç yerine, mağdurun veya yerine göre konunun, yaşın zamanaşımının başlamasında kıstas alınması doğru olmamıştır. Amaç, küçüklere karşı büyükler tarafından işlenen suçların ortaya çıkmadığı ve zamanaşımına uğradığı düşüncesi ise, bunun yerinde olmadığı, suçları izlemek ve ortaya çıkarmanın devletin görevi içinde bulunduğu, devletin çocukları ihbar vasıtası olarak kullanmaya hakkının olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca TCK'nın 278. maddesi hükmü göz önüne alındığında hükmün daha da karmaşık nitelik aldığı, 66. madde düzenlemeyle kanunun suçun mağduru olduğu kişiye suçu bildirmeme ayrıcalığı tanıdığı ifade edilmektedir<sup>42</sup>. Ancak dava zamanaşımındaki bu düzenleme Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin<sup>43</sup> 58. maddesi düzenlemesine uygun nitelik taşımaktadır<sup>44</sup>. Sözleşmenin 58. maddesine göre, “Taraflar, iş bu Sözleşme'nin 36, 37, 38 ve 39. maddeleri uyarınca ihdas edilen suçlara ilişkin herhangi bir kanuni takibatın başlatılması için zamanaşımının; mağdurun reşit yaşa ulaşmasından sonra takibatın etkin bir şekilde başlamasını mümkün kılacak, suçun ağırlığıyla orantılı ve yeterli bir zaman devam etmesini teminen gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır.”<sup>45</sup> Dolayısıyla Sözleşme

<sup>41</sup> Koca-Üzülmez, s. 668.

<sup>42</sup> Hafizoğulları-Özen, s. 539, 540. Benzer yönde bkz.: Centel-Zafer-Çakmut, s. 745.

<sup>43</sup> Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzalanmış ve 24/11/2011 tarihli ve 6251 sayılı Kanunla da onaylanması uygun bulunmuştur. Bakanlar Kurulunca 10.02.2012 tarihinde kararlaştırılmış ve 08.03. 2012 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>44</sup> Bu sözleşme 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra imzalanmıştır. Ceza Kanunumuzdaki mevcut düzenleme bu haliyle sözleşme hükümlerini karşılamaktadır.

<sup>45</sup> Sözleşmenin 36. maddesi, tecavüz dahil olmak üzere cinsel şiddet, 37. madde zorla evlendirme, 38. madde kadın sünneti, 39. madde zorla kürtaj ve zorla kısırlaştırma fiillerini düzenlemektedir.

hükümleri gereğince yapılan eleştiriye katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Getirilen düzenlemenin sözleşme hükümlerinden daha geniş belirleme yaptığını ifade etmeliyiz. Nitekim doktrinde de çocuklara karşı işlenen suçlarla ilgili getirilen bu hükmün, suç mağduru çocuğun korunması açısından yerinde bir düzenleme olduğu belirtilmektedir<sup>46</sup>.

TCK'nın 66. maddesinin 6. fıkrasındaki hususların açıklanmasına geçmeden önce belirtmek istediğimiz bir husus da, sürenin hesabında hangi günün esas alınacağıdır. Bu konuda değişik fikirler ileri sürülmüştür. Suçun işlendiği gününde saymak suretiyle sürenin işlenmesi, suçun işlendiği günün hesaba katılmaması ertesi günden sürenin başlaması, Cumhuriyet savcısının ilk işlemi yaptığı günden dava zamanaşımı süresinin hesaplanması, suçun ortaya çıktığı günün göz önüne alınarak belirleme yapılması gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır<sup>47</sup>. Ancak Türk Ceza Kanununun 66. maddesinin 6. fıkrası bu konuda açık olup, dava zamanaşımı süresinin suçun işlendiği günden itibaren sürenin işleyeceğini hükme bağlamıştır. Yani suçun işlendiği gün süreye dahil olarak kabul edilmiştir. Yine kesilmeye ilişkin 67. maddenin 3. fıkrası da kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlayacağını belirterek aynı düzenlemeyi tekrarlamıştır.

Suçun işlendiği günün belirlenememesi halinde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi (in dubio pro reo) gereğince failin en lehine olan gün dava zamanaşımı süresinin başlangıç günü olarak alınacaktır<sup>48</sup>. Suçun işlendiği günden itibaren başlayan dava zamanaşımı süresi sonuncu yıl, ay ve günün tamamıyla dolması üzerine tamamlanır<sup>49</sup>.

Ceza Kanunumuz 66. maddenin 6. fıkrasında, dava zamanaşımı süresinin başlayacağı an, bazı suç türleri ve özellik arzeden bazı müesseseler açısından ifade edilmiştir. Bunlar, tamamlanmış suçlar, teşebbüs halinde kalmış suçlar, kesintisiz suçlar ve zincirleme suçlardır. Diğer bir belirleme de mağdur çocuklara ilişkin düzenlemedir. Biz aşağıda bu belirlemeleri ve kapsamına giren halleri ifade edeceğimiz gibi, kanunda yer almamakla birlikte dava zamanaşımı açısından önem arzeden bazı hususları da inceleyeceğiz.

<sup>46</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 935.

<sup>47</sup> Bu görüşler için bkz.: Önder, s. 783, 784; Erem-Danışman-Artuk, s. 998, 999; Taner, s. 66, 67; Artuk-Alşahin, s. 34-38.

<sup>48</sup> Koca-Üzülmez, s. 671; Soyaslan, s. 610; Zafer, s. 565; Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 6; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78, kn. 13, § 78 a, kn. 14 (bu kural zamanaşımının şartları açısından geçerlidir); Centel-Zafer-Çakmut, s. 745; Demirbaş, s. 719; Artuk-Alşahin, s. 37.

<sup>49</sup> Dönmezer-Erman, s. 262.

## B. Aynı Fiilden Dolayı Yeniden Yargılama Halinde Dava Zamaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması

Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin 5. fıkrasında yeniden yargılama yapılan hallerde dava zamaşımı süresinde ne şekilde uygulama yapılacağına ilişkin belirlemeye gidilmiştir. Bu fıkra, “Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen hükümde yer alan düzenlemenin niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlar dava zamaşımı süresini kesen bir neden olmadığını belirtmektedirler. Zira düzenleme 67. maddede (f. 2) değil, 66. maddede yapılmıştır. Ayrıca kesme nedeni olabilmesi için işleyen bir dava zamaşımı süresi olması ve bunu kesmesi gerekmektedir. Oysa burada işlemekte olan bir dava zamaşımı süresi söz konusu değildir. Dolayısıyla da bu bir kesme nedeni değildir. Belirleme, dava zamaşımını başlatan yeni bir nedendir<sup>50</sup>. Bazı yazarlar ise, fıkra dava zamaşımını kesen özel bir nedene yer verildiğini ifade etmektedirler<sup>51</sup>. Biz bu görüşlerden ilk görüşe ve gerekçelerine katılmaktayız. Nitekim Yargıtay da hükmün kesinleşmesinden sonra dava zamaşımı sürelerinin işlemeyeceğini kabul etmektedir<sup>52</sup>.

Fıkra gerekçesinde bu şekilde düzenlenmeye gidilmekle, yeniden yargılamanın söz konusu olan hallerde dava zamaşımının süresinin dolduğundan bahisle yargılamaya son verilmesi yönündeki taleplerin önüne geçilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir<sup>53</sup>.

Hükümde geçen “tekrar yargılamayı gerektiren haller” ifadesinin neyi ifade ettiği de doktrinde tartışmalıdır. Çoğunlukla kabul edilen görüş, ifadenin

<sup>50</sup> Taner, s. 118, 119; Demirbaş, s. 716. Bazı yazarlar ise, netice itibarıyla dava zamaşımı süresini kesen bir neden gibi gözükse de bu hükmün mutlak manada dava zamaşımı süresini kesen bir sebep olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedirler: Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 735.

<sup>51</sup> Koca-Üzülmez, s. 668.

<sup>52</sup> Bkz.: 11. Ceza Dairesi, 28.04.2005, E. 2004/9279, K. 2005/2248. Bu çerçevede hükmün kesinleşmesinden sonra lehe kanunun belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamaşımına dair hükümlerin uygulanmayacağı, dolayısıyla dava zamaşımı süresinin dolduğundan bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir: 6. Ceza Dairesi, 10.06.2013, E. 2013/4389, K. 2013/13805, CGK, 25.12.2007, E. 2007/3-272, K. 279, www.kazanci.com (E.T. 01.02.2014).

<sup>53</sup> Bu düzenlemenin kazanılmış hak kavramıyla bağdaşmadığını (Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 736. İleri sürülen bu düşünceye eleştiri için bkz.: Taner, s. 119, 120), şüpheden kesin hüküm yararlanır, aleyhe sonuç doğuran ceza kanunlarının geçişe etkili olmaması ilkelerinin ihlal edildiğini, dava zamaşımını ortadan kaldırma imkanı verdiğini (Demirbaş, s. 716, 717) belirten görüşler bulunmaktadır.

CMK'nın 311 ve devamı maddelerinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesini karşıladığı şeklindedir<sup>54</sup>. Diğer görüşten biri, CMK'nın 172/2. maddesi gereğince takipsizlik kararlarının yeni bir delil ortaya çıktığında tekrar kamu davası açılması, yargılanmanın yenilenmesi vs. aynı fiilden tekrar yargılamayı gerektiren haller olarak ifade etmektedir<sup>55</sup>. Diğer ise, tekrar yargılamayı gerektiren hallerin, yargılanmanın yenilenmesi (CMK m. 311 vd.) ve kanun yararına bozma (CMK m. 309) olduğunu ifade etmektedirler<sup>56</sup>. Biz de getirilen hükmün yalnızca yargılanmasının yenilenmesini kapsamadığını düşünüyoruz. Hem fıkra metninde haller ifadesi kullanılarak çoğul belirleme yapılmıştır. Hem de hükmün gerekçesinde, yargılamanın yenilenmesi gibi aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren haller ibaresine yer verilerek hükmün yalnızca yargılanmanın yenilenmesiyle ilgili olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla yargılanmanın yenilenmesi de dahil, yeniden yargılamanın yapılmasının mümkün olduğu tüm hallerle ilgili olarak uygulanacaktır. Yeniden yargılama yapılan haller de kesinleşmiş kararlarla ilgili olarak ifade edildiğinden, hükmün, olağanüstü kanun yollarıyla ilgili olarak uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. CMK m. 172/2'de ifade edilen durumda daha önce yapılan yargılama niteliğinde olmadığı için tekrar yargılama yapılan haller kapsamına girmediğini ifade etmek istiyoruz.

Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hüküm, tekrar yargılamanın yapıldığı hallerde dava zamanaşımı süresinin yeni baştan işlemeye başlayacağını düzenlemektedir. Yeni baştan sürenin işlemeye başlaması için mahkemece bu husustaki talebin kabul edilmesi gerekmektedir. Talebin kabul edildiği tarihten itibaren yargılama konusu suça ilişkin belirlenen dava zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlayacaktır (madde gerekçesi). Burada dikkat edilmesi gereken nokta daha önceki yargılamanın konusunu oluşturan suça göre değil, yeniden yargılamayı gerektiren halde bu yargılamanın konusunu oluşturan suça göre dava zamanaşımı süresinin belirlenmesidir. Düzenlemeden dava zamanaşımı süresi belirlenirken daha önceki yargılamada geçen süre önem taşımadığı anlaşılmaktadır. Dava zamanaşımı süresi önceki yargılama döneminde geçen süre göz önüne alınmaksızın yeni baştan işlemeye başlayacaktır. Ancak doktrinde bazı yazarlar, işlemeye başlayacak sürenin yeni bir süre olmayıp, ilk yargılamada geçen sürenin devamı niteliğinde olduğunu, hesaplamada bu hususun göz önüne alınması gerektiğini ifade etmektedirler. TCK'nın m. 67/4'deki uzama sınırının yeniden işlemeye başlayan dava zamanaşımında geçerli olmadığını, zira m. 66/5'deki düzenlemenin bir kesme nedeni olmadığını ileri sür-

<sup>54</sup> Öztürk-Erdem, s. 501; Demirbaş, s. 686; Soyaslan, s. 609; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 734; Taner, s. 118; Centel-Zafer-Çakmut, s. 746.

<sup>55</sup> Hafizoğulları-Özen, s. 540.

<sup>56</sup> Koca-Üzülmez, s. 668.



mektedirler<sup>57</sup>. Belirtilen görüş olması gereken açısından doğru olabilirse de düzenleme göz önüne alındığında geçerliliğinin bulunmadığını düşünmekteyiz.

Eğer daha önce yapılan yargılama dava zamaşımı nedeniyle düşmüşse 5. fıkranın uygulanmasının yine de söz konusu olacağını düşünüyoruz. Zira daha önce de belirtildiği gibi düşme kararı non bis in idem etkisi göstermediği için sonradan ortaya çıkan delillerle suçun vasıflandırması değişmişse ve bu suç daha uzun zamaşımına tabi ise düşme kararının varlığına rağmen yeniden yargılama yapılabileceğinden 5. fıkranın uygulanması mümkündür. Nitekim doktrinde bazı yazarlar getirilen düzenlemenin işlenmiş fiile ilişkin zamaşımı süresi sona erdikten sonra bile yeniden yargılamayı gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde uygulanabileceği ihtimali olduğunu ifade etmektedirler<sup>58</sup>.

Ceza Kanunumuzun m. 66/5'de yeniden yargılama gerektiren halin uygulanmasına ilişkin herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Bazı yazarlar yargılamanın süreye bakılmaksızın aleyhe olarak yenilenmesi yaklaşımının kabul edilemeyeceğini ifade etmektedirler<sup>59</sup>. 765 sayılı Kanun döneminde 5. fıkra kapsamına giren hususla ilgili bir düzenleme bulunmamaktaydı<sup>60</sup>. Dolayısıyla uygulamada yargılamanın lehe yenilenmesi her zaman, aleyhe yenilenmesi ise dava zamaşımı süresi içinde kabul edilmekteydi<sup>61</sup>. Bazı yazarlar ise yargılamanın yenilenmesi kesin kararlara karşı gidilebilecek yol olduğundan istemin kabul edildiği tarihe kadar ceza zamaşımı süresinin dolmamış olması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>62</sup>. Ancak 5. fıkarda belirleme olmadığı için TCK açısından bir süre sınırlaması yapılmasının söz konusu olmadığını düşünüyoruz. Ancak yeniden yargılamanın kabul edildiği hallerde süre sınırlaması varsa bu geçerli olacak, aksi takdirde TCK düzenlemesi geçerli olacaktır. Örneğin, CMK'nın 311 vd. maddelerinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi yolunda (m. 311/1-f dışında) süre sınırlaması öngörülmediğinden süresiz olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceğini düşünmekteyiz.

Kesin hükümlerle sonuçlanmış davalarda dava zamaşımının uygulanmama-  
cağına ilişkin diğer bir düzenleme, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uyu-

<sup>57</sup> Demirbaş, s. 717; Taner, s. 120. Bu görüşü savunan yazarlar belirtilen esaslar doğrultusunda maddede değişiklik yapılması gerektiğini belirtmektedirler. Bazı yazarlar ise hükmün içeriğini yukarıda belirttiğimiz şekilde kabul etmekle birlikte, dava zamaşımı süresini yeniden başlatan bir neden olarak düzenlemek yerine, dava zamaşımı süresini ayrıca uzatan özel uzama sebebi olarak düzenlemenin daha yerinde olacağını ifade etmektedirler: Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 736.

<sup>58</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 735.

<sup>59</sup> Demirbaş, s. 717; Taner, s. 120.

<sup>60</sup> 5. fıkranın bugünkü şekli 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunla oluşturulmuştur.

<sup>61</sup> 1. CD, 8.12.1999, E. 1999/3547, K. 1999/4139, Günay, s. 41, 42.

<sup>62</sup> Öztürk-Erdem, s. 501.

lama Şekli Hakkında Kanununun 9. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktadır. 4. fıkarda, kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanmayacağı ifade edilmektedir.

## C. Dava Zamanaşımı Sürelerinin İşlemeye Başlaması

### 1. Tamamlanmış Suçlarda

Kanun koyucu, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden itibaren dava zamanaşımı süresinin işleyeceğini belirtmiştir (TCK m. 66/6). Kanun koyucu 6. fıkarda tamamlanmış suç - teşebbüs aşamasında kalmış suç ayrımı yapmış, tamamlanmış suçlarda dava zamanaşımı süresinin suçun işlendiği günden itibaren başlayacağını ifade etmiştir. Biz zaman bakımından uygulamada biliyoruz ki suçun işlendiği zaman, hareketin yapıldığı zamandır. Dolayısıyla düzenleme şekli hareketin yapıldığı zamana yönelik yorum yapılması sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Nitekim doktrinde hareketin esas alınması noktasında tespitler söz konusudur<sup>63</sup>. Zaman bakımından uygulamada bu tespit kabul edilmekle birlikte<sup>64</sup>, doktrinde dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması açısından sırf hareket suçu neticeli suç ayrımı yapılarak, neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmesinden itibaren dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı oldukça büyük çoğunluk tarafından ifade edilmektedir<sup>65</sup>. Kabahatler Kanunumuzdaki zamanaşımına ilişkin belirlemeye baktığımızda ise fiil ve netice kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. KK'nın 20. maddesinin 4. fıkrasında, zamanaşımı süresinin, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin ortaya çıkacak sorunları (doktrinde yaşanan görüş ayrılıklarını) gidermesi bakımından daha yerinde bir düzenleme olduğunu düşünüyoruz. Kabahatler Kanunundaki zamanaşımına ilişkin belirleme, Alman Ceza Kanununun 78 a maddesindeki hükme benzer düzenleme niteliğini taşımaktadır. Ceza Kanunumuzda (m. 66/6) yer alan düzenlemede suçun işlendiği zaman kavramı kullanılsa da dava zamanaşımı konusunda biz de doktrindeki çoğunluk görüşüne katılıyoruz. Yani sırf hareket suçu-neticeli suç ayrımını yapacağız. Bu belirlemede kanun koyucunun iradesini göstermesi açısından Kabahatler Kanununun 20. madde düzenlemesini de göz önünde tutuyoruz. Ayrıca dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması tamamlanmış suçlarla bağlantılı olarak ifade edildiğinden, yalnızca suçun işlendiği ibaresi kullanılmadığından tamamlanma için de sırf hareket

<sup>63</sup> Demirbaş, s. 718.

<sup>64</sup> Zaman bakımından uygulamada suçun işlendiği zaman için bkz.: Akbulut, Kabahatler, s. 139 vd.

<sup>65</sup> Toroslu, s. 464, 465; Koca-Üzülmez, s. 668; Dönmezer-Erman, s. 259; Erem-Danışman-Artuk, s. 1009; Önder, s. 785; Centel-Zafer-Çakmut, s. 744; Aktaş, s. 21; Öztürk-Erdem, s. 500.

suçlarında hareketin yapılması, neticeli suçlarda ise neticenin gerçekleşmesi gerektiğinden doktrindeki çoğunluk görüşünü doğru bularak ona katılmaktayız. Dolayısıyla dava zamaşımı süresinin işlemeye başlaması için haksızlığın bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş olması gerektiğini düşünüyoruz<sup>66</sup>.

Şimdi bu başlık kapsamında yaşanan sorunlar ve başlığın neyi ifade ettiği açıklanacaktır.

#### **a. Sırf Hareket Suçlarında**

Sırf hareket suçlarında dava zamaşımı süresi, icra hareketlerinin tamamen sona ermesinden itibaren<sup>67</sup> başlar<sup>68</sup>. Örneğin yalan yere yemin suçunda (TCK m. 275) yeminin sona ermesiyle dava zamaşımı süreleri işlemeye başlayacaktır. Keza yalan tanıklık suçunda (TCK m. 272/1), yalan tanıklığın yapılmasıyla (tanığın dinlenilmesinin sona ermesiyle) suç gerçekleşir ve dava zamaşımı süreleri bu andan itibaren geçerli olur<sup>69</sup>. İcra hareketlerinin bölünebildiği hallerde, tüm bu hareketlerin tamamlanmasından itibaren zamaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

Seçimlik hareketli suçlarda, seçimlik hareketlerden bir kaç gerçekleştirilmişse en son hareketin tamamlanmasından itibaren dava zamaşımı süresinin işlemesi söz konusu olacaktır. Örneğin resmi belgede sahtecilik suçu (TCK m. 204/1, 2), seçimlik hareketlerinden birini olan resmi bir belgeyi sahte olarak düzenlemekle oluşur. Eğer bu kişi sahte belgeyi kullanmak suretiyle diğer bir seçimlik hareketi de gerçekleştirmişse zamaşımı süresi sahte belgenin kullanılmasından itibaren işlemeye başlayacaktır. Hareketler ayrı bir suç oluşturmadığı müddetçe en son hareketin gerçekleştirilmesinden itibaren dava zamaşımı süresinin işlemesi söz konusu olacaktır. Aynı sahte resmi belgenin birkaç defa kullanılması halinde, son kullanmanın tamamlanmasından itibaren zamaşımı süresi işleyecektir<sup>70</sup>. Çok hareketli suçlarda da dava zamaşımı süresi, tipiklikte aranan hareketlerin tamamen sona ermesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Örneğin özel belgede sahtecilik suçunda (TCK m. 207) dava zamaşımı süresinin başlaması, özel belgenin kullanılmasının gerçekleştirilmesinden itibaren söz konusu olacaktır.

<sup>66</sup> Erem-Danışman-Artuk, s. 1009; Koca-Üzülmez, s. 668.

<sup>67</sup> Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin 6. fıkrasında dava zamaşımı süresinin işlemeye başlayacağı zamanla ilgili olarak "itibaren" kavramı kullanıldığı için Kanunumuza uygunluk sağlanması açısından yabancı eserlere atıflarda bu kavramın kullanılmasına özen gösterilmiştir.

<sup>68</sup> Bkz.: Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 11; Lackner- Kühl, § 78 a, kn. 3; Jescheck, Hans-Heinrich-Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Fünfte Auflage, Berlin 1996, s. 913.

<sup>69</sup> Bkz.: Erem-Danışman-Artuk, s. 1010; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 931.

<sup>70</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 169, 170.

### **b. Neticeli Suçlarda**

Neticeli suçlarda dava zamanaşımı süresi<sup>71</sup>, tipikliğe uygun neticenin tamamen gerçekleşmesinden itibaren başlar<sup>72</sup>. Çocuk düşürtme suçunda (TCK m. 99) ceninin ölmesiyle, dolandırıcılıkta yararın sağlanmasıyla (TCK m. 157)<sup>73</sup>, rüşvet suçunda (TCK m. 252) rüşvetin sağlanmasından itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır<sup>74</sup>. Rüşvet suçunda suç menfaatin sağlanmasıyla tamamlandığından kural olarak anlaşmanın yapılması dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için yeterli olmayıp menfaatin sağlanması gerekmektedir. Eğer menfaat bir seferde sağlanmıyorsa, kastın kapsamı içinde olan son menfaatin sağlanmasından itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlar<sup>75</sup>. Ancak bazı hallerde kanun koyucu teşebbüs halinde kalmış suçları tamamlanmış gibi cezalandırmaktadır. Bu gibi durumlarda teşebbüs suçu söz konusudur. Ceza Kanunumuzun 252. maddesinin 3. fıkrası da bu niteliktedir<sup>76</sup>. Söz konusu fıkra rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde suç tamamlanmış gibi fail hakkında cezaya hükmolunacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun bu gibi düzenlemelerinin söz konusu olduğu hallerde dava zamana-

<sup>71</sup> Bu konuda yaşanan tartışmalar için bkz.: Önder, s. 785.

<sup>72</sup> Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 7; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 2; Lackner-Kühl, § 78 a, kn. 4. Tipiklikte şart koşulan neticenin gerçekleşmesiyle başlayacağına ilişkin olarak bkz.: Jescheck-Weigend, s. 913.

<sup>73</sup> Alman hukukunda bazı yazarlar tarafından dolandırıcılıkta malvarlığı zararının gerçekleşmesiyle dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını ifade etmektedirler. Bu görüş için bkz.: Jescheck-Weigend, s. 913.

<sup>74</sup> Yargıtay da 3628 sayılı Kanunun 13. maddesinde yazılı suç için dava zamanaşımının haksız mal edinmeyle başlayacağını kabul etmiştir. CGK, 30.05.2006, E. 2005/7-173, K. 2006/145, www.kazanci.com (E. T. 01.02.2014).

<sup>75</sup> Neticeli suçlarla ilgili olarak bkz.: Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 2; Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 8. Alman hukukunda dolandırıcılıkta zararın tamamen gerçekleşmesiyle dava zamanaşımının başlayacağına ilişkin olarak bkz.: Lackner-Kühl, § 78 a, kn. 4.

<sup>76</sup> Teşebbüs suçu olduğu ve bu kabulün sonuçları hakkında bkz.: Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s. 205 vd.; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara 2013, s. 1027, 1028. Ancak doktrinde bazı yazarlar anlaşmanın yapılmasıyla suçun tamamlandığını, yararın sağlanmasıyla sona erdiğini ifade etmektedirler: Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara 2013, s. 937. Anlaşmanın yapılmasıyla tamamlandığına ilişkin olarak ayrıca bkz.: Erman, Sahir-Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s. 102. Bizde daha önceki çalışmamızda bu görüşü benimsemiştik: Bozdoğan Akbulut, Berrin, "Rüşvet Suçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, 2000, C. 8, S. 1-2, s. 646. Bazı yazarlar ise yararın sağlanmasıyla rüşvetin tamamlanmakla birlikte kanun koyucu tamamlanma anını anlaşmanın yapılması anına çekmiştir. Dolayısıyla rüşvetin tamamlandığı an anlaşmanın yapıldığı andır: Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Bacaksız, Pınar-Doğan, Koray-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı Ankara 2014, s. 997, 998.

şımı süreleri bu andan itibaren de başlayacaktır. Yani teşebbüsteki belirlemeler gibi zamanaşımı süresinin başlaması tespit edilmelidir. Rüşvette dava zamanaşımı menfaatin sağlanmasından itibaren başlayacaksa da anlaşmanın yapıp menfaatin sağlanmadığı hallerde anlaşmanın tamamlanmasından itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır<sup>77</sup>.

Suçun kanuni tanımında amacın yer aldığı hallerde, suçun tamamlanması ve dava zamanaşımı süresinin başlaması için amaçlanan yararın gerçekleşmesi önemli değildir<sup>78</sup>. Ancak amaçlanan şeyin gerçekleştirilmesi ayrıca suç teşkil ediyorsa bu suç için de dava zamanaşımı süresi ayrıca geçerli olacaktır.

Tipikliğe uygun netice çok sayıda olaydan oluştuğu takdirde, zaman aşımı süresi en son olayın bitmesinden önce başlamaz<sup>79</sup>. Bu özellikle tekrarlayan ödemelere yönelik dolandırıcılıkta söz konusudur. Ancak diğer suçlarda da olabilir. Örneğin dolandırıcılık suçu (TCK m. 158) emeklilik maaşının alınmasıyla bağlantılı yapılmışsa zamanaşımı süresi en son hukuka aykırı ödemenin yapılmasıyla başlar<sup>80</sup>. Yine rüşvet vermede son menfaatin verilmesiyle, rüşvet almadaki ise son menfaatin kabulüyle dava zamanaşımı süresi işlemeye başlar (TCK m. 252)<sup>81</sup>.

Türk hukukunda hareketin icrasıyla neticenin gerçekleşmesi arasında bir zaman aralığının bulunması durumunda dava zamanaşımının neticenin gerçekleşmesinden itibaren başlayacağı çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Yazarlar öldürme suçunda neticenin örneğin üç gün veya beş yıl sonra gerçekleşmesinin önemli olmadığını, dava zamanaşımı süresinin netice ne zaman gerçekleşmişse o zamandan itibaren başlayacağını kabul etmektedirler. Aksi halde netice meydana gelmeden dava zamanaşımı süresinin dolacağını, bunun da kabul edilemeyeceğini ifade etmektedirler<sup>83</sup>. Ancak bazı yazarlar hareketin yapılmasından itibaren dava zamanaşımının başlayacağını ifade etmektedirler<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> Ayrıca rüşvete teşebbüs de mümkündür. Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde teşebbüs söz konusudur. Bu hallerde teşebbüse ilişkin belirlemelere göre değerlendirme yapılmalıdır.

<sup>78</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 2.

<sup>79</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 4; Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 9.

<sup>80</sup> Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 9.

<sup>81</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 4.

<sup>82</sup> Öztürk-Erdem, s. 500; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 932; Erem-Danışman-Artuk, s. 1009, 1010; Önder, s. 785; Koca-Üzülmez, s. 668; Centel-Zafer-Çakmut, s. 744; Dönmezer-Erman, s. 258; Taner, s. 71; Toroslu, s. 464.

<sup>83</sup> Önder, s. 785; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 932.

<sup>84</sup> Demirbaş, s. 718; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 738.

Bu çerçevede yapılan belirlemelerden bir tanesi de, neticenin hükmün kesinleşmesinden sonra meydana gelmesiyle ilgilidir. Bir görüşe göre, hükmün kesinleşmesinden sonra yaralanan kişinin ölmesi halinde fiil değişecek ve yaralama fiili insan öldürme fiili olacaktır. Dolayısıyla da ölüm fiili ile ilgili yeni bir dava zamanaşımı süresi işlemeye başlayacak ve yeniden yargılama yapılarak çekilen cezanın verilen cezadan mahsup edilmesi gerecektir. Bu belirlemenin non bis in idem ilkesine aykırılık da oluşturmayacağı ifade edilmektedir<sup>85</sup>. Her şeyden önce failin kastı öldürmeye yönelik ise, kişi ölmediği için öldürmeye teşebbüsten yargılanacaktır (olası kastta teşebbüs kabul edilmediğinden kasten yaralamadan yargılanacaktır). Dolayısıyla da ölüm meydana gelmediği müddetçe teşebbüse ilişkin hükümler uygulanacak, dolayısıyla da zamanaşımı noktasında da teşebbüse ilişkin belirleme yapılacaktır. Eğer yargılama devam ederken ölüm gerçekleşirse kişi öldürmeden sorumlu olacak ve ölümün gerçekleşmesinden itibaren dava zamanaşımı süresi öldürme fiiline ilişkin olarak yeni baştan işlemeye başlayacaktır<sup>86</sup>. Eğer hüküm kesinleştikten sonra mağdur ölmüşse failin öldürmeden dolayı yargılanmasının mümkün olmadığını ifade etmek istiyoruz. Zira ceza muhakemesinin konusunu, iddianamede gösterilen fiil ve fail oluşturmaktadır. Fiil, olayların bütününe ifade etmektedir<sup>87,88</sup>. Mahkeme, iddianamede gösterilen fiille ilgili yargılama yapar. Hüküm verirken fiilin dışına çıkamaz<sup>89</sup>. Yani uyuşmazlığın konusu ne sadece bir kanun maddesi, ne sadece bir hareket, ne de sadece bir neticedir. İddianamede gösterilen olayların bütünüdür. Ceza muhakemesindeki fiil kavramı, ceza hukukundaki fiil ifadesinden farklıdır<sup>90</sup>. Muhakeme konusu fiilde sorun, yargılama sırasında iddianamede gösterilen olay dışında yeni vakıaların ileri sürülüp sürülemeyeceğiyle ilgilidir. Burada bireyselleştirilmiş fiil ölçütü kullanılmakta ve iddianamede bireyselleştirilmemiş olayların yargılama sırasında ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir. Bireyselleştirilmemiş olan ve bağımsız suç teşkil eden olayla ilgili yeni dava açılması gerektiği benimsenmektedir. Dolayısıyla öldürmeye teşebbüs edilen kişi yargılama sırasında öldüğünde yargılama konusuna dahil edilecektir. Bireyselleştirilmiş fiil belirlemesi yargılamanın kesin hükümle sonuçlanmasından sonra ortaya çıkan yeni olaylarla

<sup>85</sup> Taner, s. 73.

<sup>86</sup> Fiilin yapılmasıyla neticenin meydana geldiği an arasında bir bütün zamanaşımı geçmişse zamanaşımının dolmuş kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz.: Erem-Danışman-Artuk, s. 1010.

<sup>87</sup> Bkz.: Centel- Zafer, s. 557; Yurtcan, Erdener, Kesin Hükümün Ceza Muhakemesini Önleme Etkisi, İstanbul 1973, s. 105.

<sup>88</sup> Ceza muhakemesinde ceza davasının konusu fiil hakkında bkz.: Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 67 vd.

<sup>89</sup> Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 105.

<sup>90</sup> Ceza hukukundaki fiil kavramı ile ceza muhakemesindeki fiil kavramı için bkz.: Centel-Zafer, s. 557.

ilgili olarak da uygulanmaktadır. Ortaya çıkan olay aynı suçla ilgili olduğunda yeniden yargılamanın yapılamaması gerekir. Zira söz konusu olay, diğer olaylar içinde yargılanmış ve hükme bağlanmıştır. Kesin hüküm nedeniyle bu hususun ele alınması artık mümkün değildir. Dolayısıyla da yukarıda belirtilen olayımız açısından hüküm kesinleştikten sonra öldürmeye teşebbüs edilen kişinin ölmesi halinde yeni dava açılarak yargılama konusu yapılamayacaktır<sup>91</sup>. Muhakeme konusu yargılandıktan sonra olağanüstü kanun yollarının şartları gerçekleşmediği müddetçe failin yeniden yargılanması mümkün değildir. Kişinin ölmesi de yargılanmanın aleyhe yenilenmesi sebeplerinden birini oluşturmamaktadır (CMK m. 314). Bu nedenle de yargılanması mümkün olmayan bir fiilden dolayı yeniden dava zamaşımı süresinin işlemeye başlamasından söz edilemeyeceğini ifade etmek istiyoruz.

Kasten yaralamalarda dava zamaşımı süresi, birçok yaralamanın söz konusu olduğu hallerde en son yaralamanın gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Dolaylı geç beliren hasarlar göz önüne alınmaz<sup>92</sup>.

Netice sebebiyle ağırlaşan suçların söz konusu olduğu hallerde, dava zamaşımı süresi kanuni tanımda yer alan ağır veya başka neticenin (TCK m. 23) gerçekleşmesinden itibaren başlar<sup>93</sup>. Temel suç tipine ilişkin dava zaman aşımı süresi dolduktan sonra netice sebebiyle ağırlaşan suça ilişkin netice gerçekleşse bile dava zamaşımı süresi bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>94</sup>. Örneğin HIV virüsünün bulaşmasından 10 yıl sonra ölüm meydana geldiğinde (taksirli olmak şartıyla) (TCK m. 87/4) ölümün gerçekleşmesi anından itibaren dava zamaşımı sürelerinin başlaması söz konusu olacaktır<sup>95</sup>. Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda, ağır veya başka neticeye neden olan hareket, temel suç tipini de gerçekleştiren hareket olduğundan ve bu hareketin yapıldığı zamanda da temel suç tipi için dava zamaşımı süresi dolmadığından hareketin yapılmasından sonra temel suç tipinin zamaşımına uğraması önemli değildir.

### *c. Tehlike Suçlarında*

Tehlike suçları, soyut tehlike ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrıldığından dava zamaşımı sürelerinin işlemeye başlaması bu ayrıma göre yapılmaktadır.

<sup>91</sup> Bkz.: Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 104-107; Centel-Zafer, s. 559.

<sup>92</sup> Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 8; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 2. Ayrıca bkz.: Lackner-Kühl, § 78 a, kn. 4.

<sup>93</sup> Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 7; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 3; Jescheck-Weigend, s. 913.

<sup>94</sup> Bock, s. 14; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 3; Öztürk-Erdem, s. 500.

<sup>95</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 3.

Soyut tehlike suçları, sırf hareket suçları olduğundan dava zamanaşımı süresi, icra hareketlerinin bitmesinden itibaren işlemeye başlar<sup>96</sup>. Örneğin TCK'nın 179. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ve alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan kişi açısından dava zamanaşımı süresi eğer bu kişi kaza yapmışsa bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. İcra hareketleri kazayla bittiğinden dava zamanaşımının da bu andan itibaren işlemesi söz konusu olacaktır.

Somut tehlike suçlarında ise tehlikenin gerçekleşmesinden itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Zararın meydana gelmesi aranmaz<sup>97</sup>. Örneğin TCK'nın 180. maddesinde yer alan trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma suçu açısından dava zamanaşımı süresi tehlikenin gerçekleştiği günden itibaren işleyecektir. Süresinde hareket etmesi gerekirken gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek geç kalkan bir makinistin başka bir trenle çarpışma tehlikesine neden olması halinde bu tehlikeden itibaren dava zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

#### **d. Taksirli Suçlarda**

Taksirli suçlarda dava zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı daha önceleri tartışılmıştır. Dava zamanaşımı süresinin neticenin gerçekleşmesinden sonra işlemeye başlaması gerektiğini belirtenler olduğu gibi hareketin esas alınması gerektiğini ileri sürenler de bulunmaktaydı<sup>98</sup>. Artık taksirli suçlarda da genel kuralın uygulanması gerektiğinin kabul edildiği söylenmelidir. Dolayısıyla taksirli suçlarda da dava zamanaşımı süresi tipikliğe uygun neticenin gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>99</sup>. Örneğin hız limitinin üzerinde araç sürerek bir kişinin yaralanmasına neden olunmasından sonra yaralanan kişinin bir kaç ay sonra ölmesi halinde dava zamanaşımı süresinin işlemesi ölümden itibaren olacaktır.

Taksirli suçlarda asıl sorun ölüm olaylarının depremde yıkılan binalar örneğinde olduğu gibi uzun yıllar sonra gerçekleşmesinden kaynaklanmaktaydı. Yargıtay, 1999 depremi sonucu meydana gelen ölüm olaylarında, 765 sayılı mülga TCK'nın 383. maddesinin 2. fıkrasıyla ilgili yaptığı değerlendirmede, suçun yıkılan binanın yaralanma veya ölüm sonucuna yol açtığı anda işlendiği-

<sup>96</sup> Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 13; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 11; Lackner-Kühl, § 78 a, kn. 3.

<sup>97</sup> Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 13; Lackner-Kühl, § 78 a, kn. 5; Jescheck-Weigend, s. 913; Bock, s. 14.

<sup>98</sup> Görüşler için bkz.: Önder, s. 785, 786

<sup>99</sup> Bkz.: Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 5; Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 7; Koca-Üzülmez, s. 668; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 932; Önder, s. 786; Toroslu, s. 465.



ni, dolayısıyla yaralanma ya da ölüm anının ikinci fıkradaki suçun işlenme tarihi olduğunu, dava zamanaşımı süresinin bu andan itibaren hesaplanması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Yargıtay 2. fıkradaki temel suç tipindeki hareketten meydana gelen yaralama veya ölüm neticesini netice sebebiyle ağırlaşan suç olarak nitelendirmesi gerekirken nitelikli hal olarak kabul etmiştir<sup>100</sup>. Aslında verilen örnek, taksirli suçlarda netice sebebiyle ağırlaşan suça ilişkindir.

#### e. İhmali Suçlarda

Ceza Kanunumuzun 66. maddesinde 6. fıkrasında ihmali suçlara ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde dava zamanaşımına ilişkin tespit, gerçek ihmali suçlara ve görünüşte ihmali suçlara ilişkin olarak ayrı ayrı yapılmaktadır.

Gerçek ihmali suçlarda, hareket yükümlülüğünün ortadan kalkmasından itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlar<sup>101</sup>. Hareket yükümlülüğü devam ettiği müddetçe ihmali hareket bitmemiştir<sup>102</sup>. Örneğin TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda yardıma muhtaç kişiye yardım etmeyen kişi açısından dava zamanaşımı süresi ambulansın gelmesi durumunda bu andan itibaren başlayacaktır. Zira failin hareket yükümlülüğü ambulansın gelmesiyle ortadan kalkmıştır. Belirli bir zaman dilimi içerisinde veya belirli bir zamana yönelik olarak yerine getiri-

<sup>100</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararında "TCY'nin 383. maddesinin birinci fıkrasında yazılı, neticesi hareketten ayrı ve seçimler suçlardan olan genel bir tehlikeyi içerecek biçimde tahribat ve musibete neden olma suçunun gerçekleşme anı, sonucun yani tahribat ve musibetin gerçekleştiği andır, başka bir deyişle, yapının genel bir tehlikeyi içerecek biçimde yıkılması halinde, yapının yıkıldığı andır. Bu nedenle suç tarihi de: yıkılma (göçme - çökme) andır. İkinci fıkrada yazılı suç ise, genel bir tehlikeyi içerecek biçimde yıkılan binanın, yasadaki öngörülen yaralanma ya da ölüm sonucuna yol açtığı anda işlenmiş sayılır. Dolayısıyla, suçun nitelikli biçiminin oluşumu için zorunlu öge olan, yaralanma ya da ölüm anı, ikinci fıkradaki suçun işlenme tarihi olduğundan, bu suç yönünden TCY'nin 102. maddesinde öngörülen dava zamanaşımının da bu tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde; Yapım aşamasındaki kusurlu hareketleri ile, genel tehlike yaratacak biçimde binaların çökmesine ve ölüme neden olan sanıkların eylemlerinin TCY'nin 383/2. maddesindeki suçu oluşturduğu, binalar içinde bulunan 22 kişinin öldüğü 17 Ağustos 1999 gününün suç tarihi olduğu, kamu davasının ise Yasası'nın 102. maddesinde öngörülen beş yıllık dava zamanaşımı dolmadan 20.12.1999 tarihli iddianameyle açıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, TCY'nin 383. maddesinin birinci fıkrasındaki suçun oluşumu için tehlikenin failin meydana gelmesi, başka bir deyişle tahribat ve musibetin gerçekleşmesi, ikinci fıkrasındaki suçun oluşumu için de ölümün meydana gelmesi gerektiğini gözardı eden Yerel Mahkemenin, kusurlu inşa edilen yapı için kullanma izin belgesinin alındığı tarihi suçun işlendiği tarih, dolayısıyla dava zamanaşımının başlangıç tarihi olarak kabul edip, kamu davasının zamanaşımı süresinin dolmasından sonra açıldığı gerekçesiyle ortadan kaldırılmasına karar vermesi isabetsizdir." belirlemesi yapılmıştır: 08.11.2003, E. 2003/9-261, K. 2003/274, www.kazanci.com. (E. T. 02.02.2014).

<sup>101</sup> Lackner-Kühl, § 78 a, kn. 8; Bock, s. 14; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 6; Öztürk-Erdem, s. 500.

<sup>102</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 6.

lecek hareket yükümlülüğü daima bu sürenin bitimiyle sona ermez. Bir çok kez sonradan yapma yükümlülüğü olabilir. Zamanaşımı ancak bu yükümlülüğün ortadan kalkmasıyla başlar<sup>103</sup>. Ancak doktrinde failin kendisinden bekleneni yapmamasıyla dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını belirten yazarlar da bulunmaktadır<sup>104</sup>.

Görünüşte ihmali suçlarda ise, tipikliğe uygun netice gerçekleşmesinden itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır<sup>105</sup>. Belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün yerine getirilmemesi dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasını gerektirmemektedir<sup>106</sup>. Bir annenin çocuğunu beslememek suretiyle ölümüne neden olduğu olayda dava zamanaşımı süresi çocuğun beslenmemesinden değil ölmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

## 2. Kesintisiz Suçlarda

Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin 6. fıkrasında kesintisiz suçlarda dava zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı açıkça ifade edilmiştir. Buna göre kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği günden itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Kesintisiz suçlarda fiilin icrasının devam etmesi söz konusudur. Fiil işlendiği sürece hukuka aykırı durum devam etmektedir<sup>107</sup>. Dolayısıyla kanun koyucu hukuka aykırı durumun ortadan kalktığı andan itibaren dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını kabul etmiştir. Bu açıdan kesintinin gerçekleştiğinin söylenebilmesi için hukuka aykırı durumun ortadan kalkması gerekmektedir. Örneğin kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunda (TCK m. 109) mağdurun serbest bırakıldığı andan itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır<sup>108</sup>.

Bu başlık altında önemli olan bir suçun kesintisiz suç olup olmadığının tespit edilmesidir. Eğer suç kesintisiz değilse dava zaman aşımı hareketin bitmesinden veya neticenin gerçekleşmesinden itibaren başlayacaktır.

Buna karşın durum suçlarında dava zamanaşımı süresinin işlemesi, hukuka aykırı durumun meydana gelmesiyle devam eden dolaylı etkilerden bağımsızdır. Yani belirleme tamamlanmış suça göre yapılacaktır. Meydana gelen durumun

<sup>103</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 6.

<sup>104</sup> Önder, s. 788; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 933, 934.

<sup>105</sup> Bock, s. 14; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 6; Önder, s. 788; Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 16; Öztürk-Erdem, s. 501.

<sup>106</sup> Önder, s. 788.

<sup>107</sup> Önder, s. 786.

<sup>108</sup> Bkz.: Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 12; Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 11; Jescheck-Weigend, s. 913; Bock, s. 14; Öztürk-Erdem, s. 500.

devam etmesi (yüzdeki sabit izin devam etmesi) zamaşımı süresinin başlamasında göz önüne alınmaz<sup>109</sup>.

İştirak halinde işlenen suçlarda da kesintisiz suçun niteliğine uygun belirleme yapılmalıdır.

### 3. Teşebbüs Halinde Kalmış Suçlarda

Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin 6. fıkrasında dava zamaşımı süresinin işlemeye başlamasıyla ilgili yapılan belirlemelerden biri de teşebbüs halinde kalan suçlardır. Bu düzenlemeye göre teşebbüs hâlinde kalan suçlarda failin tamamlanmasına hizmet eden son hareketin yapıldığı günden itibaren dava zamaşımı süresi işlemeye başlayacaktır<sup>110</sup>. Bunun için son hareketin bitmesi gerekir. Dolayısıyla doktrinde örnek verilen posta ile gönderilen zehirli paketin postada yakalanması halinde dava zamaşımı süresinin yakalanma anından değil, failin paketi postaladığı tarihten itibaren başlayacağı görüşüne katılmaktayız<sup>111</sup>. Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde yakalanma anından itibaren dava zamaşımı süresinin işlemesi gerekir. Ceza Kanunumuzun 66. maddenin 6. fıkrasındaki hüküm icrai suçlara ilişkin bir belirlemedir. Ceza Kanunumuzda (TCK m. 35, 36) ihmali suçlara teşebbüs kabul edilmediğinden 66. maddedeki dava zamaşımı süresinin başlamasına ilişkin düzenlemenin teşebbüs halinde kalan icrai suçlar olarak anlaşılması gerekir.

İştirak halinde işlenen suçlarda dava zamaşımı süresinin işlemeye başlayacağı an failin son hareketine göre belirlenecektir. Eğer olayda müşterek faillik durumu söz konusuysa müşterek faillerin birçok teşebbüs hareketinden sonuncusunun gerçekleştiği tarihten itibaren dava zamaşımı süresi işlemeye başlar<sup>112</sup>.

### 4. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda

Bu başlık altında dolaylı faillik, müşterek faillik ve şeriklik için belirleme yapılacaktır.

Dolaylı faillikte dava zamaşımı süresi, araç olarak kullanılan kişinin fiilinin bitmesinden<sup>113</sup> veya fiilinin neticesinin gerçekleşmesinden ya da teşebbüs aşamasında kalmışsa son hareketin tamamlanmasından itibaren başlayacaktır.

<sup>109</sup> Bkz.: Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 11; Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 12.

<sup>110</sup> Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 4; Lackner-Kühl, § 78 a, kn. 9; Bock, s. 14; Toroslu, s. 465; Demirbaş, s. 718.

<sup>111</sup> Dönmezer-Erman, s. 259; Toroslu, s. 465.

<sup>112</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 7.

<sup>113</sup> Bock, s. 14.

Müşterek faillikte dava zamanaşımı süresi fiilin tamamlandığı günden itibaren başlar<sup>114</sup>. Yani yukarıda belirttiğimiz sırf hareket suçu veya neticeli suçlara ilişkin belirlenmeler çerçevesinde dava zamanaşımı süresinin başlaması tespit edilecektir. Sırf hareket suçlarında tüm katılanlar için dava zamanaşımı süresi müşterek faillerden birinin son hareketi gerçekleştirdiği günden itibaren başlayacaktır. Neticeli suçlarda tüm katılanlar için dava zamanaşımı süresinin başlaması neticenin gerçekleştiği günden itibaren olacaktır. Teşebbüs aşamasında kaldığında müşterek faillerin yaptığı bir çok teşebbüs hareketinden sonuncusundan itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır<sup>115</sup>.

Azmettiren ve yardım eden için dava zamanaşımı süresi asıl fiilin bitmesinden veya asıl fiilin tipe uygun neticesinin gerçekleşmesinden itibaren başlayacaktır. Ya da failin fiili teşebbüs aşamasında kalmışsa son hareketin bitmesinden itibaren zamanaşımı süresi işler. İştirakte bağlılık kuralı bu sonucu doğurmaktadır<sup>116</sup>. Tek bir hareketle bağımsız birçok asıl fiile katkı sağlanmışsa dava zamanaşımı süresi en son asıl fiilin bitmesinden itibaren başlayacaktır<sup>117</sup>. Şeriklerin katkılarının farklı günlerde olması önemli değildir. Sorumluluk asıl fiile bağlı olarak tespit edildiğinden dava zamanaşımı süresinin başlaması asıl fiile göre belirlenmektedir<sup>118</sup>.

Zincirleme suçlarda ise her bir suç için belirleme yapıp dava zamanaşımının başlayacağını zaman tespit edilmelidir. Buna göre ortaklar, zincirleme suçun kapsamına giren tüm suçlara katılmışlarsa her bir suç için dava zamanaşımı süresi hesap edilmeli ve en son suçun işlendiği günden itibaren her bir suç için dava zamanaşımı süresi işlemeye başlamalıdır<sup>119</sup>. Ancak bütün ortaklar suçlardan hepsine katılmamışlarsa katıldıkları suç göz önüne alınarak belirleme yapılmalıdır. Eğer katıldıkları suç zincirleme suç oluşturuyorsa, zincirleme suçun kapsamına giren en son suçtan itibaren dava zamanaşımı süresi her bir suç için işlemeye başlamalıdır.

### 5. Suçların İçtimasında

Bu başlık altında fikri içtima ile zincirleme suçlarda dava zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı ifade edilecektir. Bileşik suç, suçların içtimaı kapsamına girmediğinden ayrı başlık altında incelenmeyecektir. Zira bileşik suç, biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla

<sup>114</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 8.

<sup>115</sup> Bkz.: Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 7; Bock, s. 14; Toroslu, s. 465.

<sup>116</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 8; Zafer, s. 565. Ayrıca bkz.: Bock, s. 14.

<sup>117</sup> Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 4.

<sup>118</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 933.

<sup>119</sup> Bkz.: Bir sonraki başlık 5, b.

tek fiil sayılan suçtur. Bileşik suçta bir fiil ve tek suç vardır. Tek kanun hükmü ihlal edilmiştir. Dolayısıyla suçların içtimaı şekli değildir. Ceza Kanunumuz da bu tür suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağını açıkça ifade etmiştir (TCK m. 42). Bu nedenle bileşik suç halinde genel kural uygulanacak tamamlanmasına veya teşebbüs halinde kalmasına göre belirleme yapılacaktır. Bu çerçevede suçun sırf hareket suçu veya neticeli suç olması ya da suç türü göz önüne alınarak değerlendirmeye gidilecektir<sup>120</sup>. Örneğin yağma suçunda zamaşımı malın alınmasından itibaren başlayacaktır (TCK m. 148). Tehdit suretiyle konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi halinde, konutta bulunduğu süre zarfında suç işlendiğinden konut dokunulmazlığının ihlaline son verilmesinden itibaren dava zamaşımı süresi işleyecektir (TCK 116/4). Cebir ile kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlendiğinde dava zamaşımı süresinin başlaması mağdurun serbest bırakıldığı andan itibaren olacaktır.

Fiil tekliğinde dava zamaşımı süresinin başlaması, doğal hareket tekliği ve hukuki hareket tekliğine ilişkin olarak müşterek yapılmaktadır. Doğal hareket tekliği ve hukuki hareket tekliğinde dava zamaşımı süresi, tek hareket içinde yer alan sonuncu hareketin bitmesinden itibaren başlar. Böylelikle birbirinden zaman olarak ayrı bulunan bu hareketler zamaşımına uğramamış hareket tekliği olarak bir araya toplanabilir<sup>121</sup>.

Görünüşte içtima kapsamında nitelendirilen cezalandırılmayan sonraki fiil olaylarında eğer önceki fiil dava zamaşımına uğramışsa sonraki fiilin de cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir<sup>122</sup>. Ancak sonraki fiil bağımsız suç olarak düzenlenmişse ve önceki fiili gerçekleştiren bu fiili de işlemişse bu fiil için ayrı, önceki fiil için ayrı dava zaman aşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Suçların sırf hareket suçu veya diğer suç grubu olmasına göre yukarıdaki belirlemeler çerçevesinde dava zamaşımı süresinin işlemeye başlaması tespit edilecektir (örneğin TCK m. 282/1). Diğer fiile (öncül suça) bağlı olarak ikinci fiilin işlendiği durumlarda ikinci fiilden dolayı failin cezalandırılabilmesi için ikinci fiilin birinci fiilin (öncül suçun) dava zamaşımı süresi dolmadan işlenmesi gerekir. Eğer ilk fiilin dava zamaşımı süresi dolduktan sonra örneğin aklama fiili işlenmişse bu ikinci fiilden dolayı cezalandırma imkanı kalmayacaktır. Sonraki fiilin işlenmesinden sonra önceki fiilin zamaşımına uğraması önemli değildir<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> Son neticenin esas alınmasına ilişkin olarak bkz.: Önder, s. 789; Gökçen, s. 11.

<sup>121</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 9. Aynı şekilde Lackner-Kühl, § 78 a, kn. 6.

<sup>122</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 9; Vorbem. §§ 52 ff., kn. 136; Jescheck-Weigend, s. 736.

<sup>123</sup> Bkz.: Özgenç, Suç Örgütleri, s. 72, 73.

Getirilen düzenleme önceki fiile (öncül suç) katılmamayı suçtan sorumluluk için aramışsa, önceki fiile katılmayanlar için dava zamanaşımı süresi önceki fiilden bağımsız olarak işledikleri suç açısından belirlenecektir (örneğin TCK m.165)<sup>124</sup>. Kanaatimizce m. 165'ten sorumluk için de önceki fiilin dava zamanaşımı süresi dolmadan maddede belirtilen fiillerin gerçekleştirilmesi gerekir. Cezalandırılmayan sonraki fiilde nasıl ki önceki fiil dava zamanaşımına uğradığında sonraki fiil cezalandırılmıyorsa, sonraki fiilden sorumluluğu kabul edilen kişi açısından da cezalandırılabilmesi için önceki fiile ilişkin dava zamanaşımı süresi dolmadan sonraki fiili işlemesi gerekir<sup>125</sup>. Önceki fiilden cezalandırılabilirlik ortadan kalktıktan sonra cezalandırılmayan bir fiilden dolayı başka bir fiilin suç kabul edilip sorumluluk tayin edilmesi söz konusu olmamalıdır. Aynı belirlemeler TCK m. 281'deki suç açısından da geçerlidir<sup>126</sup>.

#### **a. Fikri İçtimada**

Ceza Kanunumuz 66. maddesinde fikri içtimaya ilişkin bir belirlemeye gitmemiştir. Fikri içtimanın niteliğinden yola çıkmak suretiyle belirleme yapılacaktır. Fikri içtimada birden fazla suç bulunduğundan her bir suç için dava zamanaşımı süresinin belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü her bir suç farklı zamanlarda gerçekleşebilir<sup>127</sup>. Örneğin tek fiille hem mala zarar vermenin hem de bir kişinin öldürülmesine teşebbüs edilmesi durumunda, mala zarar verme için dava zamanaşımı süresi belirlenip mala zarar vermenin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak, öldürmeye teşebbüs edilen bir kişinin 2 ay sonra ölmesi durumunda öldürmeden dolayı hesaplanan dava zamanaşımı süresi ölümden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar ise, en ağır fiilin neticesinin gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlayacağına ifade etmektedirler<sup>128</sup>. Bu görüşe katılmak söz konusu değildir. Zira her zaman cezalandırmanın en ağır suçtan gerçekleşmesi mümkün olmayabilir. En ağır suçun şarta bağlı olduğu hallerde şart gerçekleşmemişse diğer suçtan sorumluluk söz konusu olacaktır. Cezalandırılması söz konusu olmayan bir fiilin dava zamanaşımı süresini diğer suça uygulamak mümkün değildir. Ayrıca bu tespit fikri içtimanın niteliğine de aykırı bir belirlemedir. Fikri içtimada her biri cezalandırılabilir nitelikte birden fazla suç vardır. Buna aykırı olarak tek suç varmış gibi belirleme yapılması doğru değildir.

<sup>124</sup> Krş. Önder, s. 789.

<sup>125</sup> Madde gerekçesinde önceki suçun cezalandırılabilir olmasının gerekmediği, zamanaşımına uğramış olmasının da önemli olmadığı belirtilmektedir.

<sup>126</sup> Bu suç için bkz.: Özgenç, Suç Örgütleri, s. 104.

<sup>127</sup> Bkz.: Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 1; Tröndle-Fischer, § 78 a, kn. 5; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 934.

<sup>128</sup> Günay, s. 39; Taner, s. 65.

Ayrıca fikri içtimanın kapsamına giren suçun mutlaka neticeli suç olması da gerekmemektedir.

### **b. Zincirleme Suçlarda**

Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin 6. fıkrası, dava zamaşımı süresinin zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacağını düzenlemektedir<sup>129</sup>. Doktrinde de dava zamaşımının zincirleme suçlarda her bir suçtan itibaren değil, son suçun işlendiği günden itibaren başlayacağı kabul edilmektedir<sup>130</sup>.

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği kararlarda, her bir suç için dava zamaşımı süresini işlendiği tarihten başlatmakta, yargılama aşamasında suçlardan biri hakkında dava zamaşımı süresi dolmuşsa düşme kararının verilmesini hukuka uygun kabul etmekte ve zincirleme suç ilişkisinin uygulanmasında düşme kararının konusunu oluşturan suçun dikkate alınmayacağını ifade etmektedir<sup>131</sup>. Ceza Genel Kurulu, şikayetten vazgeçmede olduğu gibi dava zamaşımının dolması halinde de kovuşturulabilir olmaktan çıkan suç hakkında düşme kararının verilmesini ve zincirleme suç ilişkisinden çıkarılmasını hukuka uygun kabul etmektedir<sup>132</sup>. Dolayısıyla da dava zamaşımını son suçun işlendiği günden baş-

<sup>129</sup> Zincirleme suçlarda dava zamaşımının belirlenmesine ilişkin açıklamaların geniş ölçüde yararlanıldığı çalışma için bkz.: Akbulut, Berrin, "Zincirleme Suça İlişkin Özel Belirlemeler Hakkında Bazı Tespitler", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2010, S. 69-70, s. 149-151.

<sup>130</sup> Öztürk-Erdem, s. 500; Koca-Üzülmez, s. 669; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.933; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 738; Önder, s. 786; Dönmezer-Erman, s. 259; Centel-Zafer-Çakmut, s. 745.

<sup>131</sup> Doktrinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının TCK'nın 66. maddesinin 6. fıkrasına aykırı yorum olduğu ifade edilerek yanlış bulunmaktadır: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 837, dipnot 354; Eker, Hüseyin, Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları, Ankara 2013, s. 295, 296.

<sup>132</sup> Ceza Genel Kurulu Kararına göre "Yargıtay C. Başsavcılığı ile Özel Daire arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; hakkında iki farklı tarihte tutanak tutulan sanığın, yerel mahkemece zincirleme şekilde hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCY'nin 142/1-f, 43 ve 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Dairece yerel mahkeme hükmünün zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilen bir eylemin zamaşımından düşmesine karar verilirken, diğer eylemle ilgili eksik soruşturmadan bozma kararı verilmesinin olanaklı olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanık hakkında kaçak elektrik kullandığından bahisle tutulan 19.05.2003 ve 29.08.2005 tarihli tutanaklara ilişkin 01.08.2007 günlü iddianame ile 5237 sayılı TCY'nin 142/1-f, 43 ve 53. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı ve yerel mahkemece zincirleme suç hükümleri uygulanarak hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCY'ye hakim olan ilke gerçek içtima olduğundan, bunun sonucu olarak, "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza" söz konusu olacaktır. Nitekim bu husus Adalet Komisyonu raporunda da; "Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların

latmamakta, 6. fıkranın ne şekilde uygulanacağına ilişkin bir belirleme de yapmamaktadır. Verilen kararın 66. maddenin 6. fıkrasına uygun olmadığı açıktır.

Zincirleme suçlarda zamanaşımı süresinin son suçun işlendiği günden itibaren başlaması kanunun açık hükmü olduğundan bu düzenlemeye uygun belirleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Kanunun hükmünü şu şekilde yorumlamaktayız. Zincirleme suçlarda birbirinden bağımsız birden çok suç vardır<sup>133</sup>. Dolayısıyla dava

---

*ıçtımai bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu kuralın istisnalarına ise, 5237 sayılı TCY'nin “suçların ıçtımai” bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri ıçtima) maddelerinde yer verilmiştir.

Ceza hukukunda yasadaki suç tanımına uygun şekilde gerçekleşen her netice ilke olarak ayrı bir suç oluşturur ve fail kaç netice meydana getirmiş ise o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalandırılır. Ancak bazı hallerde birden fazla netice meydana gelmiş olsa bile, faille meydana gelen netice kadar ceza verilmeyerek tek bir ceza verilmesi ile yetinilir. Birden fazla neticenin meydana gelmesine karşın faille tek ceza verilmesini gerektiren hallerden biri de zincirleme suçtur. Zincirleme suçta faille tek ceza verilirken, yasanın öngördüğü miktarda bir artırım da yapılması sözkonusudur.

Zincirleme suç, 5237 sayılı TCY'nin 43/1. maddesinde; “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır” biçiminde düzenlenmiştir. Buna göre zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için;

- a- Aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi,
- b- İşlenen suçların mağdurlarının aynı kişi olması,
- c- Bu suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi gerekmektedir.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zincirleme suç hükümlerinin uygulandığı hallerde aslında işlenmiş birden fazla suç olmasına karşın fail bu suçların her birinden ayrı ayrı cezalandırılmamakta, buna karşın bir suçtan verilen ceza belirli bir miktarda arttırılmaktadır. Dolayısıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında esas alınan suçlardan herhangi birisi hakkında, yargılama aşamasında şikâyetten vazgeçme veya dava zamanaşımı gibi kovuşturma yapılmasına engel bir nedenin ortaya çıkması halinde, bu suçun zincirleme suç uygulaması kapsamı dışına çıkarılarak açılan kamu davasının düşmesine karar verilmesi yerinde bir uygulamadır.

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın, hakkında iki farklı tarihte tutulan tutanakdan ötürü zincirleme biçimde hırsızlık suçundan cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasının yargılaması sonucunda, yerel mahkemece zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle hırsızlık suçundan mahkûmiyetine karar verilmiştir. Yerel mahkemece 5237 sayılı TCY'nin 43/1. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilerek hüküm kurulan iki suçtan birisi olan 19.05.2003 tarihli tutanağa ilişkin hırsızlık suçundan açılan kamu davasının, Özel Daire tarafından inceleme tarihi itibarıyla dava zamanaşımının gerçekleşmesi nedeniyle 765 sayılı TCY'nin 102/4, 104/2 ve 5251 sayılı CYY'nin 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığının haklı nedene dayanmayan itirazının reddine karar verilmelidir.”: CGK, 28.02.2012, E. 2010/2-287, K. 2012/58; Aynı yönde CGK, 20.03.2012, E. 2011/2-433, K. 2012/108.

<sup>133</sup> Doktrinde zamanaşımının başlangıcı yönünden de zincirleme suçların tek suç sayıldığı ifade edilmektedir: İçel, Kayıhan, Suçların İçtımai, İstanbul 1972, s. 155; Demirbaş, s. 514; Koca-Üzülmez, s. 482.



zamaşımı süresi her bir suç için ayrı ayrı belirlenmeli, ancak her bir suç için zamaşımı süresi son suçun işlendiği günden başlamalıdır. Burada yine her suç için kanunda öngörülen cezanın üst sınırı esas alınacak, ancak somut olayda faile daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller de göz önünde bulundurulacaktır (m. 66/f. 3). Ancak zamaşımı süresinin belirlenmesinde sonuç ceza dikkate alınmayacaktır. Eğer suçlardan birinde veya hepsinde yaş küçüklüğü varsa yukarıda belirtilen şekilde hesaplanan sürelerin yarısının veya üçte ikisinin geçmesiyle suç veya suçlar zamaşımına uğrayacaktır. Burada da yine zamaşımı süresi her suç için son suçun işlendiği günden itibaren başlayacaktır. Kabul edilen görüşün bir sonucu olarak zincirleme suçlarda zamaşımı süresi yalnızca en ağır cezayı gerektiren suça göre belirlenmeyecektir. Zincirleme suç nedeniyle artırım oranı teşebbüsten ve iştiraktan sonra yapılacağından nitelikli hale göre ağır olan suç bunların uygulanmasıyla diğer suçların cezasından daha aşağıya düşebilir. Dolayısıyla da zamaşımı süresi failin alacağı cezanın ilgili olduğu suçtan değil bir başka suçtan belirlenebilecektir. Halbuki yukarıda da belirtildiği gibi, zamaşımı süresinin belirlenmesinde hükmedilmesi mümkün olan en yüksek ceza miktarı esas alınacaktır.

Her suça göre dava zamaşımı süresinin belirlenmesi ve son suçun işlendiği günden itibaren başlatılması yaş küçüklüğü döneminde işlenen suç açısından da sorun ortaya çıkarmayacaktır. Zincire dahil her suça göre dava zamaşımı süresi belirlenmezse, zincirleme suça dahil olan suçlardan birinin yaş küçüklüğü döneminde işlenmesinin herhangi bir önemi olmayacaktır. Zamaşımı süresi en ağır suça göre belirlendiğinden yaş küçüklüğü döneminde işlenen suç için m. 66/2'de belirtilen süreler (yarı ve üçte iki) geçmesine rağmen zamaşımı uygulanmayacaktır. Bu sonucun zincirleme suçun kabul edilmiş amacına aykırı olduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenle de her suça göre zamaşımı süresinin belirlenmesi getirilen düzenlemeye uygunluk taşıyacaktır. Tabi ki, somut olayda bazı nedenler yoksa ve şikayetten vazgeçme gibi şartlar gerçekleşmemişse nitelikli halin uygulanmasıyla tespit edilen en ağır ceza zamaşımı süresinin belirlenmesinde doğru sonuç verecektir. Yani bu ceza kişinin zincirleme suçun uygulanmasıyla alacağı cezanın suçuyla ilgili olduğundan herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ama diğer durumlarda uygulamada sorunlar meydana gelecektir.

Ceza Kanunumuzdaki sürenin başlangıcıyla ilgili düzenleme mülga 765 sayılı Kanundaki düzenlemeyle aynıdır. Ancak zamaşımı süresinin belirlenmesinde hangi cezanın esas alınacağı konusunda belirleme yapılmamıştı. Dolayısıyla zincirleme suçlarda zincirleme suç için verilecek cezanın mı<sup>134</sup>, yoksa en ağır cezanın mı esas alınacağı tartışılmıştır<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Sancar, Türkan Yalçın, Mütessesil Suç, Ankara 1995, s. 126. Bazı yazarlar zamaşımı süresinin hesabında yaş küçüklüğünün de uygulanacağını belirterek somut cezanın uygulanmasına taraftar olmuşlardır: Dönmezer-Erman, s. 256.

<sup>135</sup> İcel, s. 156.

Zincirleme suçlarda her suç bağımsızlığını koruduğundan zaman aşımını durduran ve kesen sebepler yönünden de aynı şekilde düşünmek gerekir. Bu suçlardan biri için gerçekleşen neden yalnızca o suç için uygulanacak, diğerleri için zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Örneğin suçlardan biri için izin alınması için başvurulduğunda o suç için zamanaşımı duracaktır. Diğerleri içinse işlemeye devam edecektir<sup>136</sup>.

Her suçun bağımsızlığını koruduğu düşüncesi, kanunun yurt dışında işlenen suçların cezasıyla ilgili olarak dava zaman aşımını kabul etmediği hallerde de uyumluluk göstermektedir. Yurt dışında işlenen ve dava zamanaşımı uygulanmayan suçlar nedeniyle Türkiye’de yargılama yapıldığı ve Türkiye’de gerçekleştirilen suçlarla birlikte zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde de her suç için zamanaşımı ayrı ayrı değerlendirilecektir. Dolayısıyla 66. maddenin 7. fıkrası gereğince kanunumuzun ikinci kitabının dördüncü kısmında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet (bu cezalar için zincirleme suç ilişkisi uygulanmayacak) veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde, bu suçlar için zamanaşımı uygulanmayacak, bunların dışındaki diğer suçlar için zamanaşımı kuralları uygulanmaya devam edecektir.

### 6. Objektif Cezalandırılabilme Şartları İçeren Suçlarda

Cezalandırılabilme şartlarına ilişkin suçlarda dava zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda kanunumuzda bir belirleme bulunmamaktadır. Doktrinde ise sorun tartışmalıdır. Bazı yazarlar cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda dava zamanaşımının unsurların gerçekleştiği andan itibaren başlayacağını, cezalandırılabilme şartına bakılmayacağını ifade etmektedirler. Bu görüşe göre sürenin cezalandırılabilme şartından başlayabilmesi için Ceza Kanunumuzun dava zamanaşımını düzenleyen hükümlerinde açıklık olması gerekirdi. Bu olmadığı gibi, kural suçun işlendiği andan itibaren dava zamanaşımı süresinin başlayacağı şeklindedir. Suçun işlendiği anın ise unsurların gerçekleştiği an olduğunu ifade etmektedirler<sup>137</sup>. Diğer görüş ise, şart gerçekleşme-

<sup>136</sup> Aksi düşünce için bkz.: Gökçen, s. 16.

<sup>137</sup> Bu görüşe göre cezalandırılabilme şartının ceza hukukundaki tek işlevi cezalandırmayı sağlamasıdır. Ceza hukukunda kıyas yasak olduğuna göre kıyas yapılarak cezalandırılabilme şartını da içerecek bir anlam yüklenemeyeceği ifade edilmektedir. Ayrıca zamanaşımı kurumunun kabulünün sebebi, suçun işlenmesinden uzun sürenin geçmesinden sonra suçun kovuşturulmasında sosyal yararın bulunmamasıdır. Dolayısıyla zamanaşımını yıllar sonra gerçekleşebilecek cezalandırılabilme şartına bağlamanın zamanaşımı kurumunu anlamsızlaştıracığı belirtilmektedir. Üstelik failin kastı dışında kalan, objektif nitelik taşıyan bir durumun sürekli olarak onun açısından cezalandırılabilme tehdidi olarak kabul etmek anlamını taşıyacağı da ileri sürülmektedir: Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 739, 456, 457. Unsurların gerçekleştiği andan itibaren başlayacağına ilişkin olarak ayrıca bkz.: Dönmezer-Erman, s. 260; Demirbaş, s. 719; Artuk-Alşahin, s. 39; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 934; Zafer, s. 565.

den devletin cezalandırma hakkı doğmayacağı için dava zamanaşımı süresi cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmektedir<sup>138</sup>. Bazı yazarlar da şartın gerçekleştiği andan itibaren zamanaşımı süresinin işleyeceğini kabul etmekle beraber, gerekçe olarak suçun işlenmiş ve dolayısıyla tamamlanmış sayılabilmesi için şartın gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedirler<sup>139</sup>. Yargıtay da verdiği kararda bu görüş çerçevesinde belirleme yapmıştır. Yargıtay'a göre, "Hileli iflas suçunda suçun objektif cezalandırılabilme koşulu ticaret mahkemesince iflas kararı verilmesi olup suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce yapılması halinde suç tarihi iflas kararının kesinleşme tarihi"dir<sup>140</sup>. Biz de bu görüşlerden ikincisine katılmaktayız ve şartın gerçekleşmesinden itibaren dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını kabul etmekteyiz. Objektif cezalandırılabilme şartlarının arandığı suçlarda şart gerçekleşmediği müddetçe devletin faili cezalandırma imkanı olmadığı için şart gerçekleştiğinde dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması gerekir. Birden fazla objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse ilk şartın gerçekleşmesinden itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta bulunmaktadır. Eğer suçun tamamlanmasından sonra şart gerçekleşmişse belirttiğimiz durum geçerli olacaktır. Eğer suçun tamamlanması şartın gerçekleşmesinden sonra olmuşsa o zaman fiilin tamamlandığı andan itibaren dava zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır<sup>141</sup>.

### 7. Çocuklara Karşı Belirli Kişiler Tarafından İşlenen Suçlarda

Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin 6. fıkrasında dava zamanaşımı süresinin başlamasına ilişkin son belirleme belirli kişiler tarafından çocuklara karşı işlenen suçlara ilişkindir. Bu belirlemeye göre, ... "çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

TCK'nın 6. maddesinde (f. 1-b), çocuk, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla fiilin işlendiği anda 18 yaşından küçük olan mağdurlara karşı işlenen suçlarda dava zamanaşımı süresi çocuğun 18 yaşını bitirdiği günden başlayacaktır. Bunun için çocuklara karşı işlenen suçun üstsoy tarafından veya çocuklar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Böylece kanun koyucu çocuklar üzerinde etken olan kişilerin işlediği suçlarda çocuğun 18 yaşını bitirmesini öngöre-

<sup>138</sup> Koca-Üzülmez, s. 671; Önder, s. 788.

<sup>139</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 611.

<sup>140</sup> 11. Ceza Dairesi, 25.03.2008, E. 2008/352, K. 2008/1731, www.kazanci.com (E.T. 02.02.2014)

<sup>141</sup> Schönke/Schröder-Sternberg Lieben-Bosch, § 78 a, kn. 13.

rek, çocuğun bu kişilerin nüfuzundan kurtulmasını ve daha etkin takibat yapılmasını sağlamak istemiştir. Çocuklar, nüfuz ve etki altında olduğu dönemde kendilerine karşı işlenen suçlarla ilgili gerekli adımları atamayacağı için bu dönemde dava zamanaşımı sürelerinin bitmesini istemeyerek bu yönde bir düzenleme öngörmüştür<sup>142</sup>.

### 8. Kovuşturma Şartlarına Bağlı Suçlarda

Kovuşturma şartlarının gerçekleştiği tarih dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dikkate alınmaz. Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin 6. fıkrasındaki kurallar gereğince dava zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı tespit edilir<sup>143</sup>.

### 9. Dava Zamanaşımına İlişkin Özel Belirleme İçeren Suçlarda

Ceza Kanunumuz 66. maddenin 6. fıkrasındaki genel düzenlemenin dışında bazı suç tiplerinde dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasına ilişkin özel düzenlemeler de yapmıştır. Bunlardan bir tanesi 230. maddenin 4. fıkrasında, diğeri ise 267. maddenin 8. fıkrasında düzenlenmiştir.

TCK'nın 230. maddesinin 6. fıkrasına göre, evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran (f. 1), kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptıran (f. 2) ve gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptıran (f. 3) kişi hakkında dava zamanaşımı, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Kanun koyucu, usulsüz evliliğin iptal davasının uzun sürebileceğini dikkate alarak dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı zamanı özel olarak belirlemiştir (fıkra gerekçesi). 230. maddenin ilk iki fıkrasında belirtilen hallerde evliliğin mutlak butlanla, 3. fıkrasında ifade edilen halde ise nispi butlanla sakat olduğu dile getirilmektedir. Evlilik butlanla sakat olduğundan kendiliğinden sona ermesi söz konusu olmayıp, ancak hakim kararıyla bu sonuç doğacaktır. Dolayısıyla bu zaman zarfında dava zaman aşımı süresi dolmuş olabilir. Ayrıca bu tür evlilikler yıllarca açığa da çıkmamış olabilir<sup>144</sup>. Kanun koyucu bu süreler zarfında dava zamanaşımı süresinin dolmasını engellemek için sürenin evliliğin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmiştir.

Ceza Kanunumuzun 267. maddenin 8. fıkrasında ise, iftira suçundan dolayı dava zamanaşımı süresinin mağdurun fiili işlemediğinin sabit olduğu tarihten başlayacağı hükme bağlanmıştır. İsnat edilen suç dolayısıyla yapılan kovuştur-

<sup>142</sup> Çocuklara karşı işlenen suçlarla ilgili benzer düzenleme Fransa Ceza Usul Kanununun 7. maddesinin 3. fıkrasında bulunmaktadır. Ancak düzenleme daha sonra değiştirilerek belirli suçlarla sınırlı uygulama yapılması kabul edilmiştir. Bkz.: İçel-Sokullu Akıncı-Özgenç-Sözür-Mahmutoğlu-Ünver, s. 346; Taner, s. 79 ve dipnot 154.

<sup>143</sup> Önder, s. 789.

<sup>144</sup> Günay, s. 40.

ma sonucu hükmün kesinleşmesiyle iftiranın sabit olabileceği ve dolayısıyla takibata girişileceği açık olduğundan böyle bir hükme yer verilmesinin zorunlu olduğu fikra gerekçesinde ifade edilmiştir.

## V. DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN DURMASI VE KESİLMESİ

### A. Genel Olarak

Çalışmanın konusu dava zamanaşımı sürelerinin başlaması olmakla beraber durmada nedenin gerçekleşmesinden itibaren sürenin işlememesi, nedenin ortadan kalkmasından itibaren sürenin kaldığı yerden işlemeye devam etmesi, kesme durumunda ise kesme nedeninin ortaya çıktığı andan itibaren önceki sürenin yanması ve yeni baştan sürenin işlemeye başlaması nedeniyle bu başlıkların da incelenmesi uygun bulunmuştur. Bir başka ifadeyle belirtilen konular ve özellikle dava zamanaşımı sürelerinin kesilmesi sürenin başlamasıyla ilgili olduğundan yazılması gerektiği düşünülmüştür.

Ceza Kanunumuzun 67. maddesinde hem durma nedenlerine hem de kesme nedenlerine yer verilmiştir. Ancak Ceza Kanunumuz dışında başka kanunlarda da durma nedenlerine yer verildiği görülmektedir.

Durma ve kesme nedenleri birbirinden farklıdır. Dolayısıyla aynı zamanda uygulanmalarının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Kesme nedeni ortaya çıkıp süre kesildiğinde, yeniden işlemeye başlayan sürenin durma nedeninin varlığı halinde duracağı belirtilmektedir. Ancak tersi durumda yani durma nedeni ortaya çıktığında kesme nedeninin bir etkisinin olmadığı, duran sürenin kesilemeyeceği dile getirilmektedir<sup>145</sup>.

Şimdi dava zamanaşımının durması ve kesilmesi belirtilecektir.

### B. Durması

Dava zamanaşımının durması 67. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra da durma nedenleri, soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesinin sonucuna bağlı olması ve kanun gereğince kaçaklığa karar verilmesi olarak ifade edilmiştir. Ayrıca düzenlemede izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kaçaklık kararı kaldırılıncaya kadar dava zaman aşımı süresinin duracağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümden nedenlerin olumlu sonuçlanması halinde veya kaçaklığın kaldırılmasına kadar dava zamanaşımını duracağı anlaşılmaktadır. İzin veya kararın alınması için başvurulmasıyla duran zamanaşımı izin veya kararın alınmasından itibaren süre tekrar kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. İzin

<sup>145</sup> Önder, s. 790; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 936.

veya karar alınamamışsa hiç başvuru yapılmamış gibi dava zamanaşımı süresi hesaplanacaktır. Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı olduğu hallerde (CMK m. 218/1) mahkeme sorunun çözümü için bekletici mesele saymaya karar verdiği andan itibaren duran süre bekletici meselenin çözümlendiği itibaren kaldığı yerden devam edecektir<sup>146</sup>. Yine CMK m. 247. madde gereğince kaçaklığa karar verildiğinde dava zamanaşımı duracak, bu kararın kaldırılmasından itibaren kaldığı yerden tekrar işlemeye başlayacaktır<sup>147</sup>.

Ceza Kanunumuzun 67. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen durma dışında bazı kanunlarda da durma nedenleri öngörülmüştür. Bu kanunlardan bir Ceza Muhakemesi Kanunumuzdur. Ceza Muhakemesinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde erteleme süresince (CMK m. 171/4), hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda denetim süresi içinde (CMK m. 231/8) ve uzlaşmada uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç uzlaştırmacının raporunu düzenleyip Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar (CMK m. 253/21) dava zamanaşımı süresi işlemeyecektir. Yine çocuklar hakkında uygulanan bu müesseselerle ilgili olarak da Çocuk Koruma Kanununda erteleme (ÇKK m. 19) ve denetim süresince (ÇKK m. 23) zamanaşımı süresi işlememektedir. Yine Bankacılık Kanununun 165/1. maddesinde<sup>148</sup> dosyanın bilirkişiye tevdiinde, Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinde<sup>149</sup> ve 4473 sayılı Yangın, Yersarsın-

<sup>146</sup> Anayasanın 152/3. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin 5 içinde kararını vermesi, bu süre içinde karar verilmezse mahkemenin yürürlükteki kanun hükümlerine göre davayı sonuçlandırması gerekir. İşte 5 aylık sürede kararın verilmediği hallerde dava zamanaşımının durmasının nasıl uygulanacağı belirlenmesinin yapılması gerekmektedir. Doktrinde 5 aylık süre içinde Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilmezse durma kararının mahkeme tarafından kaldırılacağı ve bu andan itibaren dava zamanaşımının durmasının ortadan kalkacağı ifade edilmektedir: Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 742; Öztürk-Erdem, s. 504.

<sup>147</sup> Tüm bunlar için bkz.: Dönmezer-Erman, s. 276 vd.; Koca-Üzülmez, s. 673-675; Özbek-Kanbur-Doğan- Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 740-743.

<sup>148</sup> m. 165/1, "Bu Kanununun uygulanması ile ilgili olarak, bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen suçlardan dolayı açılan ceza davalarında bilirkişi, raporunu dosyanın kendisine verildiği tarihten başlayarak üç ay içinde mahkemeye verir. Bu süre hâkim tarafından iki aya kadar uzatılabilir. Bu süre içerisinde de rapor mahkemeye verilmediği takdirde görev, ücret ödenmeksizin bilirkişiden alınır ve yeni bilirkişi atanır. Bilirkişilik görevi bu şekilde kendisinden alınan kişiler, bir yıl süreyle bu Kanun kapsamında hiçbir davada bilirkişi olarak atanamazlar. Bu kişiler, raporların süresinde verilmemesinin sebep olduğu masrafları ödemeye ve ayrıca beşyüz güne kadar adli para cezasına mahkûm edilirler. Dosyanın bilirkişiye tevdi tarihinde dava zamanaşımı süresi durur. Bilirkişinin raporunu mahkemeye verdiği tarihten itibaren bu süre kaldığı yerden işlemeye devam eder." hükmünü taşımaktadır.

<sup>149</sup> m. 20, "Er ve erbaşlar ile yedek subayların askere girmeden veya silâh altına çağrılmadan önce işledikleri yukarı haddi iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlara ait davalarda soruşturma ve kovuşturma işlemleri askerliklerini bitirmelerine kadar geri bırakılır. Türk Silâhlı Kuvvetlerinden çıkarmayı gerektiren suçlardan sanık yedek subaylar hakkında bu hüküm uygulanmaz.

tısı, Seylap veya Heyelan Sebebiyle Mahkeme ve Adliye Dairelerinde Ziyaa Uğrayan Dosyalar Hakkında Yapılacak Muamelelere Dair Kanununun 43. maddesinde<sup>150</sup> dava zamaşımını durduran neden düzenlenmiştir.

Kanun koyucu durma süresi konusunda 67. maddenin 1. fıkrasında herhangi bir belirleme yapmamıştır. Dolayısıyla doktrinde zamaşımının sınırsız olarak durabileceği belirtilmektedir<sup>151</sup>. Ancak TCK dışında durmaya ilişkin düzenleme yapan kanunlarda, genel olarak durma süresine ilişkin belirleme yapıldığı söylenebilir. Örneğin CMK'da yer verilen durma nedenlerinde sınırsız durma söz konusu değildir. Yine Anayasaya aykırılık için Anayasa Mahkemesine başvurulduğunda 5 aylık süre söz konusu olduğundan (AY m. 152/3 bu durumda da sınırsızlık söz konusu değildir. 4473 sayılı Kanununun 43. maddesinde de, dosyanın yok edilmesine veya kaybolmasına kasten sebebiyet verilmemiş olması hâlinde durma süresinin beş yıldan fazla olamayacağı belirtilerek durma süresine davranışın kasıtlı olmaması şartıyla sınır konulmuştur. Keza Bankacılık Kanununun 165. maddesinde belirtilen bilirkişiye başvurulma halinde bilirkişinin raporunu belirli süreler içinde vermesi gerektiği için sınırsız bir durma söz konusu olmayacaktır. Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinde de askerlik süresi sınır olarak getirilmiştir.

Dava zamaşımının durmasının iştirak halinde işlenen suçlarda tüm katılanlar için geçerli olduğu belirtilmektedir. Ancak bunun için davaların ayrılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>152</sup>.

---

Savaş hâlinde, silâh altında bulunan veya silâh altına çağrılan bütün asker kişiler aleyhine adliye mahkemelerinin görevine giren suçlardan aşağı haddi beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektirenler hariç olmak üzere, şüpheli veya sanık buldukları diğer suçlara ait soruşturma ve kovuşturma işlemleri barışa veya askerliklerinin bitimine kadar geri bırakılır.

Savaş hâlinde, aşağıda yazılı suçlar hariç olmak üzere, askerî mahkemenin görevine giren asker kişiler hakkındaki suçlara ait soruşturma ve kovuşturma işlemleri, barışa veya askerliklerinin bitimine kadar geri bırakılır. Ancak teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amiri askerî menfaat ve zorunluluklar karşısında geri bırakma hükümlerinin uygulanmamasını askerî savcıdan isteyebilir:

A) Aşağı haddi beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar.

B) Askerî Ceza Kanununun 3'üncü babının birinci, üçüncü (63'üncü maddesinin birinci fıkrası ile 76 ve 77'nci maddeleri hariç), dördüncü, beşinci (82, 83, 84, 95'inci maddeleri hariç), yedinci fasıllarında yazılı suçlar.

C) Askerî Ceza Kanununun 130, 131 ve 137'nci maddelerinde yazılı suçlar.

Geri bırakma süresi içinde zamaşımı işlemez." düzenlemesini içermektedir.

<sup>150</sup> m. 43, "Bir doğal veya sosyal felaket nedeniyle ya da başka herhangi bir sebeple belgelerin yok olması veya kaybolması hâlinde dava zamaşımı süresi dosya kovuşturma işlemlerine devam edecek ölçüde tamamlanıncaya kadar işlemez. Ancak, dosyanın yok edilmesine veya kaybolmasına kasten sebebiyet verilmemiş olması hâlinde bu durma süresi beş yıldan fazla olamaz." hükmünü düzenlemektedir.

<sup>151</sup> Dönmezer-Erman, s. 279; Öztürk-Erdem, s. 504; Zafer, s. 570.

<sup>152</sup> Dönmezer-Erman, s. 279; Zafer, s. 570; Demirbaş, s. 724.

### C. Kesilmesi

Dava zamanaşımının kesilmesi Ceza Kanunumuzun 67. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir. 2. fıkrada kesen nedenler, 3. fıkrada kesilmenin ne anlama geldiği, 4. fıkrada ise kesilme durumunda dava zamanaşımı süresinin ne kadar uzayacağı ifade edilmiştir.

Kesilme nedenleri 2. fıkrada sınırlı şekilde sayılmıştır. Bunlar, bir suçla ilgili olarak şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi olarak hükme bağlanmıştır. Düzenlemeden iştirak halinde işlenen suçlarda ortaklardan biri için dava zamanaşımının kesilmesinin diğer ortakları da etkileyeceği anlaşılmaktadır. Yani onlar için de dava zamanaşımı süresi kesilir<sup>153</sup>. Düzenlemeden çıkan diğer bir durum da hangi suçla ilgili dava zamanaşımı söz konusuysa o fiille ilgili yapılan işlemlerin süreyi keseceğidir. Bu durum fıkrada bir suçla ilgili olarak ifadesiyle belirtilmiştir.

İfade alma savcı ve kolluk işlemi olmakla beraber 67. maddede yalnızca savcı tarafından yapılan ifade alma işleminin dava zamanaşımını keseceği belirtilmiştir. Dolayısıyla kolluk tarafından şüphelinin ifadesinin alınması dava zamanaşımını kesmeyecektir. Hakim tarafından şüphelinin sorgulanması ve mahkeme tarafından sanığın sorgulanması durumunda ise dava zamanaşımı tüm suça katılanlar için kesilecektir.

Dava zamanaşımını kesen diğer durum tutuklama kararıdır. Tutuklama kararı şüpheli veya sanığın hazır bulunduğu durumda hakim veya mahkeme kararıyla kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Dolayısıyla bunun dışındaki hallerde (örneğin yakalama emrinin düzenlenmesinde) dava zamanaşımı kesilmeyecektir. Kararın verilmesi yeterli olup infaz edilmesine gerek yoktur<sup>154</sup>. Tutuklama kararı Ceza muhakemesi Kanunumuz uyarınca değerlendirilecektir. Kural huzurda tutuklama olmakla birlikte yurt dışında bulunan kaçaklarla ilgili olarak da gıyapta tutuklama kararının verilmesi kabul edilmiştir (CMK m. 248/5). Dolayısıyla her iki halde de dava zamanaşımı süresi kesilecektir<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Doktrinde de kanunda açık belirleme olmamakla beraber diğer ortaklar için de dava zamanaşımı süresinin kesileceği kabul edilmektedir: Öztürk-Erdem, s. 503; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 946; Zafer, s. 574; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 748, 749; Demirbaş, s. 728. Dava zamanaşımı süresinin kesilmesinde nesnel ölçütün esas alındığı, kanunda belirtilen nedenlerin suçla ilgili kesme sağladığına ilişkin olarak Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 839.

<sup>154</sup> Öztürk-Erdem, s. 502; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 944.

<sup>155</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 746; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 943. Tutuklamanın huzurda olması gerektiği gerekçesiyle aksi düşünce için bkz.: Öztürk-Erdem, s. 502.



İddianame düzenlenmesi de dava zamanaşımını kesmektedir. Kanun koyucu iddianamenin düzenlenmesini kullanmakla beraber doktrinde salt iddianamenin düzenlenmesinin yeterli olup olmadığı noktasında farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar zamanaşımının kesilmesi için iddianamenin düzenlenmesinin yeterli olduğunu, mahkeme tarafından kabul edilmesinin gerekmediğini kabul etmektedirler<sup>156</sup>. Ancak bu görüşteki yazarlardan bazıları iddianamenin düzenlenmiş ve mahkemeye verilmiş olması gerektiğini de dile getirmektedirler<sup>157</sup>. Dava zamanaşımının kesilmesi konusunda iddianamenin iadesiyle ilgili belirleme yapan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre kural iddianamenin kabul edilmiş olması kaydıyla düzenlendiği tarihte (mahkeme kalemine kaydedildiği tarihte) dava zamanaşımı kesilecektir<sup>158</sup>. Aynı şekilde iddianamenin iadesi kararına itiraz edilir ve itiraz sonucunda iade kararı kaldırılırsa dava zamanaşımı iddianamenin düzenlendiği tarihte kesilir. Buna karşılık iade üzerine eksiklikler tamamlanır ve tekrar mahkemeye gönderilip kaydı yapılarak kabul edilirse iddianamenin ikinci düzenleme tarihinde dava zamanaşımı kesilecektir<sup>159</sup>. Bazı yazarlar ise hukuki sonuç doğurması için iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi gerektiğini, dolayısıyla iddianamenin kabulüyle dava zamanaşımının kesileceğini benimsemektedirler<sup>160</sup>. Kanunumuzun düzenlemesinin açık olması nedeniyle iddianamenin düzenlenmesiyle dava zamanaşımının kesileceğini kabul ediyoruz. İddianamenin kabul edilmiş olmasının gerekmediği 67. maddenin 2. fıkrasından anlaşılmaktadır. Ancak iddianamenin düzenlenmesinden bahsedilebilmesi için mahkemeye verilmiş olması gerektiği de belirtilmelidir.

Dava zamanaşımını kesen diğer bir neden de sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesidir. Bu durumda tüm ortaklar için dava zamanaşımı kesilecektir. Hükmün dava zamanaşımını kesmesi için mahkûmiyet hükmünün kesinleşmemiş olması gerekir. Zira kesinleşmeden itibaren artık ceza zamanaşımı söz konusu olacaktır. Bozma kararından sonra mahkemenin verdiği direnme kararı ve bozmaya uyararak verdiği karar eğer mahkûmiyet kararı ise yine dava zamanaşımı süresi kesilecektir<sup>161</sup>.

Yukarıda belirtilen nedenlerden herhangi bir gerçekleştiğinde dava zamanaşımı kesilir, o zamana kadar geçmiş süreler yanar ve süre yeni baştan işlemeğe başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde,

<sup>156</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 746; Centel-Zafer-Çakmut, s. 752; Demirbaş, s. 726.

<sup>157</sup> Koca-Üzülmez, s. 677; Zafer, s. 573.

<sup>158</sup> Bu belirlemeyle aynı yönde görüş için bkz.: Öztürk-Erdem, s. 502.

<sup>159</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 944, 945.

<sup>160</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 841.

<sup>161</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel Hükümler, s. 747; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 945.

zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar (TCK m. 67/3). Aynı nedenin birden fazla gerçekleşmesine ilişkin bir belirleme ise kanunumuzda yer almamaktadır. Bu konuda Ceza Kanunumuzda belirleme yapılması daha doğru olacaktır. Doktrinde aynı nedenin tekrarlanması halinde kesme nedeninin ilk gerçekleşme tarihi esas alınarak dava zamanaşımı süresinin hesaplanması gerektiği görüşü savunulmaktadır<sup>162</sup>.

Dava zamanaşımının kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzayacaktır (TCK m. 67/4). Dava zamanaşımını kesen ne kadar neden gerçekleşirse gerçekleşsin en fazla yarı oranında uzama söz konusu olacaktır. Örneğin yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı süresi en fazla 30 yıl olacaktır.

67. maddede belirtilen nedenlerin kesme etkisini doğurabilmesi için hukuken geçerli işlemler olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>163</sup>.

## SONUÇ

Dava zamanaşımı süreleri, suçların kanunda öngörülen ceza miktarlarına göre belirlenmiştir. Dava zamanaşımının dolması durumunda güvenlik tedbirlerine hükmedilip hükmedilmeyeceğine ilişkin bir belirlemeye Ceza Kanunumuzda yer verilmemiştir. Yer verilmesinin ortaya çıkması muhtemel sorunlar açısından faydalı olabileceği söylenebilir. Ancak Ceza Kanunumuzda güvenlik tedbirlerine ilişkin belirleme yapılmamasının bir sorun teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Zira dava zamanaşımı dolduğunda dava açılması ve davaya devam edilmesi imkanı ortadan kalktığından failin mahkum olması ya da suçu işlediği tespitinin yapılması söz konusu olmayacak, dolayısıyla da güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkün olmayacaktır.

Dava zamanaşımı süreleri fiili işlediği tarihte 12 yaşını bitirmiş çocuklar ve yetişkinler için geçerlidir. Fiili işlediği esnada 12 yaşını bitirmemiş çocuklarla ilgili dava zamanaşımı süreleri uygulanmayacaktır. 12 yaşını bitirmiş çocuklar hakkında ise, aksine belirleme olsa da dava zamanaşımı sürelerinin uygulanması için ceza sorumluluklarının bulunup bulunmamasının önemli olmadığını ifade etmek istiyoruz. Ancak çocuklar hakkında uygulanacak dava zamanaşımı süreleri yetişkinlerden daha az kabul edilmiş, kanunda öngörülen sürelerin çocuklar hakkında indirilerek uygulanması hükme bağlanmış, böylece çocuklara ilişkin davaların gecikmeksizin sonuçlandırılmasını öngören uluslararası sözleşmelere uygunluk sağlanmıştır.

<sup>162</sup> Zafer, s. 572; Centel-Zafer-Çakmut, s. 752. Ayrıca bkz.: Taner, s. 104 vd.

<sup>163</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s. 752; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 944 (yoklukla sakat olan işlemlerde). Ayrıca bkz.: Demirbaş, s. 727.

Dava zamaşıımı süreleri hüküm kesinleşinceye kadar uygulanması mümkün olan sürelerdir. Ancak kanun koyucu yeniden yargılamanın mümkün olduğu hallerde dava zamaşıımı süresinin yeni baştan işlemeye başlayacağını belirterek kesinleşmeden sonra da uygulanmasını kabul etmiş, ancak daha önce geçen dava zamaşıımı sürelerinin göz önüne alınmasını kabul etmemiştir. Doktrinde farklı belirlemeler olmakla birlikte kanun koyucunun bu noktadaki iradesinin açık olduğu anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu dava zamaşıımı sürelerinin işlemeye başlamasıyla ilgili olarak yaptığı düzenlemede bazı suç türlerine, işleniş şekillerine ve mağdurun yaşına göre belirleme yapmıştır. Düzenlemede tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği gün ibaresinin kullanılması yerine, tereddüt ortaya çıkmaması için Kabahatler Kanunundaki gibi bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz.

Doktrinde zamaşıımının başlamasıyla ilgili belirlemelerde hareketin veya neticenin gerçekleştiği zamanın neyi ifade ettiğine ilişkin belirleme yapılmaktadır. Bu incelemede bunlar irdelenmiştir. Dava zamaşıımı süreleri, sırf hareket suçlarında hareketin tamamen sona ermesinden, neticeli suçlarda ise neticenin tamamen gerçekleşmesinden itibaren başlayacaktır. Menfaat bir seferde değil de farklı zamanlarda sağlanıyorsa en son menfaatin sağlandığı andan itibaren süreler işlemeye başlayacaktır. Neticeli suçlarda yargılamanın sona ermesinden sonra neticenin gerçekleşmesi durumunda yeni bir dava zamaşıımı süresi başlamayacak, yeniden yargılama yapılması mümkün olmayacaktır. Doktrindeki aksine belirlemeyi kabul etmemekteyiz.

Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda, ağır veya başka netice temel suç tipine ilişkin dava zamaşıımı süresi dolduktan sonra gerçekleşmiş olsa bile dava zamaşıımı süresi söz konusu ağır veya başka netice gerçekleştiği andan itibaren başlayacaktır. Çünkü temel suç tipine neden olan hareket netice sebebiyle ağırlaşan suça da neden olmakta, dolayısıyla da hareketin yapıldığı zaman temel suç tipine ilişkin dava zaman aşımı süresi yeni işlemeye başlayacağından dolması da söz konusu değildir. Buna karşılık öncüllü suçların söz konusu olduğu hallerde, ikinci fiilden dolayı failin cezalandırılabilmesi için ikinci fiilin öncül suçun dava zamaşıımı süresi dolmadan işlenmesi gerekir. Aksi takdirde cezalandırılama imkanı ortadan kalkan bir suçtan sonra işlenen fiilin, bu suça bağlı olarak cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Suçların içtimasında, zincirleme suçlarda dava zamaşıımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı gerek doktrinde gerek uygulamada önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bize göre zincirleme suçlarda her bir suç için zamaşıımı süresinin ayrı ayrı belirlenmesi ve her bir suç için dava zamaşıımı süresinin en son suçun işlendiği günden itibaren başlatılması gerekir. Bu belirleme hem kanunun düzenleniş şekline, hem yaş küçüklüğünde işlenen suçlara

ilişkin dava zamanaşımı sürelerinin göz önüne alınmasına neden olacak hem de dava zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı kabul edilen yurt dışında işlenen suçlar ile ülkede işlenen suçlar arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde yurt dışında işlenen suçların dava zamanaşımına uğramaması (kanunun düzenlemesine uygun olarak) sonucunu doğuracaktır.

Objektif cezalandırılabilme şartlarında, suçun işlendiği yerde olduğu gibi dava zamanaşımı süresinin başlaması açısından da şartın gerçekleşmesinin önem taşıdığını kabul ediyoruz.

Mağdur çocuklara karşı belirli kişiler tarafından işlenen suçlarda dava zamanaşımı süresinin çocuğun 18 yaşından itibaren başlayacağına ilişkin düzenleme doktrinde eleştirilse de Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesine uygun nitelik taşımaktadır.

Dava zamanaşımı süresini kesen nedenlerden biri gerçekleştiğinde dava zamanaşımı süresi en fazla yarısı oranında uzamaktadır. Dava zamanaşımını durduran nedenlerde durmanın ne kadar süreceği noktasında Ceza Kanunumuzda sınır kabul edilmemişken kesme nedenlerinde uzamanın ne miktara kadar olacağı 67. maddede açıkça hükme bağlanmıştır.

**KAYNAKÇA**

- Akbulut, Berrin, "Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2013, C. 19, S. 2, s. 543, 544.
- Akbulut, Berrin, "Zincirleme Suça İlişkin Özel Belirlemeler Hakkında Bazı Tespitler", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2010, S. 69-70, s. 149-151.
- Akbulut, Berrin, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara 2010.
- Aktaş, Yusuf, Ceza Davalarında Yasa Yolları, Zamanaşımı ve Süreler, İstanbul 1979.
- Artuk, Mehmet Emin-Alşahin, Mehmet Emin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2013, C. 19, S.2, s. 31, 32.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2013.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara 2013.
- Bock, Dennis, "Die strafrechtliche Verfolgungsverjährung", online.beck.de/?vpath=bibdata/zeits/jus/2006/cont/jus.2006.12.1.htm&pos=24&hlwords=DENN%26%23304%3bS%3%90DENN%4%b0S%3%90BOCK%3%90+dennis%2cbock+%c3%90+dennis+%c3%90+bock+%c3%90+dennisbock+#xhlhit (E.T.14.07.2014)
- Bozdoğan Akbulut, Berrin, "Rüşvet Suçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, 2000, C. 8, S. 1-2, s. 646.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2013.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. III), Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 1997.
- Eker, Hüseyin, Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları, Ankara 2013.
- Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara 1997.
- Erman, Sahir-Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.
- Gökçen, Ahmet, "Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı", s. 3, www.akader.info/KHUKA/2004\_mart/2.htm (E.T. 9 Kasım 2009).
- Günay, Erhan, Uygulamalı-Örneklili Dava ve Ceza Zamanaşımı, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2008.
- Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Heinz, Wolfgang, (Çev.: Mustafa Ruhan Erdem), "Çocuk ve Genç Suçluluğu-Ceza yasa Koyucusunun Harekete Geçmesini mi Bekliyor?", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 274.

- İçel, Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul 1972.
- İçel, Kayıhan-Sokullu Akıncı, Füsün-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem, Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener, İçel Yaptırım Teorisi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş İkinci Bası, İstanbul 2002.
- Jescheck, Hans-Heinrich-Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Fünfte Auflage, Berlin 1996.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2013.
- Kunter, Nurullah, “İki Çeşit Cezayı Gerektiren Suçlarda Dava Zamanaşımı Süresinin Hesaplanması”, İÜHFM, 1947, C. XIII, S. 2, s. 1224-1230.
- Lackner, Karl- Kühl, Kristian, StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 21., neubearbeitete Auflage, München 1995.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler (C. II-III), İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2013.
- Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Bacaksız, Pınar-Doğan, Koray-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı Ankara 2014.
- Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002.
- Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, Ankara 2011.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Ankara 2013.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2012.
- Sancar, Türkan Yalçın, Mütessesil Suç, Ankara 1995.
- Schönke, Adolf-Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, mitkommentiert von Lenckner, Theodor-Cramer, Peter-Stree, Walter, 28., neubearbeitete Auflage von Eser, Albin-Heine, Günter-Perron, Walter- Sternberg Lieben, Detlev-Eisele, Jörg-Bosch, Nikolaus-Hecker, Bernd-Kinzig, Jörg, unter Mitarbeit von Schittenhelm, Ulrike, München 2010.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara 2012.
- Taner, Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008.
- Taşdemir, Kubilay, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2011.
- Tekin, Uğur, “Ceza Yargılamasında Avrupa’daki Yeni Uygulamalar”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 491.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara 2013.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2014.
- Tröndle, Herbert-Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006.
- Yurtcan, Erdener, Kesin Hükümün Ceza Muhakemesini Önleme Etkisi, İstanbul 1973.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, TCK m. 1-75, Ders Kitabı, 3. Bası, İstanbul 2013.

## **BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNUN KONUSU OLARAK ELEKTRONİK ORTAMDAKİ VERİLER**

*Doç. Dr. Çetin ARSLAN\**  
*Dr. İhsan BAŞTÜRK\*\**

### **ÖZET:**

*“Belgede sahtecilik suçları”*, ceza hukuku uygulamasında oldukça sık karşılaşılan bir suç tipidir. Bunun yanında, gerek işleme şekli gerekse konusu itibariyle karmaşık bir yapıya sahip olduğundan, doktrin ve uygulamada hâlâ birçok tartışmalı hususu bünyesinde barındırmaktadır. Bu bağlamda *“elektronik ortamdaki veriler”*in suçun konusu olarak *“belge”* sayılıp sayılmayacağı, eğer belge olarak kabul edilebilecekse bunun hangi hallerde mümkün olabileceği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Makalede bu konunun mümkün olduğunca açıklığa kavuşturulabilmesi için, suça ilişkin genel bazı bilgiler verildikten sonra belge kavramı üzerinde durulmuş, daha sonra elektronik ortam ve bilgisayar verisi kavramları ile konuya ilişkin özel düzenlemeler incelenmiş ve nihayet sorunlu noktalarda çözüme yönelik önerilere yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Sahtecilik, Belge, Veri, Elektronik Ortam, Elektronik İmza.

### **ABSTRACT:**

*“Forgery of documents”* offenses have a common practice in criminal law. This offense contains many questions of debate for both doctrine and jurisprudence because of the complexity of either its way to commit or its object. In this context, it is an important problem to decide whether *“electronic data”* is a *“document”* as object of the offense and if so, in which conditions we can consider the electronic data as a document. In this article, in order to enlighten this issue, after giving a general information on the offense, the notions of document, electronic media and computer data are examined, then special regulations on this topic are analysed and finally, some propositions to settle the debated points are made.

**Keywords:** Forgery, Document, Data, Electronic Media, Electronic Signature.

---

\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi

\*\* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

## GİRİŞ

Bilgisayar ve diğer teknolojik buluşların kullanımının yaşamın her alanında giderek artması, bir taraftan yeni suç tiplerinin ortaya çıkmasına neden olurken diğer taraftan klasik suçların konusunu ve işleniş şekillerini değiştirmiştir. Anılan başkalaşım ve gelişimin önceden tahmin edilememesi veya en azından eş zamanlı olarak takip edilememesi, korunması gerekli bazı önemli hukuki değerleri ihlal eden ve haksızlık içeriği oldukça fazla olan birçok fiilin yaptırımsız kalmasına neden olmuştur. Bu durum, kanunilik ve belirlilik ilkeleri ile kıyas ve kıyasa yol açacak yorum yasağı gibi ceza hukukunun temel değerleri karşısında olağan ise de, yasama faaliyetlerindeki öngörüsüzlük ve yetersizliğin dikkate değer örneklerinden birisidir. Bilhassa bilişim ve hukukun kesiştiği noktalarda ortaya çıkan bu nitelikteki sorunların, teknolojik gelişmelerden yoğun şekilde etkilenen ve Türk Ceza Hukuku uygulamasında önemli bir yeri olan “*belgede sahtecilik suçları*” bağlamında da karşımıza çıktığını görmekteyiz.

Belgede sahtecilik suçları üzerine yazılmış birçok önemli eser bulunmakla birlikte, özellikle detay sayılabilecek noktalar bakımından üzerinde durulması gereken birçok husus bulunmaktadır. Bu düşünceden hareketle çalışmamızda, uygulamada yoğun şekilde gündeme gelen “*elektronik ortamdaki veriler*”in söz konusu suçun konusunu oluşturan “*belge*” kavramını karşılayıp karşılamadığı konusu, bilimsel dayanaklarıyla irdelenerek sorun teşkil edebilecek noktalara değinilmiş ve çözüme yönelik önerilere yer verilmiştir.

## I. SAHTECİLİK SUÇLARINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

### A. Genel Olarak

Genelde “*sahtecilik*”, özelde ise “*belgede (evrakta) sahtecilik*”; insan yaşamında şu veya bu şekilde karşılaşılan bir olgudur. Sahtecilik, kriminolojik özellikleri itibariyle çok değişik eğitim ve meslek grubundan hemen herkesin işlediği ya da işleme olasılığı bulunan bir suç olarak, bazen belli bir menfaat sağlamak amacıyla ortaya çıkabileceği gibi, bazen de -*kendince*- anlamsız veya mantıksız sayılabilecek bürokratik bariyerleri aşmak amacıyla gerçekleştirilebilmektedir.

Sahteciliğin, diğer bazı suç tiplerine (ör. kişilere karşı işlenen vücut dokunulmazlığını ihlal, cinsel dokunulmazlığa saldırı vb.) nazaran haksızlık içeriğinin göreceli olarak azlığı, bu fiillerin sonuçları üzerinde fazla düşünülmeden, etik değerler bariyeriyle karşılaşmadan veya fark edilmeden işlenmesini sonuçlayabilmektedir. Hâlbuki, bu suçların cezasının fazlalığı bir tarafa, birçok hak mahrumiyetine<sup>1</sup> sebep

<sup>1</sup> Sahtecilik suçları, hukukumuzda yüz kızartıcı suç kategorisinde kabul edildiğinden Anayasa (md. 76) başta olmak üzere, birçok kanunda (ör. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu md.11; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 45/A) hak yoksunluğuna sebep olmaktadır



olması ve bunun da nispeten uzun süreli oluşu<sup>2</sup> gözetildiğinde oldukça önemli bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sahtecilik suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın “*Özel Hükümler*” başlıklı İkinci Kitabının, “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı Üçüncü Kısımının, “*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*” isimli Dördüncü Bölümünde (md. 197-212) düzenlenmiştir. Bu hükümlerde sahtecilik fiilleri suçun konusundan hareketle yapılan bir ayrımla; “*para ve paraya eşit değerlerde sahtecilik (md. 197-198, 201)*”, “*kıymetli damgalarda sahtecilik (md. 199, 201)*”, “*mühürde sahtecilik (md. 202)*”, “*resmi belge ve bu hükümdeki belgelerde sahtecilik (md. 204, 210)*”, “*resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (md. 205)*”, “*Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (md. 206)*” ve “*özel belgede sahtecilik (md. 207)*” olarak tanımlanmıştır.

## B. Korunan Hukuki Değer

Kanunda düzenlendiği yer göz önüne alındığında, sahtecilik suçlarının kamu güvenine karşı suçlardan olduğu ortadadır. Bununla birlikte, bu husus, sahtecilik suçlarıyla sadece kamu güveninin korunmasının amaçladığını değil; bu değeri failin bu yolla ihlal ettiği diğer özel menfaatlerden üstün tuttuğunu ortaya koymaktadır<sup>3</sup>. Belirtelim ki, kamu güveni, toplum halinde bir arada yaşamının zorunlu unsurunu teşkil eder; bu anlamda, belirli belge, şekil ve şeylere güven duyulmayan bir ortamda toplumsal ilişkilerin yürütülmesi mümkün olmaz<sup>4</sup>. Diğer taraftan sahtecilik fiilleri muhatapları açısından malvarlığı vb. açılardan bir zarar veya zarar tehlikesi doğurduğundan<sup>5</sup> ve bu suçlarla anılan değerler de korunmak istendiğinden, belgede sahtecilik suçları birden fazla hukuki değeri koruyan/çok konulu suç tipleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

## II. SUÇUN UNSURLARI

Belgede sahtecilik suçunun oluşması için, kanuni tanımdaki bütün objektif ve sübjektif unsurların gerçekleşmesi ve olayda herhangi bir hukuka uygunluk

---

[Bu konuda bkz. **Arslan, Çetin**, “*Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)*”, AÜHFD, Yıl: 2007, Cilt: 56, Sayı: 4, s. 1-53].

<sup>2</sup> Nitekim, 25.5.2005 tarih ve 5352 sayılı “*Adli Sicil Kanunu*”nun (RG, 01.06.2005/25832) “*Adli sicil ve arşiv bilgilerinin silinmesi*” başlıklı 12. maddesinde; “*arşiv bilgileri*”nin silinmesi için, aralarında sahtecilik suçlarının da bulunduğu yüz kısaltıcı suçlar ile diğer bazı suçlar bakımından onbeş veya otuz yılın geçmesi aranırken (yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl, aksi halde otuz yıl), diğer suçlar bakımından beş yıl yeterli görülmüştür.

<sup>3</sup> **Erman, Sahir**, Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku Cilt III, İstanbul 1987, s. 8; **Güngör, Devrim**, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 17.

<sup>4</sup> **Güngör**, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, s. 18.

<sup>5</sup> CGK, 12.11.2002, 209/379.

nedeninin bulunmaması gerekir. Bu bağlamda failin, “*kasten (bilerek ve isteyerek)*”, suç tanımlarında “*sahtecilik*” olarak öngörülen fiilleri ika etmesi, yani başkalarını aldatacak şekilde<sup>6</sup>;

- Belgeleri sahte ve/ veya gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi veya
- Gerçek bir belgeyi değiştirmesi (eklemeler veya çıkarmalar yapması) veya
- Bu belgeleri kullanması gerekmektedir (TCK md. 204, 207)<sup>7</sup>.

“*Sahtecilik (sahtekârlık)*” “*sahte işler yapma, düzmecilik*” anlamına gelmektedir<sup>8</sup>. Geniş anlamda ceza kanunları tarafından yaptırıma bağlanan bütün hile/yalan şekillerini kapsayan<sup>9</sup> bu kavram; ceza hukuku terimi olarak ve dar anlamıyla, “*gerçeğin hileli şekilde değiştirilmesi, gerçeğin tahrif edilerek farklı gösterilmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>10</sup>.

Sahteciliğin iki yönü bulunmaktadır: Bunlardan birincisi “*sahih (hakiki)*” olmama diğeri ise, “*gerçek*” veya “*doğru*” olmamadır<sup>11</sup>. Sahih olmama, “*para ve kıymetli damga gibi çeşitli nesnelere*” hakkında söz konusu iken, gerçek veya doğru olmama “*yazıya geçirilmiş beyanlar ve -konumuz bazında- veriler*” bakımından akla gelebilmektedir. Dolayısıyla, elektronik ortamda gerçekleşecek sahtecilik fiillerinin, “*gerçek olmama*” veya “*doğru olmama*” bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

### III. BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNDA KONU: BELGE

#### A. Genel Olarak

Bilindiği üzere, suçun unsurlarından birisi de hareketin yönelik olduğu ve suç tipinde belirtilmiş olan konudur<sup>12</sup>. Her suçun mutlaka bir konusu vardır<sup>13</sup> ve

<sup>6</sup> “...Sahtelikten söz edebilmek için, düzenlenen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir. Başka bir deyişle, sahteliğin beş duyuyula anlaşılabilir olmaması gerekir. Özel bir incelemeye tâbi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılabilen belge, sahte belge olarak kabul edilmesi gerekir...” (Madde gerekçesi, p. 13).

<sup>7</sup> CGK, 25.05.2004, 2004/6-93, 126; İşaret edelim ki, özel belgede sahtecilik suçunda (TCK md. 207) resmi belgedeki sahtecilik suçundan (TCK md. 204) farklı olarak, sahte belgenin kullanılması seçimlik değil, zorunlu unsurdur.

<sup>8</sup> **TDK, Büyük Türkçe Sözlük** [http://www.tdk.gov.tr, (erişim tarihi: 29.11.13)]. Bu bağlamda, “*sahte*” sıfatı ise, “*1. Bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece 2. Uydurma. 3. Gerçek olmayan, yalancı: 4. mec. Yapmacık*” anlamlarına gelmektedir [**TDK, Büyük Türkçe Sözlük**, http://www.tdk.gov.tr, (erişim tarihi: 29.11.13)].

<sup>9</sup> **Erman**, Sahtekârlık Suçları, s. 1-4.

<sup>10</sup> **Gökçen, Ahmet**, Belgede Sahtecilik Suçları, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 35.

<sup>11</sup> **Güngör**, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, s. 23.

<sup>12</sup> **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 45.

genellikle maddi bünyeye sahip bir “şey (insan, eşya vs.)”dir<sup>14</sup>. Bununla birlikte, konunun maddi bünyeye sahip olması zorunlu bir husus değildir<sup>15</sup>; zira suç tiplerinde hareketin yönelik olduğu konu çeşitli “hukuki” veya “tabii” nitelikler içinde belirtilebilmektedir<sup>16</sup>. Örneğin; kasten yaralama suçunda (TCK md. 86) “mağdurun vücudu”, hırsızlıkta (TCK md. 141) “başkasına ait taşınır mal”, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenilmesi ve kayda alınmasında (TCK md. 133) “aleni olmayan konuşma ve söyleşi”<sup>17</sup>, özel hayatın gizliliğinin ihlalinde (TCK md. 134) “özel yaşam”, dolandırıcılıkta (TCK md. 157) “herhangi bir malvarlığı değeri (bu taşınır veya taşınmaz bir mal olabileceği gibi bir alacak hakkı da olabilir)”<sup>18</sup>, irtikâp (TCK md. 250) ve rüşvette (TCK md. 252) “yarar”<sup>19</sup>, casuslukta (TCK md. 328) “gizli kalması gereken bilgiler”, hakarette (TCK md. 125) ise “kişinin şerefi”dir<sup>20</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde bir değerlendirme yaptığımızda, belgede sahtecilik suçunun konusunun “belge” olduğunu söylememiz gerekir. Zira, failin sahtecilik/sahtekârlık teşkil eden fiilinin yönelik olduğu şey, söz konusu “belge(ler)”dir. Aşağıda öncelikle klasik anlamda belge kavramı ve daha sonra konumuzu oluşturan elektronik ortamdaki veriler incelenecektir.

<sup>13</sup> Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 441; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2011, s. 200; Aksi düşünce: Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2005, s. 94; Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 144.

<sup>14</sup> Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III, s. 45; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 225. Bu nedenle suçun konusu doktrinde çoğunlukla “suçun maddi konusu” olarak adlandırılmaktadır: Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, 9. Baskı, İstanbul, 1985, no. 470.

<sup>15</sup> Aksi yönde: Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 94.

<sup>16</sup> Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III, s. 45; Fransız Yargıtay’ı 14 Ekim 2000 tarihli kararında “maddi varlığı olmayan şeyler”in de güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabileceğine karar vermiştir (bkz. Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 546 dn. 136).

<sup>17</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (5. Baskı), s. 463.

<sup>18</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (5. Baskı), s. 554.

<sup>19</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (5. Baskı), s. 744, 760. Yazarlar (s. 760) buradaki “yarar”ı isabetli bir şekilde, “kamu görevlisinin, ekonomik, hukuksal veya kişisel durumunu objektif olarak iyileştiren her türlü edim” olarak maddi, manevi ve hukuki bünyeye sahip bütün olguları kapsayacak şekilde tanımlamaktadırlar [bkz. Arslan, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK md. 235), 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 177-178].

<sup>20</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı), s. 442.

## B. Belge

### 1. Belge Kavramı ve Türleri

5237 sayılı TCK (md. 204-212) ile kanunumuza giren “*belge (Osm. kayıt, evrak, vesika, vesaik, vesika)*” terimi, 765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu (765 sayılı mülga TCK) “*evrak (varaka/yazılı kâğıt)*” karşılığı kullanılmakta<sup>21</sup> ve “*Bir gerçeğe/olguya tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika, doküman*” olarak tanımlanmaktadır<sup>22</sup>. Madde gerekçesinde de belgenin aslında “*yazılı kâğıt (varaka)*” olduğu ifade edilmiş, ancak araç plakaları örneğindeki gibi, metal levhaya yazı yazılmasının da belgenin oluşumu için yeterli olduğu açıklanmıştır. Belirtelim ki, TCK’nin 197-212. maddelerindeki belgede sahtecilik suçlarının maddi konusunun hepsinin fiziki evrak karşılığı olarak ifade edilen belgelerden oluştuğu görülmektedir. Gerçekten, TCK’de “*para ve paraya eşit değerler*” (md. 197-198), “*kıymetli damgalar*” (md. 199), “*mühür*” (md. 202), “*resmi belge ve bu hükümdeki belgeler*” (md. 204, 210) ve “*özel belge*” (md. 207) sahtecilik suçlarının konusu olarak yer almıştır. Bir diğer anlatımla, TCK’nin “*Kamu Güvenine Karşı Suç*” olarak tanımlayıp ihlalini yaptırma bağladığı fiillerin hepsinde, “*evrak*” olarak adlandırılan şeyle, fiziki anlamda belgeler konu edilmiştir.

Hukuk terminolojisinde ise “*belge*”; “*Bir olayı nakleden veya bir irade beyanını içeren, toplumsal hayatta uyumsuzlukların önlenmesi ve/veya bir vakanın ispatına dair ihtiyaçların giderilmesinde önem arz eden, kamunun güvenmesi için gereken unsurlara sahip her türlü yazı*”dır.<sup>23</sup>

Kanunumuzda belgenin tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte İsviçre Ceza Kanunu (İCK)’nin 110/5. maddesinde bu konuda bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; “*Belge, hukuksal açıdan önemli olan olguları ispat etmek için oluşturulmuş bulunan işaret veya bunun için belirlenmiş ve buna elverişli olan yazılardır. Aynı amaca hizmet eden bilgisayar veya bant kayıtları yazılı biçime eşit tutulur.*”<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Nitekim 204. maddenin gerekçesinde (p. 3) bu hususla ilgili olarak, “*Belge, eski dilimizdeki ‘evrak’ kelimesi karşılığında kullanılmakta olup, yazılı kâğıt anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, yazılı kâğıt niteliğinde olmayan şey, ispat kuvveti ne olursa olsun, belge niteliği taşımamaktadır...*” ifadeleri yer almaktadır.

<sup>22</sup> **Gökçen**, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 71; “*Belge*” Yazın Terimleri Sözlüğü (1974)’nde, “*Bir olgunun, bir olayın, bir savın doğruluğunu gösteren tanık değerindeki yazı, yazıt, söz, nesne, yapıt*”, Bilişim Terimleri Sözlüğü’nde ise, “*Genellikle kalıcı nitelikte ve kişi ya da makinece okunabilen bir veri ile bunun yazılı olduğu veri ortamı*” şeklinde tanımlanmaktadır [bkz. <http://www.tdk.gov.tr>, (erişim tarihi: 10.12.2013)].

<sup>23</sup> **Güngör**, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, s. 45.

<sup>24</sup> **Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

TCK'de "**belge**"; "*resmi belge (TCK md. 204)*", "*özel belge (TCK md. 207)*" ve "*resmi belge yerine geçen belge (TCK md. 210)*" olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname resmi belge hükmündeki belgelerdir (TCK md. 210).

## 2. Belgenin Unsurları

Yukarıda da işaret edildiği üzere, yazılı kâğıdın veya evrakın belge niteliğini kazanması için bazı unsurları ihtiva etmesi zorunludur. Bu nedenle, TCK anlamındaki belgenin yazılı olması, hukuken anlamı olan bir içeriğin bulunması ve düzenleyenin belli olması gerekmektedir<sup>25</sup>.

### a. Yazılı Olma

Belgeden söz edilebilmesi için gerekli olan ilk şey, yazılı olmasıdır. Dolayısıyla belge, maddi/fiziki varlığı olan bir şeyle sıkı sıkıya bağlılık içinde bulunmalı ve gözle algılanabilmelidir. Bu nedenle, sözlü açıklamalar, fotoğraflar, manyetik şeritler, bilgisayar programları ve elektronik ortamdaki verilerin belge olarak kabul edilmesi olanaksızdır<sup>26</sup>.

Bir düşünceyi veya olayı aktarması koşuluyla yazının türü, dili, hangi araçla yazıldığı önemli değildir<sup>27</sup>; ancak bir kâğıt veya elverişli bir cisme kaydedilmiş olması [(ör. metal levha (araç plakası)] zorunludur<sup>28</sup>. Belgenin yansıttığı içeriğin delil gücünü haiz olması zorunluluğu karşısında, asıl yerine geçenler hariç, "*suretler*" belge sayılmaz. Bu nedenle fotokopi, faks ve e-mail çıktısı belge sayılmadığından sahteciliğe de konu olamaz<sup>29</sup>.

### b. Düzenleyicisinin Belli Olması

Belgenin ikinci unsuru, düzenleyicisinin belli olmasıdır. Zira belge, kişisel bir delil aracı olmasını onu oluşturanın kimliğinden elde eder. Bu anlamda bel-

<sup>25</sup> Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 458-469.

<sup>26</sup> Tezcan /Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (7. Baskı), s. 691.

<sup>27</sup> Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 460.

<sup>28</sup> 11. CD, 22.02.2007, 2007/8681, 2007/1073. (UYAP). Nitekim TCK'nin 204. maddesinin gerekçesinde konuyla ilgili olarak; "...yazılı kâğıt niteliğinde olmayan şey, ispat kuvveti ne olursa olsun, belge niteliği taşımamaktadır (p. 3)./ Kâğıt üzerindeki yazının, anlaşılabilir bir içeriğe sahip olması ve ayrıca, bir irade beyanını ihtiva etmesi gerekir (p. 4)./ ...Her ne kadar, belgeden söz edilen durumlarda yazılı bir kâğıdın varlığı gerekli ise de; bazı durumlarda belgenin varlığını kabul için, yazının kâğıt üzerinde bulunması gerekmez. Bir metal levha üzerine yazı yazılması hâlinde de belgenin varlığını kabul etmek gerekir. Bu itibarla, araç plakaları da resmi belge olarak kabul edilmek gerekir (p.10)..." denmektedir.

<sup>29</sup> Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (7. Baskı), s. 693-694.

ge, onu düzenleyeni kişiselleştirmeli veya en azından teşhis edilebilir kılmalıdır<sup>30</sup>. Belgeyi düzenleyen kimliği çoğu zaman belgenin altındaki imzadan anlaşıldığından, imzanın zorunlu olmadığı haller (ör. tekel bandrolleri, piyango biletleri vb.) dışında bulunmaması, söz konusu yazının belge olarak kabul edilmesine engel teşkil eder<sup>31</sup>.

İmzanın kural olarak elle atılması/ ıslak imza olması zorunlu ise de, Elektronik İmza Kanunu (EİK)'da düzenlenen hallerde olduğu gibi, istisnai olarak kanunda belirtilen farklı yöntemlerle de oluşturulabilir<sup>32</sup>.

### *c. Hukuken Değeri Olan Bir İçeriğinin Bulunması*

Belgenin hukuken önem taşıması, ispata elverişli olması, bu konuda bulunması zorunlu olan bir diğer unsurdur<sup>33</sup>. Hukuk alanında önemi olan her olay veya olgu, ispata elverişlilik kavramı içerisinde olduğundan, bir belgenin konusunu oluşturmaya elverişlidir. Bu nedenle, yok hükmünde olan, hukuki bir önem veya etkiye sahip olmayan ya da herhangi bir düşünsel içeriği bulunmayan yazılar sahtecilik suçu bağlamında belge unsuru olarak kabul edilmezler<sup>34</sup>. Buradan hareketle, hukuken önemli olmayan belge üzerinde yapılan veya hukuki sonuç doğurmayan bir sahtecilik, herhangi bir zarar veya zarar tehlikesi oluşturmadığından, gereksiz/ faydasız/ lüzumsuz sahtecilik olarak niteleneceğinden sahtecilik suçunu da vücut vermez<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Danimarka Ceza Kanunu (DCK)'nın düzenlemesi bu unsurları açıkça tanımlaması bakımından örnektir. Gerçekten anılan Kanun'un 171. Par. 2. fıkrasına göre; belge altında düzenleyicinin adı ve imzası bulunan irade açıklamasıdır. Bunların yanında belge, hukuki ilişkiler açısından delil yeterliliğine sahip olmalı ve ayrıca sorumluluk doğuran veya sorumluluktan kurtaran bir niteliğe de sahip olmalıdır (**Gökçen**, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 60-61, 68).

<sup>31</sup> **Tezcan/ Erdem/ Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (7. Baskı), s. 692; **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 465-467.

<sup>32</sup> Belirtelim ki, 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 04.02.2011/27836)'na göre, "güvenli elektronik imza da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur" (14-15). Keza "imza atamayanların, imza yerine usu2lüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilmeleri" (md. 16) bu konudaki istisnalara örnek gösterilebilir.

<sup>33</sup> TCK'nin 204. maddesinin gerekçesine (p. 8) göre de; "...Bir belgeden söz edebilmek için, kâğıt üzerindeki yazının içeriğinin hukukî bir kıymet taşıması, hukukî bir hüküm ifade etmesi, hukukî bir sonuç doğurmaya elverişli olması gerekir...".

<sup>34</sup> **Tezcan/ Erdem/ Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (7. Baskı), s. 692-693; **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 463-465.

<sup>35</sup> Sahtecilikle ulaşılmak istenen sonuç sahtecilik yapılmamış olsa dahi gerçekleşebiliyorsa, faydasız/ lüzumsuz sahtecilik söz konusudur. Örneğin, sanığın vekâletnamede olmadığı zannettiği bir yetkiyi eklemesi, kendisinin de şikâyet hakkı bulunduğu halde, başka kimselerin adını yazarak şikâyet dilekçesini kaymakamlığa vermesi gibi. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir: "...Düğün eşyası (mihir senedi) cihaz hibe senedi" başlıklı suçta konu belgede tanık olarak ismi bulunan müşteki adına atılmış olan imzanın sahte iddiasından ibaret olayda; geçerli olabilmesi için her hangi bir şekil şartı öngörülmeden suça konu belgenin tanık olmadan

## C. Elektronik Ortam ve Bilgisayar Verisi

Veriler teknolojik cihazların özelliğine göre mekanik, optik, manyetik, manyeto-optik ve elektronik ortam gibi<sup>36</sup> farklı ortamlarda bulunabilir. Günümüzdeki kullanım alanının yaygınlığı ile Çalışmamızın bilgisayarlarla ilişkili sahtecilik fiillerini konu edinmiş olması itibarıyla belirtilenlerden sadece elektronik ortamı ve bu ortamdaki verileri ele alacağız.

### 1. Elektronik Ortam

Elektronik cihazlar, temel yapı taşlarında silisyum, germanyum ve galyum elementleri kullanılarak imal edilmekte olup; bu maddelerin arasında mikro veya nano boşluklar bırakılarak elektronların bu elementler arasında kuantum sıçramaları yani elektronların orbital (yörünge) değiştirmesi sağlanarak mantıksal işlemler yaptırılır<sup>37</sup>.

Elektronik ortam, son kullanıcının içeriğine erişmesi için elektronik veya elektromekanik enerji kullanan, geleneksel medyanın aksine, son kullanıcının erişmesi için basılı biçimlere ihtiyaç duyulmayan ortamları ifade eder<sup>38</sup>. Elektronik cihazların veri oluşturma, saklama, değiştirme gibi fonksiyonları çeşitli elektronik unsurlarla gerçekleştirildiğinden, delil olarak kullanılacak verilere etkisi olan her türlü elektronik cihaza da elektronik ortam denilebileceği ifade edilmektedir<sup>39</sup>. Nitekim, 5651 sayılı Kanun'un tasarı metninde de “*elektronik ortam*” terimi kullanılmış ve Gerekeç’de bu kavramının, İnternet ve bilişim ağlarını da kapsayacak şekilde geniş kapsamlı olduğuna dikkat çekilmiştir<sup>40</sup>. Kısacası, elektronik ortam kavramı, üzerinde verilerin yer alabildiği tüm elektronik cihazların ve bunlara bağlı donanımların, bileşenlerin yanında İnternet ve diğer bilgisayar ağlarını da kapsayıcı bir terimdir.

---

*düzenlenmesi halinde de geçerli olacağı, sahte olduğu kabul olunan imzanın belgenin iki tanısından birisine ait olduğu, diğer tanık ile kefile ait imzaların sahte olduğuna dair bir iddia bulunmadığı gibi belgede borçlu olarak gösterilen ‘Y Y’ imzasının bulunmadığı da gözetildiğinde, tanık olarak ismi gösterilen şahıs adına sahte imza atılmasının faydasız sahtecilik olması...”* 11. CD. 04.06.2012, 2011/6748- 2012/10676 (UYAP).

<sup>36</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/Digital\\_ortam](http://tr.wikipedia.org/wiki/Digital_ortam) (26.12.2013).

<sup>37</sup> <http://tr.wikipedia.org/wiki/Elektronik> (26.12.2013).

<sup>38</sup> <http://en.wikipedia.org/wiki/Elektronic-media> (26.12.2013).

<sup>39</sup> **Göksu, Mustafa**, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil (1086 sayılı HMUK ve 6100 sayılı HMK çerçevesinde), Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 9.

<sup>40</sup> Ancak, daha sonra Tasarı'nın komisyon görüşmeleri sırasında bu terimden -isabetsiz olarak- vazgeçilerek “*İnternet ortamı*” terimine yer verilmiş ve bu hâliyle kanunlaşmıştır. Belirtilen tartışmalar ve söz edilen değerlendirmeye için bkz. **Özen, Muharrem/ Baştürk, İhsan**, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim- İnternet ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 14-15.

## 2. Bilgisayar Verisi

Günümüzde, gerek kamu kuruluşları, gerekse gerçek ve tüzel kişiler faaliyetlerinin çok büyük bir bölümünü elektronik ortamda yürütmekte, iletişim elektronik ortamda yapılmakta dolayısıyla birçok metin de artık elektronik olarak oluşturulmakta ve/veya erişilmekte ve saklanmaktadır<sup>41</sup>. Belirtilen metinlerin içeriği, esası “veri” olarak adlandırılan ve bilgisayar sisteminin nüvesini oluşturan unsurlardır. Bu itibarla, elektronik ortamda oluşturulan veya saklanan bilgisayar verilerinin TCK anlamında “belgeyi” oluşturup oluşturamayacakları konusu irdelenmelidir.

Bilişim Terimleri Sözlüğü’nde “veri”; “Olgu, kavram ya da komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimsel ve uzlaşım sal bir gösterimi. Elverişlilik, kişiler ya da özdevimli makinelerle iletişim, yorum ya da işleme uygunluk biçiminde düşünülür.” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>42</sup>

“Veri” genel olarak, belirli kurallara göre bilgi olarak anlaşılabilir ve özellikle plana uygun olarak (çoğunlukla da mekanik olarak) işlenmesi ve ortaya konulması mümkün işaretler akla gelmekte, bu yönüyle veriler bilgileri ulaşılabilir, okunabilir ve idare edilebilir yapmaktadır<sup>43</sup>. Bir diğer ifadeyle “veri”, bilgisayar sistemlerinin temel birimi, üzerinde yükseldiği yapıtıdır<sup>44</sup>. Gerçekten, bilgisayarla işlenen ve/veya saklanan her şeyin türü ve biçimi ne olursa olsun “veri” olduğu kuşkusuzdur. Bu veriler bir yazı, resim, görüntü, ses ya da çoklu bir medya ürünü şeklinde tezahür edebilir. Kısacası, bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilmesi mümkün her türlü değer veridir.

Verinin ne olduğu hususunda TCK’de açık bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece TCK’nin 243. maddesinin gerekçesinde “sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkıradaki geçen veri teriminin kapsamındadır” ifadesiyle genel bir çerçeve ortaya konulmuştur. Gerçekten, TCK’nin 135. maddesi “kişisel verilerin kaydedilmesi” suçunu<sup>45</sup>, 136. maddesi ise “kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu”nu düzenlediği halde verinin ne olduğu konusunda anılan madde gerekçelerinde de bir açıklık bulunmamaktadır.

<sup>41</sup> Nitekim Ülkemizde ceza muhakemesinin de Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi -UYAP- vasıtasıyla yürütüldüğü; yine Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) kullanımına başlanmış olup, yakın bir zamanda elektronik tebligat sürecinin de işlemeye başlayacağı bilinmektedir.

<sup>42</sup> <http://www.tdk.gov.tr/BSTS/> Bilişim Terimleri Sözlüğü, (erişim tarihi: 10.12.2013).

<sup>43</sup> Popp, Andreas, “Bilgi Teknolojisi ve Ceza Hukuku” (Çev. Hakan Hakeri), İnternet Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. s. 89.

<sup>44</sup> Yenidünya, Caner/ Değirmenci, Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 47.

<sup>45</sup> Kişinin kendi nefesine ait bilgilerin, şüphesiz özel hayata ve hayatın gizli alanına dâhil olmakla, TCK’nin 135. maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesinin suç olarak tanımlandığına ilişkin ayrıca bkz. Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 267-268.



5271 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)”nin 38/A-1 maddesinde, “Her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kullanılır. Bu işlemlere ilişkin her türlü veri, bilgi, belge ve karar, UYAP vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır” kuralı getirilmiştir. Yine 6100 sayılı “Hukuk Muhakemesi Kanunu (HMK)”nın 199. maddesinde ise, “elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarının bu Kanuna göre belge olduğundan” söz edilmektedir. Görüldüğü üzere TCK, CMK ve HMK’da “veri” kavramından söz edilmesine rağmen verinin ne olduğu tanımlanmamıştır.

Bununla birlikte “veri” kavramı konusunda bir tanıma 5070 sayılı “Elektronik İmza Kanunu (EİK)”nun<sup>46</sup> 3/a maddesinde rastlıyoruz. Buna göre, “Elektronik veri: Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları ifade eder.” Diğer taraftan 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (5651 sayılı Kanun)”un<sup>47</sup> 2/1-k maddesinde ise “veri”; “...Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri ifade eder” şeklinde tarif edilmiştir.

Siber suçlulukla mücadele alanında “referans metni” olarak nitelendirilebilecek olan<sup>48</sup> “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (Sözleşme)”ne göre ise<sup>49</sup> “bilgisayar verisi” terimi<sup>50</sup>; bir bilgisayar sisteminin belli bir işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılımlar da dâhil olmak üzere, bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun nitelikteki her türlü bilgi ve kavramı ifade eder (Sözleşme md. 1/b). Bu tanım “International Standart Organisation (ISO)”nun<sup>51</sup> veri tanımına

<sup>46</sup> Bkz. RG. 23.01.2004/ 25355.

<sup>47</sup> 04.05.2007 tarihinde kabul edilen 5651 Sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”, 23.05.2007 tarih ve 26530 sayılı RG.’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>48</sup> **İçel, Kayıhan**, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri”, İÜHFM, Yıl: 2001, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, s. 4.

<sup>49</sup> Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CPDC) bünyesindeki Uzmanlar Komitesi tarafından hazırlanan Sözleşme taslağı ve ekindeki Açıklayıcı Rapordan (*Explanatory Report*) oluşan “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi” (*Convention on Cybercrime*) 01 Temmuz 2004’de yürürlüğe girmiştir. “Siber Suç Sözleşmesi Ek Protokol” (*Additional Protocol to the Convention on Cybercrime*) ise, 1 Mart 2006’da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’yi, Türkiye Cumhuriyeti 10 Kasım 2010 tarihinde imzalamış ise de henüz Anayasa’nın 90. maddesine göre TBMM tarafından onaylanarak yürürlüğe konulmuş değildir. Sözleşme’nin metni için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm>, (erişim tarihi: 10.12.2013). Sözleşme’nin resmi olmayan Türkçe çevirisi için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/ConventionOtherLg\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/ConventionOtherLg_en.asp), (erişim tarihi: 10.12.2013). Keza Sözleşme’nin söz edilen Türkçe çevirisinin “düzeltilmiş” şekli için bkz. **Özen/ Baştürk**, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim- İnternet ve Ceza Hukuku, s. 351-381.

<sup>50</sup> Çalışmamızda Sözleşme’ye uygun olarak “bilgisayar verisi” veya kısaca “veri” terimi tercih edilmiştir.

<sup>51</sup> <http://www.iso.org/iso/home.html>, (erişim tarihi: 20.12.2013).

dayanmaktadır. Sözleşme’de söz edilen verilerin elektronik ya da doğrudan işlenebilir diğer biçimlerde olduğunu açıkça belirtmek için “bilgisayar verisi” kavramı kullanılmıştır<sup>52</sup>.

### 3. Verinin Niteliği ve Fiziki Belgeden Farkları

Söz ettiğimiz metinlerden de anlaşılacağı üzere, verinin ayırt edici niteliği, bilgisayar ya da başka bir makine tarafından doğrudan işlenebilir olması veya işlenmeye, depolanmaya uygun özellik taşıması hususudur. Burada ilkesel olarak hemen şu tespit yapılabilir: Elektronik ortamda oluşturulan, işlenen veya saklanan bir veri, yazı (metin) biçiminde ifade edilse dahi, daha önce açıklanan şekilde uygun bir nesne üzerine aktarılmadığından, fiziki bir evrak olmadığı açıktır. Bilgisayar suçlarının birçoğu yanında belgelerde sahtecilik suçunun da konusunu oluşturabilecek verinin maddi/fiziki olmayan doğası, “belge olarak” kabul edilmesini mümkün kılmamaktadır<sup>53</sup>. Ancak, günümüzde bilgisayar ortamında oluşturulan elektronik belgelerin yaygınlığı ve işlevleri göz önüne alındığında, bunların da aynen fiziki belgelerde olduğu üzere sahtecilik suçuna konu edilmesi ve toplum nezdinde bu verilere duyulan güvenin de hukuken korunması gerekliliği düşünülmelidir.

## IV. ELEKTRONİK ORTAMDA SAHTECİLİK

Bilgisayar kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte birçok yeni hukuki değer ortaya çıkmış ve bunların korunması gerekmiştir. Örneğin sahtecilik suçu oluşumu, cismi olan şeylerle ifade edilmiş beyanların, varakanın sahte olarak teşkilini gerektirmekte; bu nedenle, bilgisayarda saklanan verilerin tahrif edilmesi suç kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>54</sup>.

Elektronik ortamda sahtecilik suçu, elektronik ortamda saklanan belgelerdeki verilerin değiştirilmesi olup, bu suçta bilgisayar, sahtecilik fiilinin işlenmesinde bir araç olarak kullanılmaktadır<sup>55</sup>. Dolayısıyla, elektronik ortamda yürütülen faaliyetlerin devamlılığının sağlanabilmesi ve bunlara duyulan toplumsal güvenin himayesi bağlamında, elektronik ortamdaki veriler üzerinde gerçekleştirilecek sahtecilik fiillerinin de ceza hukuku koruması altına alınması gerekmektedir.

<sup>52</sup> *Explanatory Report*, 24. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm>, (erişim tarihi: 10.12.2013).

<sup>53</sup> **Sieber, Ulrich**, “*Bilgisayar Suçluluğu*” (Çev. Yener Ünver), *İnternet Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 20-21, 25.

<sup>54</sup> **Dönmezer, Sulhi**, *Kişilere ve Mala Karşı Suçlar*, 16. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2001, s. 615.

<sup>55</sup> **Koca, Mahmut**, “*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku*” *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, Cilt III, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 803.

### A. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde Bilgisayar Verilerinde Sahtecilik

Sözleşme'nin 7. maddesinde; “*Taraflardan her biri, söz konusu verilerin doğrudan doğruya okunabilir ve anlaşılabilir nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın bilgisayar verilerine yeni veriler ilave etme ve bilgisayar verilerini değiştirme, silme veya erişilemez kılma ve böylece orijinal verilerden farklı veriler meydana getirme fiilinin, söz konusu farklı verilerin hukukî açıdan orijinal veriler gibi değerlendirilmesi amacıyla, kasıtlı olarak ve haksız şekilde yapıldığında kendi ulusal mevzuatı kapsamında cezaî birer suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır*” kuralı getirilmiştir.

Sözleşme'nin Gerekçesi niteliğindeki Açıklayıcı Rapor'a göre; “*Bu maddenin amacı, fiziki belgelerle ilgili sahteciliğe paralel bir suç tesis etmektir*<sup>56</sup>. Ceza hukukundaki, bir belgedeki ifadelerin ya da beyanların görsel olarak okunabilirliğini şart koşan ve elektronik olarak saklanan verilere uygulanamayan geleneksel sahtecilikle ilgili boşlukların doldurulması amaçlanmaktadır. Bu hüküm, yasal geçerliliği olan kamusal ve özel belgenin eşdeğeri olan verileri ele almaktadır. Doğru ve yanlış verilerin izinsiz olarak ‘ilave edilmesi’, sahte bir belgenin üretilmesine karşılık düşmektedir. Daha sonraki değiştirmeler (farklı hâle getirme, farklı biçimlerini üretme, kısmi değişiklik), silme (verilerin veri ortamından çıkarılması) ve erişilemez kılma (verilerin gizli tutulması, saklanması) genel olarak hakiki bir belgenin tahrifine eş gelmektedir.”<sup>57</sup>

Gerçekten, elektronik ortama duyulan güvenin korunması ve bu faaliyetlerin sürdürülebilirliğinin sağlanmasının yolu, elektronik ortamda gerçekleşebilecek sahtecilik fiillerinin ceza hukuku yaptırımları ile korunmasından geçmektedir. Görüldüğü üzere, Sözleşme'nin 7. maddesi, bilgisayar (verileriyle) ilişkili sahtecilik fiilleri söz konusu olduğunda Sözleşme'ye taraf devletlerin kendi ulusal mevzuatı kapsamında belirtilen fiillerin cezaî birer suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapması konusunda yükümlülük getirmektedir. Bu itibarla, Sözleşme ile getirilen “*bilgisayar (verileriyle) ilişkili sahtecilik fiillerinin cezaî birer suç olarak tanımlanması*” yükümlülüğünün Sözleşme'nin tarafı olan Ülkemiz bakımından yerine getirilip getirilmediğinin Ceza Adalet Sistemimiz bağlamında irdelenmesi gereklidir.

### B. Kanunilik İlkesi Bakımından Elektronik Ortamda Sahtecilik Fiilleri

Elektronik ortamda oluşturulan, işlenen veya saklanan bir verinin yazı (metin) biçiminde ifade edilse dahi, daha önce açıklanan şekilde uygun bir nesne üzerine aktarılmadığı için fiziki bir evrak olmadığını tespit etmiştik. Dolayısıyla, elektronik ortamdaki verilerin ceza hukuku korumasından yararlanabilmesi

<sup>56</sup> Bkz. *Explanatory Report*, No. 81.

<sup>57</sup> Bkz. *Explanatory Report*, No. 81, 83.

gündeme geldiğinde, bu sahtecilik fiillerinin de açıkça suç olarak tanımlanmış olması kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Bilindiği üzere, kanunilik ilkesi, kanunda açıkça suç olarak tanımlanmamış bir fiil için hiç kimsenin cezalandırılmayacağı ve suç olarak tanımlanmış olan fiillerin cezalarının da kanunda açıkça gösterilmesi gerekliliğini ifade eden ceza hukukunun temel taşlarından birisidir.

Kanunilik ilkesi karşısında, elektronik ortamdaki belgelerin ceza hukuku korumasından yararlanmalarının ancak ceza kanunlarında onlara “belge” niteliği tanınmasıyla ve veriler üzerinde işlenecek sahtecilik fiillerinin cezalandırılabilmesinin de bu fiillerin ceza kanunlarında açıkça suç olarak tanımlanmaları ile mümkün olabileceği açıkça ortaya çıkmaktadır<sup>58</sup>. Bu anlamda, gerek 765 sayılı mülga TCK gerekse TCK ile elektronik, optik veya benzeri ortamlarda hukuki sonuç doğurabilecek işlem tesisine ve/veya belge düzenlenmesine ilişkin olarak özel düzenlemeler getiren “bazı normların”<sup>59</sup> irdelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

### C. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanununda Elektronik Sahtecilik

765 sayılı mülga TCK'nin 525/c maddesinde kısaca “verilerde sahtecilik” olarak adlandırılabilir bir fiili suç olarak tanımlamıştı<sup>60</sup>. Buna göre; “Hukuk

<sup>58</sup> Bilindiği üzere, TCK'nin 297. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokmak veya bulundurmamak suç olarak tanımlanırken; aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında (1) numaralı fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişinin hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmişti. Anayasa Mahkemesi bu hükmü kanunilik ve belirlilik ilkesine aykırı bularak iptal ederken, işaret ettiğimiz hususlara paralel şekilde içtihat etmiştir: “...Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır...” (AYM, 7.7.201, 2010/69, 2011/116).

<sup>59</sup> Mevzuatımızda elektronik, optik veya benzeri ortamlarda sonuç doğurabilecek işlem yapılmasına ve/veya belge düzenlenmesine ilişkin olarak özel düzenlemeler getiren ve sayıları onlarla ifade edilebilecek norm bulunmakla birlikte **çalışmamızın amacı ve sınırları itibarıyla bunlardan en önemli görülenlerinin inceleme konumuza dâhil edildiğini** belirtmeliyiz. Belirtilen konuda ayrıca bkz. **Türkiye Bilişim Derneği Ankara Şubesi Bilişim Hukuku Çalışma Grubu**, Bilişim Mevzuatı, Türkiye Bilişim Derneği Yayını, Ankara, 2013; **Göksu**, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, s. 157-165.

<sup>60</sup> Belirtilen suç konusunda bkz. **Önder, Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 507-508. **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı

alanında delil olarak kullanılmak maksadıyla sahte bir belgeyi oluşturmak için bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan bir sisteme, verileri veya diğer unsurları yerleştiren veya var olan verileri, diğer unsurları tahrif eden kimse...” (md. 525/c) cezalandırılmaktaydı. Bu hükmün getiriliş amacı, fiziki belgelerde yapılan sahteciliğe paralel bir suç tipini elektronik ortamda yapılabilecek sahtecilik fiilleri için de tesis etmektir. Doktrinde, bu suç tipiyle yeni bir hukuki belge oluşturulduğu; böylelikle, yazılı bir belgenin ispat aracı olabilmesi bakımından gerekli üç şarttan birisinin yani, bunun maddi bir bünyeye sahip olarak devamlılık göstermesi şartının yeni bir boyut kazanarak korunan farklı bir hukuki konu meydana getirdiği ifade edilmektedir<sup>61</sup>.

765 sayılı mülga TCK'nin 525/c maddesiyle, birbiriyle bağlantılı ancak birbirinden bağımsız iki ayrı suç tipi oluşturulmuştu. Bunlardan ilki, “*hukuk alanında delil olarak kullanılmak üzere sahte belge üretimi için bilişim sistemine veri yüklenmesi ya da mevcut verilerin tahrif edilmesi*” diğeri ise, “*bu şekilde elde edilmiş belgelerin kullanılması*” suçuydu<sup>62</sup>. Bu suç tipleri, “*bilgilerin yerleştirilmesi veya var olan verilerin tahrif edilmesi*” ve “*tahrif edilen bilgilerin bilerek kullanılması*” olarak da adlandırılmaktaydı<sup>63</sup>.

#### D. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Elektronik Sahtecilik

765 sayılı TCK, elektronik belgeler yönünden 525/c maddesini vazetmek suretiyle problemi çözmüş iken, 5237 sayılı TCK'de benzeri bir düzenlemeye yer vermemiştir. Başka bir anlatımla 5237 sayılı TCK'de mülga TCK'dekine benzer biçimde elektronik belgelerin “*belge*” olarak kabul edilebileceklerine ve sahtecilik suçunun konusunu oluşturabileceklerine ilişkin bir norm mevcut değildir. Dolayısıyla, ceza hükmü içeren başkaca özel kanunlarda “*ayrıca düzenlenmiş olmadığı sürece*”, elektronik ortamdaki verilerin ceza hukuku anlamında “*belge*” olarak kabul edilmeleri ve ceza hukuku korumasından yararlanmaları mümkün değildir<sup>64</sup>. Dolayısıyla, bilgisayar sistemine hukuka aykırı olarak girilerek gerçeğe aykırı olarak verilerin sisteme yüklenmesi veya değiştirilmesi hâlinde, ortada fiziki anlamda bir belge mevcut olmadığı için, fiil TCK md. 204

şı Suçlar, s. 619-620. **Dülger, Murat Volkan**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Suçları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 287-302. **Nacar, Fatma Burcu**, Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye'de Bilişim Suçlarının Ceza Hukukundaki Uygulamaları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010, s. 74-75.

<sup>61</sup> **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 507-508.

<sup>62</sup> **Dülger**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Suçları, s. 288.

<sup>63</sup> **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 508.

<sup>64</sup> Belirtelim ki, bu konu Alman Ceza Kanunu'nun 268. maddesi (bkz. **German Criminal Code** (Translation of the German Criminal Code provided by Prof. Dr. Michael Bohlander, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/), 29.11.13) ile İtalyan Ceza Kanunu'nun 491 bis maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. (**Gökçen**, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 56).

veya 207’de tanımlanan suçları oluşturmayacaktır<sup>65</sup>. Belirtilen eksiklik nedeniyle, bilgisayarlarla ilişkili sahtecilik fiillerinin resmi veya özel evrakta sahtecilik suçunu değil, TCK’nin 244/2. maddesinde düzenlenen verileri değiştirme veya yok etme suçunu oluşturmakta, bu da *-yaptırım açısından-* doktrinde bir tür ödüllendirme olarak nitelendirilmektedir<sup>66</sup>. Kısacası TCK, elektronik ortamda gerçekleşecek sahtecilik fiilleri yönüyle Sözleşme’de öngörülen yükümlülükleri karşılamaktan uzaktır<sup>67</sup>.

## E. Konuya İlişkin “Bazı” Özel Düzenlemeler

Ceza hukukunda kıyas veya kıyasa yol açacak şekilde yorum yasak olduğuna göre, *-açık bir norm bulunmadığı sürece-* elektronik ortamdaki verilerin evrak veya belge olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bilgisayarla sahtecilik suçu bakımından bazı ülkeler –İsviçre, İngiltere ve Almanya örneğinde olduğu gibi<sup>68</sup>- “*belge*” kavramını genişletmek üzere belirtilen terimi, disk, teyp ve benzeri diğer teknolojik araçları da kapsar hale getirmişlerdir. Mevzuatımızda “*belge*” kavramını belirtilen biçimde genişletmeye imkân tanıyan pozitif bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, kanun koyucu elektronik verilerin belge olarak kabul edildiği bazı halleri özel olarak düzenlemiştir.

### 1. Güvenli Elektronik İmza ve Elektronik Sertifikalarda Sahtekârlık

EİK’ye<sup>69</sup> göre; güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan, elektronik imzadır (md. 4). Güvenli elektronik imza, imza oluşturma verisi, imza doğrulama verisi, elektronik sertifika ve zaman damgası gibi unsurlardan oluşmaktadır. Elektronik imzanın oluşturulması ve doğrulanması amacıyla kullanılan ve bir eşi daha olmayan şifreler, kriptografik gizli veya açık anahtarlar gibi bileşenlerden meydana gelmektedir.

Güvenli elektronik imza oluşturulması için kullanılan araçlarla veri güvenliği en üst düzeyde sağlanmakta ve elektronik imza ile oluşturulan verilere de hukuken geçerlilik tanınmaktadır. Nitekim EİK, “*Güvenli elektronik imza, elle*

<sup>65</sup> **Güngör**, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, s. 51.

<sup>66</sup> **Yazıcıoğlu, R. Yılmaz**, “*Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi*”, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 05 Mart 2005, s. 107.

<sup>67</sup> **Özen/ Baştürk**, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim- İnternet ve Ceza Hukuku, s. 127.

<sup>68</sup> **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Suçlar, s. 619.

<sup>69</sup> RG, 23.01.2004/25355.

atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur” ilkesini getirerek yeni bir belge türü yaratmıştır (md. 5/1). Kanun diğer taraftan, “İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı”(md. 16) ile “Elektronik sertifikalarda sahtekârlık” (md. 17) olarak adlandırdığı iki suç tipini de ihdas etmiştir.

Sonuç olarak, EİK gereğince oluşturulan belgeler, *-kanunlardaki istisnai düzenlemeler hariç-* ıslak imzalı belgelerle aynı hukuki değere sahip olduklarından (md. 5/1-2)<sup>70</sup>, bu nitelikteki belgeleri/ verileri fiziki belge ile eşdeğer kabul etmek zorunludur. **Dolayısıyla, ancak güvenli elektronik imza ile oluşturulan veriler “belge” olarak kabul edilebilecek ve bilgisayarlarla ilişkili sahtecilik fiilinin maddi konusunu oluşturabilecektir.**

## 2. Elektronik Ortamdaki Veriler ve Bunlara Benzer Bilgi Taşıyıcıları

HMK'nın 199. maddesine göre, “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.” Nitekim bu hükme paralel olarak, adli hizmetlerin yürütülmesi çerçevesinde HMK'nın 445/1. maddesinde, “Elektronik işlemler” başlığı altında, UYAP Bilişim Sistemi'nin, adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan bilişim sistemi olduğuna işaret edildikten sonra, bu sistemde güvenli elektronik imza ile oluşturulan belgelerin fiziki belge ile eşdeğer olduğu ilkesine yer verilmiştir<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> *Güvenli elektronik imzanın hukukî sonucu ve uygulama alanı*

Madde 5- Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez.

*Elektronik sertifikalarda sahtekârlık*

Madde 17- (Değişik: 23/1/2008 – 5728/526 md.) Tamamen veya kısmen **sahte elektronik sertifika** oluşturanlar veya geçerli olarak oluşturulan elektronik sertifikaları taklit veya tahrif edenler ile bu elektronik sertifikaları bilerek kullananlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçlar elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanları tarafından işlenirse bu cezalar yarısına kadar artırılır.

<sup>71</sup> Elektronik işlemler

MADDE 445- (1) Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan bilişim sistemidir. Dava ve diğer yargılama işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirildiği hâllerde UYAP kullanılarak veriler kaydedilir ve saklanır.

(2) Elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilir, harç ve avans ödenebilir, dava dosyaları incelenebilir. Bu Kanun kapsamında fizikî olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan tutanak ve belgeler ayrıca fizikî olarak gönderilmez, belge örneği aranmaz.

Elektronik belgelerin HMK çerçevesinde, senetle ispat mecburiyeti bulunan hallerde delil başlangıcı oldukları durumlarda veya delil sözleşmesinin var olduğu hallerde, senetle ispat mecburiyetinin bulunmadığı uyuşmazlıklarda ise Kanunun 192. maddesi gereğince her halde delil olarak ibraz edilebilmesi mümkün olacaktır<sup>72</sup>.

### 3. Ceza Muhakemesinde Elektronik İşlemler

Çağımızın gelişmiş teknolojik şartlarında ceza muhakemesi işlemlerinin yürütülmesinde elektronik ortamın sağladığı kolaylıklardan yararlanmamak düşünülemez. Bu bağlamda, CMK'nın 38/A maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Bu Kanun kapsamında fiziki olarak hazırlanması öngörülen her türlü belge ve karar elektronik ortamda düzenlenebilir, işlenebilir, saklanabilir ve güvenli elektronik imza ile imzalanabilir*" kuralı yer almaktadır. Bu norm ile UYAP Bilişim Sistemine yasal geçerlilik kazandırılmış olduğu gibi<sup>73</sup> ceza muhakemesi işlemlerinin elektronik ortamda yürütülmesine de imkân sağlanmıştır. Yine aynı maddenin beşinci fıkrasında ise, "*Elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belgeye yer verilir.*" normuna yer verilerek, güvenli elektronik imzalı belgeye fiziki olarak düzenlenene kıyasla üstünlük tanınmıştır.

### 4. İcra ve İflas Hukukunda Elektronik İşlemler

İcra ve İflas Kanunu da (İİK)<sup>74</sup> kendi alanındaki işlemlerin elektronik ortamda yürütülebilmesine imkân tanımıştır. Kanun'un 8/a maddesinin ilk fıkrasına göre, icra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerinde UYAP Bilişim Sistemi kullanılır; her türlü veri, bilgi, belge ve karar, UYAP Bilişim Sistemi vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, "*usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğu*" ve "*güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haiz olduğu*" ilkesi benimsenmiştir.

---

(3) Elektronik ortamdan fizikî örnek çıkartılması gereken hâllerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir.

(4) Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.

(5) Mahkemelerde görülmekte olan dava, çekişmesiz yargı, geçici hukuki koruma ve diğer tüm işlemlerde UYAP'ın kullanılmasına dair usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

<sup>72</sup> **Göksu, Mustafa**, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, s. 149.

<sup>73</sup> Belirtilen düzenleme yürürlüğe girmeden önce UYAP Bilişim Sisteminin ceza muhakemesi hukuku bakımından yasal dayanakta yoksun olduğuna ve bir an önce düzenleme yapılması gerektiğine dair eleştiriler için bkz. **Özen/ Baştürk**, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim- İnternet ve Ceza Hukuku, s. 162-164.

<sup>74</sup> RG. 19.06.1932/2128.



İİK'nın belirtilen düzenlemesine göre, “Güvenli elektronik imza, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan belge ve kararlarda, kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesi ve mühürleme işlemini öngören hükümler uygulanmaz.” (İİK md. 8/a-2). Bu itibarla, İİK kapsamında gerçekleştirilen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulan işlemlerin “belge” niteliğinde bulunduğu kuşkusuzdur.

### 5. Kayıtlı Elektronik Posta ve Elektronik Tebligat İşlemleri

Türk Ticaret Kanunu (TTK)<sup>75</sup>, tacirler arasındaki belirli işlemlerin güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta (KEP) sistemi ile yapılabilmesine imkân tanımıştır (md. 18, 1525)<sup>76</sup>. Diğer taraftan, Tebligat Kanunu<sup>77</sup> da “elektronik tebligat” sistemini çağdaş bir tebliğ seçeneği olarak benimsemiştir. Hem kayıtlı elektronik posta hem de onun bir türevi olarak nitelendirilebilecek olan elektronik tebligat sisteminin “güvenli elektronik imza” altyapısı üzerinden işlediği bilinmektedir (TTK md. 18/3, KEP Yönetmeliği)<sup>78</sup>. Bu itibarla, kayıtlı elektronik posta ile elektronik tebligat işlemlerinin EİK'nın 5/1-2. maddesi gereğince ıslak imzalı belgelerle aynı hukuki değere sahip olduklarından, elektronik ortamda düzenlenmiş olmalarına rağmen “belge” olarak kabul edilmeleri sebebiyle, sahtecilik suçunun konusunu oluşturmaları mümkündür.

### 6. Vergi Usul Hukukunda Elektronik İşlemler

Vergi Usul Kanunu (VUK)<sup>79</sup>, hukukumuzda elektronik belge ve kayıtlara en fazla yer veren düzenlemelerden birisini oluşturmaktadır. Kanun'un “Elektronik ortamdaki kayıtlar ve elektronik cihazla belge düzenleme” başlıklı mükerrer

<sup>75</sup> RG. 14.02.2011/ 27846.

<sup>76</sup> Madde 18/3.- Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.

Madde 1525.- (1) Tarafların açıkça anlaşmaları ve 18'inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak şartıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder.

(2) Kayıtlı elektronik posta sistemine, bu sistemle yapılacak işlemler ile bunların sonuçlarına, kayıtlı posta adresine sahip gerçek kişilere, işletmelere ve şirketlere, kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcılarının hak ve yükümlülüklerine, yetkilendirilmelerine ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esaslar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından bir yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelik bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren beş ay içinde yayımlanır.

<sup>77</sup> RG. 19.02.1959/10139.

<sup>78</sup> Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik için bkz. RG. 25.08.2011/28036.

<sup>79</sup> RG. 10.01.1961/10703-10705.

242/1. maddesi, “elektronik cihazlarla düzenlenen belgeler ile özel cihazlardan çıkarılan pulları ihtiva eden belgeler, bu Kanun hükümlerine uygun olarak düzenlenmiş belge hükmündedir” ilkesini getirmiştir. Metinden anlaşıldığı üzere, burada söz edilen ödeme kaydedici cihaz ve benzeri amaçlı özel elektronik cihazlardır. VUK’un anılan maddesinin 4731 sayılı Kanun’la değişik 2. fıkrasında ise, elektronik defter, elektronik belge ve elektronik kayıt kavramlarının tanımlamaları yapılmıştır<sup>80</sup>. Diğer taraftan VUK, elektronik defter, belge ve kayıtların oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafaza ve ibrazı ile defter ve belgelerin elektronik ortamda tutulması ve düzenlenmesi uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye, benzeri bazı konular ile bu Kanun kapsamına giren işlemlerde elektronik imza kullanım usul ve esaslarını düzenleme ve denetlemeye Maliye Bakanlığı’nın yetkili olduğunu belirtmiştir (Mükerrer 242. madde/ son fıkra).

Görüldüğü üzere VUK, elektronik defter, elektronik belge ve elektronik kayıtların düzenlenme usulüne ilişkin olarak “güvenli elektronik imza” kullanma zorunluluğundan söz etmemiş, bu konuda düzenleme yapma yetkisini adeta Maliye Bakanlığı’na devretmiştir. Bakanlığın ise, elektronik defter tutulması<sup>81</sup> ve elektronik fatura düzenlenmesi<sup>82</sup> gibi alanlar başta olmak üzere VUK kapsamına dâhil olan temel konularda çıkardığı “tebliğ” niteliğindeki idari işlemlerle elektronik imza kullanma zorunluluğu getirdiği görülmektedir. Bu itibarla, her ne kadar VUK’da açıkça belirtilmemiş olsa da, anılan Kanunun verdiği yetkiye dayanılmak suretiyle ve EİK’nin getirdiği ilkelere uygun olarak güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik defter, elektronik fatura gibi kayıtların “belge” niteliğinde kabul edilmesi gereklidir.

### 7. Aile Hekimlerinde Elektronik Ortamda Tutulan Kayıtlar ve Düzenlenecek Belgeler

Sağlık alanında da konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. 5258 sayılı “Aile Hekimliği Kanunu (AHK)”nın<sup>83</sup>, “Hizmetin esasları” başlıklı deği-

<sup>80</sup> Mükerrer 242. Madde/ 2. (Ek fıkra: 28.12.2001 - 4731 S.K./4. md.): Elektronik defter, şekil hükümlerinden bağımsız olarak bu Kanuna göre tutulması zorunlu olan defterlerde yer alması gereken bilgileri kapsayan elektronik kayıtlar bütünüdür.

Elektronik belge, şekil hükümlerinden bağımsız olarak bu Kanuna göre düzenlenmesi zorunlu olan belgelerde yer alan bilgileri içeren elektronik kayıtlar bütünüdür.

Elektronik kayıt, elektronik ortamda tutulan ve elektronik defter ve belgeleri oluşturan, elektronik yöntemlerle erişimi ve işlenmesi mümkün olan en küçük bilgi ögesini ifade eder.

Bu Kanunda ve diğer vergi kanunlarında defter, kayıt ve belgelere ilişkin olarak yer alan hükümler elektronik defter, kayıt ve belgeler için de geçerlidir. Maliye Bakanlığı, elektronik defter, belge ve kayıtlar için diğer defter, belge ve kayıtlara ilişkin usul ve esaslardan farklı usul ve esaslar belirlemeye yetkilidir.

<sup>81</sup> Elektronik Defter Genel Tebliği (Sıra No: 1) için bkz. 13.12.2011/28141.

<sup>82</sup> Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 397) için bkz. RG. 05.03.2010/27512.

<sup>83</sup> RG. 09.12.2004/ 25665.

şik 5. maddesinin 3. fıkrası, “...Aile hekimlerinin şahsî kayıtları ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulur. Aile hekimlerinin kullandığı basılı veya **elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmî kayıt ve evrak niteliğindedir.** Bu kayıt ve belgeler, hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredilir. İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmî tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir.” hükmünü içermektedir.<sup>84</sup>

AHK kapsamında yürütülecek hizmetlere ilişkin kayıtların ve düzenlenecek belgelerin güvenli elektronik imza kullanılarak düzenlenmesi gerekliliğine ilişkin doğrudan veya dolaylı hiçbir norm bulunmadığı gibi, VUK örneğinde olduğu üzere ilgili bakanlığa bu konuda usul ve esasları belirleme yetkisi de tanınmamıştır<sup>85</sup>. Bu itibarla, söz edilen Kanun’un belirtilen 5/3. maddesindeki “**elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgelerin resmî kayıt ve evrak niteliğinde olduğu**” kuralı bilimsel/teknik dayanağa muhtaç gözükmemektedir. Gerçekten, elektronik ortamda bulunan bir veriye belge olarak hukuki değer izafe etmek teknik olarak ancak bazı şartlarda mümkündür. Bunun için gerekli olan şeylerin başında o verinin (belgenin) içeriğinin ve düzenleyen kişinin kimliğinin doğrulanması gelmektedir. Elektronik ortamda ise bunun sağlanmasının tek yolu, verinin güvenli elektronik imza kullanılarak oluşturulmasından geçmektedir. Bu anlamda, elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile imzalanmamış verilerin bütünlüğünün sağlanması bağlamında ciddi problemlerle karşılaşıldığı hatırlanmalıdır. Dolayısıyla, güvenli elektronik imza ile imzalanmamış bir veriye yasayla da olsa “*resmi belge*” niteliği tanımak yerinde değildir<sup>86</sup>.

#### **F. Bilgisayar Verilerinde Sahtecilik Fiillerine İlişkin Özel Düzenlemeler Bağlamında Değerlendirme**

Kanunilik ilkesi gereğince elektronik belgelerin sahtecilik suçuna konu olabilmesi ve ceza hukuku korumasından yararlanabilmesi için yasa hükmüyle "belge" olarak nitelenmesi zorunludur.

<sup>84</sup> RG. 25.01.2013/28539.

<sup>85</sup> Bkz. [www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-16236/elektronik-imza.html](http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-16236/elektronik-imza.html), (erişim tarihi: 26.12.2013).

<sup>86</sup> Aynı tespit ve değerlendirmemiz 09.10.2003 tarih ve 4982 sayılı “*Bilgi Edinme Kanunu (BEK)*”nun “*tanımlar*” başlıklı 3/1-d maddesinde yer alan “*Bu Kanunda geçen; ...Belge: Kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını...ifade eder.*” hükmü için geçerlidir.

Diğer taraftan aktardığımız bu özel düzenlemeler kapsamında bilgisayar verileri/ belgeleri üzerinde işlenen bir sahtecilik fiilinin suç olarak kabulü için tek dayanağın “EİK hükümlerine göre güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş bir verinin/ belgenin varlığı” olduğu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten söz edilen Kanun, “güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağı” ilkesini kabul ederek belirtilen özellikteki bilgisayar verilerine hukuki koruma sağlamıştır. Dolayısıyla, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından, güvenli elektronik imza ile oluşturulmamış bir verinin “belge” olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, bilgisayar verisi güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş ise -diğer şartların da bulunması halinde- “belgede sahtecilik” suçu oluşturabilecektir. Aksi halde, eylem başka bir suç oluştursa dahi (ör. dolandırıcılık) sahtecilik suçunu oluşturmayacaktır.

## SONUÇ

Bilgisayar kullanımının yaygınlaşması nedeniyle ortaya çıkan bazı yeni hukuki yararlar vardır ve bunların da himayesi gereklidir. Bu bağlamda fiziki belgelerde sahtecilikte olduğu üzere, bilgisayar verilerinde gerçekleştirilecek sahtecilik fiillerinin de ceza hukuku koruması altına alınması, bilgisayar ortamında gerçekleşen faaliyetlere duyulan toplumsal güvenin korunması açısından gereklidir.

Ülkemizin de taraf olduğu ve alanında “referans metni” olarak nitelendirilen Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, taraf devletlerin bilgisayarlarla ilişkili sahtecilik fiillerini kendi ulusal mevzuatı kapsamında cezaî birer suç olarak tanımlaması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapması yükümlülüğünü getirmiştir. Böylelikle Sözleşme, fiziki belgelerle ilgili sahteciliğe paralel bir suç tesis etmeyi amaçlamıştır. Sözleşme’nin 7. maddesinde belirtilen fiilin karşılığına 765 sayılı mülga TCK’nin 525/c maddesinde yer verilmiş olmasına rağmen, yeni TCK’de benzeri bir hükmün bulunmaması önemli bir eksiklik olarak dikkat çekmektedir. Bu anlamda, TCK’de bilgisayarla ilişkili sahtecilik fiillerini suç olarak tanımlamamak suretiyle Sözleşme’deki yükümlülüklerin yerine getirilmediği dikkat çekmektedir. Anılan eksiklik nedeniyle elektronik ortamda gerçekleştirilen ve özel düzenlemeler kapsamına da girmeyen sahtecilik fiilleri ya tamamen cezasız kalmakta veya daha az ceza gerektiren bir suçu (ör. verileri değiştirme veya yok etme) oluşturmaktadır ki, bu da suçla mücadelede olumsuz bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

EİK, “Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur” (md. 5/1-2) ilkesini getirerek yeni bir belge türü yaratmış olmakla bu Kanun gereğince oluşturulan belgeler, -kanunlardaki istisnai düzenlemeler hariç- ıslak imzalı belgelerle aynı hukuki değere sahip olduklarından, bu nitelikteki belgeleri/ verileri fiziki belge ile eşdeğer kabul etmek zorunludur. Dolayısıyla

la, ancak güvenli elektronik imza ile oluşturulan veriler “belge” olarak kabul edilebilecek ve bilgisayarlarla ilişkili sahtecilik fiilinin maddi konusunu oluşturabilecektir. Bu anlamda HMK, CMK, İİK uyarınca UYAP Bilişim Sistemi üzerinden gerçekleştirilen işlemler başta olmak üzere, kayıtlı elektronik posta ve elektronik tebligat işlemleri, VUK uyarınca gerçekleştirilen ve güvenli elektronik imza kullanılarak oluşturulan verilerin “belge” olarak kabul edilmesi ve ceza hukuku korumasından yararlandırılması hukuka uygundur. Ancak, AHK’da yer alan verileri güvenli elektronik imzayla imzalanma şartı aranmaksızın doğrudan resmi belge olarak kabul eden norm, elektronik ortamdaki verilerin bütünlüğünün korunması gibi önemli bir unsur/hususunu ihmal ederek onlara adeta “*sebepsiz bir güven*” atfetmekte ve EİK’ye dayanmaksızın belirtilen verilere doğrudan belge niteliği tanıyan yönüyle bilimsel/teknik dayanaktan mahrum gözükmektedir. Gerçekten, güvenli elektronik imza ile imzalanmış olma şartı aranmaksızın belirtilen verilere “*resmi belge*” niteliği tanıyan bu hüküm, önemli sorunlar doğurma potansiyeli taşıyan bir düzenleme olarak dikkat çekmekte olup yeniden ele alınması gerekmektedir.

Son olarak, taraf olduğumuz Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’ne uygun şekilde “*bilgisayarla ilişkili sahtecilik fiillerinin TCK’de suç olarak tanımlanması ve böylelikle bilgisayar ortamına duyulan güvenin ceza hukuku yaptırımlarıyla korunması gerekliliğinin*” süratle gerçekleştirilmesinin, elektronik ortamda yürütülen faaliyetlere duyulması gereken güvenin korunması bakımından önemli bir ihtiyaç olduğunu ifade etmeliyiz.

**KAYNAKÇA**

- Arslan, Çetin**, “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)”, AÜHFD, Yıl: 2007, Cilt: 56, Sayı: 4.
- Arslan, Çetin**, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK md. 235), 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Suçlar, 16. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2001.
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, 9. Bası, İstanbul, 1985.
- Dülger, Murat Volkan**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Suçları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Erman, Sahir**, Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku Cilt III, İstanbul, 1987.
- Explanatory Report**, 24. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm>, (erişim tarihi: 10.12.2013).
- German Criminal Code** (Translation of the German Criminal Code provided by Prof. Dr. Michael Bohlander, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/), erişim tarihi: 29.11.13).
- Gökçen, Ahmet**, Belgede Sahtecilik Suçları, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Göksu, Mustafa**, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil (1086 sayılı HMUK ve 6100 sayılı HMK Çerçevesinde), Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Güngör, Devrim**, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010.
- İçel, Kayhan**, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri”, İÜHFİM, Yıl: 2001, Cilt: LIX, Sayı: 1-2.
- Koca, Mahmut**, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku” Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt III, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Nacar, Fatma Burcu**, Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye’de Bilişim Suçlarının Ceza Hukukundaki Uygulamaları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010.
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992.
- Önder, Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

- Özen, Muharrem/ Baştürk, İhsan**, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2011.
- Popp, Andreas**, “*Bilgi Teknolojisi ve Ceza Hukuku*” (Çev. Hakan Hakeri), İnternet Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Sieber, Ulrich**, “*Bilgisayar Suçluluğu*” (Çev. Yener Ünver), İnternet Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- TDK Büyük Türkçe Sözlük** (<http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi: 29.11.2013)
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2005.
- Türkiye Bilişim Derneği Ankara Şubesi Bilişim Hukuku Çalışma Grubu**, Bilişim Mevzuatı, Türkiye Bilişim Derneği Yayını, Ankara, 2013.
- Ünver, Yener**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz**, “*Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi*”, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 05 Mart 2005.
- Yenidünya, Caner/ Değirmenci, Olgun**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm>, (erişim tarihi: 10.12.2013).
- [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/ConventionOtherLg\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/ConventionOtherLg_en.asp), (erişim tarihi: 10.12.2013).
- <http://www.iso.org/iso/home.html>, (erişim tarihi: 20.12.2013).





## CEBİR SUÇU (TCK m.108)

*Doç. Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT\**

### I. GİRİŞ

Cebir suçu TCK m.108'de; *“(1) Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.”* biçiminde düzenlenmiştir.

### II. ESKİ VE YENİ YASANIN KARŞILAŞTIRILMASI

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası m.108'de düzenlenmiş bulunan cebir suçunun karşılığı 765 Sayılı Türk Ceza Yasası m.188'de düzenlenmiştir.

765 Sayılı TCK'da cebir ve şartlı tehdit suçu birlikte düzenlenmişken 5237 sayılı TCK'da tehdit suçuna m.106'da ayrıca yer verilmiştir. Ayrıca 765 sayılı mülga Yasa'da cebir sonucu istenene ulaşılmışsa bu durum ağırlatıcı hal teşkil ederken, benzer hüküm 5237 sayılı Yasa'ya alınmamıştır<sup>1</sup>. Yine 765 sayılı TCK'da fiilin silahla, failin kendisini tanınmayacak hale sokarak ya da birkaç kişi tarafından birlikte işlenmesi hali ağırlatıcı neden olarak belirlenirken, bu haller 5237 sayılı TCK'ya alınmamıştır<sup>2</sup>.

Cebir suçunun işlenmesi sonucunda tüzel kişi yararına haksız menfaat sağlanmış ise tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmolunacağı düzenlemesine 5237 sayılı TCK'da yer verilmişken böyle bir hal 765 sayılı TCK'da bulunmamaktadır<sup>3</sup>.

5237 Sayılı TCK'da düzenlenmiş cebir suçunun cezası da 765 sayılı TCK'da yer alan cebir suçundan farklı belirlenmiştir.

---

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

<sup>1</sup> M. E. Artuk/A. Gökçen/A. C. Yenidünya, TCK Şerhi, Özel Hükümler, Madde 76-131, 3. Cilt, Ankara 2009, 2800-2801.

<sup>2</sup> O. Yaşar/H. T. Gökçen/M. Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III (Madde 86-146), Ankara 2010, 3602-3603.

<sup>3</sup> Yaşar/Gökçen/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3603.

### III. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Cebir suçu ile korunan hukuksal değer, bireylerin kendi istek ve iradeleri ile karar alabilme ve almış buldukları karar doğrultusunda hareket edebilme özgürlüğüdür. Ayrıca kişinin vücut bütünlüğü de korunan hukuki değer olarak ortaya çıkmaktadır<sup>4</sup>.

### IV. SUÇUN KONUSU

Cebir suçunun konusu bireyin *irade özgürlüğü*dür<sup>5</sup>.

### V. SUÇUN FAİLİ

Cebir suçunun faili herkes olabilir. Ancak fail kamu görevlisi ise zorlama ile çıkar elde etmişse irtikap suçu (TCK m.250) oluşacaktır<sup>6</sup>. Ayrıca görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri suçun işlenmesinde kullanmışsa bu durum-da hakkında TCK m.266 hükmü<sup>7</sup> gereğince cezanın artırımına gidilecektir.

### VI. SUÇUN MAĞDURU

Cebir suçunun mağduru bakımından bir özellik söz konusu değildir. Madde düzenlemesinde “kişi” den söz edildiği için herkes mağdur olabilir.

Suç kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek maksadıyla işlenecek olursa bu durumda TCK m.265’de düzenlenmiş bulunan görevi yaptırmamak için direnme<sup>8</sup> suçu söz konusu olacaktır.

<sup>4</sup> N. Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2012, 72; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3604; A. Parlar/M. Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, (Madde 1-140), Ankara 2007, 895; İ. Üzülmöz, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, 168.

<sup>5</sup> N. Toroslu, Ceza Hukuku, Özel Kısım, Ankara 2012, 72.

<sup>6</sup> V. Ö. Özbek/M. N. Kanbur/K. Doğan/P. Bacaksız/İ. Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, 383.

<sup>7</sup> Kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma, Madde 266 – “(1) Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”.

<sup>8</sup> Görevi yaptırmamak için direnme, Madde 265 – “(1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. / (2) Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi halinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. / (3) Suçun, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. / (4) Suçun, silahla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. / (5) Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Yaşı veya akıl hastalığı nedeniyle temyiz kudretine sahip olmayanlar da cebir suçunun mağduru olabilirler<sup>9</sup>.

Tüzel kişilerin cebir suçunda mağdur olmaları ise, suç kişi özgürlüğüne karşı suçlardan olduğundan, mümkün değildir. Bu durumda da suç tüzel kişinin çalışanları, diğer bir ifade ile gerçek kişilerdir<sup>10</sup>.

## VII. SUÇUN UNSURLARI

### 1. Maddi Unsur

*Cebir*, kelime anlamı itibarıyla zor, zorlayış demektir. *Cebir kullanmak* bir işi yaptırmak için zora başvurmak anlamına gelir<sup>11</sup>. Hukuki bakımdan ise *cebiri*, bir kimsenin diğerinin özgür biçimde irade oluşturması ve/veya bu biçimde hareket etmesini engellemeye elverişli şekilde yoğun ve etkin güç kullanması ya da farklı fiziki etkide bulunulması olarak anlaşılmaktadır<sup>12</sup>. Güç herhangi bir teknik araçla yaratılabilecektir. Ayrıca hipnotizma veya uyuşturucu madde kullanılmak da cebir kullanma sayılacaktır. Nitekim TCK m.148/3’de *cebiri karinesine* yer verilmiş ve “Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır” denilmiştir. Uygulanan cebrin biçimi önemli olmadığından serbest hareketli suçtur<sup>13</sup>. Bu açıklama bizi mağdurun karşı koymasını güçleştiren, direncini ortadan kaldıran her etkinin cebir sayılmasını kabule götürür<sup>14</sup>. Gerekçe’de “Latince karşılığı “vis compulsiva” olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir” denilmiştir<sup>15</sup> ve cebrin mutlak surette fiziki güç kullanılarak oluşabileceği belirtilmiştir<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Toroslu, Ceza Hukuku, Özel Kısım, 73; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3604; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 383

<sup>10</sup> Toroslu, Ceza Hukuku, Özel Kısım, 73; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3605.

<sup>11</sup> Türkçe Sözlük, 1 (A-K), Türk Dil Kurumu, Ankara 1983, 204.

<sup>12</sup> D. Tezcan/M. R. Erdem/M. Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2012, 386; E. Cihan, Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m.188), İstanbul 1978, 8; A. Gökcan, “Hürriyete Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, 16.02.2014, saat.20.30.

<sup>13</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 383; Cebir suçunun serbest hareketli bir suç olmadığı görüşü için bak. Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 386.

<sup>14</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 386-387.

<sup>15</sup> N. Centel/H. Zafer/Ö. Çakmut, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 194.

<sup>16</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 383.

Cebir, varolan direnci ortadan kaldırmaya veya ileride belirebilecek direnci kırmaya yönelik olabilir. Zorlama bedene yönelik olmalıdır, ancak bedensel temas koşul değildir<sup>17</sup>.

Cebir istenilen şartı yerine getirmesi beklenen kişiye yönelik olabileceği gibi, yakınlık duyulan üçüncü bir kişiye karşı da olabilir<sup>18</sup>.

Cebir, etkin ve belli bir yoğunluğa ulaşmış, objektif olarak elverişli olmalıdır<sup>19</sup>. Diğer bir ifade ile mağdurun iradesini zorlamaya elverişli bir güç, cebir suçunun oluşumuna vücut verebilecektir. Öte yandan eşya üzerinde güç kullanımını da cebir suçunun meydana gelmesine yol açabilir<sup>20</sup>.

## 2. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK m.24 ve devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından sözkonusu olan genel nitelikteki hükümlerdir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve fiili işleyen cezalandırılmaz. Dolayısıyla, cebir suçu bakımından, somut olayda, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını gösterecek olgularla karşılaşırsa, fail cezalandırılmaz. Çünkü, bir fiilin cezalandırılması, onun tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunmasına bağlıdır. Bu çelişki ve çatışmayı ortadan kaldıran, hukuken geçerli, yazılı veya yazılı olmayan herhangi bir nedenin varlığı, suçun oluşmasını ve fiili işleyenin cezalandırılmasını engeller<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 387.

<sup>18</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 387.

<sup>19</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 383; Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, 178.

<sup>20</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 387; D. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, 218. Eşya üzerinde güç kullanımının cebir sayılmayacağı görüşü için bak. A. Parlar/M. Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, (Madde 1-140), Ankara 2007, 896.

<sup>21</sup> N. Centel/H. Zafer/Ö. Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006, 280 vd.; S. Dönmezer/S. Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, İstanbul 1997, k. no.680 vd.; J. Wessels/W. Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1999, 88 vd.; M. E. Artuk/A. Gökçen/A. C. Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006, 479 vd.; A. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II-III, İstanbul 1992, 145 vd.; K. İçel/F. Sokullu-Akıncı/İ. Özgenç/A. Sözüer/F. S. Mahmutoğlu/Y. Ünver, İçel Suç Teorisi, 2, İstanbul 2000, 93 vd.; K. İçel/A. H. Evik, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2, İstanbul (tarihsiz), 83 vd.; T. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, 248 vd.; B. Öztürk/M. R. Erdem, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2005, 133 vd.; D. Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, 193 vd.; T. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, 19 vd.; İ. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, 254 vd.; H. Hakeri, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005, 122 vd.; V. Ö. Özbek/P. Bacaksız/K. Doğan, Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Ankara 2006, 142-143.

Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz esaslar ışığında TCK m.108'de yer alan cebir suçunun oluşumu için cebirin hukuka aykırı bir nedenle kullanılması gereklidir. Hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni kapsamında zilyetliğin korunması amacıyla bir kimseye karşı hal ve durumun gerektirdiği ölçüde cebir kullanılmışsa veya yasal savunma ya da zorda kalma halinde cebre başvurulmuşsa bu durumda TCK m.108 kapsamında cebir suçunun oluştuğundan söz etmek mümkün olmayacaktır<sup>22</sup>.

### 3. Kusurluluk

Cebir suçu, kasten işlenebilen bir suçtur; genel kast bu suç için yeterlidir<sup>23</sup>. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Faildeki saikin önemi yoktur. Ayrıca suçun terör amacıyla bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda da suç terör suçu sayılacak ve sorumluların cezası da artırılabilecektir (TMK m.4a, m.5).

## VIII. SUÇ VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

### 1. Suçu Ağırlaştırıcı Nedenler (Suçun Nitelikli Halleri)

Cebir suçunun işlenmesi durumunda fail hakkında cezasının artırılması öngören özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sadece cebir suçu nedeniyle faile verilecek cezanın kasten yaralama suçundan verilecek cezanın artırılması suretiyle tespit edileceği belirtilmiştir. Cezanın tespiti bakımından kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinin dikkate alınıp alınmayacağı madde düzenlemesinde açıklığa kavuşturulmamıştır. Kanaatimizce bu biçimde yapılan bir gönderme kasten yaralama suçunun tamamına yapılmış sayılmalıdır. Dolayısıyla cebir suçunun işlenmesi durumunda kasten yaralama suçunun ağır hallerinin meydana gelmesi üzerine verilecek ceza, nitelikli hallerin uygulanması sonucu belirlenecek cezanın artırılması suretiyle tespit edilecektir<sup>24</sup>.

### 2. Suçu Hafifleten Nedenler

Cebir suçunun işlenmesi halinde fail hakkında cezasının hafifletilmesini öngören özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel hükümler arasında yer verilen ve tüm suçlar için geçerli olan genel hafifletici nedenler bu suçta da geçerli olacaktır.

<sup>22</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3607; Toroslu, Ceza Hukuku, Özel Kısım, 75.

<sup>23</sup> Toroslu, Ceza Hukuku, Özel Kısım, 74; Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, 144-145. Suçun oluşumu için özel kast gereklidir görüşü için bak. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 384-385; Soyaslan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 219; S. Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, 174.

<sup>24</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 391; Üzülmüş, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, 174.

## IX. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### 1. Teşebbüs

Cebir suçu salt hareket suçudur. Çünkü mağdur bir şey yapmaya veya yapmamaya ya da failin yapmasına izin vermeye zorlanmaktadır. Bu zorlamanın gerçekleştiği anda fiil tamamlanmaktadır. Failin amacına ulaşmış olması önemli değildir<sup>25</sup>. Dolayısıyla suç ancak icra hareketleri bölünebiliyorsa teşebbüse elverişlidir<sup>26</sup>.

### 2. İctima

Fail tarafından belli bir mağdura karşı bir şeyi yapması veya yapmaması ya da failin yapmasına izin vermesi için farklı zamanlarda güç kullanılması durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır (TCK m.43). Birden fazla mağdura karşı tek bir fiille güç kullanılması durumunda da zincirleme suç söz konusu olur<sup>27</sup>.

TCK m.108'de düzenlenmiş bulunan cebir suçu genel ve tamamlayıcı bir suç tipidir. Bu nedenle bir başka suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olduğunda bileşik (mürekkep) suç söz konusu olacağından ayrıca cebir suçunun uygulanması söz konusu olmayacaktır<sup>28</sup>.

Cebir suçu kamu görevlisine karşı görevini engellemek amacıyla gerçekleştirilirse bu durumda fail hakkında TCK m.265'de yer alan görevi yaptırılmak için direnme suç oluşacaktır.

### 3. İştirak

Cebir suçu, iştirak bakımından bir özellik taşımamaktadır. Suça iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır (TCK m.37-39)<sup>29</sup>.

## X. YAPTIRIM

Cebir suçunu işleyen failin cezası TCK m.108'e göre, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak belirlenecektir. Bu durumda cebir suçu bakımından TCK m.86-87'ye göre esas alınacak cezalar artırılacak ve fail hakkında hükmolunacaktır. Görüldüğü üzere yasakoyucu ce-

<sup>25</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 385.

<sup>26</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 390; E. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, (m.1-140), İstanbul 2006, 435.

<sup>27</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3608.

<sup>28</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3608.

<sup>29</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3608.

zayı madde metninde açıkça belirtmek yerine kasten yaralama suçuna gönderme yapmış ve fakat bu suça ilişkin cezanın da artırılması gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimizce bu durum yasa yapma tekniği bakımından doğru değildir<sup>30</sup>.

Cebir suçu kasıtlı bir suç olduğundan mahkumiyet halinde failin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması söz konusu olacaktır. Bu yoksunluklar kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer (TCK m.53/1-2)<sup>31</sup>.

Suç nedeniyle hapis cezasına mahkumiyete halinde verilen cezanın infazının ertelenmesi koşulları varsa söz konusu olabilir (TCK m.51). Öte yandan verilecek hükmün açıklanmasının geri bırakılması da yasal koşullar oluşmuş ise mümkündür (CMK m.231).

## XI. ZAMANAŞIMI

Cebir suçunun dava zamanaşımı süresi, TCK m.86-87'de düzenlenmiş bulunan kasten yaralama suçuna ilişkin verilecek cezalara göre belirlenecektir. Bu durumda zamanaşımı süreleri suçun işlendiği tarihten itibaren bazı haller bakımından sekiz yıl (TCK m.66/1-e), dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi durumunda en fazla oniki yıl (TCK m.67/4); bazı haller bakımından ise on beş yıl (TCK m.66/1-d), dava zamanaşımını kesen sebeplerin gerçekleşmesi durumunda en fazla yirmi iki yıl altı ay (TCK m.67/4) olarak ortaya çıkacaktır.

Suçun işlendiği sırada fail, oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *yarısı*, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *üçte ikisinin* geçmesi zamanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66).

## XII. MUHAKEMEYE İLİŞKİN KURALLAR

Cebir suçu, adli makamlarca re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi herhangi bir muhakeme şartına bağlanmamıştır. Suçu yargılamakla görevli mahkeme, TCK m.86-87'de düzenlenmiş bulunan kasten yaralama suçlarını

<sup>30</sup> Aynı yönde bak. Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 384.

<sup>31</sup> Söz konusu hak yoksunlukları şunlardır: 1) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun kalma, 2) seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun kalma, 3) velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun kalma, 4) vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun kalma, 5) bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun kalma.

yargılamakla görevli mahkemeler olarak sulh, asliye veya ağır ceza mahkemeleridir<sup>32</sup>. Görevli mahkemenin belirlenmesi bakımından kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerde yer alan cezaların üst sınırı dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır<sup>33</sup>.

### XIII. SONUÇ

Türk Ceza Yasası m.108’de cebir suçu düzenlenmiştir. Cebir suçu genel ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak Yasa’da yer alan birçok suçun işlenmesinde karşımıza çıkmaktadır. Fail, mağdurun bir şeyi yapmasını, yapmamasını veya kendisinin yapmasına izin verilmesini sağlamak için bedene yönelik zorlayıcı güç kullanmaktadır. Kişinin serbestçe hareket etme özgürlüğünü elinden alan bu nitelikteki bir davranış modelinin cezalandırılması toplumsal yaşamın düzen içinde devamı için kaçınılmazdır. İnsanlar nasıl hareket edeceklerini serbest iradeleri ile belirler ve seçerler, aksi bir zorlama hukukla bağdaşmaz ve cezayı gerektirir. Mülga Ceza Yasası’nda olduğu gibi 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nda da farklı olsa da cebir suçunun düzenlenmesi ve yaptırıma tabi kınlanması yerindedir.

---

<sup>32</sup> 26.09.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 10, m.11 ve m.12 (RG 07.10.2004, No.25606).

<sup>33</sup> 26.09.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 14 (RG 07.10.2004, No.25606).



## **KUMAR KABAHAATI (Kabahatler K. m.34)**

*Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA\**

### **GİRİŞ**

Devletler toplumsal düzen ve gelişim bakımından önemli kabul ettiği bazı faaliyetleri denetim altında tutma eğilimindedirler.<sup>1</sup> Kumara ilişkin faaliyetlerin de toplumsal düzeni etkileme potansiyeli olması sebebiyle birçok devlette bu faaliyetlerin denetimine yönelik hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Kanunkoyucumuz da, kumar faaliyetlerinin devlet denetiminde olmasını kamusal menfaat bakımından yerinde görmüş ve bu alana ilişkin cezai alanda da değişik hukuki düzenlemeler getirmiştir.<sup>2</sup>

Biz bu çalışmamızda, yukarıda bahsettiğimiz düzenlemelerden birisi olan Kabahatler Kanununun 34. maddesinde hükme bağlanan, Kumar Kabahatini inceleme altına alacağız. Hukuka aykırı bir fiil sayılmasının ne kadar uygun olduğu son derece tartışmalı olan bu kabahate ilişkin çok fazla çalışma bulunmaması nedeniyle çalışmanın literatüre katkı sağlayacağını umut etmekteyiz. Bu bağlamda teorik tartışmaları da dikkate almak suretiyle konuyu ayrıntılı olarak ele almak temel çalışma yöntemimizi oluşturacaktır.

### **1. KANUNİ DÜZENLEME VE KABAHAATİN HUKUKİ KONUSU**

Yürürlükte bulunan 5326 s. Kabahatler Kanununun *Kumar* başlıklı 34. maddesi şu şekildedir;

*“(1) Kumar oynayan kişiye, yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.*

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Nitekim toplumsal hayata müdahale ederek rasyonel bir toplum oluşturma gayreti, modern devletin en temel özelliklerindedir. Bu konuda bkz. Zygmunt BAUMAN, **Modernlik ve Müphemlik**, (Çev. İsmail Türkmen) Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003, s.24.

<sup>2</sup> Hakan KARAKEHYA, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu,” in: **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** (Nur Centel’e Armağan), C.19, S.2, 2013, s.700

(2) *Bu kabahat dolayısıyla idari para cezasına ve elkoymaya kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir karar verir.*”

Bilindiği üzere, 765 sayılı TCK’da suçlar; kabahatler ve cürümler olmak üzere ikiye ayrılmıştı. Bu nedenle kabahatler de tıpkı cürümler gibi cezai yaptırıma bağlanmış fiillerdendi ve ceza hukuku anlamında suç kabul ediliyorlardı. Kumar oynamak fiili ise mülga 765 s. TCK’nın 568. maddesinde kabahatler arasında düzenlenmişti. Bununla birlikte 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 s. TCK’da, suçlar bakımından kabahat ve cürüm şeklindeki ayırım terk edilmiş; kanunun ikinci kitabını oluşturan özel hükümlerde değişik suç tipleri düzenleme altına alınmıştır. Kabahat türünden bazı hukuka aykırılıklar ise idari yaptırıma bağlı fiiller olarak 5326 s. Kabahatler Kanununda düzenlenmiştir. Yukarıda da paylaştığımız üzere, kumar oynamayı hükme bağlayan düzenleme, idari yaptırıma bağlı kılınmış ve Kabahatler Kanununun 34. maddesine “kumar” başlığı altında yer almıştır. Böylelikle kumar oynama, ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkmıştır.<sup>3</sup>

Kumar kabahatini düzenleyen Kabahatler Kanununun 34. maddesi, kanaatimizce genel ahlaki korumak adına getirilen düzenlemelerden bir tanesidir. Dolayısıyla bu kabahatin hukuki konusu,<sup>4</sup> bir başka deyişle kabahatle korunmaya çalışılan hukuki menfaat *genel ahlak*tır. Bu noktada kanunkoyucunun bu hareket tarzını doğru bulmadığımızı ifade etmek isteriz. Aşağıda bunun ayrıntı-ları ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Ancak kanunkoyucunun bu tercihinin nasıl bir paradoksu da beraberinde getirdiğini şu örnekle ortaya koymak isteriz. Varsayalım ki, kumar oynamak devletin müdahalesini gerektirecek boyutta toplumsal sonuçları ağır olan ve hukuki yaptırıma bağlanması gereken gayri ahlaki bir fiildir. Peki devletin izin verdiği alanda oynanan kumarın toplumsal zararları ortadan kalkmakta mıdır? Yani iddia, milli piyango veya spor toto oynayanlar toplumsal açıdan daha az zarar veya tehlike mi doğurmaktadırlar? Ya da devletten izinsiz oynanınca gayri ahlaki olan kumar, devletin izniyle oynanınca ahlaki bir hale mi gelmektedir?<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Kabahatlerin ve dolayısıyla kumarın suç olmaktan çıkartılmasının bu tür faaliyetlerin toplumda yaygınlaşması sonucunu doğurduğu konusunda bkz. Cüneyd ALTIPARMAK, “*Kumar Kabahati*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 19, s.134

<sup>4</sup> Kabahatlerin de bir takım hukuksal değerleri koruduğu kabul edilmektedir. Zeynel KANGAL, **Kabahatler Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.104; Kabahatler Kanununun 1. maddesinde; “*Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlaki, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla...*” denilmek suretiyle kabahatlerle korunan hukuki değerler ifade edilmiştir. Genel ahlak da bunlardan bir tanesidir.

<sup>5</sup> Bu görüşümüze karşı, “*bu kıyaslama bizi doğru sonuca götürebilecek nitelikte değildir. Kumar oynananın kabahat niteliğinde bir haksızlık sayılması eleştirilebilir, ancak devletin izniyle oynanan çeşitli şans oyunlarından hareketle kumarın da hukuka uygun sayılması gerektiği sonucuna varılamaz. Bu karşılaştırma bizi ‘mademki genelevler var, cinsel saldırıların da suç sayılmaması gerekir’ değerlendirilmesine götürür*” şeklinde eleştiriler yapılabilmektedir.

## 2. KUMARIN HUKUKİ YAPTIRIMA BAĞLANMASININ ELEŞTİRİSİ

Kumar oynamak, bireysel emeğin tamamen dışında, şans faktörüne bağlı olarak bireyin kazanç sağlamasına ya da zarara uğramasına neden olmaktadır. Bu nedenle bireylerin maddi açıdan zora düşmeleri uzak bir ihtimal değildir. Kaldı ki; bu tür oyunların kişilerde bağımlılık yaptığı ve bu kimselerin kendilerini bu tür oyunları oynamaktan alıkoyamadıkları sıklıkla görülmektedir. Özellikle bakmakla yükümlü olduğu bir ailesi olan kimselerin bu tür alışkanlıklar edinmesi halinde, kendisinin yanında tüm ailesinin de maddi açıdan zora düşmesi söz konusu olabilecektir.<sup>6</sup> Bu durumda bulunan kimselerin toplum içerisinde sayısının artmasıyla birlikte, temel ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelen birey ve ailelerin sayısı da artacaktır. Bu şekilde kumara bağlı olarak önemli toplumsal hareketlenmeler ortaya çıkabilecek ve kamu düzeni ister istemez bundan etkilenecektir.<sup>7</sup> Bu nedenlerle toplumdaki bireyleri bu tür riskli alışkanlıklardan uzak tutmak isteyen devlet, bir takım önlemlere başvurmaktadır.<sup>8</sup>

Ancak tüm bu gerekçelerden hiçbirisi bireyler adına, doğrudan sadece kendilerini ilgilendiren konularda hukuki yaptırım uygulanmasını haklı göstermez kanaatindeyiz. Kaldı ki, birey, başkalarına doğrudan bir zarar vermeksizin kendi hayatına ve tercihlerine ilişkin olarak yaşamını yönlendirebilir.<sup>9</sup> Bu bağlamda onun ahlaki olarak doğru veya yanlışla ilişkin tercihlerine devletin hukuku kul-

---

Ancak bu tür eleştirilere karşı şu hususu ilkesel olarak kabul ettiğimizi ifade etmek isteriz. Tüm hukuka aykırı fiiller bakımından değil ama özellikle genel ahlaka karşı olduğu ileri sürülen hukuka aykırı fiiller bakımından, yasama faaliyeti vasıtasıyla kamu düzenini etkileyecek kadar önemli bir ahlaksızlık olduğu ileri sürülen fiillerin, devlet izniyle işlenmesi halinde bu kadar büyük orandaki ahlaksızlığın ortadan kalktığını söylemenin bir paradoks olduğu kanaatini taşımaktayız. Ancak burada amacımız sadece paradoksa dikkat çekmektir. Yoksa “devlet izniyle de kumar oynanmasın, her türlü kumar suç sayılsın” gibi bir derdimiz yoktur. Ayrıca kumarın suç sayılmaması gereğine ilişkin görüşlerimiz aşağıda aktarılacaktır. “Maden ki genelevler var, cinsel saldırı da suç sayılmasın” diyebilir misiniz şeklindeki eleştiriye ise katılmamız mümkün değildir. Genelevler devlet izniyle işletilmekte ve burada çalışanların para karşılığında da olsa cinsel ilişkiye dair elde edilmiş bir rızaları söz konusudur. Ancak cinsel saldırı bakımından böyle bir rızanın varlığı hiçbir şekilde söz konusu değildir. Ayrıca cinsel saldırıda failin davranışı doğrudan başkasına zarar verirken, kumarda böyle doğrudan başkasına verilen bir zarar söz konusu değildir. Ama illaki benzer bir kıyaslama yapılacaksa, “madem ki genelevler var, genelevler dışındaki fahişelik de hukuka aykırı sayılmamalıdır” şeklindeki bir önermeyi destekleyeceğimizi ifade etmek isteriz.

<sup>6</sup> **KARAKEHYA**, Yer ve İmkan Sağlama, s.702

<sup>7</sup> Kumarın bireysel ve toplumsal zararları konusunda ayrıca bkz. Necmeddin FEYZİOĞLU, “Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis”, in: **Ahmet Esat Asebük’ün Anısına Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s.129 vd.

<sup>8</sup> “Kumarın cezalandırılması, sadece ahlaki bakımdan hoş görülmediği için değil, aynı zamanda toplumsal zarar ve tehlike oluşturduğu içindir.” İsmail MALKOÇ-Mahmut GÜLER, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-4**, Adil Yayınevi, Ankara (Tarih belirtilmemiş ancak 765 s. kanuna ilişkin olarak hazırlanmıştır.), s.4972

<sup>9</sup> *Bir kimse bir şeyi yapmaya sırf onun için daha hayırlı olacak diye zorlanamaz.* **MILL**, s.159

lanarak bir müdahalesinin olmaması gerekir. Sonuçta bireyin yaş küçüklüğü, akıl zayıflığı, vs. gibi fiil ehliyetini etkileyen bir durum bulunmuyorsa; onun kumar oynayıp oynamaması konusundaki tercihi sadece kendisini ilgilendirir. Nitekim kumar oynamasında doğrudan bireysel veya toplumsal bir tehlike ya da zarar söz konusu değildir.<sup>10</sup> Demokratik-liberal bir toplumda, devlet tarafından bireye örnek vatandaş olma, ailesine en iyi biçimde bakma, çocuklara kötü örnek teşkil etmeme gibi hukuki yükümlülükler yüklenemez.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; devletin çocuklara kötü örnek olma ya da aile yükümlülüğünü yerine getirmeme tehlikesi gibi gerekçelerle, ahlaki alana hukukla müdahale etmesinin önü açılırsa; sigara içmenin, alkol kullanmanın, aşırı beslenmenin hukuki yaptırıma tabi kılınabilmesi de pekala mümkündür. Çünkü siyasal iktidarı elinde bulunduranların ideal birey tipine göre, alkol ve sigara kullananlar ya da aşırı beslenme dolayısıyla obez olanlar da hem çocuklara kötü örnek olma hem de bu eylemlerinin sağlıklarını bozma tehlikesi nedeniyle ailelerine bakamayacak duruma gelme ihtimallerine binaen hukuki yaptırıma tabi kılınabilirler. Ancak unutmamak gerekir ki; tüm bu hallerden hiçbirisinde birey, doğrudan başkalarına zarar verecek bir davranış gerçekleştiriyordur.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Uygur bir topluluğun herhangi bir üyesi üzerinde onun istememesine rağmen kuvvet kullanılmasının tek gerekçesi başkalarına vereceği zararın önlenmesidir. John Stuart MILL, **Özgürlük Üstüne** (Çev. Alime Ertan), Belge Yayıncılık, İstanbul 2000, s.21

<sup>11</sup> Bu görüşümüze karşı da “bu değerlendirmeler hukuki olmaktan uzaktır. Zira TCK’da başkalarına zarar vermeyen, sadece mağdura zarar veren fiillerin onun iradesiyle işlenmesini cezalandıran birçok suç tanımı vardır. Örneğin intihara yönlendirme, reşit olmayanla cinsel ilişki, çocuk düşürme ve düşürme, kısırlaştırma vb. Keza ahlaki bir yükümlülük hukuki yükümlülük haline getirilerek aksine davranış haksızlık olarak tanımlanabilir. Örn. bkz. TCK m. 97, 98.” şeklinde eleştiriler de yapılabilecektir. Ancak bu tür eleştirilere de katılmamaktayız. Öncelikle örneği verilen suç tipleri ile kumar kabahati yapısı bakımından birbirine hiç benzememektedir. İntihara teşvikte, reşit olmayanla cinsel ilişkide ve diğer sayılan suç tiplerinde doğrudan başkasına (intihar edene, reşit olmayan, vs.) zarar verilmektedir. Yani rızası olsa bile başkası üzerinde etkili bir davranış gerçekleştirilmektedir. Oysa kumarda zarar verilen bir başkası yoktur. Tabiri caizse eylemin aktif ve pasif süjesi (fail ve mağduru) aynı kişidir. Gerçi kumarı genel ahlaki bozduğu için yaptırıma tabi kılan kanunkoyucu mağduru tüm toplum olarak görmektedir. Ancak iyi işleyen demokrasilerde kimseye başkalarına örnek olma gibi hukuki bir yükümlülük getirilemeyeceğini ve başkası üzerinde doğrudan zararı olmayan fiillerinden dolayı kimsenin yaptırıma tabi kılınmayacağını düşündüğümüz için bu bakış açısını da yerinde bulmuyoruz. “Ceza kanununda birçok ahlaki yükümlülüğün yaptırıma bağlanması” konusundaki eleştirilere ise bir yönüyle katılmaktayız. Zaten hukuka aykırı eylemlerin çoğu toplumun önemli bir kesimi tarafından gayri ahlaki kabul edilir niteliktedir. Eğer toplumdaki genel ahlak algısı ile hukuk kuralları arasında derin ayrımlar varsa, toplum içerisinde hukuku uygulamak ve halkın hukuka tabiyetini sağlamak mümkün olmayacaktır. Ancak bu demek değildir ki hukuk asgari ahlaklıdır. Bilakis sayısı az da olsa, toplumdaki çoğunlukça ahlaki görülen bazı eylemlerin de suç sayılması mümkündür. Ayrıca her gayri ahlaki eylemin hukuka aykırı sayılması da söz konusu olmaz. Örneğin son derece geniş, duble ve üç şeritli bir yolda elli kilometre hızla gitmeyi yönetmelik koyucu hukuka aykırı sayabilir ama toplumdaki çoğunluk öyle bir yolda doksana gitmenin normal olduğu ve ahlaki bir sorun ortaya çıkarmadığı kanaatinde olabilir. Yine bir toplumdaki bireylerin çoğunluğu, babasının rızasına aykırı olarak sürekli değişik erkelerle birlikte olan on sekiz yaşındaki ki-

Devletin bu kadar çok baskıcı ve hegemonik davranarak, bireye rağmen, bireyin veya toplumun iyiliği için yasaklar getirdiği iddiası ise bireysel yaşama müdahalenin ve kişisel tercihlere tahammülsüzlüğün önemli bir göstergesidir. Bu bağlamda “sana rağmen senin için iyi olanı yapıyor ve kötü davranışlarda bulunmanı yasaklıyorum” şeklindeki uygulamalar, bir devlette bireysel özgürlüklerin en önemli düşmanlarından biridir.<sup>12</sup> Çünkü doğrudan zararı sadece kendisine olacaksa, kendi menfaatlerine aykırı davranışlarda bulunabiliyor olmak da bireyin özgürlüğünün bir gereğidir. Devlet bu tür davranışların bireylere zarar verdiği kanaatindeyse, hukuku araçsallaştırmaksızın, kumarın zararları konusunda eğitimler, konferanslar, paneller düzenleyebilir.<sup>13</sup> Ayrıca basın-yayın araçlarını kullanarak kumarın zararları konusunda vatandaşları bilgilendirebilir. Ancak kumar oynamayı hukuken yasaklamamalıdır.

### 3. TİPİKLİK

#### 3.1. Genel Olarak

Tipiklik, failin gerçekleştirdiği fiilin kanunda yer alan tanım ile örtüşmesini ifade etmektedir. Bu bağlamda gerçekleştirilen fiil kanuni tanıma uymuyorsa; ortada ihlal edilmiş bir norm ve dolayısıyla kabahat de olmayacaktır. Tipiklik; “*maddi ve manevi tipiklik*”, “*tipik maddi unsur ve tipik manevi unsur*” ya da “*maddi unsurlar ve manevi unsur*” terimleri kullanılmak suretiyle ikiye ayrılabilir. Biz maddi ve manevi unsurların tipiklik içerisinde yer aldığını vurgulaması bakımından “*tipik maddi unsur ve tipik manevi unsur*” (*der objektive Tatbestand- der subjektive Tatbestand*) şeklindeki kullanıma bağlı kalmayı uygun buluyoruz.<sup>14</sup> Tipik maddi unsurun içerisinde kanuni tanımın içerdiği *maddi*

---

zı dövmenin gayri ahlaki olmadığını, bilakis ahlaki bir yükümlülük olduğunu düşünebilir. Ama hukuk düzeni bunu suç saymaktadır. Yine toplumun çoğunluğu babanın homoseksüel çocuğuna belirli oranda şiddet uygulamasını ahlaken normal görebilir ama hukuk bunu suç saymaktadır. Öyle de olmalıdır. Ama sonuç olarak hukuk asgari ahlak değildir. Bunlar birbiriyle yakından ilişkili ama farklı sosyal düzen kurallarıdır. Hukuka uymamanın başlı başına ahlaksızlık olduğu yönündeki alman kökenli otoriteryen bakış açısını bir nevi “hukuku yapan güce tapma” olarak nitelendirdiğimizi de burada ifade etmek isteriz. Buradaki hukuktan kastımız ise doğal hukuk bakış açısındaki anlamıyla ne olduğu belirsiz, kişilere ve ahlaki değerlere göre şekillenen hukuk değil; bilakis pozitivist bakış açısındaki anlamıyla yürürlükte bulunan, kutsanmamış, kendisine aykırı davranmanın da ahlaki olabileceği kurallar bütünü olan hukuktur. Pozitivist bakış açısını destekler nitelikteki daha ayrıntılı açıklamalar ve karşı görüşler konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan KARAKEHYA, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş yayınevi, Ankara 2008, s.5 vd.

<sup>12</sup> Ayrıca ve aynı yönde bkz. H. L. A. HART, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Dost Yayınları, Ankara 2000, s.16 vd.

<sup>13</sup> KARAKEHYA, Yer ve İmkan Sağlama, s.16

<sup>14</sup> Günter STRATENWERTH, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Carl Heymanns Verlag, Köln 2000, s.98 vd., 117 vd.

*konu, fail, mağdur ve fiil* girmektedir.<sup>15</sup> Tipik manevi unsur ise, fiil ile fail arasındaki psikik bağı ifade etmektedir.<sup>16</sup>

### 3.1. Tipik Maddi Unsur

#### 3.1.1. Kabahatin Maddi Konusu

Kabahatin konusu fiilin üzerinde icra edildiği kişi veya eşyadır.<sup>17</sup> Kumar kabahatinin maddi konusu üzerinde fiilin işlendiği, talihe bağlı olarak kazanılması veya kaybı söz konusu olan ekonomik mal veya paradır.

#### 3.1.2. Fail

Fail olmak bakımından herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir. Bu bağlamda kural olarak herkes bu kabahatin faili olabilir. Ancak kumar oynayan asker kişiler bakımından bu kabahat nedeniyle yaptırım uygulanmaz. Nitekim söz konusu kimselerin özel düzenleme nedeniyle, 477 s. Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanununun 59. maddesine göre sorumlulukları söz konusu olacaktır.<sup>18</sup>

#### 3.1.3. Mağdur

Kabahatler bakımından mağdur, kabahatin koruduğu hukuki menfaat veya varlığın sahibidir. Kanun koyucu yaptığı düzenlemeye bakılırsa, bu kabahatinin mağduru genel ahlakın ait olduğu tüm toplumdur. Nitekim hukuka aykırı bir fiil olarak düzenlenmesini yukarıda ayrıntılı olarak eleştirdiğimiz kumar kabahatiyle korunmaya çalışılan hukuki menfaat toplumun genel ahlakıdır.

#### 3.1.4. Fiil

Kumar, Türk Dil Kurumunun büyük sözlüğünde “*ortaya para koyarak oynanan talih oyunu*”<sup>19</sup> şeklinde tanımlanmıştır. TCK’nın 228/4. maddesinde ise “*Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır.*” denilerek hükme bağlanmıştır. 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunundan iktibas edilmiş olan ve daha önce yürürlükte bulunan 765 s. TCK’nın 569. maddesinde ise kumara ilişkin şu şekilde bir

<sup>15</sup> Aynı yönde bkz. Veli Özer ÖZBEK-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACA-KAKSIZ-İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s.217 vd.

<sup>16</sup> Hakan HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.196

<sup>17</sup> KANGAL, s.104

<sup>18</sup> Cengiz OTACI-İbrahim KESKİN, **Türk Kabahatler Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.119; Söz konusu kanunun “Kumar Oynayanlar” başlıklı 59. madde hükmü şu şekildedir; “*Kumar oynayanlar, bir aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar.*”

<sup>19</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

hüküm bulunmaktaydı; “Ceza Kanununun tatbikinde kumar, kazanç kasdiyle icra kılınıp kar ve zarar baht ve talihe bağlı bulunan oyunlardır.” Görüldüğü üzere her iki kanunda da kumar tanımı birbirine paralel olarak yapılmıştır. Her ne kadar 5237 s. TCK’da kumar tanımı ceza kanunun uygulanması bağlamında yapılmış olsa da; Kabahatler Kanununda kumarın içeriğini belirleyen herhangi bir tanım yer almamasına bağlı olarak, TCK m.228/4’deki söz konusu düzenlemenin Kabahatler Kanununun 34. maddesindeki kumar düzenlemesinin içeriğini doldurmak bakımından da kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yürürlükte bulunan 5237 s. TCK’nın m.228/4’deki düzenlemesi dikkate alındığında, kumarın ilk bakışta göze çarpan iki temel özelliği olduğu görülecektir. Bunlardan ilki fiili gerçekleştirenin kazanç sağlama amacı; ikincisi ise bu kişinin kar veya zarar etmesinin talihe dayalı olmasıdır.<sup>20</sup> Kazanç elde etme özelliği bakımından, amaçlanan kazancın muhakkak maddi bir nitelikte olması gerekir. Manevi nitelikte bir kazanç sağlama amacıyla hareket edilmesi halinde kumarın varlığı söz konusu olamayacaktır.<sup>21</sup> Bu bağlamda heyecan yaşamak veya eğlenmek amacıyla yapılan ya da kazanma hırsını tatmine yönelik olarak oynanan, herhangi bir maddi kazancın söz konusu olmadığı oyunlar kumar sayılmaz. Bununla birlikte oyunun kumar sayılabilmesi için, kazancın konusunun muhakkak para olması da gerekli değildir. Maddi değeri bulunan herhangi bir eşya da maddi kazanç sayılacaktır. Örneğin içeceğine ya da sigarasına oyun oynanması da kumar kapsamına girer. Aynı şekilde masanın hesabının ödenmesine oynanan oyunlar da kumar kapsamındadır.<sup>22</sup>

Buna karşın sadece keyif amaçlı çok cüz’i karşılıklarla, örneğin 10 kuruş için veya bir adet elma veya eriğine oynanan oyunlar maddi anlamda kumar kapsamında kabul edilmemeli ve cezai yaptırım uygulanmamalıdır. Bu örneklerde olduğu üzere kazanç veya kaybın görmezden gelinebilecek ortanda çok az olduğu durumlarda kumar kabahati bakımından haksızlık sadece şekli anlamda oluşacaktır.<sup>23</sup> Maddi anlamda ise düzenlemelerle korunan hukuki menfaat bakı-

<sup>20</sup> FEYZİOĞLU, s.137; Madde gerekçesinde de bu iki koşulun kumarı belirlemek bakımından önemine işaret edilmiştir; “Maddenin son fıkrasında kumar tanımlanmıştır. Buna göre bir oyunun kumar sayılması için iki koşul aranacaktır: Birincisi oyunun kazanç kastı ile icra edilmesi, ikincisi ise kar ve zararın talihe bağlı olmasıdır. Bu tanım karşısında, kazanç kastı olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oynanmasına imkan sağlanması, bu suçu oluşturmaz.” Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, **Ceza Hukuku Mevzuatı-C.1 (Kanunlar)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.381

<sup>21</sup> Osman YAŞAR-H. Tahsin GÖKCAN-Mustafa ARTUÇ, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt V, Ankara 2010, s.6452

<sup>22</sup> KARAKEHYA, Yer ve İmkan Sağlama, s.701

<sup>23</sup> *Fiilin bir kuralı ihlal etmesine şekli hukuka aykırılık; kuralın koruduğu kişi ve topluma ait menfaat ve değerleri ihlal etmesine maddi hukuka aykırılık adı verilir.* Doğan SOYASLAN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998, s.380; Maddi ve şekli anlamda hukuka aykırılığın eleştirisi ve karşı görüş için bkz. Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.101

mından ciddi anlamda bir zarar veya tehlike söz konusu olmayacaktır.<sup>24</sup> Haksızlık içeriğinin çok az olduğu bu tür durumlarda, kanunkoyucu, suçlar bakımından bile, (şekli anlamda) suçun oluştuğunu kabul etmiş; ancak suçla korunan hukuki menfaate zarar verilmemesi nedeniyle ceza verilmesini uygun bulmamıştır. Nitekim CMK'nın 223/4/d maddesinde işlenen fiilin haksızlık niteliğinin azlığı hallerinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>25</sup>

Kazancın talihe bağlı olması ise oynanan oyunda kuvvetin, bireysel yetenek ya da zekanın kazananı belirlemede etkili olmamasını veya pek az etkili olmasını; buna karşın talihin tamamen ya da büyük oranda etkili olmasını ifade etmektedir.<sup>26</sup> Kazananı talihin belirlediği oyunlar ise tamamen veya büyük oranda şansa bağlı, neden-sonuç ilişkisi içinde, rasyonel olarak sonucun açıklanamadığı, rastlantısal oyunlardır. Örneğin, satranç, basketbol ve atıcılık gibi oyunlar büyük oranda zeka veya yeteneğe dayandığından, parasına oynansa bile kumar kapsamında değerlendirilmezler.<sup>27</sup> Aynı şekilde belirli bir kuvvet sahibi olmaya ilişkin bahisler de kumar kapsamında değildir. Kişinin 100 kiloyu kaldırıp kaldıramayacağına ilişkin bahis, parasına girilse dahi kumar sayılmayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; bilgiye dayalı bahisler de kumar kapsamında değerlendirilemez. Everest tepesinin yüksekliğine ilişkin olarak kazanç elde etmek amacıyla iki kişi bahse girse, gerçekleştirdikleri bu fiil kumar kabahatini oluşturmayacaktır. Nitekim kazananı şans değil; bilakis doğru bilgi belirlemektedir.<sup>28</sup> Dikkat edilecek olursa tüm bu verdiğimiz örneklerde ortak özellik, kazananın belirlenmesinde şansın mutlak veya baskın belirleyici olmamasıdır.

Diğer bir önemli husus da kumarın yaptırıma tabi olması için mutlaka somut bir ortamda oynanmasına gerek olmadığıdır. Sanal ortamda internetteki şans oyunu sitelerinde kumar oynayan kimseler bakımından da kumar kabahati gerçekleşmiş olacaktır.<sup>29</sup> Nitekim kanuni düzenlemede oyunun şekilde oynanması gerektiğine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu bağlamda kabahatin gerçekleşmesi bakımından oyunun gerçek ortamda veya sanal ortamda oynanması herhangi bir önem arzetmemektedir.

<sup>24</sup> Suçlar bakımından farklı gerekçelerle aynı yönde bkz. Hakan HAKERİ, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.69, Mart-Nisan 2007, s. 55 vd.

<sup>25</sup> Ceza verilmesine yer olmadığı kararının hüküm çeşitleri arasındaki yeri ve verilebileceği haller hakkında ayrıca bkz. Nur CENTEL-Hamide ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.703 vd.

<sup>26</sup> KARAKEHYA, Yer ve İmkan Sağlama, s.701

<sup>27</sup> Aynı yönde bkz. MALKOÇ-GÜLER, s.4973

<sup>28</sup> Aynı yönde bkz. YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s.6452 vd.

<sup>29</sup> Ali PARLAR, *Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu*, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s.394; ALTIPARMAK, s.138



### 3.2. Tipik Manevi Unsur

Kabahatler, ceza hukuku anlamındaki fiillerden farklı olarak, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebilir (Kabahatler K. m.9). Dolayısıyla kanunda açıkça kasten işlenebileceği yazılı olanlar dışında tüm kabahatler kasten veya taksirle işlenebilecektir.<sup>30</sup> Kumar suçuna ilişkin düzenlemede ise fiilin sadece kasten işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak fiilin gerçekleşmesi bakımından TCK'nın 228/4. Maddesindeki tanımda kazanç sağlama amacı arandığından, bu fiilin ancak özel kastla işlenebileceği anlaşılmaktadır.<sup>31</sup> Dolayısıyla taksirle bu fiilin işlenebilmesi mümkün değildir. Hatta bu suçun oluşması bakımından genel kast da yeterli olmayacaktır. Ancak "kazanç sağlama amacı" şeklinde kanuni tipte ifade edilen özel kastın varlığı halinde kumar kabahatinin varlığı söz konusu olabilir.<sup>32</sup>

Bununla birlikte failin kastı kaldıran hataya düştüğü hallerde, kastın yokluğundan dolayı, kabahatten sorumlu tutulması söz konusu olamayacaktır. Örneğin eğlencesine oyun oynadıkları düşüncesiyle kumar oynama fiiline katılan kişi de, kabahatin maddi koşullarının gerçekleştiği konusunda esaslı hataya düşmesi sebebiyle sorumluluğa sahip olmayacaktır.<sup>33</sup>

## 4. HUKUKA AYKIRILIK

Kabahatler Kanununda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır (Kabahatler K. m.12). Bu bağlamda devletin izin verdiği şans oyunlarını kazanç sağlamak amacıyla oynayan kimse bakımından fiil hukuka aykırı olmayacaktır.<sup>34</sup> Dolayısıyla kazanç sağlamak amacıyla milli piyango bileti alan ya

<sup>30</sup> OTACI-KESKİN, s.34

<sup>31</sup> Amaç ya da saik, faili bir fiili gerçekleştirirken harekete geçiren motivasyonu ifade eder. Kanunkoyucu suç tipleri bakımından çoğu kez failin hangi motivasyonla hareket ettiğini dikkate almaz. Ancak bununla birlikte bazı suçlar bakımından failin hangi motivasyonla hareket ettiğine özel önem verildiği görülür. Kanunkoyucunun failin fiili gerçekleştirirken hangi motivasyonla hareket ettiğine suçun gerçekleşmesi veya nitelikli hali bakımından özel önem verdiği hallerde, failde bulunan bu saik, özel kast olarak adlandırılmaktadır. Hakan KARAKEHYA, **İradilik Unsuru Bakımından Ceza Hukukunda Kast**, Savaş Yayınevi, Ankara 2010, s.75 vd.; Aynı yönde ayrıca bkz. Mehmet Emin ARTUK-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.469 vd.

<sup>32</sup> Aynı yönde bkz. FEYZİOĞLU, s.145

<sup>33</sup> Kabahatler Kanunu m.10'a göre "Türk Ceza Kanununun hata hallerine ilişkin hükümleri, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanır." Suçun maddi unsurlarında hata, suçun maddi unsurlarına müteallik hususlardaki bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgiyi ifade eder. Bu hata suça ilişkin kastı ortadan kaldırır. İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, 438 vd.

<sup>34</sup> MALKOÇ-GÜLER, s.4977

da sayısal loto oynayan kişinin fiilleri bu kabahati oluşturmaz.<sup>35</sup> Nitekim kanunun verdiği izne dayanarak şans oyunu oynanması nedeniyle oluşan kanun hükmünü icra şeklindeki hukuka uygunluk nedeni, fiili kabahat olmaktan çıkarmaktadır.

## 5. KUSURLULUK

Kusurluluk failin fiilinin kınanabilirliğine ilişkin atfedilen değer yargısını ifade etmektedir.<sup>36</sup> Kabahatler Kanununda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır (Kabahatler K. m.12). Bu doğrultuda failin kınanabilirliğini etkileyen bir durum varsa, fiil yaptırma tabi olmayacaktır. Örneğin tehditle veya cebirle kumar oynamaya zorlanan kişiler bakımından idari para cezası uygulanamayacaktır.

## 6. KABAHAHATİN ÖZEL BELİRİŞ BİÇİMLERİ

### 6.1. Teşebbüs

Kabahatler Kanununun 13. maddesine göre, kural olarak kabahatlere teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak ilgili kanunda teşebbüsün de cezalandırılacağına ilişkin özel düzenleme getirilmişse; bu durumda istisnaen kabahate teşebbüsün cezalandırılması mümkündür. Kumar suçuna teşebbüs bakımından ise ilgili 34. maddede veya başka bir yerde istisnai bir düzenleme getirilmiş değildir. Bu nedenle kumar kabahatine teşebbüs hukuken mümkün değildir.<sup>37</sup>

### 6.2. İştirak

Kumar fiilinin faili bakımından özel faillik niteliği aranmadığı için iştirak bakımından özellik arzeden pek fazla bir durum söz konusu değildir. Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin birlikte iştirak etmesi halinde, bu kişilerden her biri hakkında fail olarak idari para cezası verilir (Kabahatler K. m.14). Bu bağlamda kanunda kabahat fiilini gerçekleştiren ve ona yardım eden arasında bir ayırım yapılmamış; her ikisinin de fail olarak idari yaptırma tabi olacağı kabul edilmiştir.<sup>38</sup> Kumar suçu bakımından konuyu ele alırsak, örneğin hem kumar oynayan hem de oynaması için onu teşvik eden ya da ona para veren kişi de fail olarak cezalandırılacaklardır.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> OTACI-KESKİN, s.119

<sup>36</sup> Mahmut KOCA-İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s.244

<sup>37</sup> ALTIPARMAK, s.137

<sup>38</sup> OTACI-KESKİN, s.56; Kanunkoyucunun kabul ettiği tek tip fail sistemi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. KANGAL, s.156

<sup>39</sup> Benzer örnekler için aynı yönde bkz. ALTIPARMAK, s.137

### 6.3. İçtima

Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahat için ayrı ayrı idari para cezası uygulanacaktır (Kabihatler K. m.15/2).<sup>40</sup> Dolayısıyla tek suç işleme kararı kapsamında da olsa, kabihatler bakımından zincirleme suça ilişkin hükümler kabul edilmediğinden, oynanan her bir kumar için ayrı ayrı idari para cezası uygulanacaktır.<sup>41</sup> Bununla birlikte fiilin tek sayılacağı hallerde bir kez idari para cezası uygulanmalıdır. Örneğin bir internet sitesine girip on defa ardı ardına kumar oynayan ya da kahvehanedeki masada üç arkadaşıyla ardı ardına beş oyun oynayan kişinin fiili tek fiildir ve bundan dolayı bir kez idari yaptırım uygulanır. Ancak farklı zamanlarda internete girerek veya kahvehaneye giderek kumar oynayan kimse bakımından ayrı ayrı fiiller söz konusu olduğundan, her bir fiil için ayrı idari para cezası verilmesi gerekecektir.

Kumar oynayan kişi aynı zamanda kumar oynanmasına yer ve imkan da sağlıyorsa, hem kumara yer ve imkan sağlamaktan cezai sorumluluğa sahip olacak hem de Kabihatler Kanununun 34. maddesine göre kumardan (kumar oynamaktan) sorumlu olacaktır. Nitekim burada kumar oynamak ve kumara yer ve imkan sağlamak şeklinde ortaya çıkan farklı fiiller söz konusudur.<sup>42</sup>

## 7. YAPTIRIM

Kabahatler idari yaptırıma bağlanmış hukuka aykırılıklardır. Kumar oynamak da yüz lira idari para cezası şeklinde bir idari yaptırıma tabi kılınmıştır. Ayrıca kumardan elde edilen gelirin de müsadere edilmesi öngörülmüştür. *Bu kabahat dolayısıyla idari para cezasına ve elkoymaya kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir karar verir (Kabihatler K. m.34/2).*

## SONUÇ

Kumar oynamayı hükme bağlayan düzenleme, idari yaptırıma bağlı kılınmış ve Kabihatler Kanununun 34. maddesine “kumar” başlığı altında yer almıştır. Böylelikle kumar, 765 sayılı TCK'nın uygulandığı dönemden farklı olarak, ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkmıştır. Kumar kabahatini düzenleyen Kabihatler Kanununun 34. maddesi, kanaatimizce genel ahlakı korumak adına getirilen düzenlemelerden bir tanesidir. Dolayısıyla bu kabahatin hukuki konusu *genel ahlak*tır. Ancak kanunkoyucunun genel ahlaka karşı bir fiil olarak gördüğü kumarı, hukuka aykırı bir fiil olarak hükme bağlanmasını ve hukuki yaptırıma tabi kılmasını yerinde bulmamaktayız. Nitekim birey, başkalarına doğrudan

<sup>40</sup> KANGAL, s.166

<sup>41</sup> Bu bağlamda kabahat sayılan eylemin yöneldiği kişinin aynı kişi veya farklı kişiler olmasının önemi yoktur. OTACI-KESKİN, s.49

<sup>42</sup> YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s.6455

bir zarar vermeksizin kendi hayatına ve tercihlerine ilişkin olarak yaşamını yönlendirebilir. Bireyin ahlaki olarak doğru veya yanlışla ilişkin tercihlerine, devletin hukuku kullanarak bir müdahalesinin olmaması gerekir. Bu bağlamda doğrudan zararı sadece kendisine olacaksa, kendi menfaatlerine aykırı davranışlarda bulunabiliyor olmak da bireyin özgürlüğünün bir gereğidir.

Kumar kabahatinin maddi konusu üzerinde fiilin işlendiği, talihe bağlı olarak kazanılması veya kaybı söz konusu olan ekonomik mal veya paradır. Kabahatin fail olmak bakımından herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir. Kural olarak herkes bu kabahatin faili olabilir. Kanunkoyucu TCK m.228/4'te kumarı tanımlamıştır. Buna göre; *“Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır.”* TCK'nın düzenlemesi dikkate alındığında, kumarın ilk bakışta göze çarpan iki temel özelliği olduğu görülecektir. Bunlardan ilki fiili gerçekleştirenin kazanç sağlama amacı; ikincisi ise bu kişinin kar veya zarar etmesinin talihe dayalı olmasıdır.

Kazanç elde etme amacının varlığı için amaçlanan kazancın maddi bir kazanç olması gerekir. Bu nedenle manevi kazanç sağlama amacıyla hareket edilmesi halinde kumarın varlığından söz edilemeyecektir. Kazancın talihe bağlı olması ise oynanan oyunda kişisel yeteneklerin, kuvvetin, tecrübe veya zekanın kazanını belirlemeye etkili olmaması veya pek az olmasını; buna karşın talihin tamamen veya büyük oranda etkili olmasını ifade etmektedir.

Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebilir (Kabahatler K. m.9). Kumar suçuna ilişkin düzenlemede ise fiilin sadece kasten işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak fiilin gerçekleşmesi bakımından TCK'nın 228/4. maddesinde kazanç sağlama amacı arandığından, bu fiilin ancak özel kastla işlenebileceği anlaşılmaktadır.

Devletin izin verdiği şans oyunlarını kazanç sağlamak amacıyla oynayan kimse bakımından fiil hukuka aykırı olmayacaktır. Nitekim kanunun verdiği izne dayanarak şans oyunu oynanması nedeniyle oluşan kanun hükmünü icra şeklindeki hukuka uygunluk nedeni, fiili kabahat olmaktan çıkarmaktadır.

Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahat için ayrı ayrı idari para cezası uygulanacaktır (Kabahatler K. m.15/2). Dolayısıyla tek suç işleme kararı kapsamında da olsa, kabahatler bakımından zincirleme suçla ilişkin hükümler kabul edilmediğinden, oynanan her bir kumar için ayrı ayrı idari para cezası uygulanacaktır. Kumar oynayan kişi aynı zamanda kumar oynanmasına yer ve imkan da sağlıyorsa, hem TCK m.228'den hem de Kabahatler Kanunu m.34'ten sorumlu olacak ve ayrı ayrı yaptırıma tabi kılınacaktır. Yaptırım olarak kumar yüz lira idari para cezasına bağlanmıştır. Kanunda ayrıca kumardan elde edilen gelirin de müsadere edileceği düzenleme altına alınmıştır.

## **KAYNAKÇA**

- ALTIPARMAK, Cüneyd. “*Kumar Kabahati*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 19.
- ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernlik ve Müphemlik**, (Çev. İsmail Türkmen) Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003
- CENTEL, Nur-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2011
- CEZA HUKUKU MEVZUATI-C.1 (Kanunlar)**, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012
- FEYZİOĞLU, Necmeddin. “*Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis*”, in: **Ahmet Esat Asebük’ün Anısına Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958
- HAKERİ, Hakan. “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.69, Mart-Nisan 2007
- HAKERİ, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- HART, H. L.A. **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Dost Yayınları, Ankara 2000
- KANGAL, Zeynel. **Kabahatler Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
- KARAKEHYA, Hakan. “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu,” in: **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Nur Centel’e Armağan)**, C.19, S.2, 2013
- KARAKEHYA, Hakan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008
- KARAKEHYA, Hakan. **İradilik Unsuru Bakımından Ceza Hukukunda Kast**, Savaş Yayınevi, Ankara 2010
- KOCA, Mahmut-İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011
- MALKOÇ, İsmail-Mahmut GÜLER, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-4**, Adil Yayınevi, Ankara (Tarih belirtilmemiş ancak 765 s. kanuna ilişkin olarak hazırlanmıştır.)
- MILL, John Stuart. **Özgürlük Üstüne** (Çev.Alime Ertan), Belge Yayıncılık, İstanbul 2000
- OTACI, Cengiz-İbrahim KESKİN, **Türk Kabahatler Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010
- ÖZBEK, Veli Özer-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAKSIZ-İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013

ÖZGENÇ, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013

PARLAR, Ali. **Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu**, Bilge Yayınevi, Ankara 2012

SOYASLAN, Doğan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998

STRATENWERTH, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Carl Heymanns Verlag, Köln 2000

TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005

YAŞAR, Osman-H.Tahsin GÖKCAN-Mustafa ARTUÇ, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V**, Ankara 2010

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>

**CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA  
KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİN  
KAYNAK DEĞERİ VE KAYNAKLARIN SÜBJEKTİF  
YORUMU**

*Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA\**

**GİRİŞ**

Hukuk, ona hayat veren kaynaklar sayesinde vardır. Nitekim bir hukuk dalının kaynakları, o hukuk dalının içeriğini oluştururlar. Bu bağlamda ceza muhakemesi hukukunun kaynakları da, bu alandaki temel çalışma konularından birisini oluşturmaktadır. Biz bu çalışmamızda kanun hükmünde kararnamelerin (KHK'ların) ceza muhakemesinin kaynaklarından sayılıp sayılmayacağını ve kaynakların anlamının ortaya konulmasında sübjektif yorumun esas alınmasının önemini inceleme konusu yapacağız.

Çalışma konumuz ilk bakışta çok genel bir konuya ilişkin olmakla eleştirilebilecektir. Ayrıca birbirinden bağımsız görünen iki ayrı konunun tek bir makalede ele alınmaya çalışılması nedeniyle, makalenin iyi bir sistematikten yoksun olduğu izlenimi de doğabilecektir. Ancak ceza muhakemesi kitapları genel olarak ele alındığında, içeriklerinde ya kaynaklara hiç yer verilmediği ya da yer verilen kitaplarda kanun hükmünde kararnamelerin etraflıca ele alınmadığı görülecektir. Hatta bazı kitaplarda kanun hükmünde kararnamelerin ceza muhakemesinde kaynak değerinin bulunmadığı da kabul edilmektedir. Kaynakların yorumu hususu ise birçok genel ceza muhakemesi hukuku kitabında ele alınmış olmakla birlikte, bunların anlamlarının ortaya konmasında sübjektif yorumun öneminin vurgulandığı ve ön plana çıkartıldığı bir genel muhakeme kitabına rastlanmamaktadır. Bu bağlamda makale, genel olarak ceza muhakemesi hukuku kaynaklarının değil; bilakis belirtilen spesifik konuların irdeleneceği bir çalışma olarak planlanmıştır. Ayrıca çalışma kapsamında ele alınacak her iki konu da ceza muhakemesinin kaynaklarına ilişkin konulardır. Bu nedenle tek bir çalışmada birlikte ele alınmalarının sistematik bütünlüğü bozmayacağı kanaatini taşıyoruz.

Çalışma içerisinde doktrindeki farklı görüşlerden faydalanmak ve kendi görüşlerimizi neden-sonuç ilişkisi içerisinde ortaya koymak temel çalışma yöntemimizi oluşturacaktır.

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

## 1. GENEL OLARAK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Kaynak, kelime anlamı olarak bir varlık veya kavramı ortaya çıkartan öze işaret etmektedir.<sup>1</sup> Kaynak terimi, hukuki olarak iki farklı anlamda ele alınabilir. Birincisi kaynak hukuk kurallarını oluşturan iradeyi ifade ederken; ikinci olarak o kuralların büründüğü şekli veya hukuki belirif biçimini ifade eder.<sup>2</sup> Örneğin bir hukuk kuralının şekli kaynağı, yani onun büründüğü şekil kanunsa; bunun maddi kaynağı, yani onu ortaya koyan iradenin sahibi TBMM'dir. Kaynak terimi genelde şekli anlamda ele alınır.<sup>3</sup> Bu çalışmada ele alacağımız konular da şekli kaynaklara ilişkin konulardır.

Bir hukuk dalının şekli kaynakları, temel (doğrudan) ve yardımcı (dolaylı) kaynaklar olarak iki ayrı başlık altında incelenebilir.<sup>4</sup> Temel kaynaklar bir hukuk dalının uygulamasında doğrudan etki gösteren hukuk kurallarından oluşur. Yardımcı kaynaklar ise hukuk dalının uygulamasında doğrudan etki göstermekle birlikte, temel kaynakların yorumlanmasında etkili olan kaynaklardır.<sup>5</sup>

Bu bağlamda ceza muhakemesinin temel kaynakları; Anayasa, uluslararası sözleşmeler, kanunlar, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliklerdir. Yardımcı kaynakları ise mahkeme içtihatları, bilimsel içtihatlar, hukuk dününün genel yapısı ve ilkeleridir.

## 2. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİN CEZA MUHALEMESİNDEKİ KAYNAK DEĞERİ

### 2.1. Genel Olarak Kanun Hükmünde Kararnameler

Anayasanın 91. maddesinin ilk fıkrasına göre; *“Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.”*

<sup>1</sup> “Kaynaktan bir şeyin gözü, çıktığı yer anlaşılmaktadır.” Zeki HAFIZOĞULLARI, “Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.45, 1996/1-4, s.4

<sup>2</sup> HAFIZOĞULLARI, Hukuk Düzeni, s.4 vd.

<sup>3</sup> “Ceza muhakemesi hukukunun kaynaklarından maksat, bu hukuku oluşturan normların ortaya çıkış biçimleridir.” Nevzat TOROSLU-Metin FEYZİOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s.10

<sup>4</sup> Aynı yönde bkz. Nur CENTEL-Hamide ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.21, 38

<sup>5</sup> “Hukukun kaynakları kendi içinde asıl ve yardımcı kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılır. Birinciler hakim için bağlayıcı, ikinciler ise yol gösterici niteliktedir.” Kemal GÖZLER, *Hukukun Temel Kavramları*, Ekin Yayınevi, Bursa 2012, s.30



Kanun hükmünde kararnameler, adı üstünde kanun hükmünde olup, normlar hiyerarşisinde kanunlarla eşdeğer bir statüde yer alırlar.<sup>6</sup> Dolayısıyla kanun hükmünde kararname ile kanun kaldırılabilir, değiştirilebilir veya kanunla düzenlenmemiş bir alanda kanun gibi etki gösteren yeni bir düzenleme yapılabilir.<sup>7</sup> Bununla birlikte anayasada bir hukuki kuruma ilişkin açıkça “kanunla düzenlenir” ifadesi yer almaktaysa, bu tür kurumların KHK ile düzenlenip düzenlenmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Ancak kanaatimizce kural olarak kanunla düzenlenebilen her konu, gerekli anayasal koşulların varlığı halinde KHK ile de düzenlenebilir. Yeter ki Anayasada KHK ile düzenlenemeyeceği açıkça belirtilmemiş olsun. Bu nedenle, Anayasa’da açıkça “kanunla düzenlenir” ibaresinin yer aldığı kurumlar bakımından da, KHK ile düzenleme yapılmasında bir sakınca yoktur. Nitekim KHK zaten kanunla düzenlenmesi gereken konularda, anayasal koşulların varlığına bağlı olarak istisnai bir düzenleme getirmektedir.<sup>8</sup>

Olağan dönemlerde KHK çıkarma yetkisi bakanlar kuruluna aittir. Ancak bu yetkiyi kullanabilmesi için TBMM’den yetki kanunu ile KHK çıkarma yetkisini almış olması gerekir. Sıkıyönetim ve olağanüstü hal durumlarında ise KHK çıkarma yetkisi ancak Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna aittir. Bu dönemlerde KHK çıkarmak için yetki kanununa da ihtiyaç yoktur.<sup>9</sup> Bununla birlikte ayrıca belirtmek gerekir ki; yukarıda paylaştığımız Anayasanın 91. maddesinde de vurgulandığı üzere *temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler*, olağan dönemlerde KHK ile düzenlenemez. Dolayısıyla üçüncü bölümde yer alan sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin gerekli hallerde KHK ile düzenlenmesi bakımından anayasal bir aykırılık söz konusu değildir.<sup>10</sup>

## 2.2. Kanun Hükmünde Kararname Çıkartılmasının Koşulları

Bir konuda KHK ile düzenleme yapabilmek için gerekli anayasal koşullar şu şekilde sıralandırılabilir; a) *KHK düzenlemesi zorunlu ve ivedi hallerde yapılmalıdır*: Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi veren anayasal düzenlemelerin gerekçesinde yasamanın işlerliğinin ağırlığı nedeniyle, ivedi hallerde, ihtiyaç duyulan düzenlemelerin hızla yapılmasına imkan tanımak adına bu yolun kabul edildiği belirtilmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi de genel olarak

<sup>6</sup> *KHK organik açıdan idari bir işlemdir, fonksiyonel açıdan ise tipik bir yasama işlemidir.* Mustafa AVCI, “Türkiye’de Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri ile İlgili Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler,” in: **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S.1, Ocak 2012, s.36

<sup>7</sup> **GÖZLER**, Temel Kavramlar, s.36 vd.

<sup>8</sup> Aynı yönde ve daha ayrıntılı bilgi için bkz. **AVCI**, s.38 vd.

<sup>9</sup> **GÖZLER**, Temel Kavramlar, s.37 vd.

<sup>10</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK-Turgut TAN, **İdare Hukuku-Genel Esaslar Cilt-I**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.79

yetki yasalarının denetimini yaparken bu koşulun var olup olmadığına da dikkat etmektedir. b) *Yasama organı tarafından Bakanlar Kuruluna sadece belirli konularda KHK çıkarma yetkisi verilmiş olmalıdır*: Any. m.87’de “*Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek*” Meclisin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla bu düzenlemede de belirtildiği üzere KHK çıkarma yetkisi sadece belirli konuları kapsayabilir. Genel olarak her konuyu kapsayacak şekilde yetki kanunu çıkartılamaz. c) *Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi Anayasanın yasaklamadığı konularda verilmelidir*: Anayasanın 91. maddesinde, “*ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümünde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler*” konusunda KHK ile düzenleme yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca “*Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez (Any. m.163)*”<sup>11</sup>

### 2.3. Ceza Muhakemesi Bağlamında Kanun Hükmünde Kararnameler

KHK’ların ceza muhakemesinde kaynak değerinin olup olmadığı doktrinde tartışmalı bir konudur. Birçok yazar KHK’ların ceza muhakemesinde kaynak değerinin olmadığını söylerken,<sup>12</sup> bazı yazarlar ise bunun mümkün olduğu kanaatinde dirler.<sup>13</sup> Gerçekten de ceza muhakemesinin önemli bir kısmı temel haklarla doğrudan ilişkilidir ve bu nedenle ceza muhakemesi alanında KHK’larla düzenleme yapılmasına mesafeli davranmak gerekir. Zaten bu alanda KHK ile yapılmış pek bir düzenlemeye de rastlanmamaktadır.

Bununla birlikte temel haklar dışındaki konularda, örneğin soruşturmanın yürütülmesinde savcı-kolluk ilişkisi, istinabe veya niyabet gibi konularda KHK çıkartılabilecektir. Hatta mesafeli davranmakta fayda olmakla birlikte, “*mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*” şeklindeki Anayasanın 142. maddesindeki düzenleme doğrultusunda, ceza mahkemelerinin de KHK ile kurulması söz konusu olabilir. Ancak bunun için zorunlu ve ivedi bir durumun ve diğer anayasal koşulların da bulunması gerekir.<sup>14</sup> Nitekim ceza muhakemesi alanında KHK ile düzenleme yapmayı tümünden engelleyen bir anayasa hükmü bulunmamaktadır. Yalnızca Anayasa m.91’deki açık düzenleme gereği, temel haklara ilişkin ceza muhakemesi konularında KHK ile düzenleme yapılamayacaktır.

Şu hususu da ayrıca belirtmek gerekir ki; olağanüstü dönemlerde, temel haklara sınırlandırma getiren alanlarda da KHK ile düzenleme yapılabileceğin-

<sup>11</sup> GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.80 vd.

<sup>12</sup> Bu yönde bkz. TOROSLU-FEYZİOĞLU, s.10

<sup>13</sup> Bu yönde bkz. Doğan SOYASLAN, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s.74

<sup>14</sup> SOYASLAN, s.76

den (Any m.91), bu dönemlere münhasır olmak üzere, tutuklama, gözaltına alma gibi koruma tedbirleri bakımından da KHK ile düzenleme yapılabilir. Sonuç olarak, gerekli anayasal koşulların oluşmasına bağlı olarak, ceza muhakemesi alanındaki bazı konulara ilişkin KHK düzenlemesi yapmak ve bu alanda KHK'lara kaynak değeri tanımak mümkündür.

### 3. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU KAYNAKLARININ SÜBJEKTİF YORUMU

#### 3.1. Genel Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Kaynaklarının Yorumu

Yorum, bir hukuk kuralının anlamını ortaya koyma faaliyetine denir.<sup>15</sup> Çoğu kez sanıldığı gibi aksine, ne kadar açık ve net olursa olsun her kuralın yorumuna ihtiyacı vardır.<sup>16</sup> Çünkü kuralda yer alan kelimelere yüklenecek farklı anlamlar, kuralın anlamının da çok farklı biçimlerde ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Nitekim bazı kurallarda geçen kavramlar, gündelik hayattan çok farklı şekillerde kullanılmış, kanunkoyucu onlara farklı teknik anlamlar yüklemiş olabilir.<sup>17</sup>

Kıyas (analoji-benzetme), geniş biçimde yapılmış yoruma denilmektedir. Dolayısıyla kıyas da bir tür yorumdur.<sup>18</sup> Ancak bu yorumda kural, lafzının içerdiği kadar çok daha geniş bir alana etki eder şekilde anlamlandırılmaktadır.<sup>19</sup> Örneğin malen sorumlunun ne şekilde dinleneceğine ilişkin bir düzenleme olmaması karşısında, mağdurun dinlenmesine ilişkin kurallar (CMK m.236/1),<sup>20</sup> malen sorumlunun dinlenmesine ilişkin olarak da geçerli kabul edilirse, kıyas yapılmış olacaktır. Nitekim bu durumda mağdurun dinlenmesine ilişkin kurallar, malen sorumlunun da dinlenmesini kapsayacak şekilde anlamlandırılmış olacaktır. Bu bağlamda kıyas; kanunkoyucu tarafından düzenleme altına alınmış bir duruma ilişkin kuralın; kendisinin en yakın olduğu, kanunkoyucu tarafından düzenlenmemiş başka bir duruma ilişkin olarak uygulanmasıdır.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> **GÖZLER**, Temel Kavramlar, s.126; **CENDEL-ZAFER**, s.41

<sup>16</sup> Nevzat **TOROSLU**, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.53; Yorumun sadece net olmayan hukuk kurallarının anlamını ortaya koymak bakımından bir ihtiyaç olduğuna ilişkin görüş için bkz. **GÖZLER**, Temel Kavramlar, s.126

<sup>17</sup> **CENDEL-ZAFER**, 43

<sup>18</sup> Aynı yönde bkz. **GÖZLER**, Temel Kavramlar, s.126

<sup>19</sup> Aynı yönde bkz. **TOROSLU-FEYZİOĞLU**, s.13

<sup>20</sup> Bu düzenlemede de "Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır." denilerek tanıklığa ilişkin düzenlemelere yollama yapılmıştır. Bu bağlamda malen sorumlu hakkında da 236/1 göndermesiyle tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacaktır.

<sup>21</sup> Benzer bir tanım için bkz. **GÖZLER**, Temel Kavramlar, s.127

Bununla birlikte doktrinde kıyasla yorumun birbirinden çok farklı kavramlar olduğunu ileri süren yazarlar da vardır.<sup>22</sup> Bu görüşe göre, yorumda ortada bir kural vardır ve onun anlamı ortaya konulmaya çalışılır. Oysa kıyasta ortada bir kural yoktur ve bu nedenle oluşan boşluk başka bir kural ile doldurulmaya çalışılır. Kendi içinde tutarlı olan bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere aslında kıyas yapılırken, kıyasen uygulanan kuralın lafzından daha geniş şekilde anlamlandırılması söz konusudur.

Maddi ceza hukuku alanında sert kanunilik ilkesinin bir sonucunu olarak kıyas yapılması yasaktır. Bu husus Anayasanın 38/1. ve TCK'nın 3. maddesinde açıkça ifade edilmiştir.<sup>23</sup> Buna karşın ceza muhakemesi hukuku alanında kural olarak kıyas yasak değildir.<sup>24</sup> Bununla birlikte bu genel kuralın iki önemli istisnası vardır. Bunlardan birincisi *temel hakları sınırlandırıcı hükümler*<sup>25</sup> bakımından, ikincisi ise *istisnai hükümler*<sup>26</sup> bakımından söz konusudur.<sup>27</sup> Bu istisnaların

<sup>22</sup> Örneğin, Cumhuriyet ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.43; CENTEL-ZAFER, s.48

<sup>23</sup> Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s.60, 61

<sup>24</sup> Bahri ÖZTÜRK-Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM-Özge SIRMA-Yasemin F. S. KIRIT-Özdem ÖZAYDIN-Esra A. AKCAN-Efser ERDEM, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.39; ŞAHİN, Ceza Muhakemesi-I, s.42, 43

<sup>25</sup> Anayasanın 13. maddesi gereğince temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların muhakkak kanunla öngörülmüş olması gereklidir. Dolayısıyla kanunla açıkça öngörülmemiş sınırlandırmalar anayasaya aykırı olacaktır. Bu nedenle ceza muhakemesinde de temel haklara müdahale teşkil eden işlemlerin kanunla açıkça düzenlenmesi gerekir. Temel haklara ilişkin sınırlandırma getiren düzenlemelerin kıyasla genişletilmesi ise hukukten mümkün değildir. Bu bağlamda en önemli özelliklerinden birisi temel hakları sınırlandırmak olan koruma tedbirlerinin uygulama alanında kıyas yoluyla genişleme yapılması hukuka aykırı olacaktır. Örneğin sadece kuvvetli şüphenin varlığına bağlı olarak tutuklama kararı verilebilecek suçlar (CMK m.100/3) kıyasen genişletilemez. (CENTEL-ZAFER, s.49; ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA-KIRIT-ÖZAYDIN-AKCAN-ERDEM, s.39) Aynı şekilde soruşturulması sırasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanabileceği suçların (CMK m.135/6) kıyas yoluyla genişletilmesi yoluna gidilemez.

<sup>26</sup> İstisnai düzenlemelerin de kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Nitekim istisnai kurallar zaten genel kuraldan sapma gösteren özel düzenlemelerdir. Genel kurala istisna getirmeleri nedeniyle istisnai hükümler, sadece kuralda belirtilen veya tahdidi olarak sayılan durumlardan sonuç doğurur. Bunların kıyasen genişletilmeleri mantıken mümkün değildir (Aynı yönde bkz. ŞAHİN, Ceza Muhakemesi-I, s.43). Eğer kıyas yapmak gerekiyorsa bu durumda genel kuraldan faydalanılması uygun olacaktır. Bu bağlamda örneğin hakimin önüne gelen uyuşmazlığı çözmesi ve olaydan el çekmemesi genel kuraldır. Ancak istisnaen hakimin kanunen görevden yasaklı olduğu hallerde (CMK m.22, 23), uyuşmazlıktan el çekmesi gerekir. Bu nedenle istisna olan ve kanunda tahdidi olarak sayılan hakimin görevden yasaklı olduğu haller, kıyas yoluyla genişletilemez. Benzer şekilde suçların takibi bakımından genel kural, re'sen takip edilmeleridir. Ancak istisnai olarak, kanunda açıkça gösterilen hallerde, suçların takibi bakımından suçtan doğrudan doğruya zarar görenin şikayeti aranmış olabilir. Bu nedenle soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçların kıyas yoluyla genişletilmeleri mümkün değildir.

ilişkin olduğu alanın oldukça geniş olması dolayısıyla, ceza muhakemesinin önemli bir bölümü bakımından kıyas serbestisi geçerli değildir.

### 3.2. Ceza Muhakemesi Hukuku Kaynaklarının Anlamlandırılmasında Sübjektif Yorum

Bir hukuk kuralı yorumlanırken, onun anlamı ortaya konulmaya çalışılırken doktrinde kabul edilmiş değişik hareket tarzları vardır. Kimisi yorum yaparken kanunkoyucunun iradesinin ortaya konulması gerektiğini ileri sürerken (sübjektif yorum), kimi yazarlar da kanun yapıldıktan sonra, artık kuralın kanunkoyucunun iradesinden ayrıldığını ve kendi iradesinin oluştuğunu, bu nedenle de yorum yaparken kuralda saklı iradenin ortaya konulması gerektiğini ileri sürerler (objektif yorum).<sup>28</sup> Bununla birlikte kanunun yapıldığı zamandaki koşullar aynen devam etmekte ise kanunkoyucunun iradesinin; yok eğer koşullar değişmişse kuralda saklı iradenin dikkate alınması gerektiğini söyleyen yazarlar da vardır (karma yorum).<sup>29</sup>

Kanaatimizce yorum yaparken kanunkoyucunun kuralı koyarken sahip olduğu irade ortaya konulmalı ve kuralın anlamı ona göre belirlenmelidir. Bu irade ortaya konulurken, yorumlanan kuralın yer aldığı hukuk metninin sistematığı, kuralı ortaya çıkartan ihtiyaçlar, meclis görüşmeleri ve gerekçeler gibi yorum araçları kullanılabilir. Anayasaya göre kanun yapma yetkisi kanunkoyucu olarak TBMM'ye aittir. Bu nedenle kanunun anlamını ortaya koyarken, kanunlaşma sürecinde yeterli çoğunlukla oluşan TBMM'deki milletvekillerinin kurala ilişkin ortak iradelerinin belirlenmesi gereklidir.<sup>30</sup> Başka türlü hareket tarzı ise kanunkoyucunun kanun koyma fonksiyonunun gaspı sonucunu doğuracaktır. Nitekim kuralın iradesi vardır demek; bir nevi "ben kuralı beğenmezsem kuraldaki irade bu değil demek suretiyle, onu istediğim gibi eviririm" şeklindeki hareket tarzına kapı açmaktadır. Ya da karma görüşte "artık koşullar değişt, kuralın iradesini dikkate almak lazım" diyerek, kuralın kanunkoyucunun iradesinden çok farklı yorumlanmasına imkan tanımaktadır. Oysa kanunkoyucunun iradesinden farklı bir sonuca gitmek, bir nevi yeni kural koymak ve yasama fonksiyonunu gasp etmek olacaktır. Ayrıca kanunkoyucu, kanunu yaparken zaman içinde değişen koşullara göre yorumlanmasına imkan veren tarzda bir

<sup>27</sup> TOROSLU-FEYZİOĞLU, s.13, 14

<sup>28</sup> Yorumda objektif teoriye göre hareket edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. TOROSLU-FEYZİOĞLU, s.13

<sup>29</sup> Objektif teoriye öncelik verilmesi gerektiği; ancak bazı hallerde karma teoriden de yararlanılabileceği yönündeki görüş için bkz. CENTEL-ZAFER, s.43, 44; Bu noktada yorumun anayasa ve uluslararası sözleşmeler ışığında yapılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. YENER ÜNVER-HAKAN HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku-1. Cilt*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.16

<sup>30</sup> Katıldığımız bu görüşün eleştirisi için bkz. TOROSLU-FEYZİOĞLU, s.13

düzenleme yapmışsa, zaten onun iradesi değişen koşulları da kapsayıcı bir düzenleme yapmak yönündedir. Buna karşın değişen koşullar dikkate alınmaksızın sadece mevcut sınırlı durumu kapsayacak bir düzenleme yapılmışsa ve bu durum düzenlemenin lafzından, görüşme tutanaklarından ve gerekçeden açıkça anlaşılıyorsa; artık değişen koşullara göre kanunu genişletmek mümkün değildir. Bu halde eğer ortaya çıkan yeni koşullar ihtiyaç doğuruyorsa, kanunkoyucunun yeni düzenleme yapması beklenmelidir. Nitekim yasama yetkisi ondadır. Bu nedenlerle biz yorum yapılırken sübjektif teoriye bağlı kalınması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu görüşe karşı, “*Kanunkoyucu diye bir şahsiyet yok. Koskoca Meclisteki bir sürü birbirinden farklı düşüncedeki kişiyi kanunkoyucu adı altında tek şahsiyetmiş gibi kabul etmek ne kadar rasyoneldir?*” diye karşı görüş ileri sürülebilir.<sup>31</sup> Ancak Mecliste farklı görüşler olsa da, oylama sonucunda sağlanan yeterli çoğunluğa bağlı olarak, Meclisten ortak bir irade ortaya çıkmıştır ve böylece metnin kanunlaşması mümkün olmuştur. Dolayısıyla farklılıklara rağmen bu ortak iradeyi ortaya koyan topluluğa kanunkoyucu demenin irrasyonel olarak kabul edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bununla birlikte kanunkoyucunun iradesini ortaya koymaya çalışırken de, birbirinden farklı yorum sonuçları ortaya çıkabilecektir. Nitekim özellikle sosyal bilimlerde ve hukuk disiplininde kesin doğruya ulaşmak mümkün değildir. Norma veya bir olaya bakış açısına göre birden çok farklı rasyonel sonuçlara ulaşılabilecektir. Bu durum ise sosyal bilimlerin ve hukuk disiplininin bir handikapı değil; bilakis zenginliğidir. Ancak yorum yaparken kanunkoyucunun iradesinin ortaya konulmaya çalışılması, yorumdaki ortak hareket noktası olursa, sonuçta ortak bir paydada buluşma ihtimali daha da yükselmiş olacaktır. Ayrıca kanun koyma yetkisi de anayasaya göre, kanunkoyucuya ait olduğundan onun iradesini ortaya koyma amacıyla hareket edilmesi, daha hukuki bir hareket tarzıdır.

## SONUÇ

Bir hukuk dalının şekli anlamda kaynakları, temel kaynaklar ve yardımcı kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Temel kaynaklar, uygulamada doğrudan etki gösteren hukuk kurallarından oluşur. Yardımcı kaynaklar ise hukuk dalının uygulamasında doğrudan etki göstermemekle birlikte, doğrudan etki gösteren temel kaynakların yorumlanmasında etkili olan kaynaklardır. Ceza muhakemesinin temel kaynakları Anayasa, uluslararası sözleşmeler, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliklerdir. Yardımcı kaynakları ise mahkeme içtihatları, bilimsel içtihatlar, hukuk düzeninin genel yapısı ve ilkeleridir.

<sup>31</sup> Bu görüşte olan yazarlara örnek olarak bkz. **TOROSLU**, Genel Kısım, s.36

Kanun hükümünde kararnamelerin (KHK'ların) ceza muhakemesinde kaynak değerinin olup olmadığı doktrinde tartışmalı bir konudur. Birçok yazar KHK'ların ceza muhakemesinde kaynak değerinin olmadığını söylerken, bazı yazarlar ise bunun mümkün olduğu kanaatindedirler. Gerçekten de ceza muhakemesinin önemli bir kısmı temel haklarla doğrudan ilişkilidir ve bu nedenle ceza muhakemesi alanında KHK'larla düzenleme yapılmasına mesafeli davranmak gerekir. Zaten bu alanda KHK ile yapılmış pek bir düzenlemeye de rastlanmamaktadır.

Bununla birlikte temel haklar dışındaki konularda, örneğin soruşturmanın yürütülmesinde savcı-kolluk ilişkisi, istinabe veya niyabet gibi konularda KHK çıkartılabilecektir. Hatta Anayasanın 142. maddesindeki düzenleme doğrultusunda, ceza mahkemelerinin de KHK ile kurulması söz konusu olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; olağanüstü dönemlerde, temel haklara sınırlandırma getirilen alanlarda da KHK ile düzenleme yapılabileceğinden, bu dönemlere münhasır olmak üzere, tutuklama, gözaltına alma gibi koruma tedbirleri bakımından da KHK ile düzenleme yapılabilir.

Yorum, bir hukuk kuralının anlamını ortaya koyma faaliyetine denir. Yorum yaparken kanunkoyucunun kuralı koyarken sahip olduğu irade belirlenmeli ve kuralın anlamı ona göre ortaya konulmalıdır. Dolayısıyla sübjektif teori esas alınarak yorum yapılmalıdır. Nitekim Anayasaya göre kanun yapma yetkisi kanunkoyucu olarak TBMM'ye aittir. Bu nedenle kanunun anlamını ortaya koyarken, kanunlaşma sürecinde yeterli çoğunlukla oluşan TBMM'deki milletvekillerinin kurala ilişkin ortak iradelerinin belirlenmesi gereklidir. Başka türlü bir hareket tarzı ise kanunkoyucunun kanun yapma fonksiyonunun gaspı sonucunu doğuracaktır.

**KAYNAKÇA**

- AVCI, Mustafa, "Türkiye'de Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri ile İlgili Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler," in: **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S.1, Ocak 2012
- CENTEL, Nur-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2011
- GÖZLER, Kemal, **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Yayınevi, Bursa 2012
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref-Turgut TAN, **İdare Hukuku-Genel Esaslar Cilt-I**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011,
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.45, 1996/1-4
- ÖZTÜRK, Bahri-Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM-Özge SIRMA-Yasemin F.S. KIRIT-Özdem ÖZAYDIN-Esra A. AKCAN-Efser ERDEM, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005
- TOROSLU, Nevzat-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006
- ÜNVER, Yener-Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku-1. Cilt**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012



## 5326 SAYILI KABAHATLER KANUNUNDA; NETİCE, KUSUR VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

*Doç. Dr. Mustafa ÖZEN\**

### KABAHATLERDE NETİCE KABAHATİN BİR UNSURU MUDUR?

Kabahatler, uç teşkil eden haksızlıklara göre daha hafif haksızlıklardır. Bu nedenle kanun koyucu, kabahatleri suç olmaktan çıkarmış ve farklı yaptırım türleri kabul etmiştir.

Suç teşkil eden haksızlıklar TCK'nın özel hükümler kısmı başta olmak üzere özel kanunlarda düzenlenmişlerdir. Suçlarda netice, suçun maddi unsurlarından birini oluşturur. Kanun koyucu, izlediği suç siyaseti gereği, bazı suç tiplerinde somut neticeyi suçun bir unsuru olarak kabul etmiş, bazı suç tiplerinde ise somut bir neticeye yer vermemiştir.

Kabahatler açısından konuya bakıldığında, kanun koyucunun kabahatlerde neticeyi kabahatin bir unsuru olarak kabul etmediği görülmektedir. Bu durum Kabahatler Kanunu (KK) m. 5/2'de açıkça düzenlenmiştir.

KK m. 5/2'ye göre, 'Kabahat, failin icrai veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır. Neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmaz'.

KK m. 5/2'deki bu düzenlemeye göre, KK'nın yürürlüğe girdiği andan önce yürürlükte olan kanunlarda kabahatlerde neticenin unsur olarak kabul edildiği düzenlemeler, KK'nın yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkmıştır. Bu düzenlemelerdeki kabahatler, artık sırf hareket kabahati haline gelmiştir. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, KK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra çıkartılan kanunlarda KK m. 5/2'deki bu düzenlemeye aykırı olarak kabahatlerde neticenin unsur haline getirilmesi mümkündür. Böyle bir düzenleme yapılırsa geçerli olacaktır.

Burada, konu ile bağlantılı olması nedeniyle KK m. 20/4'teki düzenlemeye de değinmek gerekir.

KK m. 20/4'e göre, 'Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar'.

---

\* Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Bu düzenleme, ilk bakışta KK m. 5/2'deki bu düzenleme ile çelişkili gibi gözükmemektedir. Ancak, bu düzenleme şu şekilde yorumlandığında çelişki olmadığı görülür. Bu düzenleme, kabahatlerde soruşturma zamanaşımını düzenlemektedir. Kabahatlerde soruşturma zamanaşımı, suçlarda dava zamanaşımına benzemektedir.

KK m. 20/4'teki düzenleme, hem geçmişe hem de gelece yönelik bir anlam taşımaktadır. Geçmişe yönelik anlamı, KK'nın yürürlüğe girmesi ile daha önceki kabahat düzenlemelerinin sırf hareket kabahati olması nedeniyle bu kabahatler bakımından soruşturma zamanaşımının belirlenmesinde hareketin (fiilin) işlendiği zaman esas alınacaktır. Geleceğe yönelik anlamı, KK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yürürlüğe giren bir kanunda kabahatlerde netice kabahatin bir unsuru olarak kabul edilirse, bu kabahatler bakımından soruşturma zamanaşımının belirlenmesinde neticenin gerçekleştiği zaman esas alınacaktır.

### **KABAHATLERDE KUSURA DAYALI SORUMLULUK VE HAKSIZLIK İLE YAPTIRIM ARASINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ**

Çağdaş hukuk anlayışında sorumluluğun temeli kusurdur. Bu anlayış, temel hak ve özgürlükleri birebir ilgilendiren ceza hukuku başta olmak üzere, özel hukuk, idare hukuku, kabahatler ve disiplin hukuku bakımından geçerlidir. Ancak, özel hukuk ile idare hukukunda bu anlayışa bazı durumlarda kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi ile istisna getirilmiştir.

Kabahatler hukuku bakımından konuya bakıldığında, KK'nda kabahatlerde kusurluluk KK m. 9'da düzenlenmiştir.

KK m. 9'a göre, 'Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir'.

Madde gerekçesi şu şekildedir: Fakat, Tasarının sisteminde, kabahatler açısından da idari ceza sorumluluğunun kabulü yani idari para cezasına karar verilebilmesi için, fiili işleyen gerçek kişinin en azından taksire dayalı kusurunun varlığı gerekir. Başka bir deyişle, kabahatler bakımından objektif sorumluluk kabul edilmemiştir.

KK m. 9'daki '...kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde...' ifadesi; 1) Açıkça kusursuz sorumluluğun kabul edildiği haller veya 2) Açıkça kasta dayalı sorumluluğun kabul edildiği haller şeklinde anlaşılabilir. Yani, bu ifade, kabahatlerde istisnai düzenlemeler ile kusursuz sorumluluğun kabul edilebileceği yorumuna açıktır. Kanun koyucu, bu yorumu önlemek için madde gerekçesinde, kabahatler bakımından objektif sorumluluğun kabul edilmediğini belirtmiştir. Madde gerekçesi, hâkimi bağlamaz. Madde gerekçesi, sadece maddenin yorumlanmasında kullanılan yorum araçlarından biridir. Olması gereken, madde gerekçesindeki bu hükmün madde metnine alınmasıdır. Bu hüküm madde metnine alınıncaya kadar, bu düzenleme, madde gerekçesine göre yorumlanmalıdır.

KK m. 9'daki düzenlemeyi, KK m. 17/1'deki düzenleme ile birlikte değerlendirme gerekir.

KK m. 17/1'e göre, 'İdari para cezası, maktu veya nispi olabilir'.

Matbu para cezası, kanunda alt ve üst sınırları olmayan belirli bir rakama dayalı para cezasını ifade eder. Örneğin 1.000 TL idari para cezası gibi.

Matbu para cezasını gerektiren bir kabahatin kast veya taksirle işlenmesi halinde, kabahatin failine aynı para cezası uygulanacaktır. Bu durum, açıkça evrensel bir hukuk ilkesi (kuralı) olan 'haksızlık ile yaptırım arasında orantının bulunması gerektiği (haksızlık ile yaptırım arasında ölçülülük ilkesi/adalet ilkesi) ilkesine (kuralına)' aykırıdır. Çünkü, kast ile taksire dayalı kusurlulukta, kast ile taksirin haksızlık içeriği (derecesi) aynı değildir.

KK m. 9 ile KK m. 17/1'deki düzenleme, Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen 'hukuk devleti ilkesine' aykırıdır. Çünkü, hukuk devletinde haksızlık ile yaptırım arasında oran (ölçü) bulunur.



## TAKSİRLE ÖLDÜRME

*Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ\**

### I. GENEL AÇIKLAMALAR

Bütün bireyler yaşama hakkında sahiptir (Ay. m. 17/1). Yaşama hakkı uluslararası belgelerde de özel olarak düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3., Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 6., İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 2. maddeleri, her insanın yaşama hakkına sahip olduğunu belirtmişlerdir.

Her insan yaşama hakkına sahip olduğuna göre, insan yaşamının kanunlarla korunması ve bu yaşamı yok etmeye yönelik davranışların yaptırımı bağlanması gereklidir. İnsan hayatına yönelik bu koruma sadece bilerek ve isteyerek insan yaşamını yok etmeye yönelik kasıtlı eylemlere karşı değil, dikkat ve özen yükümüne aykırı davranmak suretiyle meydana getirilen taksirli eylemlere karşı da korunmaktadır. Bireyler toplum içerisinde, başkalarının hayatları açısından risk veya tehlike oluşturacak davranışlarını gerçekleştirirken dikkat ve özen yükümüne uygun davranmak, dikkat ve özen yükümüne aykırı davranışlarla başkalarının hayatlarına zarar vermemek zorundadırlar.

Dikkat ve özen yükümüne aykırı davranışlar sonucunda diğer bireylerin hayatlarına yönelik zararlar TCK'nın 85. maddesinde<sup>1</sup> "taksirle öldürme" başlığı altında yaptırımı bağlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasında *taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi... cezalandırılır* düzenlemesine yer verildikten sonra, ikinci fıkrasında *eylemin birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanması-na neden olması* hali daha ağır ceza ile karşılanmıştır.

---

\* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

<sup>1</sup> "Taksirle öldürme

Madde 85- (1) Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

TCK, “taksir” kavramının tanımı ve taksirle işlenen bütün suçlar açısından geçerli olacak genel özelliklerini 22. maddede<sup>2</sup> düzenlemiştir. Dolayısıyla 85. maddenin yorum ve uygulanmasında 22. maddesinde yer alan taksire düzenleme dikkate alınacaktır.

5237 sayılı TCK 26.09.2004 tarihinde kabul edildikten<sup>3</sup> sonra, ancak henüz yürürlüğe girmeden<sup>4</sup> önce 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 3. maddesiyle 85. maddenin 2. fıkrasında değişiklik yapılmış; ikinci fıkrada düzenlenen eylemin cezasının alt sınırı üç yıldan<sup>5</sup> iki yıla indirilmiştir. Bunun dışında taksirle öldürme suçuna ilişkin düzenleme, TCK’nın kabulündeki ilk halini korumaktadır.

5237 sayılı TCK öncesinde yürürlükte olan **765 sayılı TCK, taksirle öldürme suçunu 455. maddesinde<sup>6</sup> düzenlemiştir<sup>7,8</sup>**. Bu düzenlemede taksirle

<sup>2</sup> “Taksir

Madde 22- (1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

(6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.”

<sup>3</sup> RG: 12.10.2004, sy.: 25611

<sup>4</sup> 5237 sayılı TCK, bazı hükümleri dışında 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir (TCK m. 344).

<sup>5</sup> Esasen tasarıda 85. maddenin (tasarının 87. maddesi) ikinci fıkrasındaki eylemin cezasının alt sınırı beş yıl iken Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu’ndaki görüşmelerde üç yıla indirilmiştir (Komisyon görüşmeleri için bkz.: **Güney**, Niyazi / **Özdemir**, Kenan / **Balo**, Yusuf S.; Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, s. 261 vd.

<sup>6</sup> Madde 455 – Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

Eğer fiil birkaç kişinin ölümünü mucip olmuş veya bir kişinin ölümü ile beraber bir veya birkaç kişinin de mecruhiyetine sebebiyet vermiş ve bu yaralanma 456’ncı maddenin 2’nci fıkrasında beyan olunan derecede bulunmuş ise dört seneden on seneye kadar hapis ve 1.000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile mahkum olur.

Yukardaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir.

<sup>7</sup> Taksirle öldürme suçunun 765 sayılı TCK’daki düzenlemesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Dönmez**, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Baskı, İstanbul 2001, s. 108 vd.;

öldürme suçu, taksirin şekilleri belirtilmek suretiyle tanımlanmıştır. Bu tanımda taksirin şekilleri *tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik* şeklinde sayılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında da eylemin birkaç kişinin ölümüne veya bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birkaç kişinin de yaralanmasına sebebiyet vermesi hali cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Ancak 765 sayılı TCK, 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için, ölüm yanında gerçekleşecek yaralanmanın her halini değil, 456. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan sonucu sebebiyle ağırlaşmış yaralanma derecesinde olmasını aramıştır<sup>9</sup>. Yine 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak 765 sayılı TCK'nın 455. maddesinin son fıkrasında *taksirle işlenen eylemlere ilişkin cezaların kusurun derecesine göre sekizde bire kadar indirilebileceğine* ilişkin bir düzenlemeye sahipti.

765 sayılı TCK'da yine 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak taksir kavramına ilişkin genel bir düzenleme ve tanıma yer verilmemiştir. 765 sayılı TCK'nın 45. maddesinde *“Cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır.”* şeklindeki ifade ile cürümlerin ancak kasten işlenebileceği kuralına yer verdikten sonra, *“Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.”* düzenlemesi ile kanunun taksirli eylemden dolayı cezalandırmayı açıkça öngördüğü hallerde, taksirle gerçekleştirilmiş eylemlere ilişkin sorumluluğu da kabul etmiştir<sup>10</sup>.

Yine 765 sayılı TCK'da taksir kavramı gibi bilinçli taksir kavramına ve bilinçli taksirle işlenen suçlarda ceza uygulamasının nasıl olacağına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemişti. Eylemin bilinçli taksirle gerçekleştirilmesi halinde hâkim cezayı alt ve üst sınırlar arasında belirlemesi gerekiyordu.

---

**Erem**, Faruk; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. IV, 3. Baskı, Ankara 1985, s. 329 vd.; **Erman**, Sahir; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Erman/Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm), İstanbul 1994, s. 81 vd.; **Önder**, Ayhan; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 83 vd.

<sup>8</sup> 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK'da taksirle öldürme suçunun düzenlenişine ilişkin karşılaştırma için bkz.: **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 98-99.

<sup>9</sup> 5237 sayılı TCK'nın TBMM Adalet Komisyonu'ndaki görüşmelerinde bu husus tartışılmış, tasarıda beş yıl olan ceza alt sınırı üç yıla indirilmiş ve hakim ölüm yanında gerçekleşen yaralanmanın derecesine göre cezanın alt ve üst sınırları arasında bir somut ceza belirlemesi gerektiği görüşü ortaya konulmuştur (Tartışmalar için bkz.: **Güney/Özdemir/Balo**, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 262 vd.)

<sup>10</sup> Bkz.: **Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. Baskı, İstanbul 1999, s. 245 vd.; **İçel**, Kayıhan; Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 24 vd.; **Önder**, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1989, s. 331 vd.

5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinde düzenlenmiş olan *meydana gelen sonucun münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması haline ilişkin şahsi cezasızlık yahut da cezada indirimi gerektiren şahsi sebep benzeri bir düzenlemeye* 765 sayılı TCK'da yer verilmemişti.

## II. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Taksirle öldürme suçuyla korunan hukuksal değer, bireyin yaşama hakkıdır. Bu hak, gerek Anayasa gerekse uluslararası belge ve sözleşmelerle de açıkça düzenlenmiştir.

İnsanın sahip olduğu diğer bütün hakların kullanılabilmesi ve değer kazanabilmesinin temelini de yaşama hakkı oluşturmaktadır. Bu sebeple yaşama hakkı esasen insanın sahip olduğu bütün diğer hakların da özünü oluşturmaktadır<sup>11</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere, bütün bireyler yaşama hakkına sahip olup; bu hak sadece kasıtlı davranışlara karşı değil, taksirli eylemlere karşı da korunmaktadır.

## III. SUÇUN KONUSU

Bu suçun maddi konusu somut olaydaki bireyin yaşamıdır. Suçun maddi konusu insan yaşamı olduğuna göre yaşamın ne zaman başlayıp ne zaman bittiği konusunun da açığa kavuşturulması gereklidir.

**İnsan yaşamının başlangıcı** konusunda öğretilerde temel olarak *üç farklı zaman* kabul edilmektedir. *İlkine* göre, doğumun başlangıcı insan hayatının da başlangıcıdır. Normal doğumda, doğum sancılarının başlaması, sezaryenle doğumda ise rahmin açılması ile doğumun başladığı ve dolayısıyla insan hayatının da başladığı kabul edilmektedir<sup>12</sup>. *İkincisine* göre, ceninin anne karnından kısmen de olsa ayrıldığı an hayatın başlangıcıdır ve bu andan itibaren öldürme suçunun mağduru olabilir. Zira cenin bu halde bağımsız yaşayan bir varlık gibi yaşama hakkını kazanmış bulunmaktadır<sup>13</sup>. *Üçüncüsüne* göre ise, insan yaşamının başlangıcı doğumun bitmesi ile başlar. Yani yaşamın başladığının kabulü için çocuk, anne karnından tamamen ayrılmış olmalıdır<sup>14</sup>. Kanaatimce de insan yaşamının

<sup>11</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 100.

<sup>12</sup> Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2013, s. 103; Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 125; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013, s. 128.

<sup>13</sup> Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 136; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 12; Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat; Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2013, s. 33; Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 5.

<sup>14</sup> Bayraktar, Köksal; Kasten Öldürme Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Yıl: 2013, C. 19, sy.: 2, s. 61;



başladığının kabulü için, çocuğun canlı olarak anneden tamamen ayrılmış olması gereklidir. TCK'da yaşamın başlangıcına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nun 28/1. maddesinde de “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*” hükmüne yer verilmiştir. Aynı kriterin ceza hukukunda da uygulanması gereklidir.

**Yargıtay da kararlarında da** bebeğin “kimse” sayılabilmesi için “tam doğum”un gerçekleşmiş olmasını aramaktadır<sup>15</sup>.

Günümüzdeki bilimsel gelişmeler dikkate alındığında, erkek spermiyle kadının yumurtasının dölleşmesi sonucunda elde edilen ceninin baştan itibaren anne rahmine benzer bir laboratuvar ortamında gelişimini tamamlamasının sağlanması durumunda da ceninin bu ortamdan tamamen ayrılıp doğal ortama geçtiği anda doğumun gerçekleştiğinin ve bu andan itibaren çocuğun taksirle öldürme suçuna konu olabileceği kabul edilmelidir.

**İnsan hayatının sona ermesi** ise, ölümle gerçekleşir. Dolayısıyla somut olayda yaşayan bir insanın var olup olmadığını belirleyebilmek için ölüm anının saptanması gereklidir. Günümüzde hakim olan düşünce, ölüm anını, *beyin ölümü* olarak kabul etmektedir<sup>16</sup>. Yüksek Sağlık Şurası da 1969 yılındaki bir kararında beyin ölümü kriterini benimsemiştir<sup>17</sup>.

---

**Centel/Zafer/Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 100; **Erman**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 7; **Hafizoğulları**, Zeki / **Özen**, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 34; **Hakeri**, Hakan; Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2007, s. 21; **Koca**, Mahmut / **Üzülmüş**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 28; **Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007, s. 22; **Yaşar**, Osman / **Gökcan**, Hasan Gökcan / **Artuç**, Mustafa; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, C. II, Ankara 2014, s. 2843.

<sup>15</sup> “765 sayılı TCK'nın 455/1. Maddesinde, taksirle ‘bir kimsenin’ ölümüne sebebiyet verilmesi eylemi suç olarak düzenlenmiş olup, ‘kimse sıfatının, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılabileceğinden bebeğin doğum sırasında ana karnından tam olarak doğmadan ölmesi sebebiyle ‘kimse’ sayılamayacağı, bu nedenle de eylemin bu madde kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmadığı” (Y. 9. CD, 24.12.2008, 16448/14064 – Karar için bkz.: **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 128, dn. 13); aynı yönde “Tüm dosya kapsamından bebeğin anne karnında öldüğü, sağ olarak doğmadığı, dolayısıyla kişi sıfatını kazanmadığı anlaşıldığından sanığın eylemi taksirle ölüme neden olma suçunu değil, şartları bulunduğu takdirde başka bir suç oluşturabileceği, hukuki durumun buna göre taktir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi ...” (Y. 9. CD, 25.12.2008, E. 2008/18229, K. 2008/13979 – Karar için bkz.: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2843, dn. 1792).

<sup>16</sup> **Akıncı**, Şahin; Türk Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 114; **Hafizoğulları / Özen**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 35; **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 6; **Toroslu**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 24; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 105; **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 130.

<sup>17</sup> Bkz.: **Bayraktar**, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 186, dn. 211.

Mevzuatımızda ölüm haline ilişkin tanım Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da (=ODNK) yer almaktadır. Kanunun "ölüm halinin saptanması" başlıklı 11. maddesinde "tıbbi ölüm"den söz edilmekte ve bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verileceği belirtilmektedir. 01.02.2012 tarih ve 28191 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin ekinde (Ek-1) beyin ölümü, "Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır." (m. 1) şeklinde tanımlandıktan sonra, beyin ölümü tanısı konulabilmesinin kriterleri belirtilmiştir.

#### IV. FAİL

Taksirle öldürme suçu fail bakımından herhangi bir özellik göstermez. Herkes bu suçun faili olabilir.

#### V. MAĞDUR

Taksirle öldürme suçunun mağduru yaşayan bir insan olabilir. Henüz doğup da anne karnından tamamen ayrılmamış cenin bu suçun mağduru olamayacağı gibi, beyin ölümü gerçekleşmiş olan bir kimse de bu suçun mağduru olamayacaktır.

Mağdurluk ve faillik aynı kişide birleşmeyeceğinden, suçun mağduru fail dışında bir kimse olacaktır<sup>18</sup>.

Henüz anne karnındaki veya doğumu devam eden ve insan vasfını kazanmamış olan cenine yönelik eylemler koşulları varsa çocuk düşürtme (TCK m. 99) ve düşürme (TCK m. 100) yahut da koşulları varsa anneye yönelik öldürme (TCK m. 81 vd., 85) veya yaralama (TCK m. 86 vd., 89) suçları bağlamında tartışılabilir<sup>19</sup> olmakla birlikte, ceninin kendisine yönelik öldürme veya yaralama suçları

<sup>18</sup> Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 4.

<sup>19</sup> "... Bir gece önce 02:00'de başlayan doğumun normal yolla gerçekleşmemesi ve müdahalede gecikilmesi nedeniyle saat 20:30 sıralarında katılan annenin rahatsızlığının da artması sebebiyle sanığa durumun bildirildiği, başka bir deyişle doğum için gereken tıbbi müdahalede geç kalınmasının annenin sağlığını olumsuz etkilemesi dolayısıyla ihmali davranışla anneye karşı taksirle yaralama suçunun meydana geleceği, ayrıca kanunda, taksirli fiilin, "gebe bir kadının çocuğunun düşmesine" neden olmasının taksirle yaralama suçunun nitelikli şeklini oluşturacağını öngörülmesi ve anılan hükümle analık hakkı yanında fetüsün (ceninin) varlığının da korunması karşısında, suçun tamamlanması için ana rahminden çıkartılması zorunlu olmayıp, ceninin ana karnında ölümüne neden olunması fiilleri de hukuki anlamda 'düşük' olarak niteleneceğinden, eylemin TCK'nın 89. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi ..." (Y. 4. CD, 12.03.2013, E. 2011/17412, K. 2013/6986 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

bağlamında ele alınamayacaktır. Yargıtay, anneye yönelik bir yaralamanın da söz konusu olmadığı olayda, Devlet hastanesinde görevli olan hekim ve ebe olan sanıkların fetüsün ölümüne sebep olan eyleminin, TCK'nın 257. maddesinde düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna karar vermiştir<sup>20</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki annenin yaralanmasına sebebiyet vermeyen, kasıtlı olmadığı için cenine yönelik olarak da çocuk düşürtme suçunu (TCK m. 99) oluşturmayacak olan eylemlerin cezalandırılması konusunda bir boşluk ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla bu tür boşlukların ortadan kaldırılması için cenine yönelik olan kasıtlı veya taksirli davranışların özel olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Doğum tamamlanmadan önce gerçekleştirilen taksirli davranışlar, çocuk düşürtme niteliğinde olmaz da çocuğun sağ olarak doğumundan sonra etkisini gösterip ölümüne sebep olursa, failin davranışıyla meydana gelen sonuç arasında nedensellik bağlantısının da kurulması halinde meydana gelen suçun taksirle öldürme olduğu kabul edilmelidir. Zira bu halde çocuk gerçekleştirilen davranışın bir etkisi olmaksızın sağ olarak doğmuş, ancak gerçekleştirilen taksirli davranışın etkisi sağ olarak doğduktan sonra etkisini göstermiştir. Ölüm sonucu da bu davranıştan kaynaklanmıştır<sup>21</sup>.

Canlı doğmuş olması koşuluyla, çocuğun yaşama yeteneğine sahip olup olmaması, yaşama ihtimali olan sürenin kısalığı veya uzunluğu öldürme suçunun mağduru olması bakımından önemli değildir. Yine çocuğun sakat doğmuş olması veya akli melekelerine ilişkin hastalığının varlığı, hatta hilkat garibesi olması<sup>22</sup> da öldürme suçunun mağduru olması bakımından önemli değildir<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> “Sanık Umur T.Ö.t’un jinekolog op. Dr. Olarak ve sanık Özlem K.’in ebe olarak görev yaptıkları Malazgirt Devlet Hastanesi’ne 05.06.2005 Pazar günü öğle saatlerinde müracaat eden katılanın aynı gün saat 17:50 sıralarında ölü bebek dünyaya getirdiği olayda; /// ... katılanın herhangi bir yaralanmasından da bahsedilmemiş olmasına göre; ancak canlı doğmakla kazanılabilecek hak ehliyetine sahip kişilere karşı işlenebilecek olan taksirle öldürme suçunun somut olayda değerlendirilemeyeceğinin, fetusa karşı atılı suçun işlenemeyeceğinin gözetilmeyerek eylemleri TCK’nın 257. Maddesindeki suçu oluşturan sanıkların hakkında beraat kararı verilmesi ...” (Y. 12.CD, 08.04.2013, E. 2013/5708, K. 2013/9013 – Karar için bkz.: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2843, dn. 1791).

<sup>21</sup> **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 29.

<sup>22</sup> Öğretide bir varlığı insan sayılması için insana benzemesi gerektiği, insana benzemiyorsa insan öldürme suçlarının konusunu oluşturmayacağı görüşü ileri sürülmüşse de (Bkz.: **Soyaslan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 126), “insan”ın böyle bir kriterden hareketle tanımlanamayacağı, bir anneden doğmuş olan varlığın insan sayılacağı ve fiziksel yapısı itibarıyla normal kabul edilen insan yapısına sahip olmasa da canlı olarak doğan bu varlığa karşı gerçekleştirilen eylemlerin de öldürme suçlarını meydana getirebileceği kanısındayım.

<sup>23</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 135; **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 100; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 12; **Hafizoğulları / Özen**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 35; **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 5; **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 128; **Toroslu**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 23.

Yine çocuğun sun'i döllenme sonucu doğmuş olması da öldürme suçunun mağduru olmasına engel değildir<sup>24</sup>.

Çocuğun bedensel gelişmesini tamamlamış olarak doğmuş olması şart değildir. Vaktinden önce canlı olarak doğmuş olup da tıbbi ve teknik imkânlarla olsa da yaşayan çocuğa karşı gerçekleştirilen eylemler diğer koşulların da varlığı halinde taksirle öldürme suçunu oluşturabilecektir<sup>25</sup>.

Nasıl ki henüz doğum gerçekleşmeden önce cenine karşı gerçekleştirilen davranışlar cenine karşı öldürme veya yaralama suçunu oluşturmayacaksa, beyin ölümü gerçekleştikten sonra cesede yöneltilen davranışlar öldürme veya yaralama suçunu oluşturmayacaktır. Şayet koşulları varsa bu tür eylemler TCK'nın 130/2. maddesinde düzenlenmiş olan *kişinin hatırasına hakaret* suçu bağlamında ele alınabilecektir.

## VI. TİPE UYGUN EYLEM

Taksirle öldürme suçu bir “zarar” suçudur. Yani, failin belirli bir hareketi yapması suçun oluşması ve failin tamamlanmış bir suçtan dolayı cezalandırılması için yeterli değildir. Bunun için, **failin gerçekleştireceği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın TCK'nın 85. maddesindeki kanuni tanımda ön-görülen “ölüm” sonucuna sebep olması gereklidir.** Ancak Kanun Koyucu bu ölüm sonucunu meydana getirecek harekete ilişkin özel tanımlama yapmamış, sınır getirmemiş, sonucu tanımlamakla yetinmiştir. Dolayısıyla **taksirle öldürme suçu “serbest” hareketli bir suçtur.** Failin, başka bir kimsenin ölümüne sebep olan herhangi bir hareketi taksirle gerçekleştirmiş olması yeterlidir.

Failin gerçekleştirdiği ve ölüm sonucuna sebep olan taksirli hareketin failin iradesinin ürünü olması gereklidir. Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere, ölüme sebep olan taksirli hareketin iradi olması ve ölüm sonucuyla iradi hareket arasında nedensellik bağının bulunması gereklidir<sup>26</sup>. Bu anlamda hareketin iradiliği ve bu iradi hareketin ölüm sonucuyla nedensellik ilişkisine sahip olması konusunda genel kurallar geçerli olduğundan bu hususlara ilişkin burada ayrıntılı açıklamaya gidilmemektedir<sup>27</sup>. Türk hukuk öğretisinde, failin hareketiyle mey-

<sup>24</sup> Erman, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 7.

<sup>25</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 104.

<sup>26</sup> “...Bütün suçlarda olduğu gibi, taksirli suçlarda da hareket ile sonuç arasında bir nedensellik bağının varlığı cezalandırmanın koşuludur. Taksirli suçlarda nedensellik bağının varlığının kabulü için, failin hareketinden bağımsız bir etkenin sonuca tek başına neden olmaması gerekir. Sonucun tamamen mağdurun kusurlu hareketinden kaynaklanması halinde bir başkasını bu sonuçtan sorumlu tutma olanağı bulunmamaktadır ...” (Y. CGK, 16.10.2007, E. 2007/9-192, K. 2007/211 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>27</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 212 vd.; Centel, Nur / Zafer,

dana gelen sonuç arasındaki nedensel ilişkiyi belirlemek bakımından değişik teoriler benimsenmektedir<sup>28</sup>. Yargıtay ise ağırlıklı kararlarında ağırlıklı olarak “uygun nedensellik” teorisini uygulamaktadır<sup>29</sup>.

Kasıtlı suçlardan farklı olarak taksirli suçlarda fail, dikkat ve özen yükümüne aykırı olarak gerçekleştirdiği iradi davranışın bir kimsenin ölümüne sebep olabileceğine yönelik bir bilme ve istemeye sahip değildir. Meydana gelen sonuca yönelik kastı olmadığı halde, gerçekleştirdiği bu iradi davranış dolayısıyla failin sorumluluğunun kaynağı ise, dikkat ve özen yükümüne ilişkin Kanun Koyucunun belirlediği normatif yükümlülüktür. Nitekim TCK’nın 22/1. maddesinde *taksirle işlenen fiillerin, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilmesi* hükmüne yer verilmiştir. Taksir kavramı aşağıda suçun manevi unsuru kısmında ele alınacağından bu kısımda ayrıntılı açıklamalara girilmemektedir.

Bir kimsenin ölümüne sebep olan taksirli hareket, failin bedensel hareketleri şeklinde gerçekleşebileceği gibi; kullandığı bir araçla gerçekleştirdiği hareketler de olabilir. Örneğin failin kullandığı otomobille bir kimseye çarparak ölümüne neden olması bir araçla gerçekleştirilen taksirli davranış olabilir.

Failin hareketinin icrai nitelikte olabileceği konusunda şüphe bulunmamakla birlikte; ihmali nitelikteki taksirli hareketin bir kimsenin ölümüne sebep olması halinde, failin taksirle öldürme suçundan dolayı sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır.

---

Hamide / **Çakmut**, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, İstanbul 2011, s. 228 vd.; **Demirbaş**, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2013, s. 212 vd.; **Hafizoğulları**, Zeki / **Özen** Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 194 vd.; **Hakeri**, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 135 vd.; **Koca**, Mahmut / **Üzülmüş**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 109 vd.; **Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2013, s. 161 vd.; **Öztürk**, Bahri / **Erdem**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2012, s. 162 vd.; **Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, M. Nihat / **Bacaksız**, Pınar / **Doğan**, Koray / **Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 218 vd.; **İçel**, Kayıhan; İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 237 vd.; **Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 237 vd.; **Zafer**, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 141 vd.

<sup>28</sup> Örneğin, **Demirbaş** ve **Ünver**, **Zafer** şart teorisine (Bkz.: **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 248 vd.; **Ünver**, Yener; Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 253 vd.; **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 159) taraftarken; **Dönmezer/Erman** ve **İçel**, karma uygunluk teorisine (Bkz.: **Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, 13. Baskı, İstanbul 1997, s. 515 vd.; **İçel**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 270) taraftardılar.

<sup>29</sup> Örnek olarak: “*Oluşa, iş güvenliği uzmanlarının düzenlediği üç kişilik bilirkişi raporuna ve tüm dosya kapsamına göre, yerinden çıkan demir kapıyı bir tarafı boşta bırakacak şekilde emniyetsizce duvara dayayan ve olay yerinde oynayan çocukları kapıya dokunmamaları için uyarımayan sanığın eylemi ile ölüm arasında uygun illiyet bağı bulunduğu hukuki durumunun buna göre taktir ve tayini gerektiği gözetilmeden değerlendirilmediği değerlendirilerek yazılı gerekçeyle beraat kararı verilmesi*,” (Y. 9. CD, 19.03.2009, E. 2007/7320, K. 2009/3192 178 – Karar için bkz.: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2844, dn. 1797).

İhmali hareket, TCK'nın genel hükümler kısmında tanımlanmamış ve ancak özel hükümlere ilişkin kısımdaki belirli suçların<sup>30</sup> ihmali hareketle gerçekleştirilmesi özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle icrai hareketle işlenebilecek şekilde düzenlenmiş olan suçların, ihmali hareketle de gerçekleştirilebileceğinin özel olarak düzenlenmemiş olması halinde, bu suçların ihmali hareketle gerçekleştirilmesinin de cezalandırılmasının suçta ve cezada kanunilik (Ay. m. 38/3, TCK m. 2) ilkesine aykırı olacağı görüşleri ileri sürülmektedir<sup>31</sup>.

Buradan hareketle öğretide<sup>32</sup>, Kanunda açıkça düzenlenmedikçe taksirle öldürme suçunun ihmali hareketle işlenebilmesinin kabulünün kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına aykırı olacağı belirtilmiştir. Buna karşı TCK'nın 22. maddesinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış olarak tanımlanan taksir kavramının suçun tanımında belirtilmiş olması sebebiyle ayrıca suçun icrai veya ihmali hareketle gerçekleştirilebileceğinin belirtilmesine gerek olmadığı görüşü ileri sürülmüştür<sup>33</sup>. Bunun dışında da öğretide<sup>34</sup>, herhangi bir tartışmaya girmeksizin taksirle öldürme suçunun icrai veya ihmali hareketle işlenebileceği görüşü de ortaya konulmuştur.

Yargıtay da verdiği kararlarda, alması gereken önlemleri almayarak somut olaydaki sonuca sebep olan kimsenin davranışının taksirle öldürme suçunu oluşturduğuna karar vermek suretiyle, taksirle öldürme suçunun ihmali hareketle de işlenebilmesini kabul etmiştir<sup>35</sup>.

Kanımcı insanın iradi davranışının icrai veya ihmali olması, yani yapılması veya yapılmamasıyla, dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmamış olması sebebiyle bu davranıştan kaynaklanabilecek sonucun öngörülmemiş olması birbirine

<sup>30</sup> Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 83), kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 88), işkencenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 94/5) gibi.

<sup>31</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 151; **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 375; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 222; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 177; **Yıldız**, Ali Kemal; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notlar, İstanbul 2007, s. 181.

<sup>32</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 180.

<sup>33</sup> **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 134, dn. 287.

<sup>34</sup> Bkz.: **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 101; **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 191.

<sup>35</sup> “Saniğin kendisine ait olan ateşli silahı çocukların rahatlıkla ulaşabileceği yatak altında bulundurduğu, 1990 doğumlu olup suçun anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunmayan kardeşi Özkan'ın bu tabanca ile oynarken silahın ateş alması ve Özgür'ün ölmesi ile sonuçlanan olayda fiil ile meydana gelen sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunduğu ve saniğin olayda kusurlu olduğu tüm dosya kapsamında anlaşıldığından hukuki durumun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfının tayininde hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi ...” (Y. 9. CD, 23.06.2008, E. 2008/4189, K. 2008/178 – Karar için bkz.: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2844, dn. 1795).

karıştırılmamalıdır. Kanun Koyucu TCK'nın 22/1. maddesinde *bir davranışın gerçekleştirilmesinden* söz etmek suretiyle icrai harekete işaret etmiştir. Belki TCK'nın 85/1. maddesinde yer alan *bir insanın ölümüne neden olmak* ifadesinin sonucu gösterdiği ve bu sonuca neden olacak davranışın mutlaka icrai olmasının gerekli olmadığı ileri sürülebilirse de bu tür tartışmaları ortadan kaldırmak açısından, Kanun Koyucunun ihmali davranışı TCK'nın genel hükümler kısmında tanımlaması yararlı olacaktır.

Taksirle öldürme suçunun tipe uygun eylem unsurunun **sonuç kısmı** bir insanın ölümüdür<sup>36</sup>. Taksirli suçlarda teşebbüs cezalandırılmadığından (TCK m. 35/1), ölüm sonucu meydana gelmedikçe kişinin dikkat ve özen yükümüne aykırı olarak gerçekleştirdiği davranış sebebiyle taksirle öldürme suçundan dolayı herhangi bir sorumluluğuna gidilemeyecektir. Buna karşı taksirli davranış somut olayda bir kimsenin yaralanmasına sebep olmuşsa, failin taksirle yaralama (TCK m. 89) suçundan dolayı sorumluluğuna gidilebilecektir.

## VII. MANEVİ UNSUR

Suçun manevi unsuru “taksir” olarak düzenlenmiştir.

TCK'nın 22. maddesinin 2. fıkrasında taksir, *dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir* şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, *kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali* bilinçli taksir olarak tanımlanmış ve suçun bilinçli taksirle işlenmesi, taksire göre cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Taksirle öldürme suçunun meydana gelmesi bakımından, failin eylemini taksirle veya bilinçli taksirle gerçekleştirmiş olması arasında, eylemin yaptırımı dışında bir fark bulunmamaktadır. Suçun bilinçli taksirle gerçekleştirilmesi halinde, Kanunda taksirle öldürme suçuna öngördüğü ceza üçte birden yarısına kadar artırılabilecektir (TCK m. 22/3).

Tanımından da görüldüğü üzere, bir olayda taksirin varlığından söz edebilmek için failin, gerçekleştirdiği iradi davranışın, dikkat ve özen yükümüne uygun davranılıyorsa öngörülebilecek olan kanuni tanımda düzenlenmiş bir sonuca sebep olabileceğini, dikkat ve özen yükümüne aykırı davranması sebebiyle öngörmemiş olması gereklidir.

<sup>36</sup> Öğretide *Koca/Üzülmez*, Kanun Koyucunun taksirle öldürme suçunda asıl cezalandırdığı hususun failin, özensiz davranışıyla öngörmesi gereken bir sonucu öngörmeyerek hareket etmesi olduğu; ancak bu hareketin cezalandırmak için mağdurun ölmesini de aradığı gerekçesiyle taksirle öldürme suçunda ölüm sonucunun bir unsur değil, objektif cezalandırılabilme koşulu olduğu görüşündedir (Bkz.: *Koca/Üzülmez*, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 138).

Bireyler, toplum içerisinde yaşamaktan dolayı, gerçekleştirecekleri davranışlarda dikkat ve özen yükümüne sahiptirler<sup>37</sup>. Dikkat ve özen yükümlülüğü, hukuksal normlardan, idari nitelikteki işlemlerden, özel kişilerin koyduğu bazı kurallardan ve toplumun ortak tecrübelerinden kaynaklanabilir<sup>38</sup>. Dikkat ve özen yükümlülüğü, objektif bir niteliğe sahiptir<sup>39</sup>. Bu nedenle objektif özen yükümlülüğü, kişinin subjektif özellikleri dikkate alınmaksızın belirlenecektir. Zira özen yükümlülüğü, bir gereklilik yargısını ifade etmektedir. Sözelimi bireylerin araç kullanırken trafikteki davranışlarını belirleyen kurallar bu niteliktedir<sup>40</sup>. Kişi, somut olayda gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen, meydana gelen sonuçtan ise sorumlu olmayacaktır<sup>41</sup>.

Belirtildiği üzere, TCK bilinçli taksiri *kişinin öngördüğü neticeyi istemesine karşın, neticenin meydana gelmesidir*. Öğretideki genel kabule göre, fail kanuni tanımdaki sonucun meydana gelebileceğini öngörmekte<sup>42</sup>, ancak bu so-

<sup>37</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 346; **Dönmezer/Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 254; **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 221; **Hafizoğulları/Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 292-293; **İçel**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, s. 105; **İçel**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 402; **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel hükümler, s. 178; **Soyaslan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 438. Yargıtay da bir kararında aynı esası vurgulamıştır: “... *Toplumsal yaşamda belli faaliyetler bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır ...*” (Y. CGK, 16.10.2007, E. 2007/9-192, K. 2007/211 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>38</sup> **İçel**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, s. 141; **İçel**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 407-408; **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel hükümler, s. 193; **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 194; **Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, 11. Baskı, Ankara 2008, s. 199; **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 196.

<sup>39</sup> **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, s. 496; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 266.

<sup>40</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 252.

<sup>41</sup> “*Olay tarihinde 9 yaşında olan Ahmet’in 1.50 cm. yükseklikte duvarla çevrili, demir kapı ile kapatılmış bahçeye girerek burada bulunan havuza düşerek ölmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığın alabileceği başkaca bir önlem olmadığı, bu nedenle de kusur izafe edilemeyeceği ...*” (9. CD, 08.02.2007, 875 – Karar için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 225).

<sup>42</sup> “*Bilinçli taksir ise 5237 sayılı TCY'nin 22/3. maddesinde, "kişinin öngördüğü neticeyi istemesine karşın, neticenin meydana gelmesi" olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi taksir ile bilinçli taksir arasındaki yegane fark; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. // Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek*



nucun meydana gelmesini istememekte ve gerçekleşmemesi için de bütün gayretini göstermektedir; bununla birlikte failin bütün gayretine rağmen öngörülen, ancak gerçekleşmesini istemediği sonuç meydana gelmektedir<sup>43</sup>. Bir olayda failin bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulü için, somut olayda failin, öngördüğü sonucu istemediğini gösteren somut dayanakların varlığı gereklidir. Failin öngördüğü sonucu istememesinin dayanağı, talih, bilgi, yetenek, deneyim vb. sebepler olabilir<sup>44</sup>. Yargıtay da kararlarında taksir ve bilinçli taksiri ayırmak bakımından benzer kriterleri kullanmaktadır<sup>45</sup>.

**Dikkat ve özen yükümlülüğü ile ilgili tartışılan bir husus, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılsaydı dahi aynı sonuç meydana gelecekti ise burada failin sorumluluğundan söz edilip edilemeyeceğidir.** Konuya ilişkin olarak Alman hukukunda değişik örnekler verilmektedir<sup>46</sup>. Örneğin, *bir kamyon sürücüsü önde giden bisikletliyi mevzuat gereği arada bırakması gereken mesafeyi bırakmaksızın sollamıştır. Bisikletli, kamyonun arkasındaki römorkun arka tekerleği altında kalarak ölmüştür. Olay sonrası yapılan araştırmada bisiklet sürücüsünün sarhoş olması sebebiyle direksiyona gerekli*

---

*hareket eden kimsenin tehlike hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla özellikle görevlidir.”* (Y. CGK, 25.03.2008, E. 2008/9-43, K. 2008/62 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>43</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 272.

<sup>44</sup> **İçel**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s. 414.

<sup>45</sup> “... *Kırşehir İl merkezinde çift yönlü olarak kullanılan ve yasal hız sınırının 50 km. olduğu eğimli caddede aracıyla aşağıya doğru 95-100 km. hızla seyreden, bu sırada kendi beyanına göre karşıdan gelen bir aracın hatalı sollamaya kalkışması üzerine onu selektör yaparak uyarı ancak hızını azaltmayan, 2001 doğumlu olup olay tarihinde 5 yaşındaki ölen İ. 'yı evinin önünde yolun kenarında oynar vaziyette iken (yine kendi beyanına göre) 40 m. mesafeden gören, buna rağmen hızını azaltmadan yoluna devam eden, evli ve 3 çocuğu bulunan sanık, yolun kenarında oynayan çocuğun yola çıkabileceğini ve çarparak onun ölümüne neden olabileceğini öngörmüş, ancak şoförlük yeteneklerine, şansına ve çocuğun yola çıkmayabileceği olasılığına güvenmek suretiyle sonucun gerçekleşmeyeceği yönünde yanlış bir kanı ile hareket etmiştir.* Buna karşılık, istemediği, ancak öngördüğü sonucun meydana gelmesini engelleyecek olan objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmamış, bu bağlamda şehir içindeki evlerinin önünde yol kenarında oynayan ölenin yola çıkabileceğini öngörmesine karşın hızını azaltmamıştır. Bu nedenle, meydana gelen ölüm olayında sanığın bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabul edilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Bunun yanında, suçun “basit taksirle mi”, yoksa “bilinçli taksirle mi” işlendiğinin belirlenmesi açısından, olayda ölenin de kusurlu olup olmamasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Zira kusurun var olup olmadığının veya derecesinin tespiti, hakim tarafından manevi unsur saptandıktan sonra, temel cezanın belirlenmesi aşamasında yapılması gereken bir işlemdir....” (Y. CGK, 03.07.2012, E. 2011/9-499, K. 2012/271 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>46</sup> Örnekler için bkz.: **Önder**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, s. 337; **Ünver**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 287-288.

*hâkimiyeti gösteremediği, sağa sola yalpalar yaptığı, kamyon sürücüsünün mevzuata uygun hareket etse dahi sonucun yine de meydana geleceği saptanmıştır. Bir diğer örnekte, eczacı, ilkinde bir çocukta kullanılmak üzere reçete ile verdiği fosfor içeren ilacı, aynı kişiye ikinci kez reçetesiz verir. Kendisine fosfor içeren bu ilaç verilen çocuk ölür. Daha sonra yapılan araştırmada, hekim kendisine müracaat edilmesi halinde aynı ilacı yazmakta tereddüt göstermeyeceğini beyan eder. Yine, fırça imal eden bir fabrika sahibi, temin ettiği keçi kıllarını uyarıya rağmen dezenfekte ettirmenden fırça imalinde kullanır. Fırça imalinde çalışan dört kadın işçi kıllardaki şarbon basili sebebiyle ölür. Sonradan yapılan araştırmada, keçi kılları dezenfekte edilmiş olsaydı dahi, şarbon basillerinin imha edilemeyeceği ve aynı sonucun meydana geleceği saptanır.*

Yargıtay da eski tarihli bazı kararlarında gerekli dikkat ve özen gösterilseydi dahi sonucun meydana gelip gelmeyeceğinin araştırılmasını istemiştir: “*Geriyeye hareket eden kamyonun sağından sol tarafına ve evine doğru koşmakta olan çocuğun kamyonun diferansiyeline çarpması sonucu ölmesi olayında, şoförün kamyonun arka tarafını bir muavin vasıtası ile kontrol ettirmiş olsa dahi, çocuğun sürati, geliş gidiş istikameti ve arabaya olan mesafesi ve sair durumlar itibarıyla bu çarpılmayı önleyip önleyemeyeceği, en tedbirli kişi için dahi neticenin kaçınılmaz olup olmadığının araştırılması gerekir.*”<sup>47</sup>; yine “*Belediye hudutları dâhilinde geçerli olan 15 km sürate, fail riayet etmiş olsa idi dahi olayın yine de meydana gelip gelmeyeceği araştırılmalıdır.*”<sup>48</sup>.

**Kanımca**, bu tür olaylarda esasen failin gerçekleştirmiş olduğu davranış meydana gelen sonuç açısından nedensel bir değere sahiptir. Failin meydana gelmesine sebep olduğu bu sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen sonucun objektif olarak faile isnat edilebilir olup olmadığı araştırılmalı ve meydana gelen sonucun objektif olarak faile isnat edilemeyeceği belirlenirse, failin meydana gelen bu sonuçtan sorumlu tutulmaması gerektiği kabul edilmelidir. Zira bu halde fail, herhangi bir davranış kuralına aykırı davranmakla birlikte meydana gelen sonuç açısından riski artırmamıştır ve meydana gelen sonuç somut olayda objektif olarak faile isnat edilememektedir. Bu sebeple de fail meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulmamalıdır<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Y. CGK, 16.05.1960, 1-17/18 – Karar için bkz.: **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 88.

<sup>48</sup> Y. 1. CD, 20.01.1960, 3276/115 – Karar için bkz.: **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 88.

<sup>49</sup> Bkz.: **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 97; **Önder**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, s. 340; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 182; **Ünver**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 366; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2847. Aksi görüş için bkz.:

## VIII. HUKUKA AYKIRILIK

Taksirle öldürme suçunda tartışılabilecek özel bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu değildir.

## IX. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

TCK'nın taksiri düzenleyen 22. maddesinin 4. fıkrasında “*taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, her somut olayın özellikleri çerçevesinde meydana gelen sonuç açısından failin kusuruna ilişkin bir değerlendirme yapılacak ve bu değerlendirmenin sonucuna göre alt ve üst sınırlar arasında failin cezası belirlenecektir<sup>50</sup>.

Taksirli suçlarda failin kusurunun belirlenmesinde, meydana gelen sonucun fail tarafından öngörülebilir olup olmadığı dikkate alınacaktır<sup>51</sup>. Meydana gelen sonuç fail tarafından hiçbir biçimde öngörülebilir nitelikte değilse, kişinin meydana gelen bu sonuçtan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>52</sup>. Bu durumda kaza ve tesadüften söz edilecektir<sup>53</sup>.

Meydana gelen sonucun öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesinde ise dikkate alınacak kriter ise, yine bizzat failin kendisidir. Failin fiilini gerçekleştirdiği zamandaki yaşı, eğitim, bilgi ve kültür seviyesi, sosyo-ekonomik durumu, kişiliği ve tecrübesine göre, meydana gelen sonucun öngörülebilir olup olmadığı; bu çerçevede de kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı belirlenecektir<sup>54</sup>. Fail, sahip olduğu kişisel özellik

<sup>50</sup> “... Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1 ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle TCK'nın 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken, sanığın tam kusurlu olduğunun mahkemece de kabul edildiği somut olayda, sanığın taksirinin yoğunluğu gözetilerek, alt sınır aşılarak hak ve nasafete uygun bir ceza tayini yerine, asgari haddin ceza tayin edilmesi ...” (Y. 12. CD, 19.03.2013, E. 2012/14582, K. 2013/6738 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>51</sup> **Dönmezer/Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II, s. 255; **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 147.

<sup>52</sup> **Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 201.

<sup>53</sup> “... Neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi) se, failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar. Zira öngörülebilmenin imkansız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüften söz edilir ...” (Y. CGK, 11.05.2004, 2-97/115 - - Karar için bkz.: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2849, dn. 1817).

<sup>54</sup> **Artuk/Gökcan/Yenidünya**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 344; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 401; **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 378; **Ko-**

ve yeteneklerine göre, somut olayda meydana gelen sonucu öngörebilir nitelikte olmasına rağmen, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranarak öngörmemiş olması halinde meydana gelen bu sonuç açısından kusurlu davrandığı kabul edilecektir.

## X. NİTELİKLİ HALLER

### 1. TCK'nın 85. Maddesinin 2. Fıkrasında Taksirle Gerçekleştirilen Davranış Sonucunda Birden Fazla Kişinin Ölmesi, ya da Bir veya Birden Fazla Kişinin Ölümü ile Birlikte Bir veya Birden Fazla Kişinin Yaralanması Halinde Cezanın Üst Sınırı Artırılmıştır

Esasen Kanun Koyucu burada özel bir içtima hali düzenlemiş ve tek bir taksirli davranışın fıkrada belirtilen sonuçlardan birisine sebep olması halini daha ağır olarak cezalandırmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde birden fazla kişinin ölmesi halinde uygulama açısından herhangi bir sorun olmamakla birlikte, bir kişinin ölümü ile bir veya birden fazla kişinin yaralanması halinde nasıl uygulama yapılacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bilinçli taksire ilişkin öngörülen istisna (TCK m. 89/5) dışında taksirle yaralama suçunun (TCK m. 89) soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlıdır. Yaralanan veya yaralananların şikâyetçi olmadığı durumlarda Yargıtay failin 85. maddenin 2. fıkrasından değil, 1. fıkrasından sorumlu tutulabileceğini kabul etmektedir<sup>55</sup>.

Yargıtay'ın bu uygulaması öğretide<sup>56</sup> haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten de Kanun Koyucu taksirli davranışın bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olması halinde nasıl bir içtima uygulama-

ca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 220; Özbek/Kanbur/Bacaksız/ Doğan/Tepe, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, s. 457; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 256; Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 201-202; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2848. Yargıtay da kararlarında bu hususu vurgulamaktadır: “Öngörebilme olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide tartışılmış, failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran sübjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali zekâ düzeyi gibi hususlar öngörebilme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktır...” (Y. CGK, 11.05.2004, 2-97/115 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>55</sup> “Olayda bir kişi ölüp üç kişinin yaralandığı; mağdurların sanık hakkında şikâyetçi olmamaları karşısında sanığın sadece bir kişinin ölümünden sorumlu tutulabileceği ve eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 85/1. maddesinde tanımlanan suçu oluşturacağı gözetilerek lehe yasa değerlendirmesinin ve sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği düşünülmüden yazılı şekilde hüküm tesisi ...” (Y. 9. CD, 09.03.2009, E. 2007/8049, K. 2009/2728 – Karar için bkz.: Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2857, dn. 1837); Yine aynı yöndeki bir karar için bkz.: Y. 12. CD, 10.06.2013, E. 2013/13710, K. 2013/15767 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>56</sup> Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 152.

sı yapılacağını uygulamaya bırakmamış; ortaya çıkan bu sonucun nasıl cezalandırılacağını kendisi özel olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeyi yaparken de meydana gelen ölüm veya yaralanma sonuçlarından bir veya birden fazlasının şikâyete bağlı olarak soruşturulup kovuşturulacağına ilişkin bir düzenlemeye de yer vermemiştir. Bu düzenleme karşısında Kanun Koyucunun öngörmediği bir koşul eklemek suretiyle, bu koşul gerçekleşmediği durumlarda da eylemi temel suç düzenlemesine göre cezalandırmanın doğru bir uygulama olmadığı kanısındayım. Şayet Kanunda bu şekilde özel bir içtima düzenlemesine yer verilmemiş olsaydı, içtima kurallarının uygulanıp uygulanamayacağına belirlenmesi bakımından şikâyete tabi olan sonuçlar bakımından şikâyet koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması mümkün olabilirdi. Bununla birlikte yürürlükte olan bu düzenleme bakımından, taksirli davranışın bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olması halinde, artık yaralanma sonuçları bakımından şikâyet koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın 85/2. madde hükmüne göre uygulama yapılması gereklidir<sup>57</sup>.

Taksirli davranışın bir kişinin ölümü ile bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olması halinde, 85. maddenin 2. fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için yaralanmanın derecesi önemli değildir. Bu yaralanma veya yaralanmalar basit de olsa bu fıkra hükmü uygulanabilecektir. Yaralanmanın derecesi sadece fıkroda öngörülen alt ve üst sınırlar arasındaki somut cezanın saptanmasında dikkate alınabilecektir.

Gerçekleştirdiği taksirli davranış sonucunda bir kimsenin ölümüne sebep olan failin kendisinin yaralanması halinde 85. maddenin 2. fıkrası hükmü uygulanamayacaktır<sup>58</sup>. Zira failin kendisi bu halin uygulanması bakımından dikkate alınmaz.

85. maddenin 2. fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için, birden fazla ölüm veya bir ölümlerle birlikte bir veya birden fazla yaralanma sonuçlarının tek bir taksirli davranıştan kaynaklanması gereklidir. Failin birbirinden bağımsız taksirli davranışlarından meydana gelen ölüm ve yaralanma sonuçlarının varlığı halinde bu hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır.

## **2. Ölüm Sonucuna Bilinçli Taksirle Sebep Olunması Halinde Taksirli Suça İlişkin Cezanın Artırılması Öngörülmüştür (TCK M. 22/3)**

Kanun Koyucu bilinçli taksiri tanımladığı TCK'nın 22/3. maddesinde, bütün taksirli suçlar bakımından genel bir cezanın artırılmasını gerektiren hal öngörmüştür. Dolayısıyla incelenmekte olan suç tipi bakımından hâkim, ölüm

<sup>57</sup> Aksi yönde **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 224; **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 197.

<sup>58</sup> **Yaşar/Gökçen/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2857.

sonucuna neden olan davranışın bilinçli taksirle gerçekleştirildiğini saptarsa TCK'nın 85. maddesine göre belirleyeceği cezayı 22/3. maddesinde öngörül­dü­ğü biçimde (üçte birden yarısına kadar) artırarak uygulayacaktır.

## XI. ŞAHSİ CEZASIZLIK VE CEZADA İNDİRİMİ GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEP

**22. maddenin 6. fıkrasında ise, “Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir ceza­nın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.**

Bu hükmün uygulanabilmesi için faille mağdur arasında bir akrabalık iliş­ki­sinin mevcudiyeti gerektiği gibi<sup>59</sup>; meydana sonucun failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla mağduriyetine sebebiyet vermesi gereklidir<sup>60</sup>.

Failin meydana gelen sonuç itibarıyla acı ve elem duymadığı durumlarda bu halden yararlandırılması mümkün olmayacaktır<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> “...taksirle sebebiyet verilen neticenin sadece, sanığın bizzat kendisinin veya eşi, anne-babası, çocukları, kardeşleri gibi yakınlarının yahut benzer ilişki oluşturabilecek düzeyde in­sa­ni bağ ve yakınlığı olan ve aile kavramına dahil edilmesi mümkün bulunan kişilerin, örneğin; bakıp büyüttüğü, birlikte yaşadığı kişilerin mağduriyetine yol açması gerekir.” (Y. 9. CD, 30.12.2008, E. 2008/18994, K. 2008/14593 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Ban­kası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>60</sup> “... Sanığın kişisel ve ailevi durumu ise hakim tarafından her olayda ayrıca irdelenmeli, sanığın medeni, sosyal ve ekonomik durumu, aile yapısı ve ilişkileri ile aile bireylerine karşı yükümlülükleri değerlendirilerek, taksirli suçta sebebiyet verilen neticenin sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete yol aç­ma­dığı olgusu bu suretle saptanmalıdır.

Temyiz davasına konu olayda, sanık Kadem ile ölen Uğur'un kardeş oldukları, aynı binada anne ve babalarıyla beraber oturup birlikte tuhafiyecilik yaptıkları, olay günü de kışlık yaka­cak ihtiyaçlarını sağlamak için babalarının köydeki kavak ağaçlarını kestikleri sırada devri­len gövdenin karşıdaki ağaca çarparak dört parçaya ayrıldığı, parçalardan birinin başına isabet etmesi sonucu Uğur'un beyin kanaması nedeniyle öldüğü, sanıktan on yaş büyük olan Uğur'un ölümünden sonra altı yaşındaki ikiz çocuklarının ve dul kalan eşinin ekonomik ihti­yaçlarının sanık tarafından karşılanmaya devam edildiği, Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan önemli miktardaki birikmiş borcunun da sanık tarafından üstlenildiği ve taksitle ödenmeye çalışıldığı, taksirli suç nedeniyle ortaya çıkan ölüm neticesinin diğer tüm aile fertleri gibi sa­nığı da ciddi bir üzüntüye sevk edip mağduriyetine yol açtığı, bu durumun ölenin eşi tarafın­dan da ifade edilip şikayetçi olunmadığı, aile yapısı geçmişte ve halen sürdürdüğü ilişkileri ve yükümlülükleri yönünden sanığın cezalandırılmasının ölenin eşi ve çocukları bakımından da ayrıca yeni bir mağduriyete yol açacağı, bu nedenle de sanığın kişisel ve ailevi mağduriyeti­nin kendisine ceza verilmesini gereksiz kılacak bir düzeye ulaştığı anlaşıldığından, hakkında ceza verilmesine yer olmadığına...” karar verilmesi gerekirken, mahkumiyetine hükmedilmesi ...” (Y. 9. CD, 30.12.2008, E. 2008/18994, K. 2008/14593 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

Failin ailesi dışında bir kimsenin taksirli davranıştan dolayı doğrudan mağdur olması veya failin ailesinden bir kimse yanında üçüncü bir kişinin da mağdur olması durumunda bu hükmün uygulanması kabul edilmemektedir<sup>62</sup>.

Bu halin mevcut olduğunun mahkemece saptanması halinde cezasızlık kararı verilmesi zorunlu olup; mahkemeye bu konuda bir takdir yetkisi tanınmamıştır.

Eylemin bilinçli taksirle gerçekleştirilmesi halinde ise verilecek cezada indirime gidilebilir. Bu halde Kanun Koyucu mahkemeye bir takdir yetkisi tanı-  
mış olup, indirim yapılması zorunlu değildir.

## XII. TEŞEBBÜS

TCK'nın 35/1. maddesi<sup>63</sup>, ancak kasten işlenen suçlarda teşebbüse imkân tanımıştır. Buna göre taksirle gerçekleştirilen davranışlarda sorumluluğu meydana gelen sonuç belirleyecektir. Kişinin gerçekleştirdiği dikkat ve özen yükü-  
müne aykırı iradi davranış başka bir kimsenin ölümüne sebep olmadıkça taksirle öldürme suçuna ilişkin herhangi bir sorumluluk doğmayacaktır.

Dikkat ve özen yükümüne aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan iradi davranış, ölüme değil de bir kimsenin yaralanmasına sebebiyet vermişse bu durumda fail, taksirle yaralama suçundan (TCK m. 89) dolayı sorumlu olacaktır.

Ölüm veya yaralanma sonucuna sebep olmayan ve Kanunda özel olarak düzenlenmek suretiyle yaptırım altına alınmış başka bir sonuca da sebep olmayan dikkat ve özün yükümüne aykırı iradi davranıştan dolayı herhangi bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

## XIII. İŞTİRAK

TCK'nın taksiri düzenleyen 22. maddesinin 5. fıkrası<sup>64</sup>, *birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu olacağını* düzenlemek suretiyle, taksirle işlenen suçlarda iştirakin de mümkün olmayacağını kabul etmiştir. Yine suça iştirakte bağlılık kuralını düzenleyen TCK'nın 40. maddesi de *suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını* aramıştır. Bu sebeple birden fazla kişinin taksirli davranışı, bir kimsenin ölümü açısından nedensellik değeri taşıyorsa, bu sonuca sebep olan davranışları gerçekleştiren herkes kendi kusurlu davranışına göre cezai anlamda sorumlu tutulacaktır.

<sup>61</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 264.

<sup>62</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2860.

<sup>63</sup> “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”

<sup>64</sup> “Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.”

Ekip halinde veya ekip halinde olmasa dahi birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen faaliyetler sonucunda başka bir kimsenin ölümü söz konusu olursa, ancak ölüm sonucunu doğuran taksirli davranışı gerçekleştiren kişiler meydana gelen ölüm sonucundan sorumlu olacaklardır. Zira ceza hukukunda geçerli “ceza sorumluluğunun şahsiliği” (Ay. 38/7, TCK m. 20/1) ilkesi gereğince, herkes ancak kendi kusurlu eyleminden dolayı sorumlu olacaktır.

Birden fazla kişinin katıldığı faaliyetlerde, bunlardan birisinin eyleminden kaynaklanan sonuçlardan diğerlerinin de sorumlu olup olmayacağını belirlemede kullanılan kriterlerden birisi “güven ilkesi”dir. Bu ilkeye göre, birden fazla kimsenin işbirliği halinde birlikte veya karşılıklı olarak gerçekleştirdikleri riskli faaliyetlerde, kendisi dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranan kimse, aksine bir kabulü gerektirecek açık karineler bulunmadıkça, diğer kimselerin de bu yükümlülüklerine uygun davranacaklarına olan güvenle hareket etmesi halinde meydana gelen sonuçlardan sorumlu olmayacaktır<sup>65</sup>. Zira bu durumlarda kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığından, dolayısıyla taksirinin varlığından söz edilemeyecektir.

Bununla birlikte bireylerin güven ilkesinden yararlanması *iki halde* sınırlanmaktadır. Bunlardan *birincisi*, somut olayın koşulları başkalarının hatalı davranışlarını öngörülebilir hale getiriyorsa, diğer bireyler artık genel dikkat ve özen yükümüne uygun davranarak sorumluluktan kurtulamazlar. Bu durumda bireyler, somut olayın gerektirdiği özel dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranarak, istenmeyen sonucun meydana gelmesini engellemek yükümlülüğü altındadırlar<sup>66</sup>. Örneğin, bir otomobil sürücüsü, kendisinin öncelikli geçiş hakkı olmasına rağmen, diğer sürücünün bu hakka riayet etmeden yola çıktığını gördüğü halde, geçiş hakkının kendisine ait olduğu düşüncesiyle hareket ederek yola devam etmesi halinde meydana gelen sonuçtan dolayı sırf öncelikli geçiş hakkına sahip olması nedeniyle sorumluluktan kurtulamayacaktır<sup>67</sup>.

Güven ilkesinin sınırlandığı *ikinci* hal ise, hiyerarşik-hukuksal konumu dolayısıyla bir denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunan bir kimsenin, bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde de güven ilkesinden yararlanması mümkün

<sup>65</sup> Bu konuda bkz.: **Katoğlu**, Tuğrul; Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, in: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sy.: 63, 2007, s. 29; **Ünver**, Yener; Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 341; **Yıldız**, Ali Kemal; Tıp Hukukunda Güven İlkesi, VII. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar), 16-17 Nisan 2010 Samsun, s. 261.

<sup>66</sup> **Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 202; **Ünver**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 342.

<sup>67</sup> **Roxin**, Claus; Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, s. 1070.



olmayacaktır<sup>68</sup>. Sözgelimi, bir ameliyatı yönetecek şef hekimin, işyeri sahibinin, yöneticisinin, güvenlik sorumlusunun durumları bu bakımdan önemli olacaktır<sup>69</sup>.

#### XIV. SUÇLARIN İÇTİMAI

TCK taksirle öldürme suçunu düzenlediği **85. maddenin 2. fıkrasında özel bir suçların içtimaı haline yer vermiştir**. Buna göre, Taksirli davranış birden fazla insanın ölümüne veya bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise fail, fıkradaki alt ve üst sınırlara göre cezalandırılacaktır.

Aslında burada tek fiilin birden fazla kişinin ölümüne neden olması halinde aynı neviden fikri içtima (TCK m. 43/2), aynı fiilin bir veya birden fazla kişinin ölümü ile bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olması halinde de farklı neviden fikri içtima (TCK m. 44/1) hükümleri gündeme gelebilecekken, Kanun Koyucu bu ihtimallerin gerçekleşmesi halini kendisi özel olarak düzenleme yolunu seçmiştir<sup>70</sup>.

Yukarıda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikte halinde bu fıkrayla ilgili ayrıntılı bilgi verildiğinden tekrara yer vermemek için burada ayrıntıya girilmemektedir.

<sup>68</sup> **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 32. Yargıtay da açık biçimde güven ilkesinden söz etmemekle birlikte, sahip olduğu fabrikanın kazanından sorumlu kişinin seçim ve eğitimiyle ilgili olarak tedbirsiz ve dikkatsiz davranan fabrika sahibinin, kusurlu olduğuna karar vererek, aslında güven ilkesinin bir sınırını da göstermiştir: “*Dosya içeriğine göre sanığın sahibi bulunduğu deri fabrikasına ait istim kazanının patlaması sonucu kaynakçı (ME) ile herhangi bir kurs görmeyen, yeterlilik belgesi bulunmayan, sigortasız olarak çalışan, kazanın bakımından sorumlu (YG) ’nin öldüğü olayda; sanık, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü ’nün 3. maddesi gereğince ‘işçilere, yapmakta oldukları işlerde uymaları gerekli sağlık ve güvenlik tedbirlerini öğretmek’ zorunda olduğu ve 210. Madde gereğince kazanların işletilmesinde ‘ehliyeti hükümet veya mahalli idarelerce kabul edilen kişilere’ istihdam etmediği için kusurlu bulunmuştur...*” (Y. CGK, 15.10.1990, E. 2/214, K. 236 – Karar için bkz.: **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 35, dn. 30).

<sup>69</sup> “... Ameliyattan önce anestezi işlerini bizzat hazırlayıp, ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli hastane Anestezi ve Reanimasyon Uzmanı Dr. Sanık Mehmet’in, bu görevlerin hiç birini yerine getirmemek ve baştan sona özensiz ve denetimsiz davranmakla, olayda asli kusurlu olması gerektiği, anestezi teknisyeni sanıklar Hüsnüye ile Bediha’nın da anestezi cihazını ve ameliyat masasını ameliyattan önce kontrolle ameliyata hazır hale getirmek, oksijen ve azotperoksit tüplerinin dolu olup olmadığını kontrol etmekle ve ameliyat esnasında değiştirilen oksijen tüpünü de bizzat değiştirmekle görevli oldukları halde, ameliyat öncesinde bunları yapmayarak bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığını ancak ameliyat esnasında farkedip, kendileri yerine yetkisiz hizmetliye tüpü değiştirmek ve tüm ayırıcı özelliklerine rağmen kontrol etmemekle, sıfatları ve konuları itibarıyla Uzman Dr. kadar olmasa da ağırlıklı ve büyük kusurlarının bulunduğu ...” (Y. 2. CD, 05.02.1996, E. 1996/268, K. 1996/1025 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>70</sup> **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 151-152.

Bunun dışında da dikkat ve özen yükümüne aykırı davranış, bir kimsenin ölümü ile birlikte başka suçların da oluşmasına sebep olabilecektir. Örneğin, taksirli davranışın bir kimsenin ölümü ile birlikte trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarından (TCK m. 179, 180) birisinin de oluşmasına neden olması halinde fikri içtima hükümleri gereğince bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır<sup>71</sup>.

Taksirle işlenen suçlarda “bir suç işleme kararının icrası kapsamında” işlenen suçtan söz edilemeyeceğinden, yine ölüm sonucu meydana gelmedikçe failin taksirle öldürme suçundan cezalandırılmayacağından; ölüm sonucu meydana geldiğinde ise aynı suçun aynı kişiye karşı farklı bir zamandan yeniden işlenmesi söz konusu olamayacağından taksirle öldürme suçunda zincirleme suç hükümleri (TCK m. 43/1) gündeme gelmeyecektir.

## XV. YAPTIRIM VE CEZA MUHAKEMESİNE İLİŞKİN KURALLAR

- Taksirle öldürme suçunun temel şeklinin (fıkra 1) cezası *iki yıldan altı yıla kadar hapis* olarak öngörülmüştür. Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen eylemin birden fazla kişinin ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde cezası ise, *iki yıldan onbeş yıla kadar hapis* cezası olarak kabul edilmiştir.

Mahkeme alt ve üst sınırlar arasında failin cezasını belirlerken *suçun işleniş biçimi, kusur durumu, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını* dikkate alacaktır<sup>72</sup>.

- Kanun Koyucu taksirli suçtan dolayı hükmolunacak hapis cezası uzun süreli de olsa, diğer koşulların da varlığı halinde, adli para cezasına çevrilebileceğini kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki, bilinçli taksirle işlenen suçlarda bu imkânı tanımamıştır (TCK m. 50/4). Uygulamada asıl mahkûmiyet çevrilmiş olan adli para cezası olarak kabul edilecektir (TCK m. 50/5).

<sup>71</sup> “Mahkemeye sanığın üzerine atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun unsurlarının oluşmadığından bahisle beraatine karar verilmiş ise de olay sırasında 125 promil alkollü olup güvenli sürüş yeteneğine sahip olmadığı anlaşılan sanık hakkında, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 44. Maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince en ağır cezayı gerektiren fiil gereğince sorumlu tutulacağı, bu bağlamda daha ağır cezayı öngören taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulacağı nazara alınmaksızın ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan beraatine karar verilmesi ...” (Y. 12. CD, 02.07.2012, E. 2011/22847, K. 2012/16584 - - Karar için bkz.: Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2853, dn. 18317).

<sup>72</sup> Y. 12. CD, 26.09.2012, E. 2012/1388, K. 2012/19834 – Karar için bkz.: Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2854, dn. 1832).

- Taksirle öldürme suçundan dolayı failin aldığı somut ceza iki yıl veya daha az süreli ise, bu cezanın ertelenmesi mümkün olmakla birlikte; TCK para cezalarının ertelenmesini kabul etmediğinden hapis cezasının para cezasına çevrilmiş olması halinde erteleme hükümleri uygulanamayacaktır (TCK M. 51).
- CMK'nın 231/5. maddesinde "adli para cezası"nın da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu olabileceğini kabul etmiştir. **Yargıtay**, "*.. Anılan fıkırada belirtilen adli para cezasından ne kast edildiğinin 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 7. fıkrasındaki; "Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez" şeklindeki hükmü ile, 11. fıkrasındaki; "...Ancak, mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşulların varlığı halinde, hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek, yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir" biçimindeki hükümlerinden yola çıkılarak belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır. /// Her iki fıkranın açık hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 5. fıkrasında kast edilen adli para cezası, seçenek yaptırım olarak hükmedilen adli para cezası olmayıp, 5237 sayılı Yasanın 52. maddesinde öngörülen ve hapis cezası ile birlikte veya yalnız hükmedilen adli para cezasıdır. Böyle bir kabul, her iki fıkranın ve müessesenin de doğal sonucudur...*" gerekçesiyle taksirle öldürme suçundan verilen ve iki yılı geçen hapis cezaları para cezasına çevrilmiş olsa da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğini kabul etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına göre, yerel mahkeme taksirli bir suçtan dolayı hükmettiği hapis cezasını henüz adli para cezasına çevirmeden önce CMK'nın 231. maddesi bağlamında değerlendirecek ve bu anlamda hükmün açıklanmasını geri bırakılmasına ilişkin ulaştığı sonuç olumsuzsa, bu hapis cezasını adli para cezasına çevirdikten sonra hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilemeyecektir<sup>73</sup>.

Kanımcı, Yargıtay'ın bu kabulü TCK'nın 50/5. maddesinin "*Uygulamada asıl mahkûmiyet. bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.*" hükmü karşısında doğru olmamıştır. CMK'nın 231/5. maddesinde de adli para cezasının seçenek yaptırıma çevrildikten sonra ortaya çıkan adli para cezası olup olmayacağını ilişkin bir açıklık yahut da bir sınırlama bulunmadığı gibi; Yargıtay'ın atıf yaptığı CMK'nın 231. maddesinin 7 ve 11. fıkralarından böyle bir sınırlamayı çıkarmak mümkün görünmemektedir<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Y. CGK, 25.09.2012, E. 2012/9-7, K. 2012/1783 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>74</sup> Aksi yönde **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 155.

- Kasten işlenmiş suçtan dolayı hapis cezasının kanuni sonucu olarak uygulanabileceği açıkça belirtildiğinden TCK'nın 53/1. maddesinde<sup>75</sup> düzenlenmiş olan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri taksirle öldürme suçunda da uygulanamayacaktır<sup>76</sup>. Bununla birlikte aynı maddenin 6. fıkrası düzenlemesine göre, *belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına*<sup>77</sup> karar verilebilecektir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.
- Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturmadıkça (TCK m. 4), taksirli bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen yahut da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesi mümkün değildir (TCK m. 54/1)<sup>78</sup>.
- Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde *suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı* göz önünde bulundurulacağından, taksirle öldürme suçu-

<sup>75</sup> “Madde 53- (1) Kişi, kasten işlenmiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten,

Yoksun bırakılır.”

<sup>76</sup> “Taksirle işlenen suçlarda uygulama yeri bulunmadığı gözetilmeden sanığın 5237 sayılı TCK'nın 53/1. Maddesindeki haklardan yoksun bırakılmasına karar verilmesi, kanuna aykırılı...” (Y. 9. CD, 18.01.2010, E. 2008/10368, K. 2010/121 – Karar için bkz.: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2855, dn. 1834).

<sup>77</sup> “Sanığın olay tarihinde sürücü belgesi bulunup bulunmadığı araştırılmadan ve onaylı örneği dosyaya konulmadan sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilmesi hukuka aykırıdır.” (Y. 12. CD, 10.06.2013, E. 2013/13710, K. 2013/15767 – Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim: 25.04.2014).

<sup>78</sup> “...Taksirli suçlarda uygulama imkânı olmamasına rağmen suçta konu av tüfeğinin 5237 sayılı TCK'nın 54/1. Maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi ...” (Y. 12. CD, 11.04.2012/16543, K. 2012/9728 – Karar için bkz.: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2856, dn. 1836).

nun hem temel şekli (fıkra 1), hem de cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hali (fıkra 2) açısından zaman aşımı süresi *onbeş* yıl olabilecektir (TCK m. 66/1-d). Dava zamanaşımı süresinin kesilmesi halinde (TCK m. 67/2), zamanaşımı süresi en fazla 22 yıl altı ay olabilecektir (TCK m. 67/4)

Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulacağından, 2. fıkrada düzenlenen halin bilinçli taksirle işlenmesi halinde zamanaşımı süresi yirmi yıl, zamanaşımını kesen bir sebebin varlığı halinde ise otuz yıl olabilecektir.

Kanun Koyucu zamanaşımı süresinin hesabında failin yaşını dikkate alarak daha kısa süreler öngörmüştür. Buna göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, Kanunda öngörülen zamanaşımı sürelerinin yarısı; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş kabul edilecektir (TCK m. 66/2).

- Taksirle öldürme suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır.

Yargıtay, taksirli davranışı gerçekleştiren kişi hakkında taksirle yaralama suçundan (TCK m. 89) dolayı oluşturulan mahkûmiyet hükmü kesinleştikten sonra, mağdurun ölmesi halinde, fail hakkında yeni bir iddianame ile taksirle ölüme sebep olmaktan dava açılmasını ve sonuç olarak hükmedilecek cezadan, taksirle yaralamadan dolayı verilen ve infaz edilen cezanın mahsup edilmesini kabul etmiştir<sup>79</sup>.

- Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10-12. maddeleri çerçevesinde, taksirle öldürme suçunu temel şekli (fıkra 1) bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi, ikinci fıkrasında düzenlenmiş hal bakımından ise, ağır ceza mahkemesidir.

<sup>79</sup> “Taksirle yaralama suçundan yapılan yargılamada sanığın mahkumiyetine dair kararın kararın kesinleşmesinden sonra yaralının öldüğü ve önceki trafik kazası ile ölüm arasında iliyet bağının bulunduğu saptandığına göre, sanık hakkında taksirle ölüme neden olma suçundan dava açılması ve yargılama sonunda sanığın bu suçtan mahkumiyeti halinde, taksirle yaralama suçundan tayin olunan cezanın mahsubu gerekirken, sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi koşullarının oluşmadığı gözetilmeksizin ... yazılı biçimde karar verilmesi, ...” (Y. 12. CD, 27.04.2012, E. 2012/2472, K. 2012/11235– Karar için bkz.: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, s. 2860, dn. 1849).

**KAYNAKÇA**

- Akıncı, Şahin;** Türk Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.
- Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2013.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2013.
- Bayraktar, Köksal;** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Bayraktar, Köksal;** Kasten Öldürme Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Yıl: 2013, C. 19).
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem;** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, İstanbul 2011.
- Demirbaş, Timur;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2013.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II, 12. Baskı, İstanbul 1999.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, 13. Baskı, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi;** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Baskı, İstanbul 2001
- Erem, Faruk;** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. IV, 3. Baskı, Ankara 1985.
- Erman, Sahir;** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Erman/Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm), İstanbul 1994.
- Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat;** Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2013.
- Güney, Niyazi / Özdemir, Kenan / Balo, Yusuf S.;** Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004.
- Hafizoğulları, Zeki / Özen Muharrem;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- Hakeri, Hakan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011.
- Hakeri, Hakan;** Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2007.
- İçel, Kayıhan;** Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.
- İçel, Kayıhan;** İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2014.

- Katoğlu**, Tuğrul; Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sy.: 63, 2007.
- Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.
- Önder**, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1989.
- Önder**, Ayhan; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, M. Nihat / **Bacaksız**, Pınar / **Doğan**, Koray / **Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2013.
- Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, Mehmet Nihat / **Doğan**, Koray / **Bacaksız**, Pınar / **Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2013.
- Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2013.
- Öztürk**, Bahri / **Erdem**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2012.
- Roxin**, Claus; Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006.
- Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2012.
- Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010.
- Tezcan**, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Önok**, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013.
- Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007.
- Ünver**, Yener; Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.
- Yaşar**, Osman / **Gökcan**, Hasan Gökcan / **Artuç**, Mustafa; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, C. II, Ankara 2014.
- Yıldız**, Ali Kemal; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notlar, İstanbul 2007.
- Yıldız**, Ali Kemal; Tıp Hukukunda Güven İlkesi, VII. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar), 16-17 Nisan 2010 Samsun.
- Zafer**, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.





## İNGİLİZ CEZA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİM SÜRECİ VE KAYNAKLARI

*Yrd. Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ\**

### ÖZET:

Bu çalışma kapsamında, Anglo-sakson hukuk sisteminin kaynağı ve Dünyada yayılmasına neden olan İngiliz ceza hukukunun kaynakları hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Yazılı olan ve yazılı olmayan “*common law*” kaynakları ile uluslararası hukukun İngiliz ceza hukukuna etkileri hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İngiliz Ceza Hukuku, Avrupa Birliği Hukuku, Yazılı Hukuk, Yazılı Olmayan Hukuk, Lizbon Antlaşması.

### ABSTRACT:

We try to give information about English criminal law which is the fundamental source of Anglo-sakson law system that spreaded out all over the World. In this scope, we assessed the statutory law and common law sources and the influence of international law to English law.

**Keywords:** English Criminal Law, European Union Law, Statutory Law, Common Law, Lisbon Treaty.

---

\* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

## GİRİŞ

Bu çalışma kapsamında, Kıta Avrupası Hukuk sistemini benimseyen ülkemiz ceza hukukundan tamamen farklı gelişmiş olan Anglo-Sakson (Amerikan) hukuk sisteminin kaynağı olan İngiliz Ceza Hukukunun gelişimi hakkında ve İngiliz Ceza Hukukunun<sup>1</sup> temel kaynakları hakkında bilgi vermeye çalıştık.

Aslında İngiliz Ceza Hukuku, dünyada hatırı sayılır düzeyde ülkenin ceza hukukunun şekillenmesine hizmet vermiş bir hukuk sistemidir. Bu nedenle de ağırlığı olan ve sağlam temeller üzerine inşa edilmiştir. Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak kodifikasyon bazlı olarak değil, içtihat esaslı dikkate alınarak gelişmiştir. Bununla birlikte, son zamanlarda Avrupa Birliği'nin İngiltere üzerindeki etkisinin artışı ile ciddi bir kodifikasyon süreci de başlamıştır. Tüm bu süreci ve kaynakları detaylı olarak değerlendirmeye çalışacağız.

Hemen bu noktada belirtmek gerekir ki İngiltere, Birleşik Krallık içerisindeki en kuvvetli Krallıktır. Diğer Krallıkların da Anglo-sakson hukuku esasına dayanan ancak İngiliz ceza hukukundan farklı düzenlemeleri bulunmaktadır. Çalışmamız içerisinde başlıktan da anlaşılacağı üzere özellikle İngiliz ceza hukuku üzerinde bilgi vermeye çalışacağız. Diğer Krallıklar (Galler, İskoçya, İrlanda) hakkında detaylı bilgi verilmeyecektir.

## I. İNGİLİZ CEZA HUKUKUNUN GELİŞİMİ

### 1. Genel Olarak

İngiliz ceza hukukunun iki temel kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki “*common law*” Türkçe ifadesiyle “ortak hukuk”<sup>2</sup>, diğeri ise “*legislation*” veya “*statutory law*” olarak ifade edilen yasama organı tarafından gerçekleştirilen yazılı hukuk kurallarıdır. Bu temel kaynakların yanında son 30 yıl içerisinde, Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Uluslararası Hukukun da artarak önemli kaynaklar haline geldiğini ifade etmeliyiz<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Bu gün İngiltere, Birleşik Krallık içerisindeki en güçlü olan Krallıktır. Ancak Birleşik Krallık içerisinde yer alan pek çok Krallık bulunmaktadır ve bunların hepsinin ceza hukuku sistemi birbirine benzemekle birlikte pek çok farklı özelliğe sahiptir.

<sup>2</sup> Çalışmamız kapsamında kavramı ifade etmek üzere “ortak hukuk” yerine Türk hukuku tarafından da kullanılmakta ve bilinmekte olan “*common law*” ifadesi kullanılacaktır. Orjinal ifadesinin yaygın olarak kullanılması böyle bir tercihte bulunmamıza neden olmuştur.

<sup>3</sup> **Card** Richard., *Criminal Law*, 12th ed., Oxford 2012, s.12; **Martin** Jacqueline., **Storey** Tom, *Unlocking Criminal Law*, 2nd ed., Hodder Educatin 2007, s.7; **Ashworth** Andrew, *Principles of Criminal Law*, 5th edition, Oxfordd 2006, s. 7

*Common Law*, diğer bir ifade ile yargıçların yaptığı hukuk, cezai sorumluluğa ilişkin tüm genel ilkelerin kaynağını oluşturmuştur. Bununla birlikte günümüzde çok az suç tipi, *common law* kapsamında değerlendirilmektedir<sup>4</sup>.

Türkçe'ye "ortak hukuk" olarak tercüme ettiğimiz '*common law*', 11.yüzyılda İngiltere'de gezici yargıçlar tarafından geliştirilmiştir<sup>5</sup>. Daha sonra İngiliz Kolonisi olan yerlere yayılmış ve bugün Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, İrlanda, Singapur, Pakistan, Hindistan, Gana, Yeni Zelanda, Güney Afrika, Çin (Hong Kong), Avustralya ve hatta Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti gibi pek çok ülkenin hukuk sistemini şekillendirmiştir<sup>6</sup>. Bu sistem esas olarak, örf ve adet hukukuna dayanır. Roma Hukukundan farklı olarak<sup>7</sup> *common law*, özel hukuk-kamu hukuku ayırımına yer vermez. *Common law* sisteminde kanunkoyucu yargıçtır<sup>8</sup>.

*Common Law* kurallarını oluşturan yargıçlar sadece örf ve adete dayanarak hukuk yaratmakla kalmamış, ayrıca örf ve adetin sertliklerini de adil bir şekilde gidermişlerdir<sup>9</sup>. Sistem, 'benzer nitelik gösteren durumların farklı farklı çözüm-

---

<sup>4</sup> **Card R.**, s.12

<sup>5</sup> **Gözübüyük Şeref**, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2009, s.13-14; Common Law- Wikipedia [http://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Common_law), erişim tarihi: 20.11.2011; British History: Middle Ages "Common Law- Henry II and Birth of a State", <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/188090/English-law>; erişim tarihi: 21.12.2009

<sup>6</sup> **Cooray M.**, "Common law And Statute In The Rule Of Law", <http://ourcivilisation.com/cooray/btof/chap185.htm>, erişim tarihi 23.12.2009; Common Law- Wikipedia, [http://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_law#cite\\_note-1](http://en.wikipedia.org/wiki/Common_law#cite_note-1), erişim tarihi: 21.12.2009

<sup>7</sup> "*Common law*" kavramı, çoğu zaman Roma Hukukunun zıddı anlamında kullanılır. Nitekim temel usul sistemleri ve ayrımları birbirinden çok farklıdır. Bununla birlikte bu iki hukuk, her ne kadar yapıları farklı olsa da birbirlerinin gelişiminden sürekli beslenmişlerdir. Roma Hukukunun 12. ve 13. yüzyılda Kıta Avrupası ülkeleri tarafından yeniden keşfedilmesi sırasında, İngiltere *common law* bakımından, Roma Hukuku sistemine dönüş yapamayacak kadar çok uzun bir yol almıştı. Aslında, ilk *common law* bilim adamları olarak kabul edilen Glanvill ve Bracton (aynı zamanda *common law* yargıçlarıdır), Roma hukuku eğitimi almış ruhban sınıfı üyeleridir. Nitekim Bracton'nun "İngiltere'nin Gelenekleri ve Hukuk Kuralları" (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*) adlı eserinde, ciddi bir şekilde Justinian'ın kurumlarından (Justinian's Institutes) etkilenmiş olduğu görülmektedir. Roma hukukunun *common law* üzerindeki etkisi, Bracton'dan sonra bıçak gibi kesilmiştir. Ancak 18. ve 19. Yüzyıllarda Bracton'un Roma Hukukundaki *in rem* ve *in personam* hareket ayırımı, temel yapısal kurumların oluşması bakımından *common law* bakımından Roma Hukuku etkisinin devam etmesine ve alt yapı oluşturmasına hizmet etmiştir. Detaylı açıklama için bkz. **Buhofer S. P.**, Structing the Law: The Common Law and Roman Institutional System, Swiss Review of International and European Law, 5/2007, s.24

<sup>8</sup> **Gözübüyük Ş.**, s.14

<sup>9</sup> **Gözübüyük Ş.**, s.14; Washington Probate, "Estate Planning & <probate Glossary", Washington (State) Probate, s.v. "*common law*", [htm], 8 Dec.2008 <http://www.wa-wa-probate.com/Intro/Estate-Probate-Glossary.htm>, erişim tarihi 21.12.2009

lenmesi adil bir yaklaşım olamaz' prensibinden hareket eder<sup>10</sup>. Bu şekilde yaratılan hukuka da "eşitlik hukuku", hakkaniyet anlamına gelen "*equity law*" adı verilmiştir<sup>11</sup>.

*Common law* uygulamasında, önce verilen yargısal kararlar, gelecekteki yargulamaları bağlar<sup>12</sup>. Taraflar uygulanacak olan kanun üzerinde anlaşamazlarsa, önceki benzer davalarda mahkemelerin ne uyguladığına bakarlar. Eğer benzer bir uyuşmazlık önceki bir davada çözümlenmişse, mevcut mahkeme önceki mahkemenin vermiş olduğu karar yönünde karar vermelidir. Buna içtihat hukuku anlamına gelen "*stare decisis*" adı verilir. Eğer yargıçlar, mevcut uyuşmazlığın daha önce çözümlenmemiş olduğunu ve tamamen farklı bir uyuşmazlık olduğunu tespit ederlerse, yeni hukuk yaratma görev ve yetkilerini kullanırlar<sup>13</sup>.

İngiltere, 18. Yüzyıl Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerden farklı olarak, kodifikasyon (kanunlaştırma) çabalarının dışında kalmış ve "örnek olay hukuku" uygulamasını devam ettirmiştir. Ancak özellikle 19. Yüzyıldan itibaren, yaşanan toplumsal gelişmeler ve küreselleşmenin neticesi olarak ortaya çıkan *common law*'un eksiklikleri, çıkarılan yazılı yasalarla aşılmaya çalışılmıştır. Böylelikle *common law* yanında bir de "*statute law*"<sup>14</sup> yazılı yasa hukuku gelişmiştir<sup>15</sup>.

Özellikle 1861'de İngiltere'de ceza kanunlarını birleştirme konusunda büyük bir çalışma yapılmış ve "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Kanunu" temel bir kanun olarak düzenlenmiştir. Parlamento, günümüze kadar bu suçların kapsamını ciddi bir şekilde arttırmıştır. Buna rağmen, nitelikli insan öldürme (*murder*)<sup>16</sup>, insan öldürme (*manslaughter*)<sup>17</sup>, yaralama, suikast, dolandırıcılık gibi ciddi bazı suçlar, halâ *common law* kapsamında bulunmakta ve yasal bir yazılı düzenlemeye sahip

<sup>10</sup> Arnold C./Baker, The Companion to British History, "English law", London, 2001, s.386

<sup>11</sup> Gözübüyük Ş, s.14

<sup>12</sup> Card R., s.13

<sup>13</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) İlgili kararda ayrıca, "böyle bir durumda yargı makamlarının uygulanacak kanunun ne olduğunu söylemesinin hem görev hem de yetki olduğu; kuralı uygulayacak olanların aynı zamanda kuralı yorumlamakla da yükümlü oldukları; eğer iki hukuk kuralı çelişirse mahkemelerin hangisinin uygulanması gerektiğine karar vermeleri gerektiği" ifade edilmektedir.

<sup>14</sup> *Statute Law*, "Legislation" olarak da adlandırılmaktadır.

<sup>15</sup> Gözübüyük Ş, s.14

<sup>16</sup> İngiliz Ceza Hukuku, insan öldürme suçunda kusur şekillerini ve suçun nitelikli hallerini dikkate alarak farklı adlandırmalar yapmaktadır. Cinayet (*murder*), kasten ve tasarlayarak insan öldürme için kullanılan adlandırmadır.

<sup>17</sup> Tasarlamadan insan öldürme, diğer bir ifade ile suçun basit halinde (*manslaughter*) ise, kast değil "*recklessness*" cüretkarlık adını verdiğimiz Türk Ceza Hukuku ile birebir örtüşmeyen farklı bir kusur şekli ile suçun işlenmesi söz konusudur. Bu kapsamda değerlendirilen insan öldürme fiilleri daha hafif ceza ile cezalandırılmaktadır.

bulunmamaktadır. Buna ek olarak, ceza sorumluluğunu etkileyen nedenler kapsamındaki pek çok konu da (iradeyi sakatlayan nedenler, akıl hastalığı<sup>18</sup> gibi) *common law* kapsamında yer almakta ve değerlendirilmektedir<sup>19</sup>.

Yargıçlar, İngiliz Ceza Hukukunun gelişiminde büyük öneme sahiptir. Özellikle yazılı hukukun yorumu ve ceza hukukunun gelişimi bakımından büyük sorumluluk taşımışlardır. Ayrıca, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu da yargıçlara, pek çok görev ve yetki vermektedir. İlgili kanunun 6. bölümü yargıçlara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu davranmaları sorumluluğunu; 3.bölümü, yazılı hükümleri mümkün olduğunca AİHS ile uyumlu olarak yorumlama yetkisini; ve 2.bölümü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yapılan yargılamaların sorumluluğunu taşıma yükünü getirmektedir. Yüksek Mahkemelerin ise, eğer ilgili kanun maddesini AİHS ile uyumlu yorumlama imkanı bulunmuyorsa, "uyumsuzluk açıklaması" yapma görevi bulunmaktadır; ancak bu yetki çok nadir kullanılmaktadır<sup>20</sup>.

Ayrıca Avrupa Birliği Hukukunun İngiliz Hukuku üzerinde doğrudan etkili bulunmaktadır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, otomatik olarak yerel hukuk içtihatlarının üzerinde kabul edilir. Örneğin İngiliz Hukukundaki bir düzenleme Avrupa Birliği Hukukuna aykırı bir düzenleme getiriyorsa (malların serbest dolaşımı gibi), yerel hukuk uygulanmayacak ve fail bu nedenle suçlanamayacaktır<sup>21</sup>.

İngiliz Ceza Hukuku ile Kıta Avrupası ülkeleri ceza hukukları arasındaki en önemli fark, İngiliz Ceza Hukukunun toplu ve genel bir ceza kanununa sahip olmamasıdır. Yazılı, toplu ve genel bir ceza kanununun olmayışı nedeniyle iç uygulamanın yeterliliğinin azaldığı ileri sürülerek, bu durum öğretilerdeki bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir<sup>22</sup>, ancak geleneksel uygulamanın taraftarı da hiç azımsanamayacak kadar çoktur<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> İngilizler, Türk Ceza Hukuku'ndan farklı olarak isnat yeteneği kapsamında değerlendirdiğimiz ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran nedenleri savunma nedenleri içerisinde değerlendirmektedir. Savunma nedenleri ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir. İlk ayırım, akli duruma ilişkin savunma nedenleridir. Bunlar; akıl hastalığı, uyuşturucu, ilaç veya alkol alma (zehirlenme), isnat yeteneğinin kaybedilmesine neden olan diğer nedenler ve hatadır. İkinci ayırım, genel savunma nedenleridir. Bunlar, yaş küçüklüğü, ikrah, zorunluluk nedenleri, evlilik birliğinin getirdiği zorunlu nedenler, amirin emri, kamusal savunmalar ve özel savunmalar, tuzağa düşürülme ve imkânsızlıktır (zorunluluk hali). Detaylı açıklama için bakınız **Ormerod David, Smith and Hogan Criminal Law, 12th ed., Oxford 2008., s.269 vd.**

<sup>19</sup> **Ashworth A. s.7**

<sup>20</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. **Emmerson B., Ashworth A, Human Rights and Criminal Justice, 2nd edition, Oxford 2006, chapter 8, 10 ve 11**

<sup>21</sup> **Ashworth A. s.7**

<sup>22</sup> **Card R., s.30**

<sup>23</sup> **Ashworth A. s.8**

## 2. Common Law'un Gelişimi

İngiliz ceza hukukunun bu günkü haline gelişi, *common law* sisteminin gelişimiyle başlamıştır. Bu nedenle *common law* sisteminin gelişimine ilişkin özel olarak bilgi vermek istedik.

*Common law* terimi, 1066 Norman istilası sonrasında ortaya çıkmıştır<sup>24</sup>. Normanlar, gerek özel, gerekse ceza davaları bakımından, yargılama yapılması, bunların kayıt altına alınması gibi pek çok yeni kavramı<sup>25</sup> İngilizler'e tanıştırmıştır<sup>26</sup>. Bu kapsamda Danimarka Hukuku da, *common law* kurumlarının gelişiminde büyük bir öneme sahip olmuştur<sup>27</sup>.

*Common Law*, tüm ülkede küçük bir takım toplulukların uyguladıkları haric, uygulanan genel hukuk kurallarına verilen addır. İçtihat hukuku İngiltere'de 12 ve 13. yüzyıllarda tahkik sistemi kapsamında, örf, adet ve içtihat esaslı ortak yargısal içtihatlar oluşturularak gelişmiştir<sup>28</sup>.

1066 tarihli Norman istilasından önce İngiltere'de yargı, küçük yerel mahkemeler tarafından yerine getirilmekteydi. Bu mahkemeler bir rahip ve şerif adı verilen yöneticilerden oluşuyordu. Mahkemeler, hem dini konularda hem de hukuk alanında yargılama yapıyorlardı. Jürili yargılamalar, ilk olarak bu mahkemelerde başlamıştır<sup>29</sup>. Ancak yapılan yargılamalarda verilen kararlar gerekçe içermemekte ve bağlayıcılıkları da bulunmamaktaydı. Bu dönemde idari teşkilatlanma söz konusu değildi; yargılama usulü yoktu; ayrıca kanun yapma gibi bir sistem veya uygulama da bulunmuyordu. Yargı kararları, sadece mevcut uyuşmazlığı gidermeye yönelik olarak veriliyordu, daha fazlasına ilişkin olması beklenmiyordu. Kararlar geçmiş kararlarla bağlı değildi ve gelecek kararlar için de bağlayıcılık teşkil

<sup>24</sup> **Card R.**, s.13; **Baker J.H.**, An Introduction to English Legal History, 4th ed., Great Britain, 2007, s.12; **Robinson O.F.**, **Fergus T.D.**, **Gordon W.M.**, European Legal History, 3rd. Ed., Oxford New York, 2000, s.130; **Milson S.F.C.**, Historical Foundations of The Common Law, 2nd ed., New York 2009, s.11

<sup>25</sup> Bu yeni kavramlar sadece hukuk alanı ile sınırlı olmamıştır. Şovalye hizmeti sunan özel derebeylik sistemi bu dönemde gelişmiştir. Bu sayede köylülerin güvenlikleri sağlanmış, bunun karşılığında ödenecek vergiler yasallık kazanmıştır. Hukuk alanında birlik oluşturulması gereklilikleri ortaya konulmuştur. Diğer bir ifade ile, hem asayiş, hem de hukuk güvenliği oluşturulmasının temelleri bu dönemde atılmıştır. Mahkeme teşkilatı değiştirilmiş, özellikle papazların yargıç olarak mahkemeye iştirak etmelerinin önü I. William döneminde kesilmiştir. **Robinson O.F.**, **Fergus T.D.**, **Gordon W.M.**, s.131

<sup>26</sup> **Robinson O.F.**, **Fergus T.D.**, **Gordon W.M.**, s.131; **Hostetter J.**, A History Of Criminal Justice In England and Wales, Waterside Press 2009, s.40

<sup>27</sup> **Milson S.F.C.**, s.12

<sup>28</sup> **Ray C.**, Jefferey, The development of Crime in Early English Society, Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science 1957, 47 (6), s.647-666

<sup>29</sup> Common Law- Wikipedia [http://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Common_law), erişim tarihi: 20.11.2013

etmiyordu. Gelenek kuralları ve iyi uygulayıcılar sayesinde iyi kararlar verilebiliyordu, ama o dönem uygulamaları değerlendirildiğinde bugünkü anlamda bir hukuktan bahsedilmesi mümkün değildir<sup>30</sup>. *Common Law*'un bu dönemde oluşmasının esas nedeni, ülkede milli yargı teşkilatının bulunmamasıdır<sup>31</sup>.

1154-1189 II. Henry döneminde, *common law* tüm ülke genelinde yasallaştı<sup>32</sup>. Farklı yerel uygulamalara ve cezalandırma sistemlerine son verildi, gerek özel hukuk gerekse ceza hukuku bakımından, jüri sistemi oluşturuldu. Bugünkü sistemden farklı olarak, jüriler kararlarını delillerden önce ortak yerel örf ve adeti değerlendirerek veriyorlardı<sup>33</sup>. Yazılı kayıtlar tutulmaya başlandı<sup>34</sup>.

II. Henry<sup>35</sup>, merkezden taşraya yargıçlar göndererek, ülke genelinde oluşan uyuşmazlıklar hakkında bilgi alma sistemini geliştirdi. Yargıçlar uyuşmazlıkları, *ad hoc* tarzda örf ve adeti yorumlayarak çözüyorlardı. Kralın yargıçları daha sonra Londra'ya dönüp, uyuşmazlıklar ve uyguladıkları çözüm yolları hakkında Krala bilgi verirlerdi. Bu kararlar önce kayda alınır daha sonra dosyalanırdı<sup>36</sup>. Bu sayede içtihat hukuku "*stare decisis*" zaman içerisinde gelişti. Benzer uyuşmazlıklarla ilgili olarak önceden verilmiş olan kararlar, sonraki davanın yargıcı tarafından olaya uygulanarak sorunlar giderilmeye başlandı. Zamanla tüm ülke genelinde var olan örf ve adet kuralları toplandı ve kayda geçirilerek "*common law*" oluşturuldu. Böylelikle Pre-Norman döneminde uygulanan birbirinden tamamen farklı yerel adetler yerini, tüm ülke çapında toplanan ve daha tutarlı bir sistem olarak geliştirilen *common law* kurallarına bıraktı<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Baker J.H., s.1

<sup>31</sup> Baker J.H., s.3

<sup>32</sup> Robinson O.F., Fergus T.D., Gordon W.M., s.133; Baker, s.13

<sup>33</sup> Common Law- Wikipedia [http://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Common_law), erişim tarihi: 20.11.2013; Baker, s.13

<sup>34</sup> Baker J.H., s.13

<sup>35</sup> Bu noktada küçük bir ek bilgi vermek isteriz. II. Henry'nin Kilisenin mahkemeler üzerindeki yetkisini sınırlayan, tek ve kuvvetli bir mahkeme teşkilatı oluşturması, kendisini ve İngiltere'yi Kilise ile ihtilafa düşürmüştür. Özellikle de Canterbury Başpiskoposu Thomas Becket ile ciddi sorunlar yaşamıştır. Nihayetinde Becket, Canterbury Katedralinde kendilerini Kralın menfaatine çalışıklarına inandıran 4 şövalye tarafından öldürülür. Henry'nin bu suikastı düzenleme kastı tartışmalı olmakla birlikte, Kraliyet mahkemelerinin eski din adamları üzerinde yargı yetkisini kullanması ciddi bir tartışma yaratır ve Başpiskopozun cinayeti Kral aleyhine kötü bir propagandanın oluşmasına sebep olur. Sonuçta Henry, tartışmalı kanunları kaldırma ve Kilise üyelerinin sadece dini suçlarla sınırlı olarak görevlendirilmesi uygulamasını terketmeye zorlanır.

Common Law- Wikipedia [http://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Common_law), erişim tarihi: 20.11.2013

<sup>36</sup> Card R., s.13

<sup>37</sup> Robinson O.F., Fergus T.D., Gordon W.M., s.133, Common Law- Wikipedia [http://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Common_law), erişim tarihi: 20.11.2013

## II. İNGİLİZ CEZA HUKUKU'NUN KAYNAKLARI

Yukarıda da açıkladığımız üzere, İngiliz Ceza Hukuku'nun iki temel kaynağı bulunmaktadır. Bunlar *common law* ve yazılı hukuktur<sup>38</sup>. Ancak gelişen yüzyılımızda hukuk sistemleri pek çok küresel oluşumdan etkilenmektedir. Bu itibarla, aynı Türk Hukuku'nda olduğu gibi, İngiliz Hukuku da çeşitli kaynaklardan etkilenmiştir. Diğer kaynakları, genel olarak Avrupa Birliği Hukuku, Uluslararası Hukuk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu olarak ifade edebiliriz.

Tüm bu kaynakların varlığına rağmen, İngiliz Ceza Hukukunda suçların tanımını tam anlamıyla yapmak, ortak karakteristik özelliklerini ortaya koymak ne yazık ki mümkün değildir. Bu da ceza hukukunda belirsizlik ve tutarsızlık yaratmaktadır<sup>39</sup>. Söz konusu durum, ilk bakışta kanunilik ilkesi ile çelişmektedir. Ancak İngilizler bu sorunu kendi uygulamaları çerçevesinde kendilerine has yöntemler ve argümanlar oluşturarak çözümlenmeye çalışmışlardır. Türk Ceza Hukuku anlayışından tamamen farklı bir yapıda gelişen sistem, hakikaten anlaşılması güç bir sistematik yapıya sahiptir. Kaynaklar açıklanırken bu durum, daha net anlaşılacaktır.

### 1. Common Law “Ortak Hukuk”<sup>40</sup>

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, İngiltere’de ceza hukuku *common law* kapsamında gelişmiştir. Zira İngiliz hukukunun büyük bir kısmı, *common law* prensipleri üzerine kuruludur<sup>41</sup>. *Common Law* kapsamındaki suçlarda, sorumluluğa ilişkin esaslar ve suçun unsurları, mahkemeler tarafından belirlenmektedir. Bu nedenle de, ilgili suçlar herhangi bir kanun veya mevzuat derlemesinde bulunmamaktadır; çünkü mahkeme içtihatlarında yer almaktadırlar. Bu gün, pek çok *common law* suçu ve prensibi yazılı hale getirilmiştir. Bununla birlikte, halen yazılı hale getirilmemiş *common law* suçları da bulunmaktadır<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Bu kapsamda kanun ve içtihatları değerlendirerek İngiliz Ceza Hukuku'nun gelişimine büyük katkı sağlayan hukukçuların eserleri de kaynaklara eklenebilir. Zira çalışmamız kapsamında bu değerli hukukçuların görüşlerinden oldukça fazla istifade ettik. Fakat güncel İngiliz Ceza Hukuku kitaplarında, ceza hukukunun kaynakları arasında doktrine özel bir yer ayrılarak sınıflandırma yapılmaması nedeniyle doktrini, kaynaklar kapsamında ayrı bir başlık altında değerlendirmedik. Doktrin hakkında detaylı bilgi için bkz. **Alacakaptan U.**, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara 1958, s.54 vd.

<sup>39</sup> **Ormerod D.**, Smith and Hogan Criminal Law, 12 th ed., New York 2008, s.18

<sup>40</sup> ‘*Common law*’ ifadesi Türkiye’de de benimsenmiş bir kavram olduğu için çalışmamız kapsamında ‘ortak hukuk’ kavramını kullanmak yerine orjinal ifadesini kullanmayı tercih ettik.

<sup>41</sup> **Alacakaptan U.**, s.55

<sup>42</sup> **Dine/Gobert/Wilson**, Cases and Materials on Criminal Law, 5th ed. Oxford University Press New York 2006 s.20; **Alacakaptan U.**, s.55



Günümüzde, kanuni düzenleme olmaması nedeniyle, İngiliz Ceza Hukuku bakımından en sıkıntılı olduğu kabul edilen kaynak *common law*'dur. Zira, pek çok önemli ve ciddi suç tipinin halen *common law* kapsamında değerlendiriliyor olması, bu sıkıntıyı daha da arttırmaktadır. Bunlara örnek olarak, nitelikli insan öldürme (*murder*), insan öldürme (*manslaughter*) suçlarını gösterebiliriz<sup>43</sup>. *Common law*, yasamaya ait olmayan hukuki tasarruflardır<sup>44</sup>. İlginç olan, 21. YY. mahkemelerinin İngiltere'de halen yüzyıllar öncesi mahkeme kararları ve East (1803)<sup>45</sup>, Hale (1736)<sup>46</sup>, Coke (1797) ve Hawkins (1795) gibi eski yazarların yaptığı açıklamalar ile tanımlanan bu suçları uyguluyor olmasıdır. Bu durum kanunilik ilkesi bakımından sorun çıkarmakta ve geriye dönük uygulamaların yapılmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle de bilinçli taksirle insan öldürme suçu, kamu düzenini bozma suçu gibi pek çok *common law* suçu, kanunilik ilkesi bakımından eleştirilere konu olmuştur<sup>47</sup>. Ancak diğer taraftan, konuya ilişkin verilmiş mahkeme kararları düzenleme gibi benimsenmiş ve uygulaması gelenekselleşmiştir<sup>48</sup>.

Özellikle son zamanlarda, *common law* suçlarının doğru şekilde uygulanmadığına dair gittikçe büyüyen bir görüş bulunmaktadır. *Norris v. USA*<sup>49</sup> davasında Lordlar Kamarası, olaya eski bir *common law* suçu olan "*conspiracy to defraud*", Türkçe ifadesiyle ihtilas suçunu uygulamayı reddetmiş, onun yerine 2002 tarihli Girişimcilik Kanununda (*Enterprise Act 2002*) yer alan düzenlemeyi uygulamayı tercih etmiştir. *Jones et al*<sup>50</sup> davasında, Lordlar Kamarası, yazılı hukukun ceza hukukunun temel kaynağı olduğunu, çünkü yürütme veya yargıçlar tarafından değil, ülkenin seçilmiş temsilcilerinden oluşan Parlamento tarafından yapıldığını açık olarak dile getirmiştir. Bu nedenle, mahkemeler yeni suç tipleri yaratmamalı ya da var olan suç tiplerini ortadan kaldırmamalıdır, Parlamento'nun iradesi esas alınmalıdır. Benzer görüş, *Goldstein and Rimmington*<sup>51</sup> davasında da tekrar edilmiştir<sup>52</sup>.

<sup>43</sup> Ashworth A. s.7; Ormerod D., s.18; Loveless Janet, Criminal Law, Oxford 2010 s.14; Dine/Gobert/Wilson, s.20

<sup>44</sup> Card R., s.13

<sup>45</sup> East E.H., A Treatise of the Pleas of the Crown, Oxford 1803

<sup>46</sup> Hale M., The History of the Pleas of the Crown, 1736

<sup>47</sup> Ormerod D., s.19

<sup>48</sup> Alacaptan U., s.54 Alacaptan'a göre, İngiliz Ceza Hukuku'nda yedi yüz yıllık gelişim neticesinde kanun, ceza hukukunun ana kaynağı durumuna gelmiştir.

<sup>49</sup> [2008] UKHL 16

<sup>50</sup> [2006] UKHL 16

<sup>51</sup> [2005] UKHL 63, [2005]3 WLR 982

<sup>52</sup> Ormerod D., s.19

*Common Law* suçları bakımından ortaya çıkan diğer bir sorun da, bir suçun aynı zamanda hem *common law* hem de yazılı hukuk (*statutory law*) kapsamında düzenlenmiş olmasıdır. Lordlar Kamarası, bu konuya ilişkin şöyle bir değerlendirme yapmıştır<sup>53</sup>:

“Parlamento bir suçun unsurlarını tanımlamışsa, nelerin hukuka uygunluk nedeni teşkil edip etmeyeceğini, muhakeme şeklini ve cezasını belirlemişse, bu kapsama giren hareketlerin, yazılı hukuktan farklı hukuka uygunluk nedenleri getiren ve cezanın sınırlı tutulmadığı *common law* kapsamında değil, yazılı hukuk kapsamında kovuşturulması uygun olur.” Görüldüğü üzere Lordlar Kamarası, yazılı hukuka üstünlük tanıyıcı bir bakış açısına sahiptir.

Bununla birlikte *common law*, İngiliz Ceza Hukuku bakımından yine de önemli bir kaynaktır. Akıl hastalığı, hata, ikrah, zorunluluk nedenleri, sarhoşluk gibi ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran nedenler halen *common law* kapsamında değerlendirilmektedir.

## 2. Yazılı Hukuk (*Statutory Law*)

Yazılı hukuk, kendi içerisinde kanunlar ve ikincil yasama (*subordinate legislation*) olarak iki şekilde kendini göstermektedir. Kanun, özel suç tiplerinin esas kaynağıdır. Buna karşılık bazı hafif nitelikteki suçlar<sup>54</sup>, ikincil yasama kapsamında düzenlenmiştir<sup>55</sup>.

### A. Kanun

Günümüzde *Common law* suçlarının yanında İngiliz Ceza Hukukunda yazılı olarak düzenlenmiş yüzlerce suç tipi bulunmaktadır<sup>56</sup>. Hatta şunu açıkça söyleyebiliriz ki, bu gün İngiliz Ceza Mahkemeleri tarafından yargılanması yapılan suç tiplerinin çoğu, yazılı kanun hükümleri ile düzenlenmiş suç tipleridir. Tüm hafif nitelikteki suçlar, kanunla veya ikincil yasama yöntemi ile düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>57</sup>.

Yazılı düzenlemelere baktığımızda, *common law* kapsamında bulunmayan tamamen yeni ve farklı suç tipleri yanında *common law* kapsamında yer alan bazı suç tiplerinin de yazılı hale getirildiğini görmekteyiz. Aslında İngilizler geleneksel hukuklarına ne kadar bağlı olsalar da, şu an pek çok *common law* suçunu yazılı hale getirmiş, kanuni düzenlemelere kavuşturmuşlardır<sup>58</sup>. Diğer

<sup>53</sup> Ormerod D., s.19

<sup>54</sup> Bu suçları Türk Ceza Hukuku'ndaki kabahatlere benzetebiliriz.

<sup>55</sup> Card R., s.19-20

<sup>56</sup> Ormerod D., s.20

<sup>57</sup> Card R., s.20

<sup>58</sup> Card R., s.20

bir ifade ile, İngiltere zaman içerisinde yazılı olmayan hukuktan yazılı olan hukuka doğru geçiş yapmıştır. Hatta kanunlar, ceza hukukunun temel kaynağı haline gelmiştir<sup>59</sup>.

Ancak her ne kadar yazılı düzenleme yapılmış olsa da, suç tiplerinin genel özelliklerinin düzenlendiği ve suç tiplerinin bir araya getirildiği genel bir ceza kanunu bulunmamaktadır. Çünkü yazılı düzenlemeler, farklı başlıklı kanunlar altında suç tiplerine ilişkindir<sup>60</sup>. Bugün İngiliz ceza hukuku kapsamındaki suçlar; *common law* suçları, çeşitli kanunlarla düzenlenmiş suçlar ve ikincil yasama düzenlemelerinden oluşmaktadır. Örneğin, insan öldürme (murder) *common law* kapsamında değerlendirilmektedir. 2006 tarihli Şirketler Kanununda pek çok suç tipi düzenlenmektedir<sup>61</sup>; yine 1861 tarihli Kişiler Aleyhine İşlenen Suçlar Kanununda kasten yaralama, vücuda ağır zarar verme, zehirlenme, patlatma, saldırı, birden fazla kişi ile evlenme, çocuk düşürtme gibi suçlar düzenlenmektedir; 1968 tarihli Hırsızlık Kanunu ve 1971 tarihli Mala Zarar Verme Kanunları'nda, mala karşı işlenen suçlar çoğunlukla yer almaktadır; 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu'nda, pek çok cinsel suç düzenleme altına alınmıştır. Tamamen cezai düzenleme getiren kanunların dışında kalan (örneğin düzenleyici hükümler getiren) diğer kanunlarda da cezai düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin Yol Trafik Kanunu, kural olarak yol ve trafik düzenine ilişkin düzenlemeler yapmaktadır. Bu kanun kapsamında, ayrıca ilgili düzenlemelere aykırı davranışlara ilişkin cezai düzenlemeler, suçlar ve cezalar da yer almaktadır<sup>62</sup>.

Uygulamada, kanuni düzenlemeler nedeniyle de sıkıntılar yaşanmaktadır. Şöyle ki, bir suçun yazılı hukuk kapsamında düzenlenmiş olması, o suçun her zaman açık, net ve belirli olduğu anlamına gelmemektedir. Eğer yazılı düzenleme belirli, açık ve net değilse; İngilizler bu sorunu sanık lehine yorum yapmak suretiyle çözmektedirler. Mahkeme ilgili hükmü sanık lehine yorumlayarak uygular. Son zamanlarda ise, mahkemeler bu sorunu, Bakanlığın yazılı açıklamalarına atıf yaparak çözümlenmeye başlamıştır. Örneğin *Thet v DPP*<sup>63</sup> davasında, doktrindeki görüşler ve parlamento tartışmalarına atıf yapılarak, suçun kapsamının genişletilemeyeceği ifade edilmiş ve sorun giderilmiştir.

Nitekim genel bir ceza kanununun bulunmayışının yarattığı sıkıntıların giderilmesi amacıyla İngiltere'de, 1989 tarihli Ceza Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarı henüz yürürlükte bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen, mahkemelerin ilgili kanun tasarısındaki düzenlemelerden zaman zaman faydalandı-

<sup>59</sup> Benzer yönde bkz. **Alacakaptan U.**, s.54

<sup>60</sup> **Ormerod D.**, s.20; **Card R.**, s.20

<sup>61</sup> **Ormerod D.**, s.20

<sup>62</sup> **Card R.**, s.21

<sup>63</sup> [2006] EWHC 2701 (Admin)

ğını görmekteyiz. Ayrıca Hukuk Komisyonu sürekli ve periyodik olarak raporlar çıkarmakta, tasarı niteliğinde düzenlemeler yapmaktadır. Bu çalışmalar da Ceza Kanunu tasarısını destekleyici nitelik taşımaktadır<sup>64</sup>.

Ancak 2008 yılında Hukuk Komisyonu, kodifikasyon çalışmalarını programından kaldırmıştır. Buna sebep olarak, *common law* uygulamalarını bırakıp bunları kanunlaştırmanın zor olmasını, her geçen gün yasama organı tarafından yapılan yazılı suç tiplerinin artmasını ve bir kanunun üzerine başka bir kanunun süratle gelmesini ve Avrupa Birliği Yasamasının İngiliz Hukukunu etkilemesini göstermiştir. Hukuk Komisyonu, kodifikasyon yerine bu gün ceza hukuku reformu sağlayacak, ceza hukukunu sadeleştirecek ve geliştirecek özel projeler üzerinde yoğunlaşmıştır. Kodifikasyondan ise tam anlamıyla vazgeçmemiş, sadece geleceğe ertelemiştir<sup>65</sup>.

Ceza Hukukunda sadeleştirme projesi şunları kapsamaktadır<sup>66</sup>:

- Hukuka daha açık bir yapı kazandırmak,
- Daha modern bir terminoloji kullanmak (dili sadeleştirme - güne uyarlama),
- İçinde bulunduğu alana ilişkin hukuku, yakın bağlantılı diğer hukuk alanları ile uyumlu hale getirmek,
- Sıradan insanlar için hukuku daha anlaşılır ve güvenilir hale getirmek.

### **B. İkincil Yasama**

İngiltere’de sistem, bazı organlara hafif suçlar<sup>67</sup> kapsamında yasal düzenleme yapma yetkisi tanımıştır. Bu yetki kanun ile tanınmaktadır. Örneğin, Kraliçe’nin oluşturduğu Konsey’e, Bakanlığa veya yerel bir makama bu yetki tanınabilir. Kanunun verdiği yetki kapsamında bulunan hafif suçlar ve cezaları, ilgili makamlar (idari makamlar) tarafından düzenlenebilir<sup>68</sup>.

İkincil yasama olarak adlandırdığımız bu usul ile hafif suçların ve cezalarının düzenlenmesi, İngiltere’de yeni bir uygulama değildir; ancak günümüzde gittikçe artan bir öneme sahiptir. Bu usul ile yapılan düzenlemelere örnek olarak, Ulaştırma Bakanlığı’nın Yol Trafik Kanunu kapsamında yaptığı düzenlemeleri gösterebiliriz. Bu usul kullanılarak, değişik konular hakkında çeşitli düzenlemeler yapılabilmektedir. Örneğin, gereksiz korna çalmaya ilişkin düzen-

<sup>64</sup> Loveless J., s.21

<sup>65</sup> Card R., s.31

<sup>66</sup> Card R., s.31

<sup>67</sup> Bunları, Türk Ceza Hukuku’ndaki kabahatler niteliğinde düşünebiliriz.

<sup>68</sup> Card R., s.20

leme, kanunla değil ikincil yasama ile düzenlenmiştir<sup>69</sup>. Diğer bir ifade ile, kanun ile her konu hakkında detaylı düzenleme yapılması mümkün görülmemiş, ilgili idari makama detaylar hakkında düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır<sup>70</sup>.

İkincil yasama ancak kanunun verdiği yetki kapsamında mümkün olabilir. Aksi halde devredilmiş yasama yetkisinden bahsedilmesi gerekir. İkincil yasamanın İngiltere’de iki türü bulunmaktadır. İlki<sup>71</sup>, Kraliçe’nin oluşturduğu Konsey’in yaptığı talimatlar ve Bakanlıkların yaptığı düzenlemelerdir; bunlara tüzükler de denilmektedir. Bu düzenlemeler, 1946 tarihli Yasal Düzenlemeler Kanunu’nda (*Statutory Instruments Act*) belirtilen usul ve idare kurallarına tabidir ve kanuni bir düzenlemeye bağlı olarak yapılmaktadır. İkincisi, yerel makamlar ve kanunla yetkilendirilmiş bazı organlar tarafından çıkarılan yönetmeliklerdir. Bu düzenlemeler de kural olarak genel nitelik taşımaktadır ancak; yerel makamlar tarafından çıkarılanlar yerel etki doğurmakta, diğer organlar tarafından çıkarılanlar ise, yetkilendirildikleri kanunun uygulama alanı ile sınırlandırılmaktadır<sup>72</sup>.

Galler’de bu iki türe ek olarak, üçüncü bir ikincil yasama türü daha oluşturulmuştur. 2006 tarihli Galler Hükümeti Kanunu kapsamında Galler Milli Meclisi’nin<sup>73</sup> tedbir çıkarma hakkı bulunmaktadır. Bu tedbirler, Meclisten geçip Kraliçe’nin Konseyi tarafından onaylanarak yürürlüğe girerler<sup>74</sup>.

### 3. Avrupa Birliği Hukuku

#### A. Genel Olarak

Birleşik Krallık Avrupa Birliği’ne katılmadan önce Parlamento, hangi hareketlerin suç teşkil edeceği ve düzenleneceği konusunda sınırsız bir egemenlik yetkisine sahipti. Ancak bu durum, 1 Ocak 1973 tarihinde Birleşik Krallık’ın Avrupa Birliği’ne katılmasıyla değişti. 1972 Tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu ile Birleşik Krallık, Avrupa Toplulukları Hukuku’nun üstünlüğünü tanımış oldu. Bu da Birleşik Krallık kanunları kapsamında ve doğal olarak da İngiltere’de İngiliz hukuku kapsamında yargılanan sanıklara, Avrupa Birliği Hukuku ile çelişen düzenlemeler bakımından itiraz etme imkanını getirdi. İlgili itirazlar,

<sup>69</sup> Card R., s.21

<sup>70</sup> Bu uygulamayı Türk Hukukundaki Kabahatler hukuku kapsamında çerçeve yasaya dayalı olarak İdareye kabahatleri belirleme yetkisinin tanınmasına benzetebiliriz. Ancak aynı yetki yaptırımları belirleme bakımından tanınmamıştır. Türk hukukunda kabahatler bakımından yumuşatılmış bir kanunilik ilkesi söz konusudur.

<sup>71</sup> Bu, uygulamada en sık görülen ve önemli olan ikincil yasama türüdür.

<sup>72</sup> Card R., s.21

<sup>73</sup> Galler, Birleşik Krallık’ta ayrı bir devlet (Krallık) olduğu için kendine ait ayrı bir Parlamentosu bulunmaktadır.

<sup>74</sup> Card R., s.21

Birleşik Krallık'ın yasalarını, Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlu hale getirmesi halinde geçerli olmuş ve kabul edilmiştir. Çünkü, Avrupa Birliği ülkesi olmayı kabul eden Birleşik Krallık, Avrupa Birliği yükümlülüklerini yerine getirerek ceza hukukunu şekillendirmeyi kabul etmiş oldu<sup>75</sup>.

Avrupa Birliği üyeliği sonrasında Avrupa Birliği Hukuku, İngiliz Hukukunda sıkça kullanılan kaynaklardan bir tanesi haline gelmiştir<sup>76</sup>. Çünkü Birleşik Krallık, bu kapsamda pek çok yükümlülüğün altına girmiştir. Bunlar kendini pozitif ve negatif yükümlülükler olarak göstermiştir. Avrupa Birliği Hukuku kapsamında verilen haklara müdahale edici cezai düzenlemeler yapmaktan çekinmek ve Avrupa mantığına uygun düzenlemeleri yapmak gibi. Çünkü Avrupa Birliği üyesi bir devletin iç hukuku, Avrupa Birliği hukuku ile çelişirse geçerli olmayacaktır. Zira bu durum *Costa v ENEL* davasında<sup>77</sup> da dile getirilmiştir<sup>78</sup>.

Aslında Avrupa Birliği, mümkün olduğunca ceza hukuku alanında düzenleme yapmaktan çekinmiştir (zaten Avrupa Birliği yasaması İngiltere veya Galler'de veya herhangi başka bir üye devlette uygulanacak suç tiplerini düzenleme yetkisine de sahip değildir<sup>79</sup>), ancak mevcut gelişmeler dikkate alındığında, gelecekte bu düzenlemelerin artış yapacağı beklenmektedir<sup>80</sup>. Örneğin Avrupa Birliği yasaması, çevrenin korunması, VAT (vergi) kaçakçılığı, fuhuş, insan ticareti, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi gibi çeşitli konularda yasal düzenlemeler yapmaktadır.

1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliği'nde 3 sütun inşa edilmiştir. Bu sütunlardan ikisi, ceza hukuku ile ilgilidir. Bunlar, birinci ve üçüncü sütunlardır. Birinci sütun, ortak Pazar, ekonomik ve para birliği, ortak tarım ve balıkçılık politikaları ile çevresel koruma yetkilerini kapsayan Avrupa Topluluğu (EC) sütunudur. Kural olarak ceza hukuku, Avrupa Topluluğu'nun yetkisi altında bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 2005 tarihinde Avrupa Adalet Divanı, Avrupa Toplulukları Komisyonu /Avrupa Birliği Konseyi davasında (*Commission of the European Community v Council of the European Union*<sup>81</sup>), birinci sütunda yer alan konular kapsamında Avrupa Toplulukları yasaması tarafından yapılan ve üye Devletlerin bu düzenlemeleri korumak için iç hukuklarına sokmak ile yükümlü oldukları suç ve cezaların, Avrupa Topluluğu'nun çevresel menfaatlerinin korunabilmesi için gerekli olduğuna karar vermiştir<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> Dine/Gobert/Wilson, s.45

<sup>76</sup> Ormerod D., s.21

<sup>77</sup> Case 6/64 [1964] ECR 585

<sup>78</sup> Dine/Gobert/Wilson, s.47

<sup>79</sup> Card R., s.22

<sup>80</sup> Dine/Gobert/Wilson, s.45

<sup>81</sup> C-176/03 13 Eylül 2005

<sup>82</sup> Card R., s.22

23 Kasım 2005 yılında Avrupa Komisyonu, üye devletlerin ceza hukuklarının cezalandırmasını istediği yedi suçun detaylarını yayınlamıştır. Bu suçlar, Avrupa Adalet Divanının, çevreyi korumaya ilişkin *Commission of the European Community v Council of the European Union* kararından sonra ortaya konulmuştur. Bu kararlar birlikte ortaya çıkan yedi suç şu konulara ilişkindir<sup>83</sup>:

- Sahte avro banknot ve bozuk para basmak
- Kredi kartı ve çek dolandırıcılığı
- Kara para aklama
- İnsan kaçakçılığı
- Bilgisayar hackerlığı (izni olmadan başkasının bilgisayar ağına girmek) ve virüs saldırıları
- Özel sektör yolsuzlukları
- Deniz kirliliği

Komisyon, aynı zamanda organ kaçakçılığı ve ırk düşmanlığını kışkırtma suçları bakımından yeni otoritesini kullanacağını ve bu suçları Avrupa Birliği'nin tamamına yayacağını ifade etmiştir. Daha da ötesi, amacının bu suçlara ceza sınırları belirlemek olduğunun işaretlerini vermiştir. Tabi ki bu durum, üye devletlerin egemenlik alanlarına doğrudan bir müdahale teşkil etmektedir. Ancak Birleşik Krallık'ta yukarıdaki suçlar her ne kadar tanınarak kanun kitaplarının içerisine girse de, bu suçların cezaları Parlamento tarafından belirlenmektedir<sup>84</sup>.

Yukarıda adı geçen kararda, Avrupa Topluluğu'nun çevreyi korumak amacıyla üye devletlerden cezai yaptırımlar oluşturmalarını isteme hakkı olduğu ifade edilmektedir. Bu karar, Konsey ve Komisyon'un çevre ile ilgili konularda yasama yapmaya dair gücü bakımından tartışmalara neden olmuştur. Avrupa Adalet Divanı, çevrenin korunmasının Topluluğun esas amaçlarından birisi olduğunu ifade etmiş ve bu kapsamda çevrenin korunmasına ilişkin gerekliliklerin Topluluğun politika ve aktivitelerinin tanımlarına ve yürütülmesine entegre edilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Birleşik Krallık da dahil olmak üzere 11 üye devlet, böyle bir yetkinin üye Devletlerden Avrupa Birliği'ne açıkça devrinin yerinde olmadığını belirtmişler ve ceza yaptırımları düzenleme yetkisinin devrinin, üye devletlerin egemenlik yetkilerine ilişkin olması nedeniyle zor olduğunu ifade etmişlerdir. Avrupa Adalet Divanı bu görüşü kabul etmemiştir. Divan, her ne kadar kural olarak ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kurallarının Topluluk yetkisi dışında olsa da, bunun Topluluğun ciddi çevre suçları

<sup>83</sup> Dine/Gobert/Wilson, s.45

<sup>84</sup> Dine/Gobert/Wilson, s.45

ile mücadele etmek asama yapmasını engellemeyeceğini, zira yetkili ulusal makamların etkili, orantılı ve caydırıcı cezai yaptırımlar uygulamasının çevre suçları ile mücadelede hayati öneme sahip olduğunu ifade etmiştir. Bu konu halen tartışmalıdır. Ancak Avrupa Birliği Hukuku'nun Avrupa Adalet Divanı kararıyla da pekişerek doğrudan etkisi, İngiliz Hukuku'nda kendisini göstermektedir<sup>85</sup>.

Ceza Hukuku bakımından esas önemli olan sütun ise, üçüncü sütundur. Bu sütunun ismi, 'cezai konularda adli ve kolluk işbirliği' (*Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters*) dir. Bu çerçevede özgürlük, güvenlik ve adalet alanlarının amaçları belirlenmiştir. Örneğin 2003 tarihli Avrupa Birliği Konseyi Çerçeve Kararında, çocukların cinsel istismarının ve çocuk pornografisi ile mücadele için üye Devletlerin çocuk fahişeliğini, çocuk pornografisi çekimi, zilyetliği ve dağıtımını engellemeyi sağlayacak çeşitli suçları ve cezaları yürürlüğe sokmaları gerekli kılınmıştır. İngiliz Ceza Hukuku bu konuda yeterli düzenlemeye sahip olmadığı için derhal 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu düzenlenmiş ve hukuk sistemi çerçeve karar ile uyumlu hale getirilmiştir<sup>86</sup>.

1 Aralık 2009 yılında yürürlüğe giren 2007 tarihli Lizbon Antlaşması ile 3 sütun ve bu sütunlar altında düzenlenen güçler birleşmiştir<sup>87</sup>. Bu sayede Avrupa Birliği'nin bu tarihe kadar 3.sütun kapsamında kullandığı güçleri ciddi şekilde güçlenmiştir. Çünkü artık Avrupa Birliği Konseyi kararlarını verirken oybirliği ile değil, nitelikli çoğunlukla karar verme yetkisine sahip olmuştur. Her ne kadar Birleşik Krallık'ın ilgili konulara ilişkin politikaların içinde veya dışında kalma konusunda seçme şansı bulursa da, çoğunlukla içinde olmayı tercih ettiği görülmektedir<sup>88</sup>.

Ayrıca İngiliz Hukuku üzerinde, Avrupa Birliği yasama gücü tarafından ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere ve diğer temel kurallara ilişkin yapılan düzenlemelerin inkar edilmeyecek düzeyde etkisi bulunmaktadır. Örneğin bir kişi bu düzenlemelere doğrudan başvurarak uygulanmasını isteyebilir ve Avrupa Birliği Hukuku kuralı ile çelişen iç hukuk uygulamasından sorumlu tutulmaz. Çünkü yargılamada, Avrupa Birliği Hukuku kuralı üstün kabul edilmektedir. Bu nedenle de İngiliz ceza hukukçuları, yerel ceza hukukunun; Avrupa Birliği Hukuku kurallarına başvurmaya gerek kalmadan uygulanabilir hale gelmelerini sağlamak amacıyla, derhal yenilenmesi ve AB Hukuku ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler<sup>89</sup>. Aksi yaklaşım, yargı-

<sup>85</sup> Dine/Gobert/Wilson, s.46

<sup>86</sup> Card R., s.22

<sup>87</sup> Ormerod D., s.21

<sup>88</sup> Card R., s.23

<sup>89</sup> Card R., s.23



lamada iki başlılığın ortaya çıkmasına neden olacak, diğer bir ifade ile her yargılamada iki hukukun sürekli birlikte değerlendirilmesi gerekliliğini doğuracak ve bu da uygulamada sıkıntıların yaşanmasına neden olacaktır.

### B. İçtihatlar ve Uygulaması

Konuya ilişkin bazı içtihatları ve düzenlemeleri değerlendirerek yukarıda açıkladığımız hususları daha anlaşılır hale getirebiliriz. Avrupa Birliği Hukuku'nun İngiliz Ceza Hukuku'na önemli etkileşim yaptığı çeşitli alanlar bulunmaktadır<sup>90</sup>. Bunlara örnek olarak, 2002 tarihli Girişimcilik Kanunu'nda yer alan rekabet hukukunda kartel oluşturmak suçu, vergi kaçakçılığı suçu ve çevre suçlarını verebiliriz<sup>91</sup>.

İngiltere'de milli hukuk ve kurumlarının, Birliğin yasal menfaatlerini yerel menfaatler gibi koruyup gözetmesi esası kabul edilmiştir. Örneğin İngiltere'de yolsuzluk suçu işlendiğinde nasıl cezai kovuşturma yapılıyorsa, Birliğin mali kaynaklarına karşı suç işlendiğinde de benzer şekilde kovuşturma yapılır ve cezai yaptırım uygulanır<sup>92</sup>. Avrupa Adalet Divanı, 1989 tarihli "*Greek Maize*" davasında bu durumu "benzetme ilkesi" olarak adlandırmıştır. Örneğin, *Avrupa Toplulukları Komisyonu (Avrupa Parlamentosu'nun da müdahalesiyle)/ Avrupa Birliği Konseyi* davasında<sup>93</sup>, Avrupa Adalet Divanı, kural olarak ceza hukukunun Avrupa Topluluğunun yetkisi dışında tutulduğunu ancak, Topluluğunun çevre hukuku menfaatlerinin ihlal edilmesini engellemek için, Topluluk yasasının 175.maddesi kapsamındaki yetkiyi kullanarak, üye devletlerden gerekli cezai düzenlemeleri yaparak çevrenin korunması için zorunlu tedbirleri almalarını talep edebileceğini ifade etmiştir<sup>94</sup>.

Avrupa Adalet Divanı yakın tarihli bir başka kararında, Avrupa Birliği Hukuku'nun yerel ceza kanunları bakımından bir kaynak teşkil edeceğini, sadece Parlamentolara değil aynı zamanda mahkemelere de yükümlülükler getireceğini

<sup>90</sup> Bazen Avrupa Birliği Antlaşmaları hükümlerinin doğrudan etkisi söz konusudur. Örneğin, ilgili üye devletin konuya ilişkin yasal bir düzenlemesi olmadan doğrudan, üye devletlerin bireylerine ve kurumlarına haklar veya yükümlülükler getirilebilir. Bu hak ve yükümlülükler doğrudan mahkemelerde ileri sürülebilir. Avrupa Birliği yasaması genellikle ekonomik konulara ilişkin düzenlemeler yapmaktadır. Adil rekabet, adet ve gelenekler, iç ticaret, kalpazanlık gibi. Aynı zamanda, tarım ve göçe ilişkin düzenlemeler de yapar. Ancak Adalet Divanı'nın 2005 tarihli *Avrupa Toplulukları Komisyonu v. Avrupa Birliği Konseyi* kararına kadar Avrupa Birliği Hukukunun İngiliz maddi ceza hukukuna etkisi sınırlı olmuşken, bu karardan sonra etkisi ciddi şekilde artmıştır. **Card R.**, s.22

<sup>91</sup> **Ormerod D.**, s.21

<sup>92</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Tridimas T.**, *General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford 2006

<sup>93</sup> *Commission of the European Communities v Council of the European Union* Case C- 176/03 [2005] 3 CMLR 20, ECJ

<sup>94</sup> **Ormerod D.**, s.21; **Card R.**, s.22

ifade etmiştir. *Pupino* davasında, bir hemşire öğretmen, İtalyan Milli Mahkemesi tarafından 5 yaşın altındaki çocuklara dayak cezası uygulaması nedeniyle yargılanmıştır. İtalyan savcısı soruşturmanın başlangıç evresinde, çocukların kovuşturma sürecinde travma yaşamalarına engel olmak için çocuklardan delil toplarken özel tedbirler almıştır. Bu uygulama aslında, İtalyan Ceza Muhakemesi Hukukunda bulunmamaktadır; ancak, Avrupa Adalet Divanı kararlarına atıf yapılarak İtalyan Ceza Muhakemesi Hukuku kuralları, ilgili Avrupa Birliği Hukuk kurallarına uygun olarak yorumlanmıştır. Avrupa Adalet Divanı, İtalyan mahkemelerinin İtalyan mevzuatını mümkün olduğunca ilgili Avrupa Birliği Çerçeve kararları kapsamında değerlendirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kural olarak, Avrupa Birliği Hukukunun yerel hukuk üzerinde doğrudan etkisi olmazken, *Pupino* kararı neticesinde, yerel mahkemelerin yerel hukuk kurallarını mümkün olduğunca, Avrupa Birliği Hukuk kurallarına uygun olarak yorumlama yükümlülükleri ortaya konulmuştur. *Pupino* davasının etkisi, *Dabas*<sup>95</sup> davasında Lordlar Kamarası tarafından da değerlendirilmiş ve Avrupa Tutuklama Müzekkeresi uygulaması, bu davada dikkate alınmıştır. Lordlar Kamarası, yürütülen operasyonun içeriğini Avrupa Tutuklama Müzekkeresi ile ilgili 2003 tarihli Suçluların İadesi Kanunu ve Avrupa Birliği Çerçeve kararları kapsamında yorumlamıştır<sup>96</sup>.

Bazı hallerde de Avrupa Birliği Hukuku, suç tipi yaratmak yerine savunma nedeni (ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan neden) oluşturmak için gerekçe teşkil eder. İstinaf mahkemesi, yakın tarihte verdiği kararlarında, duruşma hakimlerinin Avrupa Hukuku mevzuatı kapsamında düzenlenmiş olan savunma nedenlerini değerlendirmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. *Searby Ltd* davasında<sup>97</sup> ilgili şirket, 1985 tarihli Yiyecek ve Çevre Koruma Kanunu'na (*Food and Environment Protection Act 1985*) uygun olarak çıkarılan 1986 tarihli Tarım İlaçlarının Denetimi düzenlemesinde (*Control of Pesticides Regulations 1986*) yer alan, Birleşik Krallık'ta Bakanlık talimatı olmadan tarım ilacı satmak suçunu işlemekle itham edilmiştir. Şirketin itirazı, Avrupa Birliği Hukuku kapsamında onaylanarak sınıflandırılmış bir tarım ilacı bakımından ayrıca Bakanlık talimatı alınması gerekmediğine ilişkin duruşmada yaptıkları savunmanın duruşma yargıcı tarafından değerlendirilmediği yönünde olmuştur. İstinaf Mahkemesi şirketin itirazını yerinde bulmuş ve duruşma yargıcının Avrupa Birliği Hukukuna doğrudan etki tanınmasını gerekçe gösterip, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> *Dabas v High Court of Justice*, Madrid [2007] UKHL 7

<sup>96</sup> **Ormerod** D., s.21

<sup>97</sup> [2003] EWCA Crim 1910

<sup>98</sup> **Ormerod** D., s.21-22

Özel Avrupa Birliği Antlaşmalarında yer alan maddeler de savunma bakımından ortaya konulabilir. Örneğin *Dearlove*<sup>99</sup> davasında sanık V, ihracaat fiyatından daha yüksek fiyatla yerel markete ürün satmakla suçlanmıştır. Bu politikanın EEC Antlaşması'nın 85 (1) maddesine ters düştüğü kabul edilmektedir. D, V'yi ürünleri Avrupa Birliği ülkesi dışında bir ülkeye satacağını söyleyerek kandırılmış ve malları bu şekilde almıştır. İddia makamı, kamu menfaatlerinin korunması amacıyla 1968 tarihli Hırsızlık Kanununun fiyatlandırma politikası aleyhine koruma sağlamayacağı gerekçesiyle, konuyu Mahkemeye taşımış ve Mahkeme de mahkumiyet kararı vermiştir. Mahkeme, iddia makamının Sözleşmenin 85 (1) maddesinin etkisini azaltıcı veya onun aleyhinde olan hareketlerini destekleyemeyeceğini, aksi takdirde, kararın temyiz edilmesinin söz konusu olacağını belirtmiştir<sup>100</sup>.

Avrupa Adalet Divanı'nın, üye devletlerin Topluluk Hukukuna aykırı ceza düzenlemesi yapması nedeniyle bakmış olduğu davalar da bulunmaktadır. Örneğin, başka bir Avrupa Birliği ülkesinde ikamet eden kişinin diğer Avrupa Birliği ülkesine yerleşmesinden (ikamet etmesinden) itibaren 1 yıl içerisinde sürücü ehliyetini değiştirmesi gerektiğine ilişkin düzenlemenin, serbest dolaşım hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>101</sup>.

Yine Avrupa Birliği Hukuku, Yabancılar ve Güvenlik Genel Politikası'nın (*Common Foreign and Security Policy*) özellikle de Polis ve Cezai İşlerde İşbirliği (eski ifadesiyle Adalet ve İç İşlerinde İşbirliği) alanlarındaki kademeli büyümenin etkisiyle, Birleşik Krallık ceza muhakemesi uygulamasında etkisini arttırmıştır. Avrupa Birliği Hukuku'nun etkisi ve önemi, özellikle terörle mücadele, yolsuzluk ve fesat karıştırma, göç, insan ticareti, uyuşturucu ticareti ile mücadele kapsamında tüm Avrupa Birliği ülkelerinde birlik sağlanılarak tutuklama müzakeresi çıkartılması, göçten yolsuzluğa sınır kontrollerinin yapılması gibi alanlarda her geçen gün artmaktadır<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> *Dearlove, Druker* (1988) 88 Cr App R279, CA

<sup>100</sup> **Ormerod** D., s.22 benzer diğer davalar için bkz. [http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=free+movement&arg1=&arg2=&titre=titre&chlang=en&RechType=RECH\\_mot&idRoot=2&refinecode=JUR\\*T1%3DV110%3BT2%3D%3BT3%3DV1&Submit=Search](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=free+movement&arg1=&arg2=&titre=titre&chlang=en&RechType=RECH_mot&idRoot=2&refinecode=JUR*T1%3DV110%3BT2%3D%3BT3%3DV1&Submit=Search), Case 34/79, *Henn and Darby* [1979] ECR 3795; Case 121/85, *Conegate Ltd v Commissioners of Customs and Excise* [1986] ECR 1007; serbest dolaşım ile ilgili olarak detaylı bilgi için ayrıca bakınız **Craig P.**, **Burca G.**, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 4th ed., Oxford 2007, 14-17. bölümler

<sup>101</sup> *Skanavi and Chryssanthakopoulos* [1996] ECRI-929

<sup>102</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için referans olarak **Peers S.**, *EU Justice and Home Affairs Law*, 2nd ed., Oxford 2006; **Dinnan D.**, *Ever Closer Union: an Introduction To European Integration*, 4th ed., Lynne Rienner Pub., 2010; **Tridimas T.**, *The General Principles of EC Law* Oxford 2006; **Hartley T.C.**, *The Foundation of European Community Law*, 6th ed., 2007, Oxford, s. 261-267

Sonuç olarak, İngiliz Ceza Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku kapsamında kendisini sürekli olarak yenilediğini ve geliştirdiğini söylemek mümkündür. Avrupa Birliği Hukuku, kişilerin, malların ve sermayenin serbest dolaşımı gibi çeşitli hakları koruma altına almaktadır. Bu haklar, ulusal yasamanın kısıtlamalarına karşı korunmaktadır ve öncelikle uygulanmaktadır. Herhangi bir ihtilafın çıkması halinde, ulusal yasalar önceliği Avrupa Birliği Hukukuna vermek durumundadır<sup>103</sup>.

#### 4. Uluslararası Hukuk

İngiliz Ceza Hukuku'nda her geçen gün, uluslarüstü yasal sistemlerin etkisi artmaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak, uluslararası hukukun İngiliz ceza hukukunda kaynak olarak etkisi genişlemektedir.

İngiliz hukukçular, uluslararası hukukun iç hukuka etkisini açıklarken öncelikle yer bakımından yetki kurallarını değerlendirmektedir. İngiltere ceza hukukunun yer bakımından uygulama kurallarını incelediğimizde, mülkiyet ilkesinin esas alındığını görüyoruz. Şöyle ki, İngiliz ceza hukuku tarafından suç olarak düzenlenmiş bazı suçların yurt dışında işlenmesi halinde bu suçlar, İngiltere'nin yargı yetkisi dışında işlenen fiiller olarak kabul edilir<sup>104</sup>. Bununla birlikte, kara para aklama suçu gibi bazı uluslararası suç tipleri, evrensel yetki kapsamında değerlendirilmekte ve yer bakımından uygulama kurallarının istisnalarını oluşturmaktadır.

Uluslararası hukukun İngiliz ceza hukukunu etkileme potansiyeli bulunmaktadır, ancak doğrudan etkisi yoktur. Nitekim bu konu yakın zamanlarda verilen *Jones*<sup>105</sup> kararı kapsamında tartışılmıştır. İlgili kararda temyiz kanun yoluna başvuran sanık, 1967 tarihli Ceza Kanunu'nun 3.bölümünde yer alan suçun, uluslararası hukukta yer alan 'saldırı suçu' (*crime of aggression*) kapsamında yorumlanması gerektiğini savunmuştur. Söz konusu suç, Irak savaşını protesto etmek adına (Irak'ta işlenen insanlık suçlarının engellenmesine yönelik olarak) gerçekleştirilen eylem sırasında İngiltere'deki askeri tesise karşı işlenmiştir. Ancak Lordlar Kamarası, Mahkemenin ilgili suçu uluslararası hukuktaki tanıma uygun olarak yorumlamasını kabul etmemiş, böyle bir yorum yapma yetkisinin Mahkemelerde değil, Parlamentoda olduğunu ifade etmiştir<sup>106</sup>. Lordlar Kamarası'nın konuya yaklaşımını değerlendirdiğimizde, İngiliz ceza hukukun uluslararası hukuku önemli bir kaynak olarak kabul etmesine karşın fiili olarak uluslararası hukukun,

<sup>103</sup> **Dine/Gobert/Wilson**, s.52

<sup>104</sup> **Alldrige P.**, *Relocating Criminal Law*, Ashgate 2000, 7. bölüm; ayrıca bkz. **Ormerod D.**, s.23

<sup>105</sup> [2006] UKHL 16

<sup>106</sup> **Ormerod D.**, s.23

İngiliz ceza hukukunda doğrudan bir etki yapmadığını ifade edebiliriz. Bununla birlikte, Parlamento dilerse, iç hukuktaki düzenlemelerin uluslararası hukukta yer alan düzenlemeler çerçevesinde yorumlanmasına karar verebilir.

## 5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu (İHK)

### A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Birleşik Krallık tarafından 1950 yılında imzalanmış, 1951 yılında onaylanmış ve 1953 yılında yürürlüğe sokulmuştur<sup>107</sup>. Bu sözleşmenin iç hukuk üzerindeki etkisi ise, özellikle 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun<sup>108</sup> kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesiyle birlikte ciddi şekilde artmıştır. Gerçekten de son yüzyılda İngiliz Hukuku'ndaki en önemli gelişmelerden bir tanesi, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun 2 Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasıdır. Bu kanun en fazla İngiliz Ceza Hukuku üzerinde etki göstermiştir<sup>109</sup>.

AİHS'nin etkisiyle İngiliz hukukunda özellikle Ceza Muhakemesi Hukuku ve Delil Hukuku kapsamında önemli gelişmeler olmuştur<sup>110</sup>. Bununla birlikte, Sözleşmenin maddi ceza hukuku üzerinde çeşitli doğrudan etkileri de olmuştur. Her ne kadar İngiliz öğretisinde bu etkiler üzerinde farklı görüşler<sup>111</sup> bulunsa da, somut olaylar değerlendirildiğinde ve baskın görüş dikkate alındığında, doğrudan etkileri tespit etmek zor değildir. Bu başlık altında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu ile bağlantılı olarak, İngiliz maddi ceza hukuku üzerinde yarattığı etkiler tartışılacaktır.

Hukukun diğer alanlarında da olduğu üzere, İngiliz ceza mahkemeleri yargılamalarını gerçekleştirirken ve İngiliz hukukunu uygularken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarını dikkate almak zorundadır. Ancak, Strazburg hukuk öğretisi yapısının genel ve soyut düzenlemelere dayanması ve *common law* içtihat hukukuna yakın olmaması, uygulamada bazı sıkıntıların doğmasına neden olmuştur. Ayrıca, AİHM'in ilgili üye devletlerin yerel ceza hukuku uygu-

<sup>107</sup> Loveless J., s.21

<sup>108</sup> Kanun, Parlamento'nun suç yaratma yetkisi üzerinde ciddi etkiler doğurmuştur, özellikle Parlamento ve yargı arasındaki tarihi dengeyi değiştirmiştir. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Dine/Gobert/Wilson**, s.30

<sup>109</sup> **Dine/Gobert/Wilson**, s.30; **Ormerod D.**, s.23; **Card R.** s.23-24

<sup>110</sup> **Molan M.T.**, Sourcebook on Criminal Law, 2nd ed., Great Britain 2001, s.33

<sup>111</sup> Örneğin **Ashworth A.**, bu etkilerin radikal değişikliklere neden olduğunu savunurken **Buxton** minimal değişikliklerin varlığını savunmaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. **Ashworth A.**, "HRA 1998 and Substantive Criminal Law" Criminal Law Review 2000, 564; **Buxton LJ.**, "The HRA and Substantive Criminal Law" Criminal Law Review 1999, s. 335

lamalarını takdir yetkisi içerisinde kabul etmesi de sorun olarak görülmüştür. İngiliz hukukçulara göre bu durum, üye devletlerin farklı ceza hukuku gelenekleri ve kültürlerini birbirine yaklaştırırken; aynı zamanda maddi hukukun getirdiği korumayı da zayıflatmaktadır<sup>112</sup>.

Sorun olarak görülen bu hususlar, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanununun yürürlüğe girmesi ile aşılmaya başlamıştır. Zira 1998 tarihli İHK'nın düzenleme amacı, AİHS'nin iç hukuka girmesini sağlamak ve uygulamayı Sözleşme ile uyumlu hale getirmektir<sup>113</sup>.

İnsan Hakları Kanunu (İHK), Sözleşmedeki hakları iki esas noktadan korur<sup>114</sup>. Bunlardan ilki İHK'nın 3.maddesinde getirdiği korumadır. İHK madde 3'e göre, "kanunlar, mümkün olduğunca (ileri gidilerek) Sözleşmede düzenlenen haklarla uyumlu yorumlanmalı ve uygulanmalıdır"<sup>115</sup>. İlgili hükme göre, eğer kanundaki ifade her iki yönde de yorumlanabilecek durumda ise, Sözleşme ile uyumlu olarak değerlendirilir. Buradaki kilit ifade 'mümkün olduğunca ileri gidilerek' "*so far as it is possible*" ifadesidir. Mahkemelerin bu noktada ne kadar ileri gidebileceklerini ancak zaman gösterebilir. Ancak Lordlar Kamarası, bu ifadeye ilişkin olarak yol gösterici bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. 3. Maddenin mahkemeler tarafından ancak yorum kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, mahkemelerin 3.maddeyi gerekçe göstererek mevcut düzenlemeyi değiştiremeyeceklerini ifade etmiştir. Eğer mahkeme, kanun hükmünü Sözleşme kapsamında yorumlayarak uygulama imkanına sahip değilse; diğer bir ifade ile böyle bir yorum kanun hükmünde esaslı bir değişiklik yapılması anlamına gelecekse; kanun hükmünü olduğu gibi uygular ve uyumsuzluk açıklaması yapar<sup>116</sup>. Nitekim bu usul İHK madde 4'te de ifade edilmiştir. Buna göre, gerekli görüldüğünde Yüksek Mahkeme, İstinaf Mahkemesi veya Lordlar Kamarası, yazılı hukukun Sözleşme ile uyumlu olmadığını açıklayabilir (İHK m.4). Ama bu açıklama, yazılı düzenlemeyi ortadan kaldırmaz veya etkisiz hale getirmez. Mahkemeler tartışmalı durumlarda, yazılı ceza kanunlarının uyumsuz olduğuna karar verebilir<sup>117</sup>. Böyle bir açıklamanın neticesinde Parlamento, uyumsuzluğu gidermeye yönelik değişikliği yapar. ve yine 1998 tarihli İHK'ya göre, yeni

<sup>112</sup> Ormerod D., s.23

<sup>113</sup> Hamer D., "Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act", Cambridge Law Journal 66 (1), Mart 2007, s.142

<sup>114</sup> Ashworth A., An Introduction to Criminal Law, s.55 <http://www.scribd.com/doc/53621151/An-Introduction-to-Criminal-Law>, erişim tarihi: 05.07.2011

<sup>115</sup> Dine/Gobert/Wilson, s.30; Ormerod D., s.23; Hamer D., s.142

<sup>116</sup> Ashworth A., An Introduction to Criminal Law, s.55 <http://www.scribd.com/doc/53621151/An-Introduction-to-Criminal-Law>, erişim tarihi: 05.07.2011

<sup>117</sup> *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, "Bu kararda 2001 tarihli Anti Terörizm, Suç ve Güvenlik Kanunu'nun (*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*) Sözleşme'de yer alan haklarla uyumlu olmadığına karar verilmiştir."

yapılan ve Bakan tarafından onaylanan tüm yazılı düzenlemeler, Sözleşme ile uyumlu olmak zorundadır (İHK m.19)<sup>118</sup>.

Mahkemelerin tercih edebileceği diğer bir yol daha bulunmaktadır. Bu da ilgili kanun hükmünün uygulanmasından vazgeçilmesidir. Bu tercihin yapılması halinde, uyumsuzluk kararı verilmesi engellenmiş olur. Hatta bu uygulamanın bazı ceza davalarında gerekli olduğu, verilen bazı kararlarda açıkça ifade edilmiştir<sup>119</sup>.

İkinci koruma, İHK'nın 6.maddesinde açık olarak düzenlenmiştir. 6.maddenin 1.fikrasına göre, bir kamu kurumu veya otoritesinin, Sözleşme haklarına aykırı veya uyumsuz hareket etmesi hukuka aykırıdır. İkinci fıkrada ise, birinci fıkrada düzenlenen kuralın istisnası düzenlenmiştir. Buna göre yapılan hareket, ilk yasamanın getirdiği düzenlemelerin neticesi olarak ortaya çıkmış ve idari makam bu nedenle farklı davranmamışsa veya idari makam ilk yasamanın getirdiği veya bazı hükümler gereği Sözleşmedeki haklarla uyumlu hareket etme imkanına sahip olmadığı bir durum içerisinde ise, ilgili hükümleri uygulamak durumunda kalır.

İngiltere'de ceza hukukçuları, kamu otoriteleri kapsamında Polis Teşkilatını, Savcılık Makamını (CPS *Crown Prosecution Service*) ve Mahkemeleri değerlendirmektedirler. Bu nedenle 6.maddenin ceza hukuku bakımından etkisi, aşağıda ilgili makamlar bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir<sup>120</sup>:

Muhakeme sırasında sanığın itham edildiği suç ile Sözleşme hakları çatışır; Mahkemenin 6.madde kapsamında ilgili suçu, mümkün olduğunca Sözleşme hakları ile uyumlu şekilde yorumlaması zorunluluğu tartışılabilir. (Bu kapsamda 3.madde sadece, mahkemenin ilgili kanun hükmünü değerlendirmesi kapsamında dikkate alınır.) 6.Maddenin uygulaması bakımından, öğretide tartışma vardır. Bir görüşe göre, İHK yerleşik *common law* uygulamasını kaldırmayı amaçlamamaktadır<sup>121</sup>. Diğer görüşe göre ise, AİHS madde 6, mahkemelerin bireylerin Sözleşme ile korunan haklarını ihlal eden *common law* suçlarını uygulamasını yasaklamaktadır<sup>122</sup>. Konunun tartışıldığı *H* davasında<sup>123</sup>, fazlaca tartışmaya girilmeden İHK'nın *common law* ceza hukukunu etkileyeceği ifade edilmiştir.

<sup>118</sup> Ormerod D., s.24; Hamer D., s.142

<sup>119</sup> Lambert [2002] 2 AC 545

<sup>120</sup> Ashworth A., An Introduction to Criminal Law, s.56 <http://www.scribd.com/doc/53621151/An-Introduction-to-Criminal-Law>, erişim tarihi: 05.07.2011

<sup>121</sup> Buxton R., The Human Rights Act and the Substantative Criminal Law, Criminal Law Review 2000, s.311

<sup>122</sup> Ashworth A., "The Human Rights Act and the Substantative Criminal Law: A Non-Minimalist View" Criminal Law Review 2000, s.564

<sup>123</sup> [2002] Cr App R 59 (CA)

Savcılık, kamu davası açma değerlendirmesini yaparken 6.madde ile bağlıdır. Çünkü Savcılık makamı da bir kamu kuruluşudur. Eğer bir suç, sanığın Sözleşme hakları ile çelişki yaratıyorsa (örneğin, ifade özgürlüğüne doğrudan olmayan bir müdahale oluşturuyorsa) 6.madde, Savcılık makamının sanık hakkında dava açmasını engelleyebilir.

Eğer sanık, Sözleşme’de tanınan hakları ihlal edilerek, bir suçtan dolayı mahkum edilmişse (ör. Sözleşme kapsamında yorumlanamayan yazılı bir suçtan dolayı), bu takdirde mahkemenin sadece cüzi bir ceza vermesi hususu tartışılabilir (örneğin tamamen salıvermek gibi). Çünkü maddi bir cezanın tayini, bireylerin Sözleşme’deki haklarını ihlal edecektir ki, 6.madde bunu yasaklamaktadır.

İnsan Hakları Kanunu’nun getirdiği tüm bu uyum düzenlemelerine rağmen, Strazburg Makamları’na Birleşik Krallık aleyhine yapılan bireysel başvuru sayısı, her geçen gün artış göstermektedir. 1975 ve 2000 yılları arasında Birleşik Krallık, sadece 64 davada Sözleşme maddelerini ihlalden dolayı mahkum olmuşken; 2002 ve 2004 tarihleri arasında, aleyhinde 69 mahkumiyet kararı verilmiştir<sup>124</sup>.

### B. Suç İsnadı Değerlendirmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki suç tanımı (tipiklik) İngiliz Hukuku için yeni bir konudur. 1998 Tarihli İnsan Hakları Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, mahkemelerin görülen davaların cezai olup olmadığını belirleme zorunluluğu ortaya çıkmıştır<sup>125</sup>. Bu sayede, Sözleşmenin 5. (özgürlüğün korunması) ve 6. (adil yargılanma hakkı) maddelerinde düzenlenen yükümlülükler daha sağlıklı yerine getirilebilmektedir. Suç isnadı kavramı Sözleşmeye göre bağımsız bir kavramdır, bu nedenle, her ülke kendi suç tiplerini oluşturabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerel mahkemenin bir uyuşmazlığı cezai olarak tanımlaması halinde, bunu kesin kabul eder, ancak uyuşmazlığın cezai olmadığı durumlarda yapılan yargılamanın niteliğine ve kapsamına bakar. Örneğin, verilen cezanın niteliğine bakar, hapis cezası olup olmadığına veya hapis cezası verilmesinin mümkün olup olmadığına<sup>126</sup>, kuralın kimlere uygulandığına bakar, sadece belli bir grup hakkında mı yoksa herkes hakkında mı uygulanıyor<sup>127</sup>, usule ilişkin cezalandırıcı veya caydırıcı bir unsur olup olmadığına bakar<sup>128</sup>, cezanın kusur sorumluluğu dikkate alınarak verilip verilmediği<sup>129</sup> veya

<sup>124</sup> Loveless J., s.23

<sup>125</sup> Çünkü İngiliz Hukuku’nda kamu hukuku özel hukuk ayrımı yoktur. Bu ayrım Roma Hukuku’ndan gelmektedir ve genellikle Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerin hukuk sistemlerinde hakimdir

<sup>126</sup> *Engel v. Netherlands* [1976] EHRR 647

<sup>127</sup> *Weber v Switzerland* [1990] 12 EHRR 508, parag 33; *Benham v United Kingdom* [1996] 22 EHRR 293, parag. 56

<sup>128</sup> *Öztürk v. Germany* (1984) 6 EHRR 409, para53; *Bendenoun v France* (1994) 18 EHRR 54 para 47



üye devletin ilgili hareketi suç olarak tanımlayıp tanımlamadığına<sup>130</sup> bakarak değerlendirme yapar, inceler<sup>131</sup>. Özellikle adil yargılanma hakkını düzenleyen 6.madde, İngiliz Ceza Hukuku üzerinde ciddi etkiler yaratmıştır. Örneğin *H* davasında<sup>132</sup> Lordlar Kamarası, hükmün mahkumiyet veya başkaca bir ceza yaptırımını içermesi halleri dışında, mahkemenin davanın cezai olup olmadığını belirleme yükümlülüğünün bulunmadığına karar vermiştir. Bu durum, Parlamento'nun bilinçli olarak görünüşte düzenleme yaptığı ceza muhakemesi kural ve uygulamalarının açık hukuki tanımlara kavuşturulmasını sağlamıştır<sup>133</sup>.

Aslında sorun, İngiliz Hukuk sisteminde 'kamu hukuku - özel hukuk' ayrımı yapılmamasından kaynaklanmaktadır. İngiliz Hukuk sisteminde cezai olarak kabul edilmeyen pek çok davada verilen karar, AİHS normları ile uyuşmaktadır. Bu da Birleşik Krallık'ın AİHM önünde sıkıntı yaşamasına neden olmuştur. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu, bu sıkıntıların çözülmesi için yapılmış ve AİHS ile yerel hukuk arasında adeta bir köprü görevi görmüştür.

### C. Sözleşme Hakları'nın İngiliz Maddi Ceza Hukuku Üzerindeki Etkileri

Her ne kadar AİHS, ağırlıklı olarak etkisini usul ve delil kuralları üzerinde gösterse de, maddi ceza hukuku bakımından da pek çok etkisinin olduğu görülmektedir. Özellikle suçların tanımları ve yorumları bakımından Sözleşmenin 7.maddesi bakımından sıkıntılar ortaya çıkmaktadır. 7. Maddede kanunların geriye yürümesi yasağı; suç ve cezaların açık ve net olması gereği düzenlenmektedir<sup>134</sup>. Bu nedenle, özellikle *common law* suçları bakımından ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır.

AİHM, *Kokkinakis v. Greece* davasında<sup>135</sup> pek çok davada da tekrarladığı üzere, Sözleşme'nin 7.maddesinin sadece sanığın aleyhine olan ceza normlarının geçmişe yürümesi yasağı ile sınırlı olmadığını, bu hükmün aynı zamanda genel olarak kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini de şekillendirdiği ve ceza hukukunun kıyas yapılarak sanığın aleyhine uygulanamayacağını, mutlaka suçların kanunda açık olarak tanımlanması gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkeme için önemli olan, bireylerin hangi hareket veya ihmallerin cezai sorumluluğa neden olacağını bilmesini sağlayacak düzenlemelerin veya kaynak-

<sup>129</sup> *Benham v United Kingdom* (1996) 22 EHRR 293, para 56

<sup>130</sup> *Öztürk v. Germany* (1984) 6 EHRR 409, para 53

<sup>131</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Janis M.W., Kay R.S., Bradley A.W.**, *European Human Rights Law Text and Materials*, 3rd ed., Oxford 2008; **Tezcan D., Erdem M.R., Sancakdar O., Önok R. M.**, *İnsan Hakları El Kitabı*, 2. baskı Ankara Seçkin 2009

<sup>132</sup> [2003] 1 WLR 411, HL

<sup>133</sup> **Ormerod D.**, s.25

<sup>134</sup> **Ormerod D.**, s.25

<sup>135</sup> 25 Mayıs 1993, A No 260- A, s.22, parag.52

ların bulunmasıdır. Bu öğrenme kanunun lafzından da sağlanabilir, mahkeme içtihat ve yorumlarından da sağlanabilir. Bu da *common law* kapsamında gelişen hukukun yasaklanmasını gerektirmez.

*SW v Birleşik Krallık* davasında<sup>136</sup> Mahkeme, ceza hukuku alanında açık bir hükmün, yargısal kararlarla da ortaya konulabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, diğer pek çok Sözleşmeye taraf Devlette olduğu gibi, Birleşik Krallık'ta da ceza hukukunun gelişimi kapsamında yargının geliştirdiği hukukun, yasal geleneğin bir parçası olarak toplumda yerleşmiş olduğunu ifade etmiştir. Bu sebeple, yargısal kararlarla kademeli olarak gelişmiş ve bireyler tarafından öngörülmesi mümkün olan suçların cezai sorumluluk yaratması, Sözleşmenin 7. maddesi ile çelişmez.

Uzun yıllar boyunca İngiliz Mahkemeleri, bilinçli taksirle insan öldürme, kamu düzenini bozma gibi *common law* suçlarının belirsiz olduğu gerekçesi ile Sözleşme'nin 7.maddesini ihlal edeceği görüşünü kabul etmediler. Örneğin *Haw v Secretary of State*<sup>137</sup> davasında Mahkeme, Parlamento alanında gösteri yapmaya ilişkin yasaklama getiren 2005 tarihli Ciddi Organize Suçlar ve Polis Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş bir protesto eylemi nedeniyle faile bu kanunu uygulamakta bir ihlal görmemiştir. Ancak bu bakış açısı zamanla değişmiştir.

Yakın bir tarihte Lordlar Kamarası, Kraliyet Mahkemesi'nin<sup>138</sup> ihtilas suçu nedeniyle vermiş olduğu mahkumiyet kararını, Sözleşmenin 7.maddesini gerekçe göstererek bozmuştur. Gerekçesinde, mahkumiyete esas olan hususun ki; olayda fiyatları sabitleme söz konusu olmuştur; daha önce başka bir muhake-medede değerlendirilmemiş, ileri sürülmemiş olduğunu ve konuya ilişkin herhangi bir yasal düzenlemenin de bulunmadığını ifade etmiştir<sup>139</sup>. Hiç bir şekilde uyarı teşkil edecek düzenleme veya işlem yapılmadan suç tesis etmek, kanunilik ilkesini ihlal eder. Lordlar Kamarası, *SW* davasında bu hususu özellikle vurgulamıştır. Bu davadan itibaren ceza hukukunda kademeli bir değişim başlamış ve geçerli bir suç isnadı için iddia konusu olan suçun varlığının bireyler tarafından öngörülebilir olması gerektiği belirtilmiştir<sup>140</sup>. Aslında burada ifade edilmek

<sup>136</sup> *SW v United Kingdom*, [1995] 21 EHRR 363, paragraf 35

<sup>137</sup> [2005] EWCA Civ 532

<sup>138</sup> Kraliyet Mahkemesi, görev ve yetki bakımından Türk Ceza Muhakemesi sistemindeki Ağır Ceza Mahkemelerine benzetilebilir.

<sup>139</sup> **Ormerod D.**, s.26 "Lordlar Kamarası tarafından 1875 ile 1984 yılları arasında görülen tüm davalar dikkate alınmış, tek başına fiyat sabitleme eylemini suç olarak tanımlayan herhangi bir içtihatla ulaşılamamıştır. Hiçbir kitapta böyle bir suçtan bahsedilmediği ve bu yönde tanımlanmış yazılı bir düzenlemenin de bulunmadığını ifade edilmiş, açık ve tutarlı bir karar verilmiştir."

<sup>140</sup> **Ormerod D.**, s.26

istenen husus, bireylerin ulaşabilecekleri öğrenebilecekleri düzenleme veya içtihatların bulunması gerekliliğidir. Ancak bu şekilde belirsizlik ortadan kalkar. Eğer bir kişi, yaptığı hareketin suç teşkil ettiğini bilme veya öğrenme imkanına sahip değil ise, ceza sorumluluğu söz konusu olamaz.

İngiliz maddi ceza hukukunu etkileyen tek madde Sözleşme'nin 7.maddesi değildir. Diğer Sözleşme maddeleri de mevcut suçların uygulamasını etkilemektedir. Ayrıca Sözleşme'de yer alan güvenceler gelecekte oluşturulacak suçların düzenlemesini ve uygulamasını da etkilemektedir. Zira Sözleşme ile iç hukukun uyumunun sağlanması amacıyla yürürlüğe sokulmuş 1998 tarihli İnsan Hakları Kanununa göre, Bakanın yapılan kanun tasarılarının AİHS'ne uygun olduğu konusunda Parlamento'ya güvence vermesi gerekir. Parlamento'ya sunulan ilgili kanun tasarısının metninde, bu hususun bulunması şarttır<sup>141</sup>.

Sözleşmenin 2.maddesi, kasten insan öldürme suçu, meşru savunma hakkı, kürtaj ve ötenazi kapsamında ciddi etkilere sahiptir<sup>142</sup>. Sözleşmenin 3.maddesi, anne babanın dayak cezası uygulaması<sup>143</sup> konusuna etki etmiştir. Ayrıca Kuzey İrlanda uygulamaları bakımından Birleşik Krallık, uzun süre gözaltında tutma ve işkence olayları nedeniyle pek çok davada mahkum olmuştur<sup>144</sup>. Sözleşmenin 5.maddesi, hukuka aykırı tutuklamalar, akıl hastalığının varlığı iddiasının kabul edilmediği durumlar bakımından etki yaratmıştır. Sözleşmenin 6.maddesi özellikle kusursuz sorumluluk suçları bakımından etki doğurmaktadır. 8.Madde, bireylerin cinsel özgürlüklerine ilişkin konulara etki eder. 9.Madde, kamu hizmetinde bulunan dini grupların haklarına etki eder. 10.Madde, protesto amacıyla soyunan, mala zarar veren veya kamu düzenini bozan kişilere, haklarında açılan davalarda savunma yapma imkanı yaratır. 11.Madde, toplantı ve dernek özgürlüğü kapsamında uygulanan kamu düzeni sınırlamalarını etkiler. ve 14.madde, ceza hukuku hükümleri bakımından evli olan ile olmayan çiftler arasındaki ayrımları etkiler<sup>145</sup>.

<sup>141</sup> **Smith** A.T.H, "The Human Rights Act and Criminal Lawyer: The Constitutional Context", 1999 Criminal Law Review 251; Law Commission Report No 282, Children: Their Non Accidental Deaths or Serious Injury 2003 (Çocukların Kaza dışı Ölüm ve Ağır Yaralanmalarına İlişkin 2003 tarih ve 282 no.lu Hukuk Komisyonu Raporu)

<sup>142</sup> *McCann v UK*, (1996, 21 EHRR 96) davasında güvenlik güçleri tarafından öldürülen Kuzey İrlandalı mağdurların (üç şüpheli IRA üyesi) yakınları tarafından açılan davada ve *Jordan v UK* (2003 37 EHRR 52) davasında, Birleşik Krallık Kuzey İrlanda polisinin öldürme olayları ile ilgili etkin soruşturma yapmaması nedeniyle Sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiğine AİHM tarafından karar verilmiştir.

<sup>143</sup> *A v. UK* (1998) 27 EHRR 611 üvey babası tarafından dövülen çocuğun cezalandırma yetkisi savunmasının kabulü nedeniyle mahkumiyet kararı verilmiştir.

<sup>144</sup> *Brogan v. UK* (1988) 11 EHRR 117 ve *Brannigan v UK* (1993) 17 EHRR 539

<sup>145</sup> **Ormerod** D., s.27; **Loveless** J., s.22

#### D. Sözleşme'nin 6 (2). Maddesi ve İspat Yükü

İngiltere'de pek çok önemli davada<sup>146</sup> masumiyet karinesi ve ispat yükü konuları tartışılmıştır. Özellikle *Woolmington ve DPP*<sup>147</sup> davası bu noktada önemlidir. Zira bu davada konuya ilişkin önemli belirlemeler yapılmıştır. Bu davadaki değerlendirmelerden anlaşıldığı üzere, İngiliz ceza muhakemesi hukukunda mahkumiyet hükmü kurabilmek için, iddia makamının sanığın üzerine atılı suç işlediğini hiç bir kuşkuyla yer bırakmaksızın kanıtlaması gerekir<sup>148</sup>. Bu gereklilik İngiliz Hukuku'nun temel ilkesi olmuştur. Sözleşmenin 6.maddesinin 2.fıkrası da bu gereklilikten bahsetmiş ve suçluluğu kanıtlanana kadar herkesin masum sayılması gerektiğinin altını çizmiştir. İddia makamı, Mahkemenin mahkumiyet kararı verebilmesi için, sanığın, suçu oluşturan hukuka aykırı hareketi, suç tipinde aranan manevi unsur şartını gerçekleştirerek yaptığını kanıtlaması gerekir. Bu kapsamda sanığın ortaya koyduğu tüm savunmaları bertaraf edecek yeterli delilin olması gerekir. Örneğin (D)'nin (V)'yi öldürdüğü iddia edilen bir davada, iddia makamının suçun tüm unsurlarının gerçekleştiğini kanıtlaması gerekir, sanığın da savunmasını destekleyecek yeterli delili mahkemeye sunma yükümlülüğü vardır (örneğin meşru savunma gibi). Savunma makamı delillerini sunduktan sonra iddia makamının savunmanın sunduğu delilleri çürütmesi ve suçun sanık tarafından işlendiğini kanıtlaması gerekir<sup>149</sup>.

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'ndan farklı olarak, İngiliz Ceza Muhakemesi Hukuku'nda **savunma makamının** delil sunması, sadece hak değil, aynı zamanda yükümlülüktür. Zira taraf muhakemesi esasına dayanan sistemde, Savcının sanığın lehine olan delilleri ortaya koyma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sorumluluk savunma makamına aittir.

Kural olarak ispat yükü iddia makamına aittir. Ancak bazı istisnai durumlarda, savunma makamı delil sunmaktan öte başka yükümlülükler altında olabilir, suçsuzluğunu kanıtlama yükümlülüğü gibi. Bunlar ispat yükünün ters çevrildiği durumlardır (*reverse burdens*) 'karşı ispat yükü' olarak da adlandırılabilirler. Ancak bu yükümlülük, iddia makamının ispat yükünü ortadan kaldıran bir yükümlülük değildir; savunma makamı sadece kendi ileri sürdüğü savunmalarının doğruluğunu ortaya koymakla yükümlüdür. Bu istisnalardan ilki, sanığın akıl hastası olduğunu ileri sürdüğü durumlarda ortaya çıkar. İkinci istisna, 1957 tarihli İnsan Öldürme Kanunu'nda yer alan ceza sorumluluğunu azaltan neden-

<sup>146</sup> *Attorney General's Referance No.4 of 2002* [2004] UKLD 43; *Sheldrake* [2005] 2 A.C. 264; *Johnstone* [2003] 1 W.L.R. 1736; *Lambert* [2001] UKHL 37

<sup>147</sup> [1935] A.C.462 Ayrıca bu dava, konuya ilişkin kuralı belirleyen en eski davalardan biridir. Ancak önemi ve etkisi halen devam etmektedir.

<sup>148</sup> **Hamer D.**, "The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act" *Cambridge Law Journal* 66 (1), Mart 2007, s.142

<sup>149</sup> **Ormerod D.**, s.30

lerden birinin olay bakımından var olduğunun sanık tarafından ileri sürülmesidir. Bu halde de sanık, bu nedenin olay sırasında var olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Parlamento tarafından başka istisnai haller de düzenlenmiştir, ancak bu düzenlemelerin Sözleşmenin 6.maddesinin 2.fıkrası ile uyumlu olması gerektiği için dikkatli bir şekilde uygulanması söz konusudur.

Bunların dışında, ispat yükünün tamamen sanık üzerinde olduğu suç tipleri de bulunmaktadır. Bu suçlar kapsamında ispat yükü, iddia makamında değil doğrudan savunma makamındadır. İddia makamı sadece ilgili hareketin sanık tarafından yapıldığını ortaya koyar, suçun diğer unsurları bakımından değerlendirme yapmaz. İşte bu suçlar bakımından Sözleşmenin 6.maddesinin 2.fıkrası kapsamında sorunlar ortaya çıkmaktadır<sup>150</sup>.

İngiliz Ceza Mahkemeleri son zamanlarda, ispat yükünü çoğunlukla sanığın üzerine yıkan yerel uygulamalar geliştirmiştir<sup>151</sup>. Bu düzenlemelerin bazılarını baktığımızda, düşman ceza hukuku anlayışının İngiliz ceza hukuku üzerinde etkiler yarattığını görmekteyiz. Ancak Lordlar Kamarası orta bir yol bulma konusunda değerlendirmeler yapmaya çalışmıştır. Konu en az dört kez Lordlar Kamarası önüne götürülmüş, ancak tam olarak çözümlenememiştir. Sıkıntının büyümesi üzerine Lordlar Kamarası yakın tarihli bir açıklama yapmış ve ispat yükünün yazılı düzenleme ile sanığın üzerine yıkıldığı durumlarda, mahkemelerin yorum yapma yetkilerini masumiyet ilkesini ihlal etmeyecek şekilde kullanması gerektiğini dile getirmiştir. Bu çerçevede mahkeme, ispat yükünü sanığın üzerine yüklemek yerine, Parlamento'nun özellikle koruma altına aldığı masumiyet ilkesinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirmelidir. Lord Bingham, 2000 Tarihli Terörizm Kanunu'nun 11.maddesinde düzenlenen örgüt üyesi olma suçu kapsamında, ispat yükünün sanığın üzerine yüklenmesi halinde, masumiyet karinesinin 5 sebepten dolayı ihlal edeceğini belirtmiştir. Bu sebepler şunlardır:

- İspat yükünün yer değiştirmesi, masum kişilerin mahkum edilmesi bakımından ciddi bir risk oluşturur,
- Terör örgütleri genellikle faaliyetleri hakkında kayıt tutmayacağı için bireylerin bu faaliyetlere katılmadıklarını ispat etmesi zor olacaktır,
- Eğer yasal olarak ispat yükü sanıklar üzerine yıkılırsa, mahkemede masum olduklarını ortaya koyamayanlar hüküm giyebileceklerdir,
- Potansiyel (olası) hapis cezası 10 yıla kadardır,
- Üye devletlerin güvenlik kaygıları önemli olsa da, bu gerekçe devletlerin adil yargılanma ilkesinin temel gerekliliklerini sağlama yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

<sup>150</sup> Ormerod D., s.30

<sup>151</sup> Daha detaylı açıklama için bkz. Dennis I.H., "Reverse Onuses and the Presumption of Innocence" 2005, Criminal Law Review 901,

Ancak bu değerlendirme, Lordlar Kamarası'nın *Sheldrake* davasında<sup>152</sup> vermiş olduğu karara tamamen ters düşmektedir. 1988 Tarihli Yol Trafik Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre yapılan temyiz değerlendirmesinde, Lordlar Kamarası oybirliği ile Parlamento'nun ispat yükünü sanığın üzerine yıkması adil bulunmuştur<sup>153</sup>.

Öğretide haklı olarak, karşı ispat yükü düzenlemeleri eleştirilmektedir. Özellikle, ispat yükünün yer değiştirmesinin AİHS m.6 (2) ile çeliştiği ve masumiyet karinesini ciddi bir şekilde ihlal ettiği ifade edilmektedir. Buna karşılık, masumiyet karinesinin mutlak uygulamasının kabul edilmesinin geleneksel olarak kabul edilen Parlamento'nun egemenlik gücü anlayışı ile çeliştiğini ileri sürenler de bulunmaktadır<sup>154</sup>. Bu nedenle de, AİHS m.6 (2) nin maddi yorumuna ilişkin yargı ile yasama arasındaki görüş ayrılığının çözülmesi kolay değildir<sup>155</sup>. Zira verilecek kararların Sözleşme ile uyumunun sağlanması için, kararların yönünün tahmin edilebilirliğini artırıcı, açık ve temel ilkelerin oluşturulmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir<sup>156</sup>. Bu noktada kamunun menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasındaki denge korunmalı, orantılılık ilkesi gözetilmelidir<sup>157</sup>. Masumiyet karinesi bireyin menfaatlerini, karşı ispat yükü ise, kamunun menfaatlerini korur. Anglo-Amerikan öğretilerinde özellikle de Amerika Birleşik Devletlerinde ağır basan görüş, haksız beraatlerin haksız mahkumiyetlerden daha zararlı olduğu yönündedir<sup>158</sup>. Ancak bu görüş İngiliz hukukçular tarafından dar bir bakış açısı getirmesi nedeniyle eleştirilmiştir<sup>159</sup>. İngiliz öğretisi, masumiyet karinesinin hatalı mahkumiyet sayısını azaltırken, haksız beraatleri arttıracığını; ancak sorunun delil standartlarını yükselterek çözülebileceğini ve dengenin kurulabileceğini ifade etmektedir<sup>160</sup>. AİHS, ciddi şekilde İngiliz hukukçuları etkilemiş ve Sözleşme hakları ile uyumlu olma gayretini yükseltmiştir.

## 6. Doktrin

Doktrindeki görüşler, İngiliz Hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi, ceza hukuku bakımından da bağlayıcılık teşkil etmez. Yargıçlar, doktrindeki ya-

---

<sup>152</sup> [2005] 2 A.C. 264

<sup>153</sup> **Ormerod D.**, s.31

<sup>154</sup> **Roberts P.**, "Strict Liability and the Presumption of Innocence: An Exposé of Functionalist Assumptions", in Simester A., *Appraising Strict Liability*, s.192

<sup>155</sup> **Hamer D.**, s.145

<sup>156</sup> **Hamer D.**, s.146

<sup>157</sup> *Jones v Sweden* (2004) 38 E.H.R.R. 473 at 101; *Salabiaku v France* (1988) 13 E.H.R.R. 379 at 28

<sup>158</sup> **Frank J.**, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton 1949, s.101

<sup>159</sup> **Roberts P.**, **Zuckerman A.**, *Criminal Evidence*, Oxford 2004, s.359

<sup>160</sup> **Hamer D.**, s.149

zarların görüşleri ile bağlı değildir, diğer bir ifadeyle doktrin, içtihat ve kanun gibi bir etkiye sahip değildir<sup>161</sup>.

Bununla birlikte, yargıçların büyük saygı duyduğu bazı önemli yazarların görüşleri uygulamada benimsenmiştir. Örneğin 17. yüzyıl yazarlarından *Sör Edward Coke* (1634), suçun kapsamının belirlenmesine ilişkin görüşleri bakımından oldukça önemli bir yere sahiptir. Yine aynı dönemde yaşamış *Sör Matthew Hale*'in (1676) görüşleri önemlidir<sup>162</sup>.

18.yüzyılda, *Sör Michael Foster*'ın (1763) Kraliyet Hukuku'na (*Crown Law*) ilişkin yazdığı değerli raporlar ve değerlendirmeler ile *Hawkins*'in (1746) uzlaşmaya ilişkin yazdıkları, 1780 yılında *Sör William Blackstone* tarafından referans alınarak ceza hukukuna ilişkin şerhlerin derlenmesinde kullanılmıştır. Yine *Sör Edward Hyde East* "*Pleas of the Crown*" isimli eseri ile temel eser kabul edilmiş ve daha sonraki *Coke, Hale* ve *Foster* gibi pek çok yazarın halefi olmuştur<sup>163</sup>.

Bu eserler, yazıldıkları dönemde son derece ikna edici kaynaklar olarak kabul edilmişlerdi. 19.yüzyıla ait pek çok eser günümüzde yeniden basılmıştır. Bu eserler günümüzde kesin kaynaklar olarak görülmesi de, bazıları uygulamada hala dayanak teşkil edebilmektedir<sup>164</sup>. Zira, *Lord Mustill* bir konuşmasında<sup>165</sup>, doktrindeki bilimsel görüşlerin ceza hukukunun gelişiminde büyük bir öneme sahip olduğunu ve bu nedenle tüm uygulamanın bilimsel çalışmalara minnetkar olduğunu ifade etmiştir.

## SONUÇ

Sonuç olarak, İngiliz ceza hukukunun yazılı kaynakları kadar norm olarak düzenlenmeyen içtihatla gelişen kaynakları da bulunmaktadır. Ancak bu içtihatlar, ulaşılabilir, açık ve herkes tarafından bilinme özelliğine sahiptir. Bu nedenle, Birleşik Krallık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde sıkıntı yaşamamaktadır.

Ayrıca, Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği üyesi olması neticesinde Avrupa Birliği Hukukunun Birleşik Krallık üzerinde çok ciddi etkileri olmuş, ceza hukuku bakımından özellikle Birleşik Krallık'ın egemenlik yetkisi ciddi anlamda etkilenmiştir. Bu durum, her ne kadar Birleşik Krallık'taki bazı kesimlerce hoş karşılanmasa da Birleşik Krallık uluslararası taahhütlerini yerine getirme konusunda taviz vermemektedir. Uygulamasını, Avrupa Birliği hukuku ile uyumlu hale getirme konusunda gerekli tüm tedbirleri almaktadır. Zira, bu husus ülkenin dış politikası kapsamında bir prestij oluşturmaktadır.

<sup>161</sup> *Card R.*, s.18

<sup>162</sup> *Card R.*, s.18

<sup>163</sup> *Card R.*, s.18

<sup>164</sup> *Card R.*, s.19

<sup>165</sup> A-G's Reference (No 3 of 1994)

**KAYNAKÇA**

- Alacakaptan U.**, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara 1958
- Alldrige P.**, Relocating Criminal Law, Ashgate 2000
- Arnold C./Baker J.H.**, The Companion to British History, "English law", London 2001
- Ashworth A.**, "HRA 1998 and Substantive Criminal Law" Criminal Law Review 2000
- Ashworth Andrew**, Principles of Criminal Law, 5th edition, Oxford 2006
- Baker J.H.**, An Introduction to English Legal History, 4th ed., Great Britain, 2007
- Buhofer S. P.**, Structing the Law: The Common Law and Roman Institutional System, Swiss Review of International and European Law, 5/2007
- Buxton L.J.**, "The HRA and Substantive Criminal Law" Criminal Law Review 1999
- Card Richard**, Criminal Law, 12th ed., Oxford 2012
- Craig P., Burca G.**, EU Law: Text, Cases and Materials, 4th ed., Oxford 2007
- Dennis I.H.**, "Reverse Onuses and the Presumption of Innocence" 2005, Criminal law Review 901
- Dine/Gobert/Wilson**, Cases and Materials on Criminal Law, 5th ed. Oxford University Press New York 2006
- Dinnan D.**, Ever Closer Union: an Introduction To European Integration, 4th ed., Lynne Rienner Pub., 2010
- East E.H.**, A Treatise of the Pleas of the Crown, Oxford 1803
- Emmerson B., Ashworth A.**, Human Rights and Criminal Justice, 2nd edition, Oxford 2006
- Frank J.**, Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice, Princeton 1949
- Gözübüyük Şeref**, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2009
- Hale M.**, The History of the Pleas of the Crown, 1736
- Hamer D.**, "The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act" Cambridge Law Journal 66 (1), March 2007
- Hartley T.C.**, The Foundation of European Community Law, 6th ed., 2007, Oxford
- Loveless Janet**, Criminal Law, Oxford 2010
- Martin Jacqueline., Storey Tom**, Unlocking Criminal Law, 2nd ed., Hodder Education 2007
- Milson S.F.C.**, Historical Foundations of The Common Law, 2nd ed., New York 2009
- Molan M.T.**, Sourcebook on Criminal Law, 2nd ed., Great Britain 2001
- Ormerod David Smith and Hogan** Criminal Law, 12th ed., Oxford 2008



**Ray C.**, Jefferey, The development of Crime in Early English Society, Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science 1957, 47 (6), s.647-666

**Roberts P, Zuckherman A.**, Criminal Evidence, Oxford 2004

**Roberts P.**, “Stict Liability and the Presumption of Innocence: An Exposé of Functionalist Assumptions”, in Simester A., Apprasing Strict Liability

**Robinson O.F., Fergus T.D., Gordon W.M.**, European Legal History, 3rd. Ed., Oxford New York, 2000

**Tridimas T.**, General Principles of EU Law, 2nd ed., Oxford 2006

#### **Online Kaynaklar:**

“Estate Planning & <probate Glossary”, Washington (State) Probate, s.v. “*common law*”, [htm], 8 Dec.2008 <http://www.wa-wa-probate.com/Intro/Estate-Probate-Glossary.htm>, erişim tarihi 21.12.2009

British History: Middle Ages “Common Law- Henry II and Birth of a State”, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/188090/English-law>; erişim tarihi: 21.12.2009

Common Law- Wikipedia[http://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Common_law), erişim tarihi: 20.11.2013

**Cooray M.**, “Common law and Statute in the Rule of Law”, <http://ourcivilisation.com/cooray/btof/chap185.htm>, erişim tarihi 23.12.2009

[http://eurlex.europa.eu/Result.do?arg0=free+movement&arg1=&arg2=&titre=titre&chlang=en&RechType=RECH\\_mot&idRoot=2&refinecode=JUR\\*T1%3DV110%3BT2%3D%3BT3%3DV1&Submit=Search](http://eurlex.europa.eu/Result.do?arg0=free+movement&arg1=&arg2=&titre=titre&chlang=en&RechType=RECH_mot&idRoot=2&refinecode=JUR*T1%3DV110%3BT2%3D%3BT3%3DV1&Submit=Search), Case 34/79, *Henn and Darby* [1979] ECR 3795; Case 121/85, *Conegate Ltd v Commissioners of Cusstoms and Exercise* [1986] ECR 1007



## **TAM GÜN ÇALIŞMA ESASINA GEÇİŞ SERÜVENİ VE HEKİMLER İLE ÖĞRETİM ÜYESİ HEKİMLER İÇİN MEVCUT DURUM**

*Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL\**

### **ÖZET:**

Tam gün çalışma esasının kanunlaşmasıyla birlikte gerek Sağlık Bakanlığına bağlı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu bünyesindeki hastanelerde ve gerekse yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim üyesi hekimlerin mesai saatleri dışında serbest meslek icrası yasaklanmış öğretim üyelerinin kısmi çalışma imkanı da kaldırılmıştır. 2010 yılında Tam Gün Kanunuyla başlayan bu süreç Anayasa Mahkemesi'nin, Kanunun ilgili maddelerini iptal etmesi üzerine aradan uzun bir süre geçmesine rağmen hekimlerin ve öğretim üyesi hekimlerin çalışma esaslarına ilişkin belirsizlik devam ettirmektedir. Hekimlerin ve öğretim üyesi hekimlerin çalışma esasıyla ilgili çıkartılan son 6514 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılması da bu belirsizliği sürdürmektedir. Şimdilik Sağlık Bakanlığı bünyesinde çalışan hekimlerin mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetleri yasaklanmış, üniversite öğretim üyeleri için de benzer bir hüküm getirilmiş ancak muayenehanelerin kapatılacağına ilişkin hükmün yürürlüğünü Anayasa Mahkemesi durdurmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Tam Gün Kanunu, Hekimlerin Çalışma Esası, Öğretim Üyelerinin Çalışma Esası, Sağlık Hukuku, Serbest Meslek İcrası.

### **ZUSAMMENFASSUNG:**

Mit dem Gesetz über die ganztägige Arbeitszeit sind die Ärzte, die in den Gesundheitsministerium angegliederten Krankenhäuser arbeiten und die selbstständige freie Berufsausübung nach der Arbeitszeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Universitätskliniken wurde verboten. Dabei wurde die Teilzeitarbeitsmöglichkeit der Universitätsmitarbeiter aufgehoben. Dieses vorgehen hat mit dem Gesetz über das Ganztägige Arbeitszeit von 2010 begonnen. Nach der Aufhebung der Gesetzesregelungen durch das Verfassungsgericht, geht die Unsicherheit weiter, ob die Ärzte selbstständige Berufsausübung nach der Arbeitszeit durchführen können oder nicht. Das letzte Gesetz mit der Nummer 6514, welche die Arbeitsbedingungen und die Arbeitszeit regelt, wurde auch angefochten. Daher ist die Unsicherheit noch nicht geklärt. Aktuell kann man sagen, dass die Ärzte, die in den Gesundheitsministerium angegliederten Krankenhäuser arbeiten, kein selbstständiges Beruf ausüben dürfen. Eine

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ähnliche Regelung wurde auch für die Mitarbeiter der Universitätskliniken eingeführt. Allerdings hat das Verfassungsgericht durch die einstweilige Anordnung die Regelung über die Schliessung der Praxis eingestellt.

**Schlüsselwörter:** Gesetz über das Ganztägige Arbeitszeit, Arbeitsbedingungen der Ärzte, Arbeitsbedingungen der Lehrkräfte, Gesundheitsrecht, selbstständige Beufsausübung.

## GİRİŞ

Tam Gün Kanunu<sup>1</sup> olarak adlandırılan 5947 sayılı Kanunla<sup>2</sup>, gerek kamu hastanelerinde gerekse üniversite hastanelerinde çalışan hekimlerin çalışma esaslarında büyük değişikliklere gidilmiştir. Bu Kanunla sağlık hizmetlerinin daha etkin ve verimli hale getirilmesi, sağlık hizmetinden faydalananlar açısından daha kaliteli bir hizmetin sunulması ve herkesin buna daha kolay ulaşılmasının sağlanması amaçlanmıştır.<sup>3</sup> Üniversiteler dışında kamu hastanelerinde çalışan hekim ve diş hekimlerinin sadece kamuda çalışmaları öngörülerek mesai saatinde ve haricinde serbest meslek icrası yasaklanmıştır. Üniversitelerde görev yapan öğretim üyelerinin ise kısmi statüde çalışma imkanı kaldırılmıştır. Bu değişiklikler gerek Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu bünyesindeki hastanelerde çalışan hekimler, gerekse üniversitelerde çalışan ve aynı zamanda hekim olan öğretim üyeleri tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'nde tam güne ilişkin hükümlerin iptali için dava açılmış, Anayasa Mahkemesi de tam gün çalışma esasına ilişkin kanun maddelerini iptal etmiştir. Bunun üzerine 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile serbest çalışma esasları tekrar kaldırılmış, Anayasa Mahkemesi yetki kanununa aykırılıktan dolayı KHK'yı iptal etmiştir. Akabinde kanun çalışmaları tekrar başlamış ve 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla hekimlerin çalışma esasları yeniden düzenlenmiştir. Bahsi geçen her değişiklik çalışma esaslarına ilişkin farklı düzenlemeler getirmiş ve bu nedenle gerek Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu bünyesindeki hastanelerde ve gerekse üniversitede görev yapan hekimlerin serbest meslek icra edip edemeyecekleri, muayenehane açıp açamayacakları tartışmalara neden olmuştur. Hatta yapılan değişikliklerin ve özellikle serbest meslek icra etmelerine yönelik getirilen yasaklamanın tüm öğretim elemanlarını kapsayıp kapamadığı yönünde tartışmalar da doğmuştur.<sup>4</sup> Bu tartışmalar devam ederken Anayasa Mahkemesi, 6514 sayılı Kanun ile Yüksek-

<sup>1</sup> Kanunlarda değişiklik yapan torba kanunların isimlerinin uzun olması sebebiyle ilk atıflardan sonra kısaltma olarak kanun sayısı kullanılacak, diğerlerinde ise kanun adının kısaltması, kısaltması yaygın kullanılmayan kanunlarda ise yeri geldiğinde de kanun sayısı kullanılacaktır.

<sup>2</sup> Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG.30.01.2010, sy. 27478.

<sup>3</sup> 5947 sayılı Kanun tasarısının 26/05/2009 tarihli genel gerekçesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss418.pdf> (E.T. 2.12.2013); diğer taraftan öğretim üyeleri ile ilgili olarak kısmi zamanlı çalışmanın kötüye kullanılabilirdiği, üniversitelerin adeta muayenehaneleri beslemeye yönelik kartvizit olarak kullanılması gibi, kötü örneklerin tam gün kanununun çıkartılmasında etken olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. **Gülan**, Aydın, Akademik Personelin Üniversite Dışında Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu, İl Han Özyay'a Armağan, İÜHFD, C. LXIX, s. 1-2, s. 40.

<sup>4</sup> **Aktaş**, Ekin Özgür, 657+7= 657, [http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/663\\_e.pdf](http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/663_e.pdf) (E.T.3.12.2013).

köğretim Kanununa eklenen ve mesai saatleri dışında serbest çalışan öğretim üyelerinin maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren 3 ay içinde serbest meslek faaliyetlerini sona erdirmelerini, aksi takdirde üniversiteyle ilişkilerinin kesileceğine ilişkin hükmün esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünü durdurmuştur.<sup>5</sup> Mahkemenin yürürlüğü durdurma kararı ile birlikte öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında serbest çalışmalarına ilişkin muamma devam etmektedir. Bu çalışmanın yayınlandığı tarihe kadar Anayasa Mahkemesi henüz esas hakkında bir karar vermemiştir.

Bu çalışmada, kamuda çalışan devlet memuru statüsüne haiz hekimler ile öğretim elemanları hakkında tam gün ve serbest çalışma esasının getirilmesindeki süreç ve hekimlerin mesleklerini icrasındaki mevcut durum üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede özellikle tam gün ile ilgili Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları da ele alınacaktır. Askeri hekimlerin çalışma esasları bunlara benzediği için ayrıca ele alınmayacaktır.

## I. TAM GÜN ÇALIŞMA ESASINA GEÇİŞ SÜRECİ

Sağlık hizmetlerinin verimli ve kaliteli olarak sunulması için devamlı surette tedbirler alınmaktadır. 2003 yılında uygulanmaya başlanan sağlıkta dönüşüm programının uygulanma sürecinin bir parçası olarak da tam gün çalışma esası getirilmiştir.<sup>6</sup> Bu süreçle, bir taraftan sağlık hizmetleri ifa eden teşkilatın yeniden yapılandırılması, diğer taraftan sağlık personelinin çalışma usul ve esasları tekrar belirlenmiştir. Sağlık teşkilatının yeniden yapılandırılmasıyla ilgili olarak Emekli Sandığı, SSK ve Bağ-Kur'dan oluşan parçalanmış sigorta sistemi Genel Sağlık Sigortası<sup>7</sup> sistemi altında birleştirilmiş, aile hekimliği<sup>8</sup> uygulamasına geçilmiş, Sağlık Bakanlığı ve Teşkilatı<sup>9</sup> yeniden yapılandırılmıştır.<sup>10</sup> Bu yapılandırılmayla birlikte yeni bir model olarak, sağlık hizmetlerinin kamu-özel ortaklığı ile gerçekleştirilmesi için imkan getirilmiştir.

<sup>5</sup> AMK, E. 2014/61, K. 2014/6, KT. 09.04.2014, RG. 11.4.2014, sy. 28969.

<sup>6</sup> 5947 sayılı Kanun Tasarısının 26.05.2009 tarihli genel gerekçesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss418.pdf> (E.T. 02.12.2013).

<sup>7</sup> 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, RG. 16.06.2006, sy. 26200.

<sup>8</sup> 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu (Kanunun önceki adı "*Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun*" iken 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı KHK'nın 58'inci maddesi ile değiştirilmiştir).

<sup>9</sup> 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. 02.11.2011, sy. 28103 Mükerrer.

<sup>10</sup> Bu KHK ile Sağlık Bakanlığı, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye Halk Sağlığı ve İlaç Kurumu, Türkiye Hudut ve Sahiller Genel Müdürlüğü şeklinde yeniden yapılandırılmıştır. Taşra teşkilatı da buna göre yapılandırılmıştır. İl ve ilçe sağlık müdürlükleri ile sağlık grup başkanlıkları Bakanlığın, kamu hastane birlikleri, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunun, halk sağlığı müdürlükleri Türkiye Halk Sağlığı Kurumunun taşra yönetim teşkilatı olarak belirlenmiştir.

Sağlık Personelini kapsayan reformlar ise 2003 yılında çok öncel başlamıştır. Üniversiteleri de kapsayacak şekilde tam gün çalışma esası 1978 yılında 2162 sayılı Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışma Esaslarına Dair Kanun<sup>11</sup> ile getirilmiştir. Bu Kanun tabip, diş tabipleri ve sağlık alanında uzmanlık belgesi olup, bu uzmanlık hizmetlerini yürüten eczacı, veteriner, biyolog ve kimya mühendisi gibi tüm sağlık personelini kapsamaktadır. Kanun, diğer sağlık personeli gibi hekimler için bir taraftan tam gün çalışma esası getirirken bunu sağlamak amacıyla da mali açıdan büyük avantajlar<sup>12</sup> sunmuştur.<sup>13</sup> Diğer taraftan da sağlık personelinin mesai saatleri dışında serbest çalışmasını yasaklamıştır.<sup>14</sup> 2162 sayılı Kanun, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun 6. maddesi ile 31.12.1980 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Tam Gün Kanunu'nun yürürlükten kalkmasıyla sağlık personelinin çalışma esasları eski duruma dönmüştür. Böylece özellikle üniversitelerde çalışan öğretim üyesi hekimler için tam gün zorunluluğu ortadan kalkmış ve serbest çalışma imkanı tekrar getirilmiştir. Daha sonraki yıllarda tam gün ile ilgili çalışmalar<sup>15</sup> olsa da 2010 yılına kadar kanun çıkartılmamıştır. 2010 yılında 5947 sayılı Tam Gün Kanunuyla hekimlerin çalışma esaslarında önemli değişikliklere gidilerek konu yeniden düzenlenmiştir.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> RG. 09.07.1978, sy. 16341.

<sup>12</sup> Kanunun 2. maddesine göre kanunda belirtilen sağlık personeline "aylıklarına ek olarak en yüksek Devlet memuru aylığı tutarını geçmemek üzere; aynı kurumların aynı hizmetlerinde çalıştırılan eczacılara aylıklarına ek olarak en yüksek Devlet memuru aylığının % 50'sini geçmemek üzere; aylık tazminat verilir."

<sup>13</sup> Kanunun 6. maddesi, Kanunun kapsamında çalışanların haftalık çalışma sürelerini 45 saat belirlemiştir. Çalışma günlerinin sürekli mesaieleri içinde öğle yemeği tatil hakları saklıdır. Günlük çalışma saatlerinin tespitinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 100. maddesine göre yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

<sup>14</sup> Kanunun 7. maddesine göre "Bu Kanun kapsamında çalışan personel, hariçte serbest olarak sanat ve mesleklerini icra edemezler, resmi ve özel herhangi bir müessesede maaşlı, ücretli veya sözleşmeli olarak mesleki görev alamazlar, çalıştıkları kurumun gelirlerinden veya hizmet verdikleri kişilerden bu Kanunda yazılı olanlardan ve 657 2162 — 137 - \* 9.7, 1978 sayılı Devlet Memurları Kanununun gerektirdiği ödemelerden (İlgili üniversite personeli için 1765 sayılı Kanunun 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilenden) başka mesleki ek gelir sağlayamazlar."

<sup>15</sup> Örneğin Sosyal Sigortalar Kurumu Personelinin Unvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik'te 1994 tarihinde yapılan değişiklik ile (RG., 16.10.1994, sy. 22083) Klinik Şefi ve Şef Yardımcısı kadrolarına atanabilmek için "tam gün çalışmak" koşulunu öngören bent eklenmiştir. RG. 27.06.1993, sy. 21620.

<sup>16</sup> 5947 sayılı Kanunun bazı maddeleri Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ancak bazı maddelerinin yürürlük tarihi ise 1 yıl ve 6 ay sonrası olarak belirlenmiştir. Buna göre kamuda çalışan hekimlerin dışarıda çalışamayacaklarına ilişkin hükmün 30.07.2011'de, üniversitede kısmi zamanlı çalışmanın kaldırılması ise 30.01.2012'de yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

## II. HEKİMLERİN ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN 5947 SAYILI TAM GÜN KANUNU'NDAN ÖNCEKİ DURUM

Sağlıkta reform sürecinde sağlık personelinin çalışma esaslarında önemli değişikliklere gidilmiştir. Hekimlik mesleğinde Türk Vatandaşlığı şartı kaldırılmış, sözleşmeli hekim istihdamının önü açılmış ve hekimlere mesleki sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Diğer taraftan kamuda çalışan hekimlerin serbest çalışma ve kısmi statüde çalışma esasları da son bulmuştur. 5947 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce devlet hastanelerinde çalışan hekimler ile üniversite hastanelerinde çalışan hekimlerin çalışma koşulları bakımından farklılıklar söz konusudur.

### A. Kamu (Devlet) Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Çalışma Esasları

Kamu hastaneleri, devletin sağlık hizmetlerini yürütmek amacıyla kurup örgütlediği sağlık birimleridir. Kamu hastaneleri ayrıca diğer kamu kuruluşlarıncı da işletilebilmektedir. Sağlık Bakanlığı tarafından kurulan devlet hastaneleri<sup>17</sup>, belediye hastaneleri, il özel idareleri tarafından kurulan hastaneler, Kamu İktisadi Teşebbüsleri tarafından kurulan hastaneler, askeri hastaneler ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının kurduğu hastaneler kamu hastanelerine örnek gösterilebilir.<sup>18</sup> Üniversite hastaneleri de kamu hastanesidir. Ancak üniversite hastanelerinde yada Askeri hastanelerde çalışan hekimlere uygulanan mevzuat hükümleri farklıdır.

Hekimler, uzman hekimler ve dış tabiplerinin çalışma esaslarını düzenleyen kanun 1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'dur. Bu Kanun tıp fakültelerinden mezun olan ve hekimlik yapma hakkına sahip tüm hekimler için genel düzenlemeler içermektedir. Kanunda bu kapsamda hekimlik mesleğinin kazanılması, mesleğin icra edilme koşulları, meslek icrasının sınırları, muayenehane açmaya dair hükümler, tıpta uzmanlık ve benzeri konular yer almaktadır. Ancak Sağlık Bakanlığına bağlı devlet hastanelerinde çalışan hekimler 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak çalışmaktadır. Kanunun 36. maddesinde Sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı düzenlenmektedir. Tabip ve dış tabibinin yanında diğer sağlık personeli de bu sınıf içinde yer almaktadır.

1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin son fıkrası hekimlere ikametgâhlarında özel muayenehane açabilme ve Kanunun 5. maddesi hekimlere özel muaye-

<sup>17</sup> 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Sağlık Bakanlığına bağlı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu kurulmuş ve Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler bu kuruma devredilmiştir.

<sup>18</sup> **Gökcan**, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013, s. 1014.



nehanelerinde veya evlerinde hasta bakabilme imkanı tanımaktaydı. Bu genel hükümler dışında kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbestçe icra edebilme izni ve şartları 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun tarafından düzenlenmekteydi. Bu Kanunun 4. maddesi “*1'inci madde kapsamına giren personelden, özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme hak ve yetkisine sahip olanlar istedikleri takdirde 1'inci maddede öngörülen tazminat hakkından yararlanmamak şartı ile mesai saatleri dışında serbest olarak çalışabilirler.... Ancak, il sağlık müdürlüğü ve başhekimlik görevini yürütenler serbest olarak çalışamazlar. Askerî sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan başhekimler serbest çalışma yasağına tâbi değildir.*” hükmünü içermekteydi.<sup>19</sup> Buna göre Kanunda sayılan tazminat hakkından yararlanmamak şartı ile mesai saatleri dışında serbest olarak çalışabilme imkanı tanınmıştı. Ancak tabiplerin serbest çalışmasının yasal dayanağı hususunda farklı görüşler mevcuttu.

Anayasa Mahkemesine göre kamuda çalışan hekimlerin mesai saatleri dışında serbest çalışmasının yasal dayanağı 2368 sayılı Kanundur. Buna karşın hekimlerin serbest çalışmasının yasal dayanağının 2368 sayılı Kanun olmadığı bahsi geçen Kanunun yetkiye zaten sahip olan personelin tazminat hakkını kısıtladığı ifade edilmektedir.<sup>20</sup> Benzer bir yaklaşım Danıştay kararlarında da görülmektedir.<sup>21</sup> 2368 sayılı Kanunun 4. maddesi, atıfta bulunduğu 1. maddesi ve 1. maddenin atıfta bulunduğu mülga 2612 sayılı Sağlık Personelinin Tam Süre Çalışma Esaslarına Dair Kanun<sup>22</sup> hükümleri bağlamında, kamuda çalışan bir hekimin mesai dışında serbest meslek icra etmesi bakımından kendi özel kanunlarının buna müsaade etmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle serbest

<sup>19</sup> Kanunun 3. maddesine göre tazminat hakkından yararlanan personelin resmi ve özel herhangi bir müessesede maaşlı, ücretli veya sözleşmeli olarak mesleki görev alamayacağını, hariçte serbest olarak sanat ve mesleklerini icra edemeyeceğini düzenlemekteydi. Dolayısıyla hekimlerin dışarıda çalışabilmeleri imkanı tazminat hakkından (nöbet ve acil vaka tazminatları) faydalanmamak şartına bağlanmıştı. Dışarıda serbest olarak çalışan hekimlere iş gücü, iş riski ve teminindeki güçlük zamları veya bu mahiyetteki zamlar da ödenmemekte idi.

<sup>20</sup> **Fırat**, E. Sevi Bozoğlu, 5947 sayılı Tam Gün Yasası ve Yüksek Yargı Kararları Kapsamında Sağlık Personelinin Serbest Çalışma Hakkı, İKÜHFD, c. 10, sy. 1, Ocak 2011, s. 211.

<sup>21</sup> D12D., E.2008/7233, K.2010/6275, KT.14.12.2010 <http://www.turksagliksen.org.tr/haberler/genel-haberler/9113-danistaydan-fizyoterapist-diyetisyen-ve-psikologlara-mujde.html> (E.T. 01.02.2014)

<sup>22</sup> Kanunun 1. maddesine göre; “*Bu kanun, genel ve katma bütçeli kurumlarda, il özel idareleri ile belediyelerde ve bunların kurdukları döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında, Beden Terbiyesi Bölge müdürlüklerinde, kamu iktisadi teşekkülleri ve teşebbüslerinde, Emekli Sandığında, Sosyal Sigortalar Kurumunda çalışan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36'ncı maddesindeki sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına (hayvan sağlığı hariç) veya genel idare hizmetleri, eğitim ve öğretim hizmetleri, teknik hizmetler sınıfına girecek nitelikte olan ve 926 sayılı Yasa ile 1765 sayılı yasada belirtilen ve bu kanunda nitelenen personele uygulanır.*”

çalışmanın yasal dayanağının özel kanunlar, serbest çalışma şartlarının ise 2368 sayılı Kanun olduğu söylenebilir. Ancak kamuda (Devlet hastanelerinde) çalışan hekimlere ilişkin olarak gerek 1219 sayılı Kanunda gerek 657 sayılı Kanunda gerekse sağlık bakanlığının teşkilatına ilişkin kanun ve KHK'lerde hekimlerin serbest çalışacağına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Serbest çalışmayı yasaklayan herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Özellikle devlet hastanelerinde hekimlere uygulanan ve memurların yasaklarını düzenleyen DMK'da ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyette bulunma yasağı mevcuttur. Ancak serbest meslek icrası ticari faaliyet olarak kabul edilmemektedir.<sup>23</sup> Bu nedenle serbest meslek icrası madde kapsamına girmediğinden bu yönde bir yasaklama da mevcut değildir. Serbest meslek icrasının yasaklanması DMK 28. maddeye tam gün çalışma esasıyla birlikte girmiştir.

Kısaca kamu hastanelerinde çalışan hekimler mesai saatleri dışında serbest çalışma imkanına sahipti. Hekimlerin özel kanunlarında serbest çalışmaya ilişkin bir yasaklama olmaması nedeniyle de, özel muayenehane açarak mesleklerini serbestçe icra edebilmekteydi. Serbest çalışma şartlarını düzenleyen 2368 sayılı Kanun, 5947 sayılı Kanunun 19. maddesinin (a) bendi ile yürürlükten kaldırılmış, serbest meslek icrası DMK 28. maddesine getirilen bir hükümlerle yasaklanmıştır. Dolayısıyla kamuda çalışan hekimlerle sağlıkta reform süreciyle önce il sağlık müdürlüğü ve başhekimlik görevini yürütenlerin serbest çalışması yasaklanmış<sup>24</sup> daha sonraki süreçte tüm hekimleri kapsamıştır.

## B. Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanı Hekimlerin Durumu

Yükseköğretim Kurumlarında görev yapan öğretim üyelerinin çalışma esasları 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenmiş-

<sup>23</sup> 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesine göre "*her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır*". DİBGK, E. 1995/1, K. 1996/1, K.T. 26.11.1990 (E.T. 12.01.2014); DVDDGK, E. 1993/157, K. 1997/82, KT. 11.05.1993, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/vddgk-1993-157.htm> (E.T. 12.01.2014); D5D, E. 2010/4406 YD, KT. 21.7.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2010-4406.htm> (E.T. 12.01.2014).

<sup>24</sup> 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanuna, 5371 sayılı Kanunun (Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 05.07.2007, sy. 25866.) 4. maddesiyle geçici madde 1 eklenmiştir. Buna göre; "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte il sağlık müdürlüğü ve başhekimlik görevini yürütenlerden mesleklerini serbest olarak icra etmekte olanlar, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde serbest meslek faaliyetlerine son vermek veya buldukları görevlerden ayrılmak zorundadırlar.*"

tir. Bu maddede değişiklik yapılmadan önce öğretim üyelerinden profesör ve doçentlerin devamlı veya kısmi statüde görev yapabileceği hüküm altına alınmıştı. Yardımcı doçentler ve araştırma görevlileri için ise tam zamanlı çalışma esası geçerliydi.

### **1. Tam Zamanlı Çalışma**

YÖK'ün 36. maddesine göre tam zamanlı çalışan profesörler ve doçentler tüm mesailerini üniversite ile ilgili çalışmalarında geçirirler. Dolayısıyla özel kanunlarla belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler. Üniversite yönetim kurulunun işbirliğine karar verdiği kamu kuruluşlarında, kamu yararına hizmet amacı güden kuruluşların işletmelerinde veya diğer özel kuruluşlardaki çalışmaları üniversitede sürdürülmüş sayılır. Ancak tam zamanlı atanarlara kısmi statüye geçiş imkanı tanınmıştı. Bunun için doçentlerin en az beş yıl tam zamanlı olarak çalışmış olması gerekmektedir.

### **2. Kısmi Zamanlı Çalışma**

YÖK'nun 36. maddesi kısmi statüde çalışma imkanı da tanımaktaydı. Kısmi çalışma imkanına profesör ve doçent unvanına sahip öğretim üyeleri yararlanabilmekteydi. Üniversitede kısmi statüde çalışan profesörler ve doçentler iki yıllığına atanmaktaydı. Dolayısıyla kısmi statü süreli tanınan bir çalışma esasıydı. Kısmi statüde görev yapanların durumları iki yılda bir incelenerek görevlerine devamlarına ihtiyaç olup olmadığına karar verilmekteydi. Göreve devamlarında yarar görülenlerin görevleri üniversite yönetim kurulunun görüşü ve rektörün kararıyla yenilenebilmekteydi. Kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri haftada en az 20 saat üniversitede eğitim öğretim ve araştırma yapmakla yükümlüydü. Bu yükümlülük dışında açmış oldukları özel muayenehanelerinde hekimlik mesleğini serbestçe icra etme imkanları bulunmaktaydı. Kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri devamlı statüde çalışan öğretim üyelerinin yararlandığı birtakım hak ve ödeneklerden yararlanamazlardı. Kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri üniversite ödeneği, idarî görev ödeneği, geliştirme ödeneği ve döner sermaye gelirlerinden pay veya ücret alamamaktaydı. Devamlı statüde görev yapan emsali profesör ve doçentlerin yararlandığı makam, temsil veya görev tazminatlarından 1/2 oranında yararlanırlardı.

Kısmi statüde çalışan öğretim üyelerine getirilen mali kısıtlamalar dışında üniversitede idari görev alabilme imkânları kısıtlıydı. Bu öğretim üyeleri rektör, dekan, enstitü ve yüksekokul müdürü ve bölüm başkanı olamazlar, bunların yardımcılıklarına seçilemezlerdi. Ancak devlet memurlarınının tabi olduğu mesai saatlerine ve süresine tabi olmak şartıyla enstitü müdürlüğüne, bölüm, anabilim dalı ve anasanat dalı başkanlıklarına seçilebilirlerdi.

Kısmi statüde çalışan öğretim üyelerine devamlı statüye geçme imkanı tanınmıştı. Kısmi statüde bulunanlardan devamlı statüye geçmek isteyenlerin müracaatı o anabilim dalında boş kadro bulunmak şartıyla üniversitenin olumlu görüşü üzerine doğrudan Yükseköğretim Kurulu Kararı ile yapılırdı. 5947 sayılı Kanunun 3. maddesiyle YÖK'nun 36. maddesinde yer alan kısmi statüde çalışma imkanı kaldırılmıştır. Böylece öğretim üyelerine sadece tam gün çalışma esası getirilmiştir.

### III. 5947 SAYILI TAM GÜN KANUNU İLE GETİRİLEN HEKİMLERİN ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN DURUM

5947 sayılı Kanunla birlikte hekimlerin çalışma esaslarında büyük değişikliklere gidilmiştir. Bu süreç tam gün serüvenini uzun bir süre sonra tekrar başlatmış ve büyük tartışmalara neden olmuştur.<sup>25</sup> Özellikle doktrinde öğretim üyesi hekimler için tam gün çalışma esasının önemine dikkat çeken görüşler bulunmaktadır. Bunun nedeni olarak da dışarıda çalışmanın öğretim üyesini bilimden tamamıyla uzaklaştırdığı, ahlâkî olarak da dejenerasyona ittiği, öğretim üyelerinin üniversitede tam gün çalışmaları sağlanamadıkça Türk Doktrininin bilimsel düzeyinin ilerleyebileceğini düşünmenin mümkün olmadığı, dışarıda çalışan öğretim üyeleri, akademik unvanları ve mensubu oldukları fakültenin adı sayesinde haksız rekabetten yararlandığı gibi hususlar gösterilmektedir.<sup>26</sup> Buna karşın öğretim üyelerinin mesailerinde veya mesai sonrasında çalışmalarında tek boyutlu bir düzenlemenin isabetsiz olduğu, öğretim üyelerinin üniversitede mesai kavramının masa başında ifası şeklinde değerlendirilemeyeceği, mesainin esnek olması, ancak bir o kadar da ciddiye alınması gerektiği, öğretim üyelerinin üniversiteye karşı yükümlülüklerini yerine getirmek şartıyla, mesleğini serbestçe icra etmekle zenginleşmesinin, başarının ödüllendirilmesi ve mesleğin teşviki olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.<sup>27</sup> Ayrıca öğretim üyesinin serbest çalışmasının sadece gelir elde edici faaliyetler olarak ele alınması da isabetli değildir. Öğretim üyesinin mesleki bilgi ve tecrübesi ile özellikle yaşam ve sağlık hakkı kapsamında mesleğini serbestçe icra edebilmesi kamu yararının bir gereğidir. Diğer taraftan gelir elde etmek bir amaç değil

<sup>25</sup> Bu tartışmalardan biri de 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile uygulamadan kaldırılmaya çalışılan döner sermaye bütçelerinin Tam Gün Kanunu ile tekrar yaygınlaştırılmaya çalışıldığı yönündedir. Bunun büyük bir tezat olduğu ifade edilmektedir. Diğer taraftan tam gün çalışma esasının başarılı bir şekilde uygulanmasının üniversitelere ayrılan ödenek tutarının artırılması, öğretim elemanlarının ücretlerinin artırılarak başka çalışma alanlarına itibar göstermemesinin sağlanması ve yeterli öğretim elemanı istihdamı ile gerçekleşecektir. **Mutluer**, Kamil, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Açısından Üniversitelerde Tam Gün Çalışma Esası, Maliye D. sy. 156, Ocak-Haziran 2009, s.43, 48 vd.

<sup>26</sup> **Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Bursa 1999, s. 290; **Mutluer**, s. 43, 48.

<sup>27</sup> **Gülan**, s. 39.

araçtır. Gelir getirici faaliyeti bir amaç ve bu yolda her şeyi mübah gören öğretim üyeleri hakkında da gerekli idari ve cezai takibat yürütülmelidir.<sup>28</sup>

Tam Gün Kanunuyla başlayan süreç doktrin dışında, Kanunkoyucu, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay ekseninde devam etmektedir. Bu tartışmalara aşağıda yer verilmektedir.

#### **A. Devlet (Kamu) Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Çalışma Esasları**

Kamu hastanelerinde çalışan hekimler açısından yukarıda bahsedilen 1219 sayılı Kanunun 12. maddesi değiştirilmiş, mesai saatleri dışında serbest çalışma muayenehane açma koşullarını düzenleyen 2368 sayılı Kanun da yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni düzenlemede hekimlerin ancak maddede yer alan kurumlardan birinde mesleklerini icra edebilecekleri öngörülmüştür. Buna göre tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, mesleğini ayırım gözetilmeksizin tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da muayenehane açarak serbest olarak icra edebilir. Bu genel hükme üçüncü fıkrada istisna getirilmiştir. Buna göre hekimler yukarıda ifade edilen kurum ve kuruluşlar kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceklerdir. Dolayısıyla bir hekim birden fazla kamu kurum ve kuruluşunda çalışabilir. Yine birden fazla özel sağlık kurum ve kuruluşlarında ya da özel sağlık kuruluşunda ve vakıf üniversitesinde çalışabilir.

Buna karşılık bir hekim, birden fazla kamu kurum ve kuruluşunda çalışma hakkına sahip olmakla birlikte yukarıda sayılanlar dışında yer alan kurumlarda çalışmasına sınırlama getirilmektedir. Ayrıca özel muayenehanesinde serbest meslek icra eden bir hekim, aynı zamanda SGK ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan bir vakıf üniversitesinde ve özel hastanede çalışma hakkına sahipken, kamu kurum ve kuruluşları ile SGK ve kamu kurumları ile anlaşması olan diğer sağlık kuruluşlarında, çalışması yasaklanmaktadır. Bunun dışında mahalli idareler ile kurumlarda çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabiplere, kurum hekimliği yapma imkanı getirilmiştir. Ayrıca döner sermayesi bulunan sağlık kuruluşlarına kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verme hakkı tanınmaktadır.

Kanun, mesleğini serbest icra eden hekimlere, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve SGK'dan talep edilmemek koşuluyla Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversitelerinde, hastaların teşhis ve tedavisini yapabileceğini düzenlemektedir.

<sup>28</sup> **Gülan**, s. 39, 41

Yukarıdaki düzenlemelere bakıldığında kamu ve özel sağlık hizmetlerinin ayrı ayrı organize edildiği görülmektedir. Kamu ve özel sektörde mesleğini icra eden hekimler için yeni bir çalışma sistemi öngörerek, çalışma koşullarına bazı sınırlamalar getirmiş, ayrıca özel sağlık hizmeti sunumunun, kamu kurum ve kuruluşlarının kaynakları kullanılmadan gerçekleştirilmesi için birtakım hükümler getirilmiştir.

### **B. Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanı Hekimlerin Durumu**

5947 sayılı Kanunun 3. maddesiyle YÖK'ün 36. maddesi değiştirilmiştir. Bu hükümlerle öğretim elemanlarının kısmi statüde çalışma imkanı kaldırılmış ve üniversitede devamlı statüde görev yapacakları hükmü getirilmiştir. Ayrıca öğretim elemanları için, kanunlarla belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler hükmü korunduğu için açık bir şekilde öğretim üyelerinin üniversite dışında resmi ve özel bir iş yapamayacaklarını ve muayenehane açamayacağını durumu ortaya çıkmıştır. Kısacası bu Kanunla mevcut olan kısmi çalışma imkanına son verilerek tam gün çalışma esası getirilmiş ve hekimlerin serbest çalışma imkanları da son bulmuştur. Mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin kamu ile olan bağlarının kesilmesi öngörülmüştür. Buna karşılık öğretim üyeleri için kısmi çalışma imkanı tanıyan özel kanunlarda herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu nedenle öğretim üyeleri özel kanunlar uyarınca kısmi statüde çalışabileceklerdir. Bunun bir örneği 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'dur. Bu Kanunun 7/2. fıkrasına göre üniversite personelinden teknoloji geliştirme bölgelerinde yer alan faaliyetlerde araştırmacı ya da idari personel olarak hizmetine ihtiyaç duyulanlar çalıştıkları kuruluşların izni ile sürekli veya yarı zamanlı olarak çalıştırılabilmektedir. Yarı zamanlı görev alan öğretim üyesi, öğretim görevlisi, araştırma görevlisi ve uzmanların yaptıkları bu hizmetleri karşılığında elde edecekleri gelirler, üniversite döner sermaye kapsamı dışında tutulmaktadır. İkinci fıkranın son cümlesinde doğrudan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa atıfta bulunularak YÖK'ün 36. maddesinin, 4691 sayılı Kanunun 7. maddesinde yer alan düzenlemelere aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmektedir.

Tam Gün Kanunu'nun yürürlüğe girmesini müteakip, Anamuhalefet Partisi, Anayasa Mahkemesi'nde özellikle tam gün çalışmaya ilişkin maddelerinin iptali ve öncelikle yürürlüğünün durdurulması talepli iptal davası açmış Mahkeme önce yürürlüğü durdurma kararı vermiş daha sonra da kanun hükmünü iptal etmiştir.

#### IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NCE 5947 SAYILI KANUNUN BAZI HÜKÜMLERİNİN İPTAL EDİLMESİ

Anamuhalefet Partisi, 5947 sayılı Kanunun birçok maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır. Öğretim üyelerinin tam gün çalışmasıyla ilgili olarak 5947 sayılı Kanunun 3. maddesi ile, YÖK'de yapılan değişiklikler önem taşımaktadır. Bu kapsamda YÖK'ün 36. maddesinin 1. fıkrasında yapılan “*Öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar*” değişikliği; üniversitede tam gün çalışmayı isteyecek akademik personelin başkaca herhangi bir faaliyette bulunması yasaklayan ve maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler*” şeklindeki değişiklik ile YÖK'e eklenen geçici 57. madde “*bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmi statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır*” hükümlerinin iptali istenmiştir.

Ayrıca 5947 sayılı Kanunun 6. maddesiyle YÖK'e geçici 57. madde eklenerek “*Bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmi statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır*” hükmü getirilmiş ve bu hükmün “*bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır*” cümlesinin de iptali istenmiştir.

Öğretim üyeleri dışında tüm hekimleri kapsayan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12. maddesi değiştirilerek, hekimlerin sadece kamuda çalışmaları öngörülerek mesai saatinde veya haricinde dışarıda çalışması yasaklanmıştır. Buna ilişkin olarak “*Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir*” hükmünün “*...aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki*” kısmın iptali istenmiş, böylece birden fazla yerde çalışma imkanının önü tekrar açılmaya çalışılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 5947 sayılı Kanunun iptali istenen maddeleriyle ilgili olarak bazılarını reddetmiş bazılarını ise iptal etmiştir.<sup>29</sup>

Anayasaya Mahkemesi YÖK'ün 36. maddesinin 1. fıkrasında yapılan “*Öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar*” değişikliğini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme gerekçesinde iptali istenen fıkraların, kanunkoyucu tarafından yapılan değişikliklerle yeni bir çalışma sistemi getirmediğini, önceki düzenlemede var olan kısmi çalışma sistemine yer vermeyerek

<sup>29</sup> AMK, E: 2010/29, K. 2010/90, K.T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.

devamlı statüde çalışmayı yeniden düzenlediğini, bu nedenle çalışma özgürlüğünün kısıtlanmadığını ifade etmiştir. Ayrıca öğretim elemanlarının kamu görevlisi olmaları nedeniyle çalışacakları statünün belirlenmesinin kanunkoyucunun takdir yetkisi içinde yer aldığını vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde; “*Maddenin birinci fıkrasında “öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar” kuralı yer almaktadır. Kanunkoyucu bu kural ile kamuda çalışan tüm memurlarda olduğu gibi öğretim elemanlarının da devamlı statüde görev yapacaklarını belirlemiştir. Ayrıca, yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapma, bilgi ve teknoloji üretme, bilim verilerini yayma, ulusal alanda gelişme ve kalkınmaya destek olma, yurt içi ve yurt dışı kurumlarla işbirliği yapmak suretiyle bilim dünyasının seçkin bir üyesi haline gelme gibi yükseköğretimin temel amaçlarının gerçekleştirilmesinin de üniversitelerde devamlı statüde çalışmayı gerekli kılabilir... Çalışma özgürlüğü herkesin dilediği mesleği seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eden bir haktır. Birey bu hakkını kullanarak dilediği alanı ve işi seçebilir. Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiği mesleği veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alması olarak ifade edilebilir. Dava konusu kurala bu açıdan bakıldığında çalışma özgürlüğünü veya ödevini sınırlayan bir düzenleme olmadığı, üniversitede çalışmayı tercih etmiş kamu görevlilerinin çalışma koşullarını düzenlediği açıktır”* hususlarına yer vermiştir.

Üniversitede tam gün çalışmayı isteyecek akademik personelin başkaca herhangi bir faaliyette bulunmasını yasaklayan ve maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler*” şeklindeki değişiklik Anayasa Mahkemesi tarafından, yükseköğretim kurumları için temel esasları belirleyen Anayasanın 130. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Mahkeme; “*Anayasa’da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konumları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir”* diyerek “*Yasakoyucu, yükseköğretimin Anayasa’da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirilerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz. İptali istenen düzenleme ile üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya des-*



tek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği, ayrıca, üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcıları ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumun Anayasa'nın 130. maddesi ile bağdaşmadığı açıktır" gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>30</sup>

Böylece öğretim üyelerine döner sermayeden faydalanmamak ve üniversitede gelir getirici bir iş yapmamak ve ayrıca eğitim öğretim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak kaydıyla, muayenehane açma ve mesai saatleri dışında serbest meslek icrası yolu tekrar açılmıştır.

YÖK'e eklenen geçici 57. madde "bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır." hükmünü getirmiştir. Öğretim üyelerinin kısmi statüde çalıştıkları iki yıllık süre dolmadan bir yıl içerisinde tam statüye geçirilmesi Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Hukuk Devleti ilkesine ve bu ilkenin tamamlayıcısı olan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, süreli de olsa, bu sürenin dolmasına kadar kısmi statüde çalışmayı kazanılmış hak olarak görmüştür. Mahkeme gerekçesinde; "hukuk devleti" ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller. Değişiklikten önceki düzenlemede, kısmi statüde çalışan öğretim üyelerinin kendi talepleri hariç, öngörülen iki yıllık süre dolmadan bu statünün sona erdirilemeyeceği konusunda yasal bir güvenceye sahip oldukları anlaşılmaktadır. Dava konusu tümce ile üniversitelerde öğretim üyesi olarak kısmi statüde görev yapan profesör ve doçentlere devamlı statüye geçmemesi halinde kanunla tanınan süreli çalışmanın, kanunla tanınan süre dolmadan istifa etmiş sayılmaları hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri ile bağdaşmaz. Diğer taraftan kısmi statüde çalışanların, bu durumlarının en az iki yıllık bir dönem kapsadığı düşüncesiyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planladıkları, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirledikleri açıktır. Yasayla elde edilen bu statünün çalışanlar için kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi olanaklı olmasa da yasada öngörülen süre yönünden meşru bir beklentiye sahip oldukları, bu beklentinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkele-

<sup>30</sup> AMK, E. 2010/29, K. 2010/90, K.T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.

*ri gereğince korunmasının kabulü gerekir” demek suretiyle idarenin keyfi davranamayacağını, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>31</sup>*

Anayasa Mahkemesi, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun sadece kamuda çalışmalarını öngörülerek mesai saatinde ve haricinde dışarıda çalışmayı yasaklayan 12. madde hükmü olan “*Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir*”. cümlesinde yer alan “...*aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki*” ifadesiyle ilgili olarak Anayasanın 17. maddesindeki yaşama hakkı ve 56. maddesindeki Sağlık hakkına aykırı bularak “...*aşağıdaki...*” kelimesi dışındaki ifadeyi iptal etmiştir. Mahkeme gerekçesinde; Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler*” hükmü uyarınca devletin, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi olduğunu, kanunkoyucunun da buna dayanarak hasta-hekim ilişkisini düzenlemek, hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri ve geri ödeme kuruluşlarınca kullanılan kamu kaynaklarının yerinde harcanabilmesi için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla, hekimlerin çalışma şartlarını bazı kayıtlara tabi tutabileceğini ifade etmiştir. Ancak kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler önem dereceleri gözönünde bulundurularak Anayasa'da yer verildiğini, “*bu bağlamda hekimlik, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslektir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer*” şeklinde açıklamıştır<sup>32</sup>.

Diğer taraftan mahkeme sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, “*Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi*”nin gerektiğini belirtmiş ve “*bazı*

<sup>31</sup> AMK, E. 2010/29, K. 2010/90, K.T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.

<sup>32</sup> AMK, E. 2010/29, K. 2010/90, K.T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.

dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabilir. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşımaktadır" diyerek hekimlerin istisnaya yer vermeksizin sadece kanun maddesinde yer alan kurumlardan birinde mesleklerini icra etmelerini içeren bir düzenlemeyi Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği bu hüküm ile hekimlerin kamudaki görevleri dışında mesleklerini dışarıda icra edemeyeceklerine dair düzenleme yürürlükten kalkmış gibi görünse de tartışmaları beraberinde getirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen Kanun madde ve hükümlerinin iptal gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, tam gün çalışma esası ve kamuda çalışan hekimlerin ayrıca serbest meslek icra edebilmeleriyle ilgili şu sonuçlar çıkmaktadır<sup>33</sup>:

Mahkeme, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerini ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilme şartına bağlamıştır. Bu amacın gerçekleştirilmesinde bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasaya aykırı düştüğünü belirtmiştir. Dolayısıyla bazı istisnalara yer verilmemesi sonucunda kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmasının, hekime ulaşma hakkını kısmen zorlaştıracak nitelikte görülmektedir. Ayrıca getirilen sınırlamalar, üniversitelerde bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olmamalıdır.<sup>34</sup>

Kamuda çalışan hekimlerin ayrıca serbest olarak mesleki faaliyette bulunmasının yasaklanması, hekimlerin çalışma hak ve hürriyetleri bakımından değerlendirilmesinden ziyade, kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Kişilerin sağlıklı yaşam hakkının hekimlerin statüsü ile yakından ilgili olduğunu, hastanın istediği hekime her an ulaşabilmesinin mümkün olması sebebiyle hekimlerin statüsü düzenlenirken de diğer kamu görevlileri ile bu farkın gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Diğer taraftan bazı tıp dallarında uzman olan hekim sayısının az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın

<sup>33</sup> **Pişkinpaşa**, Duygu/ **Filinte**, Nurettin, 650 Sayılı KHK. ile Hekimler Hakkında Getirilen Hükümlerin Anayasa'ya Aykırılık Sorunu, İBD, sy. 6, s. 174; **Fırat**, s. 211.

<sup>34</sup> Hekimlerin akademik özgürlüğü için bkz. **Ünder**, Yıldız Ertuğ, Hekimlerin Mesleki ve Akademik Özgürlüğü/Özerkliği, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 221 vd.

yaygın bir şekilde icra etmelerinin yine kişilerin yaşam ve sağlık hakkının bir gereğidir. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konularının dikkate alınarak yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, öğretim üyelerinin yükseköğretim kurumları dışında görev alamayacaklarına ilişkin hükmü iptal etmek suretiyle, öğretim üyelerine döner sermayeden faydalanmamak ve üniversitede gelir getirici bir iş yapmak kaydıyla eğitim öğretim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak kaydıyla muayenehane açma ve mesai saati dışında çalışma yolunu tekrar açmıştır.

#### **V. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 5947 SAYILI KANUNUN TAM GÜN VE SERBEST ÇALIŞMA İLE İLGİLİ HÜKÜMLER HAKKINDA VERDİĞİ KARARLA BİRLİKTE GELİŞEN SÜREÇ**

Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunun yukarıda bahsi geçen maddelerini iptal etmesiyle birlikte tartışmalar daha da alevlenmiştir. Özellikle iptal davası açan Anamuhalefet Partisinin “*bentlerden yalnızca birindeki*” ibaresinin iptalini istemesi buna karşılık 3. fıkradaki “*Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir*” ibaresinin iptalini talep etmemesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi taleple bağlılık kuralı uyarınca bu hususta bir değerlendirme yapmamış ve hüküm vermemiştir. Üçüncü fıkranın iptal edilmemiş olması, doktrinde ve yargı yerlerinde farklı yorumlara neden olmuştur.

Bir kısım yargı kararları<sup>35</sup> ve doktrin görüşünde<sup>36</sup>, verilen iptal kararı nedeniyle hekimlerin dışarıda çalışma yasağının iptal edildiğini bu nedenle hekimlerin serbestçe çalışabileceğini, bir kısmı ise 3. fıkranın yürürlükte olması nedeniyle dışarıda çalışma yasağının devam ettiğini kabul etmişlerdir.

#### **A. Sağlık Bakanlığının Tam Gün Çalışma Esasına İlişkin Basın Açıklaması**

Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunun anılan hükümlerini iptal etmesi üzerine Sağlık Bakanlığı 16.07.2010 tarihinde “Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması” yapmıştır. Bu açıklamada; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına atıf yapılarak, üniversitelerde kısmi statüde çalışma esasının sona erdiğini, ancak öğretim üyelerinin sekiz saatlik mesai saatlerinin bitiminde özel çalışabileceklerini belirtmiştir. Uygulamanın ise 30 Ocak 2011 tarihinde başlayacağını duyurmuştur.

<sup>35</sup> D5D, E. 2010/4406 YD, KT. 21.07.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2010-4406.htm>. (E.T. 12.11.2013).

<sup>36</sup> **Pişkinpaşa/Filinte**, s. 174; **Fırat**, s. 211.

Ayrıca 1219 sayılı Kanununun 12. maddesinde yapılan ve hekimlerin sadece kamu kurum ve kuruluşlarının yalnızca birinde çalışmasını öngören değişikliğin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine hekimlerin özel sağlık kuruluşları arasında herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın çalışabilecekleri sonucunu doğurduğu ifade edilmiştir.

Buna karşın Sağlık Bakanlığı, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve Kanuna göre öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açması veya özel sağlık kuruluşlarında çalışmasının mümkün bulunmadığını ve uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyurmuştur.

### **B. Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı'nın Basın Açıklamasının İptali İçin Danıştay'da Dava Açması**

Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı, Sağlık Bakanlığı'nın, Anayasa Mahkemesi kararının hekimlerin serbest çalışma imkanını sona erdirdiği yolundaki Basın Açıklamasının iptali için Danıştay'da yürütmeyi durdurma talepli dava açmıştır.

#### **1. Danıştay Beşinci Dairesinin Yürütmeyi Durdurma Kararı**

Danıştay 5. Dairesi yürütmeyi durdurma talebini kabul etmiştir<sup>37</sup>. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin Kanun hükmünü iptal etmesi nedeniyle, bunun doğal sonucu olarak, kamuda görev yapan bir doktor, 1219 sayılı Kanununun 12. maddesinin 2. fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil birimlerde de çalışabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca “kamuda tam gün esasına göre istihdam edilirken, sekiz saatlik çalışma bittikten sonra özel muayenehane de açabileceğin ... Üniversite öğretim üyelerinin muayenehane açma yasağı ortadan kaldırıldığında, özel muayenehane açma konusunda diğer doktorlar için hangi kurallar geçerli ise öğretim üyeleri için de aynı kuralların uygulanması” gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, 5947 sayılı Kanunun Yükseköğretim Kanunu'nda değişiklik yapan 3. maddenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesinin “kamuda görev yapan doktorların özel muayenehane açma konusunda üniversite öğretim elemanlarıyla aynı mevzuata - 1219 sayılı Yasa'nın 5. ve 12. maddelerine - tabi olması; bu faaliyetin 657 sayılı Yasa'nın 28. maddesinde yer alan ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetler kapsamında değerlendirilmemesi karşısında; dava konusu işlemle, 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığının ilan edilmesinde, 5947 sayılı Yasa hükümlerine, Anayasa Mahkemesi kararına ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır”. diyerek 21.07.2010 tarihinde oyçokluğuyla yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

<sup>37</sup> D5D, E. 2010/4406 YD, KT. 21.07.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2010-4406.htm>. (ET. 12.11.2013).

Bu kararda ayrıca Basın Açıklamasının iptal davasına konu olması bakımından ilk inceleme kapsamında “kesin ve yürütülebilir” olup olmadığı tartışılmış, sonuç olarak; “Kamu gücü ve erkinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığı gerekmeksizin, doğrudan doğruya hukuki sonuç doğuran ve etkisini gösteren işlemler, yürütülebilir nitelikte işlemlerdir. ... Tüm ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi hekimler için uyulması zorunlu bir işlem olarak yaptırım unsurunu içinde barındırdığı, bir başka anlatımla, içinde yaptırım tehdidi bulundurarak emredici ve zorlayıcı nitelik taşıyan, düzenleyici bir işlem niteliğinde bulunduğu” gerekçesiyle, iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu ifade edilmiştir.

## 2. Sağlık Bakanlığının Yürütmeyi Durdurma Kararına Karşı İtiraz Başvurusu

Sağlık Bakanlığı, Yürütmeyi Durdurma kararına itiraz etmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına, oyçokluğu ile karar vermiştir.<sup>38</sup>

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun, özellikle Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak verdiği kararın gerekçesinde; “Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak yürürlükte olan 1219 sayılı Yasanın kamuda görevli hekimlerin serbest çalışmasına izin vermediğini ve 2368 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırılması sonucunda ise serbest çalışmaya izin veren düzenlemenin artık bulunmadığını ortaya” koyduğu ifade edilmiştir.

Ayrıca 5947 sayılı Kanun ile kısmi zamanlı çalışmanın kaldırıldığı, kamuda çalışan hekimlere tam gün çalışma koşulu getirildiği ve mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin kamu ile bağlarının kesildiği belirtilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Anayasa Mahkemesi'nin kararını şu şekilde yorumlamıştır: “1219 sayılı Yasadaki sınırlamayı ilkesel düzeyde Anayasaya aykırı görmemiş, bir anlamda hekimlerin çalışma koşullarının yeniden belirlenerek bazı sınırlandırmalar getirilebileceğini kabul etmiştir....1219 sayılı Yasanın değiştirilen 12. maddesi ile getirilen düzenleme ile hekimlerin çalışma sistemine getirilen sınırlandırmayı meşru görmekle beraber bu sınırlandırmanın sınırı belirtilmiş ve yapılacak sınırlandırmanın kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilmesini güçleştirecek nitelikte olmaması gerektiğini vurgulamıştır”.

Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararında, kamuda görev yapan hekimlerin aynı zamanda serbest çalışmasının engellenmesinin Anayasaya aykırı olduğuna dair bir belirleme veya gerekçenin bulunmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle

<sup>38</sup> DİDDK, E. 2010/1116, KT. 13.1.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/iddgk-2010-1116.htm> (ET. 12.11.2013).

kamuda görev yapan hekimlerin mesai saatleri dışında 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin (b) ve (c) bentleri kapsamındaki yerlerde çalışmalarının tümüyle yasaklanması değil, kısmi zamanlı çalışmanın kaldırılmasının söz konusu olduğunu, bu nedenle kamuda görev yapan hekimlerin serbest çalışmasına bu yönden bir sınırlama getirildiğini ifade etmiştir.

Danıştay bu kararında 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*Tabiplerin, dış tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceğine*" ilişkin ibarenin ikinci fıkraya açıkça gönderme yaptığına ve Anayasa Mahkemesince iptal edilen ibarenin anlamını aynen devam ettirdiği sonucuna varmaktadır.

Ayrıca kamuda görev yapan hekimlerin özel muayenehane açmasının DMK'nın 28. maddesinde yer alan ticaret ve kazanç getirici diğer faaliyetler kapsamında değerlendirilemeyeceğini de ifade ederek, Anayasa Mahkemesi'nin de hekimin statüsünün en temel insan hakkı olan yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirdiğini, dolayısıyla hekimlerin diğer kamu görevlilerinden farklı olduğunu belirtilmiştir.

Sonuç olarak, Sağlık Bakanlığı'nca, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığını ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyurulmasına ilişkin dava konusu işlemi hukuka uygun bulmuştur.

Diğer taraftan, basın açıklamasının kesin ve yürütülebilir bir işlem olup olmadığı tartışmasına da katılmıştır. Kararında "*bir işlemin iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir bir işlem olup olmadığını, işlemin ismine veya idarenin isimlendirmesine bakılarak değil, işlemin içeriğine bakılarak belirlenmesi gerekmektedir*" diyerek ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi tüm hekimler için yaptırım da içeren bir işlem olduğunu ve bu nedenle de kamuda çalışan hekimlerin hukuki durumlarını etkileyen, değiştiren nitelikte bulunan dava konusu "Basın Açıklamasının" iptal davasına konu olabileceğini ifade etmiştir.

### **3. Danıştay Beşinci Dairesinin Basın Açıklamasına İlişkin İptal Kararı**

Danıştay Beşinci Dairesi, esasa ilişkin kararını 06.04.2011 tarihinde oyçokluğuyla vermiş ve Sağlık Bakanlığının Basın Açıklamasını, kamuda görevli hekimlerin muayenehane açamayacaklarına ilişkin bölümünün iptaline, buna karşılık kamuda görevli hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığına ilişkin kısmının ise reddine karar vermiştir.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> D5D, E. 2010/4406, K. 2011/1696, KT. 06.04.2011.

Böylece kamuda görevli hekimlerin muayenehane açabilme yolu açılmıştır. Ancak kamuda görev yapan hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında çalışma yolu kapanmıştır. Ayrıca Danıştay Beşinci Dairesi, hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebildikleri özel muayenehanelerin sağlık kurum ve kuruluşu olmaması nedeniyle özel muayenehane açarak serbest çalışma hakkına sahip bir hekimin, maddenin aldığı bu yeni şekle göre, aynı zamanda, yalnızca (a), yalnızca (b) ya da yalnızca (c) bendindeki sağlık kurum ve kuruluşlarının birden fazlasında da mesleğini icra edebilmesinin imkan dâhilinde bulunduğu sonucuna varmıştır.

Danıştay Beşinci Daire, DİDDK kararının tam aksine 2368 sayılı Kanunun kaldırılmış olmasının, kamuda görevli doktorların muayenehane açmalarının yasal dayanağının ortadan kaldırılması biçiminde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Tam Gün Kanunuyla ilgili olarak Danıştay'ın Anayasa Mahkemesi kararına aykırı yorum yapmasının Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına aykırı olduğu ifade edilmiştir.<sup>40</sup> Danıştay Daire ve Kurulunun aynı olayda Anayasa Mahkemesi kararını farklı yorumlamaları, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı hususunun ele alınmasını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi kararları, Anayasa madde 158/son fıkrasına göre, devletin tüm organlarını bağlar. Karar, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği hükümdür, diğer bir ifadeyle vardığı sonuçtur. Bununla iptali istenen normun Anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptaline ya da uygunluğuna karar verilir.<sup>41</sup> Buna karşın gerekçe karara varılırken ortaya konan nedenler ve buna binaen Anayasa'da dayanılan maddelerdir. Ancak buna karşılık karar gerekçesinin bir başka anlatımla Anayasa Mahkemesi'nin yorumunun bağlayıcılığı hususunda tartışmalar vardır. Doktrinde bir kısım görüşe göre Anayasa Mahkemesi gerekçeleri bağlayıcıdır.<sup>42</sup> Ağır basan görüşe göre ise bağlayıcı değildir.<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi'nin yorumunun bağlayıcılığını kabul eden görüşler sakıncalarına da dikkat çekmektedir.<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi'nin, karar gerekçesinin de bağlayıcı olduğu yönündeki kararları ağır

<sup>40</sup> **Fırat**, s. 210; **Tekakça**, Yasin, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Hekimler ve Diş Hekimlerinin Mesleklerini Serbest Olarak İcra Etmesi Yönünden Tam Gün Yasası Üzerine Bir İnceleme, ABD, 2012/2, s. 449, 451.

<sup>41</sup> **Döner**, Ayhan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, c. II. Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 219.

<sup>42</sup> **Yıldırım**, Turan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, AİD, c. 26, sy. 4, s. 77; **Aliefendioğlu**, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, s. 294.

<sup>43</sup> **Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 441; **Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2011, s. 490; **Döner**, s. 219; **Hakyemez**, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II. Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 389. Eleştirel bir bakış açısı için bkz. **İyimaya**, Ahmet, Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Normatif Etkisi, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006. s. 1193 vd.

<sup>44</sup> **Yıldırım**, Turan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, AİD, c. 26, sy. 4, s. 77.



bassa da<sup>45</sup> aksine kararları da mevcuttur.<sup>46</sup> Danıştay, Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin kendilerini bağlamadığını, kanun hükmünü kendisinin yorumlayacağını ifade etmektedir.<sup>47</sup> Hukuk kurallarını yorumlamanın sadece Anayasa Mahkemesine verilmesi durumunda diğer mahkemelerin hukuk kurallarını yorumlaması söz konusu olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi dışında diğer mahkemeler farklı bir bakış açısı ortaya koyamayacaktır.<sup>48</sup> Bu nedenle, diğer yüksek yargı mercilerinin hukuk kurallarını yorumlaması gerekecektir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi hükmünün herkesi bağlayacağı tartışmasızdır.<sup>49</sup>

Danıştay Beşinci Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nin kararını, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulundan farklı yorumlamış ve tam aksine bir sonuca varmıştır. Beşinci Daire Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra gerek üniversite öğretim elemanları, gerekse diğer kamu kurumlarında görev yapan doktorların özel muayenehane açma konusunda aynı hukuki düzenlemelere tabi olduklarını belirtmiştir. Kamu görevlisi olan hekimlere serbest çalışma yasağı getiren 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin değişik ikinci fıkrasında yer alan bentlerden yalnızca birindeki hükmün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi ile kamu görevlisi olan hekimlerin, 12. maddenin ikinci fıkrasında yer alan bentlerden yalnızca birisine dahil olan kurumlarda çalışma zorunluluğunu ortadan kaldırdığını ifade etmiştir. Kamuda görev yapan bir hekimin 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil birimlerde de çalışabileceği, bu kapsamda, kamuda tam gün esasına göre istihdam edilirken, sekiz saatlik çalışma bittikten sonra özel muayenehane de açabileceği sonucunun doğduğunu belirtmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında bulunan "*ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir*" ibaresinin ise, iptal kararından önce ikinci fıkrada yer alan kısıtlamaya göre, belirtilen kurum ve kuruluşlardan ancak aynı bentte yer alanlarda çalışabilmeleri mümkün olan hekimlerin, bir bent içindeki ve dolayısıyla aynı konumda kabul edilmiş birden fazla kurum ve kuruluşta da çalışabilmelerini amaçladığını ifade etmiştir. Buna dayanarak da hükmün iptal edilen ikinci fıkra ile aynı işlevi görmediğini ve artık, iptal kararı dikkate alınarak ve kararın ortaya çıkardığı duruma göre anlamlandırılması ve uygulanması zorunlu hale geldiği sonucuna

<sup>45</sup> AMK, E. 1996/51, K. 1998/17, KT. 13.5.1998, AYMKD, sy. 35, c. 2, s. 172; AMK, E. 2066/22, K. 2006/40, KT. 22.03.2006, RG. 29.01.1992, AYMKD, sy. 43, s. 219

<sup>46</sup> AMK, E. 1989/11, K. 1989/48, KT. 12.12.1989. RG. 22.01.1990. Yıldırım'a göre, Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçelerinin bağlayıcılığı yönünde net bir tavır bulunmamaktadır. **Yıldırım**, s. 76.

<sup>47</sup> D8D, E. 1986/402, K. 1988/192, KT. 17.03.1988, DD. sy. 72-73, s. 516. Benzer bir yaklaşım Yargıtay tarafından benimsenmektedir. Bkz. **Yıldırım**, s. 75 vd.

<sup>48</sup> **Hakyemez**, s. 389.

<sup>49</sup> **Özbudun**, s. 441; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 490; **Döner**, s. 221; **Hakyemez**, s. 389; **Yıldırım**, s. 77.

varmıştır. Sağlık Bakanlığı bu karar üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda temyize başvurmuştur.

Danıştay, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında özellikle hekim öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında serbest meslek icra edemeyeceklerine yönelik düzenleyici ve birel işlemleri hukuka aykırı bulmuştur.<sup>50</sup>

Danıştay'ın yukarıdaki kararları Tam Gün Kanunu'nun kabulünden önce tam gün ile ilgili yapılan diğer düzenlemelere ilişkin verdiği kararların tam aksi yöndedir. Danıştay daha önce tam gün çalışma esasının Yönetmelikle öngörülmesini hukuka uygun bulmuştur. Söz konusu olayda, Sosyal Sigortalar Kurumu klinik şefleri, şef yardımcıları için tam gün çalışma zorunluluğu getiren Sosyal Sigortalar Kurumu Personelinin Ünvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik<sup>51</sup>, 1996 tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumu Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Yönetmelik<sup>52</sup> ile yürürlükten kaldırılması üzerine, yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin iptali için Danıştay'da dava açılmış ve Danıştay bu Yönetmeliği iptal etmiştir.<sup>53</sup> Bunun üzerine Eğitim Hastanesinde görev yapan klinik şefinin, kısmi zamanlı çalışmasına izin verilmesi için yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davada Danıştay şu kararı vermiştir<sup>54</sup>; “*Sigortalar Kurumu Personelinin Ünvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliği yürürlükten kaldırmasında kamu yararının gözetilmediği, dolayısıyla eski Yönetmeliğin yürürlükte kalmasının kamunun yararına olduğu ve bu nedenle maksat unsuru yönünden hukuka aykırı bulunduğu gerekçesiyle idari yargı yerince iptal edilmiş olması (veya yürütülmesinin durdurulması) karşısında, ortada yeni bir düzenleyici işlemle hukukten doldurulması gerekli bir boşluk oluşmayacağı ve verilen yargı kararının idarenin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın hukuki sonuçlarını ortaya koyacağı, diğer bir deyişle iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icrailik) niteliği son bulduğu için işlemin tesisinden önceki hukuki durumun yürürlük kazanacağı, eski düzenleyici işlemin hiç yürürlükten kaldırılmamışcasına uygulanma niteliğini sürdüreceği kuşkusuzdur*” diyerek tam gün çalışma esasını getiren Sosyal Sigortalar Kurumu Personelinin Ünvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin tekrar yürürlük kazandığını ve bu nedenle de “2368 sayılı

<sup>50</sup> D10D, E. 2011/6191, KT. 29.06.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (ET. 17.12.2013)

<sup>51</sup> RG. 27.06.1993, sy. 21620.

<sup>52</sup> RG. 12.12.1996, sy. 22845

<sup>53</sup> D5D, E. 1997/13, K. 1998/515 KT. 25.02.1998, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-1997-13.htm>

<sup>54</sup> D12D, E. 2001/1678, K. 2004/2216, KT. 23.06.2004, DD, sy. 109, s. 341 vd. Benzer karar için bkz. D5D ve D12D müşterek kararı, E. 1998/4691, K. 1999/3822, KT. 24.11.1999.

kanun (...) özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme hak ve yetkisine sahip olanların, istemleri halinde serbest olarak çalışmalarına olanak sağlamakla birlikte idareyi bu konuda zorunlu yetki içine alan bir nitelik taşımamaktadır... Ayrıca yukarıda sözü edilen Yönetmelikte öngörülen "tam gün çalışmak" koşulunun, Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı eğitim hastanelerinde yürütülen sağlık hizmetlerinin üst düzeyde, etkin ve verimli bir şekilde verilmesi, eğitim hastaneleri arasında çalışma süresi açısından farklılaşma önlenerek tüm sigortalılara tam gün ve eşit hizmet verilmesinin sağlanması için ayrı bir önem taşıdığı ve bu yönüyle kamu yararı amacı ve hizmet gerekleri gözetilerek yapılmış bir düzenleme olduğu açıktır" diyerek, Klinik Şef ve Şef Yardımcılığı kadrosuna atanmak için "tam gün çalışmak" koşulunun öngörülmesinde herhangi bir yasal isabetsizlik bulunmadığını belirtmiştir.

## VI. HEKİMLERİN ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN 650 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME İLE GETİRİLEN DURUM

Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunun yukarıda anılan hükümlerini iptal etmesi ve Danıştay Beşinci Dairesinin yukarıda geçen kararı üzerine kamuda çalışan hekimlerin serbest çalışıp çalışamayacağı yolundaki tartışmalar sürerken Bakanlar Kurulu 650 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname çıkartmıştır.<sup>55</sup> Bu KHK ile hekimlerin çalışma esaslarını düzenleyen 1219 sayılı Kanun ile üniversite öğretim üyelerinin çalışma esasını düzenleyen YÖK'de ve ayrıca DMK'da değişiklikler yapılmıştır.

### A. Devlet (Kamu) Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Çalışma Esasları

650 sayılı KHK'nın 36. maddesi ile 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrası tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, DMK'nın 28. maddesi, YÖK'ün 36. maddesinin altıncı fıkrası saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca askeri hekimler için de benzer hükümler getirilmiştir.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> RG. 26.08.2011, sy. 28037. Dayandığı Kanun: Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu, RG. 03.05.2011, sy. 26223.

<sup>56</sup> Söz konusu maddedeki değişiklikler sadece 1219 sayılı Kanuna tabi çalışanları değil ayrıca, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun ek 27. maddesi, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesi saklı kalmak kaydıyla bahsi geçen mevzuata tabi çalışanları da kapsamaktadır.

Hekimlerin çalışma esasıyla ilgili olarak 650 sayılı KHK ile getirilen en önemli değişikliklerden biri DMK'nın 28. maddesidir. Ticaret yapma yasağını düzenleyen bu maddeye serbest meslek icrasını yasaklayan bir hüküm eklenmiştir. Gerek kamu hastanelerinde çalışan hekimler, gerekse üniversitelerde görev yapan öğretim üyelerinin çalışma esasları bakımından bahsi geçen maddeye atıf yapılmıştır. Bu maddeye göre; “*Memurlar, meslekî faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz.*”

Maddenin ikinci fıkrasında istisnalara yer verilmiştir.<sup>57</sup> Bu istisnalar serbest çalışma kapsamında mesleğini icra etmeyi içermemektedir. Bu istisnalar idari görevler, özel kanunlarla verilen görevler ve insani ve sosyal amaçlı gönüllü çalışmalar olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır.

Bu hükümle birlikte, kamuda çalışan hekimlerin mesai saatleri dışında mesleklerini serbest olarak icra etmeleri tamamen yasaklanmıştır.

## **B. Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanı Hekimlerin Durumu**

650 sayılı KHK 40. maddesi ile YÖK'nun 36. maddesine şu fıkra eklenmiştir: “*Yükseköğretim kurumlarının kadrolarında bulunan öğretim elemanları, kanunlarda belirtilen haller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28'inci maddesi hükmüne tabidir*”. Bu fıkra da görüldüğü üzere 18.01.2014 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemenin<sup>58</sup> aksine öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, yüksek öğretim kurumlarında görev yapan tüm öğretim üyeleri bu hükme tabi kılınmıştır.

Ayrıca öğretim üyelerinin, yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmamak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde meslekî faaliyette bulunabileceği ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebileceği hükme bağlanmıştır.

<sup>57</sup> Memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim, denetim ve disiplin kurulları üyelikleri görevleri, özel kanunlarda belirtilen görevler ile kurumundan izin alınmak kaydıyla yapılan insani ve sosyal amaçlı gönüllü çalışmalar bu yasaklamanın dışındadır.

<sup>58</sup> 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG. 18.01.2014, sy. 28037) 11/2. maddesi sadece “Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları” açısından DMK 28. Maddeye atıf yapmaktadır.

Ancak bu durumda bazı ek ödemelerin yapılmayacağı ve bu şekilde serbest çalışan öğretim üyelerinin rektör, dekan, enstitü, yüksekokul ve konservatuar müdürü, bölüm başkanı, anabilim ve bilim dalı başkanı, başhekim ve bunların yardımcısı olamayacağı düzenlenmiştir.

Diğer taraftan Kanuna 59. geçici madde eklenmiştir. Bununla, yükseköğretim kurumları dışında meslekî faaliyette bulunmak ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra etmek isteyen öğretim üyelerine, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıla kadar ücretsiz izin verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

650 sayılı KHK ile yükseköğretim kurumları dışında kamuda çalışan hekimlerin dışarıda serbest meslek icra etmeleri yasaklanmıştır. Buna karşılık öğretim elemanlarına mesai saatleri dışında muayenehane açma ve serbest meslek icra etme imkanı getirilmiştir. Ancak bu durumda üniversitede sadece eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunulabilecektir. Öğrencilere ders verecek ve tıbbi araştırmalar yapabilecektir. Ayrıca döner sermayeden gelir getirecek çalışmalar yapamayacaktır. Kısaca hasta bakamayacak ve döner sermayeden faydalanamayacaktır. Mesai saatlerinde üniversitede bulunacak, mesai saatleri dışında ise muayenehanesinde hasta bakabilecektir.

Yukarıda ifade edildiği üzere öğretim elemanlarıyla ilgili DMK 28. maddesine atıf yapılırken ayırım yapılmadığı için tıp fakülteleri hastaneleri dışında, örneğin Hukuk veya Mühendislik Fakültelerinde görev yapan öğretim elemanları da dışarıda serbestçe mesleğini icra edebilir. Bu açıdan bakıldığında her ne kadar doçent ve profesörlerin yararlanabildiği kısmi zamanlı çalışma imkanı kalkmış olsa da doçent ve profesör unvanı dışındaki kadrolarda görev yapan yardımcı doçent, öğretim görevlisi ve araştırma görevlileri bakımından yeni imkanlar getirilmiştir.<sup>59</sup> YÖK'ün tanımlar başlığını taşıyan 3/1'e göre; "*Öğretim Elemanları: Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri, okutmanlar ile öğretim yardımcılarıdır*" şeklinde tanımlanmıştır. Yardımcı doçentler 3/m'ye göre öğretim üyesi kapsamında sayılmakta, araştırma görevlileri de 3/p'ye göre öğretim yardımcıları kapsamında yer almaktadır. Ancak yardımcı doçentler ve araştırma görevlilerinin mesai saatleri dışında serbest meslek icra etmeleri YÖK ile mümkün olsa da ilgili mesleklere ilişkin özel kanunlarla yasaklanabilmektedir. Örneğin Avukatlık Kanunu'nun 13/1-b bendine göre avukatlıkla birleşen işler arasında "Hukuk alanında profesör ve doçentlik" sayılmıştır.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> YÖK'ün 36. maddesine göre profesör ve doçentler kısmi çalışma imkanına sahipken, öğretim görevlileri bu kapsamda yer almamaktadır. D8D., E. 1992/1684, K. 1993/2674, KT. 09.09.1993, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-1992-1684.htm>

<sup>60</sup> 3458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Kanun'un (RG. 28.06.1938, sy. 3945) 9/2. maddesine göre profesörlük, doçentlik ve öğretmenlik yapanlar serbest çalışabilir.

Anayasaya aykırılık teşkil ettiği<sup>61</sup> iddiası ile 650 sayılı KHK'nın tümünün iptali için Anamuhalefet Partisi tarafından 24 Ekim 2011 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır. Ayrıca Ankara 11. İdare Mahkemesi itiraz yoluna başvurmuştur.

## VII. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 650 SAYILI KHK'NIN SERBEST VE TAM GÜN ÇALIŞMA ESASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİ İPTAL KARARI

Anayasa Mahkemesi 18.7.2012 tarihinde hekimlerin serbest ve tam gün çalışmasına ilişki hükümler içeren Kanun Hükmünde Kararname'nin 36., 37., 38., 39., 40. ve 41. maddelerinin 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında olmaması nedeniyle iptal kararı vermiştir.<sup>62</sup> Gerekçesi şu şekildedir: "6223 sayılı Kanun'un kapsamına giren iki konu açısından değerlendirildiğinde çeşitli kamu kurumlarında çalışan tabip, dış tabibi ve uzman tabip gibi kamu görevlilerinin ikinci işte çalışma yasağına ilişkin kuralların kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi ile bir ilgisinin bulunmadığı açıktır. Diğer taraftan çeşitli kamu kurumlarında çalışan tabip, dış tabibi ve uzman tabip gibi kamu görevlilerinin ikinci işte çalışma yasağına ilişkin kurallar kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin bir düzenleme olarak da nitelendirilemez". Ancak Anayasa Mahkemesi hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edecek nitelikte gördüğünden, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe gireceğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu hükümleri Yetki Kanununa aykırılık gerekçesiyle iptal etse de söz konusu hükümler özellikle Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunu iptal gerekçelerine ve eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır.<sup>63</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı ile birlikte kamuda çalışan hekimler açısından tekrar serbest çalışma imkanı doğmuştur. Ancak bu da uzun sürmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin KHK'yı Yetki Kanununa aykırılık gerekçesiyle iptal etmesi üzerine bu sefer hekimlerin çalışma esasları Kanun ile düzenlenmiştir.

<sup>61</sup> 650 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 'Tam Gün'le İlgili Hükümleri Hakkında Türk Tabipleri Birliği Görüşleri. <http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/hukuk-2774.html>

<sup>62</sup> AMK, E. 2011/113, K. 2012/108, KT. 18.07.2012, RG. 01.01.2013, sy. 28515.

<sup>63</sup> **Pişkinpaşa/Filinte**, s. 177 vd.

## VIII. 6514 SAYILI TAM GÜN KANUNU İLE GETİRİLEN HEKİMLERİN ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN DURUM

Hekimlerin çalışma esasını düzenleyen 6514 sayılı “Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 18.01.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun birçok hükmü 650 sayılı KHK ile benzerdir.

Bu Kanun hekimlerin çalışma esaslarıyla ilgili önemli düzenlemeler getirmiştir. 1219 sayılı Kanunda, YÖK’de ve DMK’da değişikliklere gidilmiş ve serbest çalışmayı yasaklayan yeni birtakım hükümler getirilmiştir. Bunun dışında askeri hekimler için de benzer düzenlemeler öngörülmüştür.

### A. Devlet (Kamu) Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Çalışma Esasları

6514 sayılı Kanun ile 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinde önemli değişikliklere gidilmiştir. Buna göre tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, DMK 28. madde saklı kalmak kaydıyla, yani serbest meslek icra etmemek, gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf yükseköğretim kuruluşlarında çalışmamak kaydıyla; mesleğini tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da muayenehane açarak serbest olarak icra edebilir. Ayrıca tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir.

Getirilen diğer bir yenilik ise kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler ile aile hekimleri yöneticilik görevi bulunmadığı takdirde, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere iş yeri hekimliği yapabileceklerdir. İşyeri hekimliği ile ilgili getirilen bu düzenlemeler mevcut işyeri hekimliği yapan hekimlerin çalışma koşullarını da değiştirmiştir. Özellikle kamu görevlisi hekimlerin ikinci bir iş olarak akdettiği bir sözleşmeye binaen işyeri hekimliği yapması ancak daha sonra yapılan kanuni bir değişiklik ile bunun 30 saat ile sınırlandırılması ve tam gün çalışma esasının getirilmesi nedeniyle edimini yerine getirememesi durumunda, kanunla getirilen değişikliğin sözleşmenin başında öngörülemeyen sonradan meydana gelen bir değişiklik olduğu için hekime haklı nedenle sözleşmeyi fesih hakkı tanımaktadır.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Başbuğ, Aydın, İşyeri Hekiminin Tam Gün Çalışma Zorunluluğu Nedeniyle Çalışma Koşullarının Değişmesi, Sicil D., Eylül 2010, sy. 19, s. 46 vd.

DMK'na 650 sayılı KHK ile getirilen serbest çalışmayı yasaklayan hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine 6514 sayılı Kanunun 9. maddesiyle aynı hüküm eklenmiştir. Buna göre memurlar ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açmak suretiyle mesleki faaliyette ya da serbest meslek icrasında bulunamaz. Bu hükümlerle muayenehane vb. yerlerin açılması yasaklanmıştır. Diğer taraftan gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından açılan işyerinde, diğer bir ifadeyle muayenehane ya da özel hastanede çalışma da yasaklanmıştır. Kamu tüzel kişilerine ait işyerlerinde çalışma yasağı kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıf üniversiteleri ile sınırlandırılmıştır. 1219 sayılı Kanun birden fazla yerde çalışmayı ve serbest meslek icrasını yasaklamazken, atıfta bulunduğu DMK yasaklama getirmektedir.

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, daha öncekilere paralel olarak 6514 sayılı Kanunla kamuda çalışan hekimlere mesai saatleri dışında serbest çalışma imkanı getirilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından 5947 sayılı Kanunla getirilen “*bentlerden yalnızca birindeki*” hükmünün iptaline rağmen iptal kararından önceki hükümlerle benzer bir sonuç doğuran düzenlemeye gidilmiştir. Dolayısıyla hekimler işyeri hekimliği dışında 1219 sayılı Kanunun 12. maddesine göre aynı bend içinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebileceklerdir.

## **B. Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanı Hekimlerin Durumu**

YÖK'ün 36. maddesinde yer alan devamlı statüde çalışma esasında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Öğretim üyeleri devamlı statüde çalışmaya devam edeceklerdir. Ancak 6514 sayılı Kanun ile YÖK'e yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra üniversitelere, kamu kurum ve kuruluşlarının ve vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentleri, ücret karşılığında tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak üzere diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi tutulmaksızın sözleşmeli öğretim üyesi olarak istihdam edileceği hüküm altına alınmıştır. Yine sözleşmeli olarak istihdam edilecek profesör ve doçentlerin istihdam edilecekleri tıp ve diş hekimliği fakültelerinde devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısı yüzde 5 ile sınırlandırılmıştır.

Yapılan diğer bir değişiklik ise öğretim üyelerinin çalışma esasları ile ilgili DMK'nın ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağını hüküm altına alan 28. maddesine atıfta bulunulurken tüm öğretim üyelerinin değil, sadece “*Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları*” bakımından sınırlandırılmasıdır. Yükseköğretim kurumlarında



görev yapmakta olan öğretim üyelerinin çalışma esaslarına ilişkin YÖK ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu uygulanmaktadır. Her iki Kanunda hüküm bulunmayan konularda DMK'ya atıfta bulunmaktadır.<sup>65</sup> Danıştay kararlarında bir birlik olmamakla birlikte öğretim üyelerine ilişkin personel kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde ancak DMK'nın uygulanacağı ifade edilmektedir.<sup>66</sup> Bu nedenle YÖK'ün 36. maddesinde DMK'ya yapılan atıfta yukarıda da belirtildiği üzere sadece tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanları kapsamaktadır. YÖK'de yer alan hükmün özel hüküm olması ve bu alanda Yükseköğretim mevzuatında boşluk bulunmaması sebebiyle Mimarlık, Mühendislik, Hukuk Fakültesi gibi diğer fakültelerde görev yapan öğretim üyelerini kapsamamaktadır. Dolayısıyla hekim öğretim üyeleri dışındaki öğretim üyeleri DMK'da yer alan ofis, büro gibi yerler açma ve serbest meslek icrası yasağı ile özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışma yasağına girmemektedir. Geçici 64. maddenin Anayasa Mahkemesi'nce yürürlüğünün durdurulması nedeniyle mevcut büro, ofis yada muayenehanelerinde mesleklerini icra etmeye devam edebileceklerdir.

Diğer taraftan hekim öğretim üyelerine yönelik istisna hükmüne de yer vermiş ve profesör ve doçent kadrosunda olanlar, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya

<sup>65</sup> YÖK'ün m. 20; 2914 sayılı YÖPK m. 20; Pınar, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 1998, s. 314.

<sup>66</sup> D5.D, E. 1988/2228, K. 1991/1046, KT. 22.05.1991, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-1988-2228.htm>; Danıştay, YÖK mevzuatında hüküm bulunmayan hallerde DMK'nın uygulanacağını belirtse de, daireler arasında YÖK mevzuatında hüküm bulunup bulunmadığı yönünde farklı yorumlar bulunmaktadır. Öğretim elemanının göreve on gün süreyle kesintisiz gelmemesi üzerine DMK m. 94. uyarınca hakkında görevden çekilmiş sayıldığına yönelik tesis edilen işlemde, öğretim elemanlarının DMK'ya tabi memurların yürüttüğü kamu hizmetinden farklı nitelikte hizmet ifa ettikleri belirtilmiş ve bu eylemin karşılığının YÖK mevzuatında disiplin cezası olarak hüküm altına alındığı ifade edilmiştir. Devlet memurluğu görevinin özelliğiyle ilgili olarak düzenlenen görevi terk eylemine bağlanan istifa etmiş sayılma idari tasarrufunun öğretim elemanı için uygulanamayacağı, disiplin cezası ile karşılanması gerektiği ifade edilerek işlem iptal edilmiştir: "Yasa koyucunun bu farklılığı gözetmek suretiyle, öğretim elemanları açısından göreve devamsızlık hali için bir idari tasarruf öngörmeyerek disiplin cezasına tabi kıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Kaldı ki disiplin cezası şeklinde tesis edilecek bir işlem ile idari bir tasarruf niteliği taşıyan işlemin oluşturulma süreci ve ilgili açılarından yaratacağı hukuki sonuçlar birbirinden farklılık taşımaktadır. Bu bakımdan yönetmelikte disiplin cezasına tekabül eden bir durumun daha ağır sonuçları olan idari bir tasarrufa bağlanmasının hukuka ve hakkaniyete uygun olmayacağı da açıktır." D8D, E. 2008/8930, K. 2012/1651, KT. 11.04.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-2008-8930.htm>; Buna karşılık Danıştay benzer bir olayda DMK m. 94'e göre tesis edilen işlemi hukuka uygun bulmuştur. D12D, E. 1999/6054, K. 2000/2875, KT. 22.06.2000, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12d-1999-6054.htm>.

vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabileceği ifade edilmiştir. Özel hastaneler ya da vakıf hastanelerinde çalışma imkanı sadece profesör ve doçent kadrosunda görev yapanlara yöneliktir. Yardımcı doçentler ya da araştırma görevlerine çalışma imkanı getirilmemiştir. Burada dikkat çekici bir hüküm ise daha önceki düzenlemelerde yer alan öğretim üyeleri, yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmamak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde meslekî faaliyette bulunabilir ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebilir şeklindeki hükme yer verilmemiş olmasıdır. Bunun yerine mesai saatleri dışında özel hastane ve vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışma imkanı getirilmiştir. Kısaca öğretim üyelerinin, bu kanundan önce mesai saatleri dışında serbest meslek icra imkanı varken bu kanunla birlikte buna son verilmiştir.

6514 sayılı Kanunla tekrar başa dönülmüş, devlet hastanelerinde çalışan hekimler ile öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında serbest çalışmasının tamamen yasaklanması öngörülmüştür. Bu Kanunun bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğün durdurulması istemiyle 130 milletvekili Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır.

#### **IX. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 6514 SAYILI KANUNUN BAZI HÜKÜMLERİNİN YÜRÜRLÜĞÜNÜ DURDURMASI VE ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN MEVCUT DURUM**

Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davasında hekimlerin çalışma esaslarına ilişkin hükümlerin bir çoğunun iptali istenmiş olmakla beraber serbest meslek icrası ve tam gün çalışmasına ilişkin olarak iptali ve yürütmenin durdurulması istenen hükümler şunlardır:

DMK'nın ticaret yasağını düzenleyen 28. maddesine eklenen memurların serbest meslek icra yasağı ve özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışma yasağı,

YÖK'ün 36. maddesine eklenen, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının DMK'nın 28. maddesi hükmüne tabi olduklarına ve; üniversitelere, kamu kurum ve kuruluşlarının ve vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentler, ücret karşılığında Tıp ve Diş Hekimliği Fakültelerinin sözleşmeli öğretim üyesi olarak istihdam edilebilmesi,

YÖK'e eklenen geçici 64. maddesiyle, maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek icrasında bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerinin 3 ay içinde faaliyetlerini sona erdirmesi, aksi takdirde üniversite ile ilişkilerinin kesileceğine ilişkin hüküm,

1219 sayılı Kanunun 12. maddesinde işyeri hekimliğinin şartları ve işyeri hekimliğini 30 saat ile sınırlayan hüküm,

Anayasa Mahkemesi YÖK'e eklenen geçici 64. maddenin, Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunması ve uygulanmalarından doğacak, sonradan giderilmesi güç veya imkansız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasına 09.04.2014 tarihinde oy çokluğu ile karar vermiştir.<sup>67</sup> Diğer hükümlerin Anayasaya aykırılığını esas bakımından yaptığı incelemede değerlendirecektir.

Hekimlerin çalışma esasları ile ilgili olarak mevcut durumları değerlendirilecek olursa, Sağlık Bakanlığı bünyesinde çalışan hekimler serbest meslek icra edemeyecektir. Buna karşılık üniversitede görev yapan hekim öğretim üyeleri her ne kadar DMK 28. maddesine göre serbest meslek icrası yasağına tabi olsalar da YÖK'ün geçici 64. maddesinin yürürlüğünün durdurulması nedeniyle mevcut muayenahanelerinde mesai saatleri dışında serbest meslek icrasına devam edebileceklerdir. Ancak 64. madde Kanun hükmünün yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mevcut olarak mesai saatleri dışında serbest meslek icrasında bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerinin 3 ay içinde faaliyetlerini sona erdirmesi, aksi takdirde üniversite ile ilişkilerinin kesileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle hükmün iptaliyle yürürlük tarihinde mevcut çalışan öğretim üyelerine faaliyetlerini devam ettirme imkanının tanınması ancak özellikle YÖK'de 6514 sayılı kanunla mesai saatleri dışında serbest meslek icrasının yasaklanması ve DMK 28'e göre de serbest meslek faaliyetinin yasaklanması nedeniyle kanun hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra mesai saatinden sonra serbest ya da özel kuruluşlarda çalışmak isteyen aynı statüdeki öğretim üyelerine yasak getirilmesi Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

## **X. SERBEST ÇALIŞMA YASAĞINA RAĞMEN ÇALIŞAN HEKİMLERE UYGULANACAK DİSİPLİN HÜKÜMLERİ**

Devlet hastanelerinde çalışan hekimler serbest çalışma yasağına rağmen mesai saatleri dışında mesleklerini serbest olarak icra ederse veya özel sağlık kuruluşlarında çalışırlarsa Devlet Memurları Kanunu'nda belirtilen disiplin suç ve cezaları uygulanacaktır.<sup>68</sup> Çünkü üniversite dışında kamuda çalışan hekimler memur statüsünde görev yapmaktadır. DMK 125/D-h'da ticaret yapmak veya devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak disiplin suçu sayılmıştır.

<sup>67</sup> AMK, E. 2014/61, K. 2014/6 (Yürürlüğü Durdurma), RG. 11.04.2014, sy. 28969.

<sup>68</sup> Kamu görevlisi çalıştıran özel hastaneler için de müeyyideler getirilmiştir. Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 34. maddesine göre, kamu görevi olan ve/veya kanunen mesleğini serbest icra etme hakkı bulunmayan tabip ve tabip dışı personelin özel hastanede çalıştırılması durumunda özel hastanenin faaliyeti geçici olarak durdurulur.

Danıştay, DMK 28. maddeye serbest meslek icra yasağı ve özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışma yasağı eklenmeden önce serbest meslek icrasını “*Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı*” kapsamında değerlendirmemekteydi. Serbest meslek icrasının yasaklanmasıyla devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyette bulunma disiplin suçu kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu suçun cezası ise 1-3 yıl arasında kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıdır.

Öğretim üyeleri için disiplin suç ve cezaları Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 9/1-h bendinde yer alan “*Ticaret yapmak veya kısmi statüde bulunanlara 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun tanıdığı imkanlar dışında Devlet Memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak*” hükmü uyarınca serbest meslek icra eden ya da özel, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya vakıf üniversiteleri hastanelerinde çalışan öğretim üyelerine kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilebilecektir.

## SONUÇ

5947 sayılı Kanun ile başlayan kamuda çalışan hekimlerin serbest meslek icra edip edemeyeceği tartışmaları hala devam etmektedir. 5947 sayılı Kanun kamuda ve yükseköğretim kurumlarında çalışan hekimlerin serbest çalışmasını tamamen yasaklamakta iken 650 sayılı KHK bunu bir nebze olsun yumuşatmış öğretim üyelerine bazı haklardan feragat etmek kaydıyla mesai saatleri dışında serbest çalışma imkanı getirmiş, ancak 6514 sayılı Kanunla birlikte mesai saatleri dışında serbest meslek icrası tekrar yasaklanmıştır. 6514 sayılı Kanunla, üniversiteler dışında kamuda çalışan hekimlerin mesai saatleri dışında serbest çalışma imkanı kalmamıştır. Hekimler işyeri hekimliği dışında 1219 sayılı Kanunun 12. maddesine göre aynı bent içinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebileceklerdir. Dolayısıyla kamuda çalışan hekimler kamu dışında özel hastanelerde çalışamaz, muayenehane açamaz. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında olmak üzere birden fazla yerde çalışabilir. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler ile aile hekimleri yöneticilik görevi bulunmadığı takdirde, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere iş yeri hekimliği yapabileceklerdir.

Üniversitede görev yapan öğretim üyeleri için kısmi çalışma imkanı sonlandırılmış ve sadece tam gün çalışma esası kabul edilmiştir. Buna karşılık öğretim üyeleri için kısmi çalışma imkanı tanıyan özel kanunlarda herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu nedenle öğretim üyeleri özel kanunlar uyarınca kısmi statüde çalışabilecektir. Diğer taraftan üniversitelerde profesör ve doçent kadrosunda görev yapan öğretim üyelerinden, her bir anabilim dalındaki kadro-

lu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışabilecektir.

Her ne kadar 6514 sayılı Kanunla getirilen hükümler şimdilik son noktayı koymuş olsa da Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davası ve YÖK'e eklenen maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek icrasında bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerinin 3 ay içinde faaliyetlerini sona erdirmesi aksi takdirde üniversite ile ilişkilerinin kesileceğine ilişkin hükmün yürürlüğünün durdurulması tartışmaları daha da arttırmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin özellikle 5947 sayılı Kanunun iptal gerekçelerine baktığında 6514 sayılı Kanunla serbest meslek yasağına ilişkin olarak getirilen hükümlerin akıbeti belirsiz kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunun öğretim üyelerinin yükseköğretim kurumlarından başka resmi ya da özel kuruluşlarda çalışmasıyla serbest meslek icra edemeyecekleri yönündeki iptal kararında, üniversitelerin anayasada bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği özerk kurumlar olması sebebiyle diğer kurumlardan farklı bir niteliğe sahip oldukları, bu nedenle de öğretim üyelerinin genel sınıflandırma içinde kendine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu, diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Özellikle üniversite öğretim üyelerinin çalışma koşulları belirlenirken ve sınırlamalar getirilirken üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 130. maddesine yönelik bu değerlendirmesi göz önünde bulundurulduğunda 6514 sayılı Kanunun öğretim üyelerinin serbest meslek icrasına yönelik hükümlerinin de bilim özgürlüğü kapsamında bilimsel faaliyeti engelleyici hükümler içermesi nedeniyle iptal edileceği ihtimal dahilindedir. Anayasa Mahkemesi zaten mesai saatleri dışında serbest meslek icra edenlerin faaliyetlerini sona erdireceklerine ilişkin geçici 64. maddenin yürürlüğünü durdurmakla tam gün çalışma esasını zedelemeyen serbest meslek icrasının mesai saatleri dışında devam ettirilmesi yönünde iradesini ortaya koymuştur.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin hekimlik mesleğini doğrudan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile ilgili gördüğü ve bu nedenle de kişilerin ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım ve bu hizmetlerden yararlanabilmeleri gerektiği görüşü nedeniyle bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bulması dikkate alındığında DMK 28. maddesine eklenen muayenehane, ofis, büro vb. yerler açma ve serbest meslek icrasını yasaklamayı da Anayasaya aykırı bulacağı muhtemel görünmektedir.

DMK'ya eklenen serbest çalışma yasağına ilişkin 28. madde hükmü Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmezse YÖK'ün 36. maddesine göre sadece tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının 28. madde hükmüne tabi olması ve bu nedenle serbest meslek icrasının yasaklanması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Çünkü diğer öğretim üyeleri serbest çalışma yasağına tabi değildirler. Bu nedenle mesai saatleri dışında avukat ya da mühendis olarak serbest çalışabilirken aynı statüye tabi hekim öğretim üyeleri bu haktan mahrum kalmaktadırlar. Eşitsizlik sadece bununla sınırlı da değildir. Özellikle YÖK'e eklenen geçici 64. maddenin yürürlüğünün durdurulmasıyla mevcut olarak serbest meslek icrasında bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan serbest meslek faaliyetine devam edilebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Buna karşın DMK madde 28'e göre de serbest meslek faaliyetinin yasaklanması nedeniyle kanun hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra mesai saatinden sonra serbest ya da özel kuruluşlarda çalışmak isteyen aynı statüdeki öğretim üyelerine yasak getirilmesi Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır.

Öğretim üyesinin mesleki bilgi ve tecrübesi ile özellikle yaşam ve sağlık hakkı kapsamında mesleğini serbestçe icra edebilmesi kamu yararının bir gereğidir. Diğer taraftan gelir elde etmek bir amaç değil, araç olmalıdır. Gelir getiren faaliyeti bir amaç ve bu yolda her şeyi mubah gören öğretim üyeleri hakkında da gerekli tedbirler alınmalıdır. Diğer taraftan, özellikle kanunkoyucu tam gün çalışma esasında ısrar ederse, bunun başarılı bir şekilde uygulanması üniversitelere ayrılan ödenek tutarının yükseltilmesi, öğretim elemanlarının maaşlarının artırılarak hayat standartlarının hak ettikleri seviyeye getirilmesiyle mümkün olabilecektir. Maaşların artırılmasıyla öğretim üyelerinin büyük bir çoğunluğunun başka çalışma alanlarına gitmeyecekleri düşünülmektedir.

## **KAYNAKÇA**

- Akdağ**, Recep, Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Programı İlerleme Raporu 2008, [http://www.kalite.saglik.gov.tr/content/files/cilimler\\_2011/upsem/turkiyeSDP.pdf](http://www.kalite.saglik.gov.tr/content/files/cilimler_2011/upsem/turkiyeSDP.pdf), (E.T. 18.05.2013)
- Akdur**, Recep, Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması, [www.recepakdur.com/getfile.asp?file=ab\\_turkiye\\_kiyaslama.pdf](http://www.recepakdur.com/getfile.asp?file=ab_turkiye_kiyaslama.pdf), (E.T 15.10.2013)
- Aktaş**, Ekin Özgür, 657+7= 657, [http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/663\\_e.pdf](http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/663_e.pdf) (E.T.3.12.2013)
- Aliefendioğlu**, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996.
- Başbuğ**, Aydın, İşyeri Hekiminin Tam Gün Çalışma Zorunluluğu Nedeniyle Çalışma Koşullarının Değişmesi, Sicil D., Eylül 2010, sy. 19, s. 41-47.
- Döner**, Ayhan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II. Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 215-234.
- Fırat**, E. Sevi Bozoğlu, 5947 sayılı Tam Gün Yasası ve Yüksek Yargı Kararları Kapsamında Sağlık Personelinin Serbest Çalışma Hakkı, İKÜHFD, c. 10, sy. 1, Ocak 2011, s. 197-217.
- Gökcan**, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013.
- Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Bursa 1999.
- Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2011.
- Gülân**, Aydın, Akademik Personelin Üniversite Dışında Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu, İl Han Özay’a Armağan, İÜHFD, C. LXIX, s. 1-2, s. 37-42.
- Hakyemez**, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II. Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 365-399.
- İyimaya**, Ahmet, Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Normatif Etkisi, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 1185-1236.
- Kayhan**, Pala, Türkiye İçin Nasıl Bir Sağlık Reformu, Bursa 2007.
- Mutluer**, Kamil, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Açısından Üniversitelerde Tam Gün Çalışma Esası, Maliye D. sy. 156, Ocak-Haziran 2009, s. 42-50.
- Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011.
- Pınar**, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 1998.
- Pişkinpaşa**, Duygu/ Filinte Nurettin, 650 Sayılı KHK. ile Hekimler Hakkında Getirilen Hükümlerin Anayasa’ya Aykırılık Sorunu, İBD, C. 85, sy. 6, Yıl 2011, s. 172-178.

- Sağlıkta Dönüşüm**, T.C. Sağlık Bakanlığı 2003, <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-2906/saglikta-donusum-programi.html> (E.T. 12.11.2013)
- Sülkü**, Seher Nur, Türkiye’de Sağlıkta Dönüşüm Programı Öncesi ve Sonrasında Sağlık Hizmetlerinin Sunumu, Finansmanı ve Sağlık Harcamaları, MB SGB Yayını, Ankara 2011.
- Tekakça**, Yasin, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Hekimler ve Diş Hekimlerinin Mesleklerini Serbest Olarak İcra Etmesi Yönünden Tam Gün Yasası Üzerine Bir İnceleme, ABD, 2012/2, s. 446-452.
- Tengilimoğlu**, Dilaver, Sağlık Kurumları Yönetimi-I, Hasta Yönetimi ve Organizasyonu, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2012.
- Ünder**, Yıldız Ertuğ, Hekimlerin Mesleki ve Akademik Özgürlüğü/Özerkliği, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 221-240
- Yıldırım**, Savaş, Sağlık Hizmetlerinde Harcama ve Maliyet Analizi, Uzmanlık Tezi, <http://ekutup.dpt.gov.tr/saglik/yildiris/hizmet.pdf> (E.T. 30.10.2013).
- Yıldırım**, Turan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, AİD, c. 26, sy. 4, s. 69-80.



**NSU DAVASI İLE İLGİLİ OLARAK  
TÜRK GAZETECİLERİN YAPTIĞI BİREYSEL BAŞVURU  
İŞLEMİNE KARŞI ALMANYA ANAYASA  
MAHKEMESİ'NİN  
VERDİĞİ KARARIN ÇEVİRİSİ**

*Yrd. Doç. Dr. Kürşat ERSÖZ\**

**ÖZET:**

Kamuoyunda NSU davası olarak bilinen dava hem Türk hem de Alman kamuoyunu ciddi şekilde meşgul etmektedir. Yabancı düşmanlığının en uç örneklerinden birisi olan suçlar dizisi Alman hukuk sistemi açısından önemli bir kilometre taşı niteliğindedir. Davanın yürütülmesi sırasında Münih Mahkemesi'nin Türk gazetecilere yönelik olarak verdiği akreditasyon kararı, önemli tartışmalar yaratmış, davanın daha başlamadan meşruiyetinin sorgulanmasını yol açmış, fakat Anayasa Mahkemesi'nin verdiği son derece özgürlükçü bir kararla eşitsiz uygulama son bulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Şikâyeti, Temel Haklar, Eşitlik, Haber Alma Hakkı, Akreditasyon, Usul Hukuku, Yürütmeyi Durdurma.

**ABSTRACT:**

NSU-known cases in the public of both Turkish and German has been engaged in a serious way. Which is one of the most extreme examples of xenophobia array of offenses in terms of the German legal system is an important milestone. Litigation during the execution of Munich Court, against Turkish journalists and given as accreditation decision, considerable debate has created a case before it starts legitimacy to the questioning of led, but the Supreme Court has given an extremely liberal decision unequal application has ended.

**Keywords:** Constitutional Complaint, Fundamental Rights, Equality, The Right to Information, Accreditation, Procedural Law, Temporary Injunction.

---

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

**I**

Başvurucunun Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma sebebi, Münih Eyalet Mahkemesi'nde görülmekte olan, kamuoyunda bilinen adıyla NSU Davası<sup>1</sup> ile ilgili olarak mahkemenin aldığı bazı basın yayın kuruluşlarına yönelik olarak duruşmanın sürekli olarak takibi konusunda uygulanan akreditasyon uygulanması kararıdır. Başvurucu, söz konusu karar ile ilgili olarak şikâyet süreci boyunca kararın yürütülmesinin durdurulmasını talep etmekte ve nihai olarak Eyalet Mahkemesi'nin bu yöndeki kararının kaldırılmasını talep etmektedir.

1. Şikâyete konu olan dava, NSU- Terör Hücre Yapılanması'nın sorumlusu olarak Beate Z. ve diğer arkadaşlarına karşı, Federal Başsavcılık tarafından Münih Eyalet Mahkemesi'nde açılmıştır. Davanın konusu ise ilgili şahısların Türk vatandaşlarına veya Türk kökenli Alman vatandaşlarına karşı gerçekleştirdikleri cezai eylemlerin soruşturulmasıdır. Uluslar arası medyanın davaya olan ilgisi ulusal basın kadar yüksek seviyededir.
2. Şikâyetçilerden ilki S. gazetesinin yayım sahibi sorumlusudur. Yayım sorumlusu, S. Gazetesinin Almanya'daki her beş Türk'ten birisi tarafından okunduğunu ifade etmiştir. 2. Başvurucu ise Gazetenin Genel Yayın Yönetmen yardımcısı ve Almanya temsilcisidir. Şikâyetçi olan gazeteciler, Ocak 2013 tarihinde, davanın görülmekte olduğu Münih Eyalet Mahkemesi'ne davayı izlemek için resmi talepte bulunmuşlardır. Bu talebe istinaden Mahkeme tarafından başvuru değerlendirilmiş ve netice olarak başvurunun reddedildiği, başvuruculara elektronik posta yoluyla iletilmiştir. Kendileri, akreditasyon ile ilgili sürenin yazılı bildirim ile başlayacağını iddia etmektedirler.
3. 4 Mart 2013 tarihinde Münih Eyalet Mahkemesi'nin duruşma disiplini ve güvenliği nedeniyle almış olduğu karar, anayasa şikâyeti yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Bu düzenleme bakımından medya temsilcilerinin öncelikli olarak gerek duruşma öncesinde gerekse de duruşma esnasında her türlü ses, görüntü, fotoğraf ve benzeri alması düzenlenmekte iken; 6. Başlıkta ise basın mensuplarına özellikle de basın temsilcilerine uygulanacak olan akreditasyon süreci gösterilmektedir. Bu durum aşağıdaki şekilde cereyan etmiştir:

<sup>1</sup> Nasyonal Sosyalist Yeraltı Örgütlenmesi (Almanca: *Nationalsozialistischer Untergrund* - NSU), Almanya'da faaliyet gösteren aşırı sağcı ve ırkçı görüşe sahip neonazi silahlı grup. Grubun 2001 yılında kurulduğu sanılmaktadır. Örgüt mensupları Almanya'daki göçmenlere saldırılarda bulunmuş; Neonazi Seri Cinayetleri'ni bu grup işlemişlerdir ve bu cinayetlerin sonucunda 9 Türk ve Türk zannedilerek öldürülen 1 Yunan vatandaşı hayatını kaybetmiştir. Bunun yanı sıra bombalı saldırılar ve banka soygunları da yapmışlardır. En yoğun saldırıları 2001-2006 yılları arasında olmuştur. Örgüt Almanya Başsavcılığı tarafından "aşırı sağcı" olarak tanımlanmış ve suç orijini olarak da yabancı kökenlilerin belirlendiğini tespit etmiştir ([http://en.wikipedia.org/wiki/National\\_Socialist\\_Underground](http://en.wikipedia.org/wiki/National_Socialist_Underground), 30.12.2013)

“Medya mensupları, yazılı olarak “NSU Davası” ile ilgili olarak çalıştıkları radyo ya da televizyon firmalarından verilmiş olan basın kimlik kartları ile en geç 14 Mart 2013 perşembe gününe kadar Münih Eyalet Mahkemesi Basın Bürosuna kayıtlarını ve akreditasyonlarını yaptırmak zorundadırlar. Belirtilen süreler içerisinde akreditasyonlarını yaptırmayanlar duruşmalara katılamazlar. Duruşmalara alınma da sıra ile olacaktır. Bununla birlikte çoklu cevaplar dikkate alınmayacaktır. Kabullerin olup olmamasına 6. Ceza Senatosu karar verecektir”.

7. Akreditasyon sürecinin duyurusu 4 Mart 2013 tarihinde Münih Eyalet Mahkemesi'nin Basın Bürosu Temsilcisi tarafından yapılmıştır. Gazetecilere ayrı ayrı hafta içerisinde bilgi verilerek, tarafların sırasına göre alınacakları bilgisi verildi ve gazeteciler, 4 Mart 2013'ten itibaren akreditasyon şartlarının ilan edilmesini beklemeye başladılar. Şikâyetçilerin ifadesine göre gazeteciler, 4 Mart tarihi itibari ile bilinçli olarak veya ihmali olarak Eyalet Mahkemesi tarafından bir duyuru yapıldığını ve bu duyuruya göre, 5 Mart 2013 tarihinde yapılan ilanın, saat 8 ila 9 arasında taraflara mail atıldığını ve bu maille akreditasyonlarını yaptırmalarını istedikleri söylenmiştir.
8. 4 Mart 2013' teki bu duyuru üzerine 5 Mart 2013 saat 8. 56'da e-mail yoluyla eyalet mahkemesine mail gönderilmiştir. Gönderilen maile ek olarak Senato tarafından belirlenen ve 4 Mart 2013'te duyurusu yapılan akreditasyon şartlarının ne olduğu ayrıca ve detaylı bir şekilde Eyalet Mahkemesi'nin e-mail paylaşım hesabı üzerinden ifade edilmiştir. Fakat eyalet Mahkemesi'nce tutulan toplu e-mail hesaplarının yanlış tutulmasından dolayı, şikâyet yoluna başvuran ve e-mail hesaplarına ihtiyaç duyan 2. kişiye verilen bilgiler eksik olarak bildirilmiştir. 2. şikâyetçi söz konusu maili saat sabah 9. 15'te almıştır. Gazeteci olan bir diğer şikâyetçinin Anayasa Mahkemesi'ne başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi Federal Mahkeme'nin başkanından almış olduğu görüşte de ifade edildiği üzere, zaten soru içeren mailin 8. 56'da alınmış olması gerektiğinden bahsedilmektedir.
9. 8.58'de ilk başvuru Eyalet Mahkemesi'nin kayıtlarına alınmıştır. Saat 9.15'e kadar toplam 39 tane akreditasyon başvurusu kaydedilmiştir ve 9.36'ya kadar ise 50 akreditasyon başvurusu yapılmıştır. Bu arada sadece ilk başvuru Alman medyasından yapılmıştı. Şikâyetçinin başvuruları müteakip gün içerisinde oldu, yani 6 Mart 2013 saat 11.59'da yapıldı. Başvuru numarası ise 171 ve 172 olarak kaydedilmiştir.
10. 22 Mart 2013 tarihinde aynen 4 Mart 2013 tarihinde olduğu gibi ana duruşmanın düzeni ve güvenliğini sağlama açısından (Anayasa Mahkemesi'nin Yargılama Usulüne İlişkin Kanununun 176. maddesine göre) benzer bir duyuru yapılmıştır.
11. Bu ilanın III.1. maddesine göre şu husus ifade edilmiştir. Akredite edilmiş olan medya temsilcilerine 50 tane toplam oturma yeri duruşma salonu içeri-

sinde ayrılmıştır. Bu yerler duruşmanın başlamasından itibaren 15 dakika süre ile isimleri belirtilen medya temsilcilerine ayrılacaktır. Bu süre zarfında isimi daha önceden belirtilmemiş medya mensuplarına oturma izni verilmeyecektir. Gelinmemesi durumunda ise diğer dinleyicilere yer tahsisi yapılacaktır.

12. Şikâyetçinin 25 Mart 2013 tarihinde aldığı e maile göre iki tane liste belirlenmiştir. Söz konusu liste Münih Eyalet mahkemesi 6. Ceza Senatosu başkanı aracılığıyla hazırlanmış olup, 123 tane akredite edilmiş medya ve medya temsilcisi (liste 1, 1-50 arası, liste 2, 51-123 arası) belirlenmiştir. Gönderilen maile göre daha önce belirlenen akreditasyon listesine ek olarak yeni ve ek bir takım ölçütler belirlenmiştir. Bu belirlenen yeni ölçütlere göre yapılan araştırmalar neticesinde 50 medya temsilcisinin belirlendiğini ve bu kişilerin kimliklerini göstermek kaydıyla oturma alanlarına oturarak duruşmaları izleyebilecekleri ifade edilmiştir.
13. İlk 39 tanesi saat 9.15'e kadar ardından ise listedeki kalan 11 ziyaretçi alınmıştır. 50. Kişi, 5 Mart 2013 saat 11.42'de içeriye 117. akredite edilmiş ziyaretçi olarak girmiştir. Fakat içeriye girildiğinde duruşmada ayrılmış oturma yerleri içerisinde akredite edilmiş medya temsilcileri arasında Türk medyası temsilcilerinin bulunmadığı görülmüştür. Hâlbuki toplam dokuz tane Türk medya mensubunun başvurduğu; Yunan, İran medyası mensubunun başvurmadığı, bu başvuruların aynı zamanda müştekilerin tabi olduğu ülke medyasından oldukları açık olduğu halde akredite edilmiş medya mensupları arasında yer almadıkları ortaya çıkmıştır.
14. Yürütmenin durdurulması istemli olarak gerekçeli bir şekilde başvuran şikâyetçinin isteği özellikle Alman Anayasasının 5/ 1, 3/ 1. Maddelerinin ihlal edildiği durumunun açık olduğu yönündedir.
15. Bayern Adalet ve Tüketicinin Korunması Bakanlığı, yürütmenin durdurulması kararına itiraz etmiştir. Münih Eyalet Mahkemesi ise, burada herhangi bir şekilde temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmediği iddiasını ileri sürerek, talebi reddetmiştir.

## II

16. Yürütmenin durdurulması kararı aşağıdaki şekilde verilmiştir.
17. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 32/ 1. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, ihtilaf çözülmeye kadar geçici olarak yürütmeyi durdurma kararı verebilir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi'nce yürütmeyi durdurma kararı verilmesi için, ağır bir olumsuzluğun engellenmesi, şiddet tehlikesinin engellenmesi ya da başkaca herhangi önemli bir nedenle acele bir nedenle herhangi bir olumlu durumun tesisi nedenlerinin bulunması gerekebilir. Bununla birlikte anayasaya aykırılık için söz konusu idari işlemin anayasaya aykırılı-

ğının hangi nedenlerden dolayı olduğu ileri sürülmelidir. Zira anayasa şikâyeti yoluyla idari işlemin baştan itibaren geçersiz olduğu ya da işlemin aşından itibaren gerekçesiz bir şekilde yapıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

18. Söz konusu anayasa şikâyetinin usule ve esasa aykırılığı ön incelemede görülmemiştir. Bilhassa eşitlik ilkesi bağlamında (Anayasanın 3/ 1, 5/ 1, c. 2 maddeleri) şikâyetçi olan kişinin özellikle yayıncılıkla ilgili konularda kişisel olarak kendisine eşit davranılmasını isteme hakkı mevcuttur. Bu anlamda mahkeme safahatına katılmayan mensupların hakkı ihlal edilmiş olabilir.
19. Fakat medya mensuplarının ve diğer katılımcılarının oturma düzeninin (kaç kişinin katılacağı nerede izleyeceği, mahkemeye giriş ve benzeri) belirlenmesi mahkeme başkanının sorumluluğundadır. Bu durum anayasa tarafından korunup güvence altına alınan yargı bağımsızlığına uygundur ve buna ilişkin düzenlemeler de usul hukukuna ilişkindir. Bu durum mahkeme başkanına geniş bir takdir yetkisi sunmaktadır. Fakat burada anayasa mahkemesi, yerel mahkemenin anayasa hukukuna ilişkin temel hakları doğru yorumlayıp yorumlamadığına kontrol eder. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi takdir yetkisinin özellikle bireysel haklara temas edip etmediğini incelemek zorundadır. Federal Mahkeme, her durumda basın temel haklarını serbest haber verme hakkını, esas itibarıyla gözetmek durumundadır ve aynı şekilde bu hakları gözetirken de medya mensupları arasında ayırım yapmamalıdır. Mahkeme bunu yaparken öncelikli olma (prioraritaetsprinzip) ilkesini dikkate alabilir. Bu ilke gerçeğe yakın olarak yani hayatın olağan akışına uygun bir biçimde tarafların eşit imkânlarla sahip olmasını dikkate almalıdır. Fakat olayda neden mahkeme farklı davrandığının gerekçesini ayrıntılı bir şekilde ortaya koymamıştır.
20. Buna göre şikâyetçinin temel ve anayasal haklarının ihlal edilip edilmediği daha somut ve etkin bir denetimi gerektirir ve bu denetimi yaparken kullanılan ölçüt somut sebeplerin veya şartların akreditasyon usulüne uygun olup olmadığına bakılması şeklinde olacaktır. Bu duruma geçici hukuksal koruma yoluyla bakılması mümkün değildir. Davanın esasının görülmesi aşamasında bu durum çözümlenecektir.

Bununla birlikte şu hususa dikkat edilmelidir ki söz konusu ceza davası, bütün kamuoyunun dikkatlerini üzerinde topladığı ve medyanın da menfaatinin tartışılmayacak kadar büyük olduğu bir husustur. Buna istinaden mahkemenin tarafların katılımını sağlarken, tarafların usul kurallarından haberdar olmadığını dikkate alması zorunludur. Bu olayda mahkemenin bu durumu gözetip gözetmediği de değerlendirilmelidir.

Burada şu durumu ortaya çıkmaktadır ki mahkemenin basın temsilciliği bazı medya gruplarına daha önceden haber vermiştir, ilgili medya grupların keyfiyetten daha önceden haberi vardır. Davacı olan medya mensuplarına daha geç

haber verilmesi, mahkemeye eşit katılma ve izleme şansını ne kadar etkilediğinin de ayrıca değerlendirme konusu yapılması gerekir.

Özellikle bu yargılamada mağdur olan kişilerin ülkesinden gelen yabancı medyanın haber verme hakkı gözetilerek, mahkemenin usule ilişkin prensipleri öncelik prensibine dayanarak ilgili yabancı medya mensuplarına açıkça anlatılması gerekmektedir. Olayda koltuk sayısının az olduğunu ve bu nedenle acilen başvurulmasının gerekli olduğunun önceden belirtilmesi gerekirdi. Hatta bu açıklamanın yerel medyaya göre daha önemle açıklanması gerekmektedir. Nitekim yargılama sefahatine bakıldığı zaman 4 Mart 2013'teki yargılama ile 22 Mart 2013' teki yargılama arasında duruşmayı izleyenler açısından bariz farklılıklar mevcuttur.

Bu durumda akreditasyona ilişkin usule yönelik diğer hususlar da anayasal açıdan değerlendirilebilir. Örneğin 4 Mart 2013'te yapılan ilanda öncelik prensibine göre akreditasyon yapılacağını, 22 Mart 2013'te ise akreditasyonla koltuk dağılımının ayrı ayrı yapılacağı ifade edilmiştir. Burada şu sorunun sorulması gerekir: yabancı medyanın ilgisinden dolayı herkese belirli bir oranda koltuk verilmesi daha doğru ve hakkaniyetli olurdu.

21. Yukarıda anlatılan konular önemli hukuki problemleri ortaya çıkarmaktadır. Olayda anayasanın ihlal edilmediğini de peşinen söylemek mümkün değildir.
22. Bir anaysa şikâyetinin usule ve esasa uygun olarak yapılması durumunda, başvurunun kabulü veya reddi sonundaki ihtimaller tartılarak değerlendirilmelidir. Burada davanın reddedilmesinde başvuru sahibinin göreceği zararlar ile başvurunun kabul edilmesi halinde davalıda oluşacak zararlar oranı birbirine ölçülmelidir.

Yukarıda anlatılan ölçütler dikkate alınarak Münih Eyalet Mahkemesinin 25 Mart 2013 tarihli kararının yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesi yerinde olacaktır.

23. Eğer bu işlemin yürütmesi durdurulmasaydı, davacı, diğer yabancı ülkelere gelen medya temsilcileri katıldığı gibi davalara katılamayacak ve NSU duruşmalarından faydalanarak haber yapma imkânını bulamayacaktı. Türk okuyuculara yönelik haber yapan basının Alman mahkemelere katılım usulünü bilmemesi nedeniyle fırsat eşitliğine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu olayda özellikle Türk basınının haber yapma hakkı, diğer medya gruplarına göre daha çoktur. Çünkü mağdurların çoğu Türk kökenlidir. Bu durumda Türkiye'deki ve Almanya'daki Türk kökenlerinin yüksek oranda bilgi edinme hakkının olduğu açıktır.
24. Davada davacı ve davalı açısından bir değerlendirme yapıldığı zaman, davacının mağduriyeti daha çok olacağı için yürütmenin durdurulması kararı verilmesi yerindedir. Bu durumda verilen yürütmeyi durdurma kararına gö-

re başka medya gruplarının koltuk sayıları azalacaktır. Fakat böyle olsa da başvuru medya mensuplarının davayı izleme hakkı daha yüksektir.

Her ne kadar yürütmenin durdurulması talebin kabulü anlamına gelmese de 25 Mart 2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Münih Eyalet Mahkemesi tarafından verilen kararın yürütülmesinin durdurulması kararı kabul edilmiştir. Kaldı ki yürütülen bu soruşturmada kurbanların çoğu Türk'tür. Normaldir ki Türk seyircinin bu yargılamanın yürütülmesi ile ilgili olarak Alman medyasından ziyade güveni Türk medyasına yönelik olacaktır. Bu nedenle Türk medyasının diğer medya temsilcilerine göre daha özel olan menfaati koruma altında olmalıdır. Bu olayda gerekirse yabancı medyaya özel ek kontenjan getirilmelidir. Bu olmadan eşit davranış ilkesi gerçekleşmiş olmamaktadır.

25. Anayasa Mahkemesi yürütmenin durdurulmasına karar verebilir. Bu karar ağır zararların doğmasını önlemek için verebilir. Yürütmeyi durdurma kararında esasa ilişkin karar verilmemektedir. Burada verilen karar, sonuçları hafifletmekte ve olası telafisiz zararların doğmasına engel olmaktadır. Bu her ne kadar yürütmeyi durdurma kararı olsa da esasa ilişkin karar gibi sonuç doğurmaktadır. Bu durum esasa ilişkin kararların çok geç verilebileceği veya başvuru sahibinin haklarının yeterince korunamayacağı durumlarda mümkündür. Yani karar fiilen esas kararlarla eşit duruma gelmektedir.

Bu açıklanan nedenlerden dolayı, Münih Eyalet Mahkemesi 6. Ceza Senatosu tarafından bu anlatılan gerekçeler çerçevesinde belirli oranlarda duruşma sandalyesinin yabancı medya temsilcilerine ve davacı müşteki yakınlarına tahsis edilmesini kararlaştırılmalıdır. Mümkün olduğu müddetçe, ek kontenjan üç yerden aşağı olmayacaktır, öncelikli olma prensibine göre yeniden kontenjan tahsisi yapılacaktır. Yahut bu kurallar çerçevesinde baştan itibaren farklı şekillerde yapılması gerekir.

26. Düzenleme yabancı medyaya etki etmektedir, çünkü şikâyetçi yapmış olduğu başvuru ile mevcut başvurusunun konusu olarak özel menfaatinden dolayı yani kendisinin olaya Türk perspektifinden bakmasının olayda Türk mağdurlar olmasından dolayı doğal olduğu gerekçesiyle kendisini de kapsamaktadır.

27. Diğer şikâyetçinin başvurusu ise, 25 Mart 2013'teki durumun uygulanması ile 22 Mart 2013' teki durum ve 4 Mart 2013' teki durumun benzer nitelikte olmasından dolayı reddedilmesi gerekir. Çünkü şikâyetçinin yeterli başvuru nedeni olayda bulunmamaktadır.

28. Karar Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu 34 a/ 3 maddesine göre karara bağlanmıştır.





## **DEMOKRASİ VE HUKUK DEVLETİ İLKESİ ARASINDAKİ ETKİLEŞİM\***

*Yrd. Doç. Dr. Hayri KESER\*\**

### **ÖZET:**

Bu çalışmada, hukuk devleti ve demokrasi arasındaki etkileşim ele alınacaktır. Türkiye demokratik hukuk devletidir. Hukuk devleti hukukla kuşatılmış devleti ifade eder. Hukuk devletinin iki ana yönü vardır. İlk olarak hukuk devleti, keyfi güç kullanımını engeller. İkinci olarak ise, bireysel özgürlükleri korur. Ayrıca hukuk devleti insan haysiyeti ve saygınlığı için hukuki bir temel sağlar.

Demokrasinin çeşitli tanımları mevcuttur. Yaygın kullanıldığı şekliyle demokrasi, halk için halk tarafından halkın yönetimi olarak ele alınabilir. Demokrasi aynı zamanda bir değerdir. Bireylere siyasal süreci kontrol etme imkânı verir. ve yönetimin keyfi hareketlerine karşı onlara bir teminat oluşturur. Demokrasi yönetimin sınırlandırılmasını da sağlar.

Hukuk devleti, çoğulcu demokrasi modeliyle uyumludur. Çünkü çoğulcu demokrasi modeli çoğunluk iradesini sınırlandıran önlemlerle uyumluluk gösterir. Fakat çoğunlukçu demokrasi modeli sınırlandırılmayı kabul etmez. Demokrasi, hukuk devleti ve özgürlüklerin bir garantisidir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, Demokrasi, Çoğulcu Demokrasi, Çoğunlukçu Demokrasi, Sınırlı Devlet.

### **ABSTRACT:**

In this study, the interaction between rule of law and democracy in relation to Turkey will be discussed. Turkey is a democratic constitutional state. The rule of law implies that a state is covered by law in all its functions. The rule of law has two main characteristics: The first is preventing the use of power for arbitrary aims. The second is protecting individuals' freedoms. Moreover, the rule of law provides a legal basis for the respect of human dignity.

There are various definitions of democracy. The term is widely used as to be governed by the people, for the people. Democracy is also a value which it allows individuals to control the political process and to protect them from arbitrary actions of government. Democracy, also limits the power of the government.

---

\* 2009 yılında Isparta Uluslararası Davraz Kongresinde sunulan bildirinin makale haline dönüştürülmüş şeklidir.

\*\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

It can be said that, there has to be harmony between the rule of law and pluralist democracy, since pluralist democratic model is compatible with the limited wills of the majority. On the other hand, the model of majority democracy does not allow any restriction. Therefore, it can be argued that democracy secures the rule of law and freedoms.

**Keywords:** The Rule of Law, Democracy, Pluralist Democracy, Majoriy Democracy, Limited State.

## 1. GENEL OLARAK

Hukuk devleti fikri, modern devleti hukuktan hareketle temellendirme ve örgütlenme eğilimiyle belirlenir ve esasını “devlet kudretinin sınırlanması ve denetlenmesi” düşüncesi oluşturmaktadır. Hukuk devletinde hukuk, devlet kudretinin hem temeli/meşruluk kaynağı, hem de sınırı durumundadır. Bu sınır hukuk devletini, hukuku olan diğer devletlerden ayıran başlıca özelliklerden birisidir. Hukuk devleti ilkesinin en önemli sonucunu ise, devlet organlarının tüm faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun, yani hukukun devlet faaliyetlerinin tamamına egemen olmasıdır. Bu nedenle hukuk devletinde, hukuk öncesi, hukukun düzenlenmemiş, tabir caizse “doğal” bir devlet erki söz konusu olamaz.

Hukuk devleti fikrinin kurumsal somutlaşmasının merkezi unsurlarını; bireylerin kamu gücü karşısında hukuk öznesi olarak kabul edilmesi, bireysel özgürlüklerin hukukun tanınması ve yargısal yoldan korunması, hukuksal eşitlik, tarafsız ve bağımsız yargı, yasallık ilkesi, kuvvetler ayrılığı, hak arama yolları, hukuk üretiminin (yasamanın ve yürütmenin) hukukun düzenlenmesi ve denetlenmesi olarak özetlenebilir<sup>1</sup>.

Modern hukuk devleti tasarımının ateşleyici değerleri; birey özgürlüğü, demokrasi ve insan hakları olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk devletinin karakteristiği, insan haklarını temel alması bunu olmazsa olmazı kabul etmesidir. İnsan hakkı, hangi ulusal, sınıfsal ve mesleki topluluktan olursa olsun, her bireyin, yalnızca insan olması nedeniyle sahip bulunduğu özgürlük değerinin veya eylem potansiyelinin başkalarının tanınmasını ve her çeşit dış müdahaleye karşı korunmasını gerektiren en üstün ahlâki taleptir.

Liberal düşünce özgürlük ilkesine üstünlük tanımakta, Marksist düşünce ise eşitlik ilkesine üstünlük tanımaktadır. Hâlbuki ne özgürlük uğruna eşitlikten ne de eşitlik uğruna özgürlükten feda edilebilir. Bu nedenle bütün insanların özgür olma eşit hakkına sahip olduğu söylenebilir ve bu ahlâken en doğal haktır. Bu hak ilk olarak, bireyin başkalarının zorlanmama veya engellenmeme haklarına sahip olmasını içermektedir. İkinci olarak birey başkalarının zorlayıcı, engelleyici veya zarar verici olmayan her eylemi yapmakta özgür olmalıdır. Özgür olma eşit hakkı insanların iradi eylemlerinden bağımsızdır. Başka bir deyişle özgür olma eşit hakkı, insan hakkı olarak da nitelendirilebilir. Türkiye'nin teorik formunu yukarıda belirttiğimiz hukuk devleti ilkesi ile uyumlu olduğu söylenebilir mi? Bu soruya cevap verilebilmesi için hukuk devletinde otoriter zihniyetin yeri olmadığını tespit edilmesi gerekmektedir. Zira otoriter düşünce kendi fikrini zorla kabul ettirmek istemektedir. Bu zorlayıcı durumu hukuk devleti ve insan hakkı kavramıyla bağdaştırmaya çalışmak; akıntıya karşı kürek çekmek gibidir.

<sup>1</sup> KESER, Hayri, **Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti İlkesi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya-2005, s. 66 vd; GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, 11. Baskı, Bursa-2011, s. 82 vd.

Liberal düşüncede, hukuk devleti kavramını Dicey geliştirmiştir. Dicey hukuk devleti kavramını üç ana düşünceye dayandırmıştır. Bunlardan ilki, keyfi iktidar karşısında hukukun mutlak hâkimiyeti ve keyfiliğin dışlanmasıdır. İkinci olarak, kanun önünde eşitlik ilkesi yer almaktadır. Üçüncü olarak ise anayasanın, mahkemelerce tanınıp uygulanan birey haklarının kaynağı değil, sonucu olarak algılanmasıdır<sup>2</sup>.

Demokrasi ve hukuk devleti arasındaki etkileşimi görebilmek için demokrasinin çoğulcu ve çoğunlukçu şekline göz atmak gerekmektedir. Konumuzun esas ve ağırlıklı noktasını da hukuk devleti ve demokrasi arasındaki etkileşim oluşturmaktadır. Hukuk devleti ilkesi çoğulcu ve çoğunlukçu demokrasi modelleri açısından irdelenecektir.

## 2. HUKUK DEVLETİ VE NİTELİKLERİ

Hukuk devleti ilkesinin amacı, devleti birtakım üstün normatif esaslarla kayıtlamak, devleti meşruluk, insan hakları ve adalet ilkeleri ile temellendirmek ve çerçevelemektir. Hukuk devleti ilkesi devletin faaliyetlerini sıkı kurallara bağlamayı öngörür. Bu nedenle, kurallar içerisinde yönetim ilkesi aynı zamanda bireyler için de bir güvence sağlamaktadır. Devlet adına yetki kullanan kamu görevlilerinin, kullanacakları yetkinin önceden belirlenmiş belli kurallara bağlanması, bu yetkilerin hangi şartlarda nasıl, nerede ve ne zaman kullanılacağına ilişkin düzenlemeler, bireylerin kendilerini güven içerisinde hissetmelerine yol açmaktadır. Böylelikle devletin keyfi davranışının önüne geçilmiş ve bireylere hukuksal güvence sağlanmış olmaktadır.

Hukuk devleti ilkesi bireylere hukuki güvenlik sağlanması düşüncesini de içinde barındırmaktadır. Hukuki güvenliğin bireylere sağlayacağı faydalardan ilki, bireylerin hukuki düzenlemeler sayesinde geleceği daha iyi görebilmeleri ve iş ve faaliyetlerini buna göre ayarlayabilmeleridir. Böylece bireylerin devlet faaliyetleri karşısında hukuksal güvenceye kavuşmuş olduğu söylenebilir. İkinci olarak hukuki güvenlik, devletin sürekli ve istikrarlı ve günün şartlarına uygun olmayan, bireylerin hukuka güvenini sarsacak sık ve keyfi değişim eğilimlerini de engellemektedir. Hukuk kurallarının açık, kolay ve anlaşılır olması bireylerin hukuka olan inançlarını güçlendirmektedir. Bununla birlikte devlet faaliyetlerinin şeffaflaşması hukuk devleti ilkesine de hizmet etmektedir. Devlet faaliyetlerinin gün ışığında yapılması, bireylerin devlete olan güvenini de pekiştirmektedir. Hukuki belirlilik, öngörülebilirlik<sup>3</sup> ve hukuki istikrar, bireylerin kendilerini daha güven içerisinde yaşamalarını sağlamaktadır.

<sup>2</sup> DICEY, A V, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Tenth Edition, Macmillan New York-1967, s. 202-203; CRAIG, Paul, P., *Administrative Law*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London-1999; s. 26-27; ARSLAN, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayınları, Ankara-2005, s. 22-23; GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara-2012, s. 39 vd.

<sup>3</sup> ARSLAN, s. 24.

Hukuk devletinde tüm vatandaşlara eşit haklara sahip olmasını ve hiç kimseye ayrıcalık gösterilmemesi gerekmektedir<sup>4</sup>. Anayasal devlet sınırlıdır. İktidarın sınırlanması ise demokrasiyi oluşturan kaçınılmaz ilkelerden birisidir<sup>5</sup>. Bu sınırlılığı siyasal tarafsızlık sağlamaktadır. Tarafsız devlet, özel bir öğretiyi ya da söylemi diğerleri aleyhine koruyup yüceltmemelidir. Devlet, vatandaşların kendi iyi anlayışlarını geliştirip yaşatabileceği çoğulcu siyasal ve hukuksal ortamı oluşturup yaşatmalıdır<sup>6</sup>.

Hukuk devleti ilkesi devletin tarafsızlığının güvencesini de oluşturmaktadır. Kamu görevlileri, kamusal hizmetleri yerine getirirken bireyler arasında herhangi bir ayırım yapmamalıdır. Hukuk önünde özgür ve eşit olması gereken vatandaşların, siyasal ve idari karar alıcıların ve uygulayıcıların keyfi müdahalelerine maruz kalmaması yönündeki en büyük güvenceyi hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır. Bireylerin siyasal, ticari, sosyal, kültürel vb. yönlerden ayırıma maruz kalmaması, devletin tarafsızlığının bir gereğidir. Buna göre hukuk devleti kamu hizmetine girmede, güvenlik, sağlık, adalet vb. hizmetlerden yararlanmada kişilerin herhangi bir farklı muameleye maruz bırakılmamasını gerektirmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin bireylere sağladığı güvencelerin bir anlam kazanabilmesi için tarafsız ve bağımsız yargının varlığına da gereksinim vardır. Yasama ve yürütme organlarından gelebilecek hak ve özgürlük ihlallerini engelleyecek ya da meydana gelen zararları tespit edip ödettirecek bir kuruma ihtiyaç bulunmaktadır ki bu kurum tarafsız ve bağımsız yargı organıdır<sup>7</sup>.

Hukuk devleti kavramının özünü, egemenliğin kullanım şeklini sınırlama düşüncesi oluşturur ve bu kavram devlet içinde egemenliği kullanan kurumların veya kişilerin kayıtsız, şartsız ve denetimsiz iktidarına karşı insanlığın bir tepkisinden doğmuştur<sup>8</sup>. Demokrasi ve anayasacılık kavramları arasında gerilim ilişkisi bulunmaktadır. Demokrasinin özünü çoğunluk yönetimi oluşturduğu halde, anayasacılığın amacı ise çoğunluk iktidarını sınırlandırmaktır<sup>9</sup>. Hukuk devleti ilkesi geleneksel egemenlik düşüncesi ile çatışma halindedir. Çünkü hukuk dev-

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen, “Öteki” Olmak, “Öteki”yle Yaşamak, Siyaset Kuramı ve Yazıları”, Çeviren: İlnur Aka, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul-1999, s. 51.

<sup>5</sup> TOURAINE, Alain, **Demokrasi Nedir?**, Çeviren: Olcay KUNAL, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul-2004, s. 64.

<sup>6</sup> ARSLAN, s. 93; Türkiye’nin anayasa sorununun temelinde, çoğulcu ya da bölünmüş bir topluma aşırı, merkezîyetçi monolitik bir devlet yapısı dayatmaya çalışan bütünleştirici bir politikanın yattığı ileri sürülmektedir. Bkz., ÖZBUDUN, Ergun, **Türkiye’de Demokratikleşme Süreci, Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul-2014, s. 55.

<sup>7</sup> KESER, s. 131.

<sup>8</sup> VELİDEDEOĞLU, H. Veldet, “Tebliğ”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, Sayı 11, s. 13; Ayrıca bkz. ŞAHİN, Cumhur, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Yetkin Yayınları, Ankara-1994, s. 69.

<sup>9</sup> ÖZBUDUN, **Türkiye’de Demokratikleşme Süreci**, s. 8

leti ilkesine göre, devlet hukuki sınırlar içerisinde yer almalı, hukukun ötesinde olmamalıdır. Hâlbuki geleneksel egemenlik düşüncesi, siyasal iktidarın gücünü sınırsız saymakta ve hukuk oluşturma yeteneğini hukukun üzerine koymaktadır. Hukuk devleti yasaları olan devlet değil, hukukun egemen olduğu devlet anlamına gelmektedir. Söz konusu hukuk, pozitif olarak yürürlüğe konmuş ve yaptırım gücü ile desteklenmiş kurallar sistemi anlamında değildir. Aksine hukukun egemen olduğu, tüm vatandaşlar için hukuki güvenliğin sağlandığı, evrensel değerlerle uyumlu olan bir hukuk olarak anlaşılmalıdır<sup>10</sup>. Hukuk devleti anlayışı, toplumda en üstün güç ve otorite olan devletin keyfi davranışlarına karşı bireylerin korunması düşüncesine dayanmaktadır. Yönetilenlerin devlet otoritesine karşı korunması, bireylerin devletin müdahale edemeyeceği haklara sahip olmasının kabulü ile başlamaktadır<sup>11</sup>. Devlete yönelik bireylerin müdahale edilemez haklarının varlığının kabulü ise, devlet otoritesinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir<sup>12</sup>. Hukuk devletinin gayesi, siyasal iktidarın keyfi gücünün yarattığı tehlikeleri bertaraf etmek, aynı zamanda istikrarsız, anlaşılmaz ve geriye dönük yasaların neden olduğu özgürlük ve onur ihlallerini engellemektir<sup>13</sup>.

Hukuk devleti ilkesi çağdaş anayasal demokrasilerin köşe taşıdır<sup>14</sup>. Hukuk devleti ilkesi devletin hukuki sınırlar içerisinde hareket etmesini gerektirir. Bu ilkenin gerçekleştirilmesinde anayasacılık düşüncesinden de hareket edilir.

<sup>10</sup> ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara-2003, s.115; Gerçek hukuk devletinde egemenlik ulusundur. Devlet, laik ve demokratiktir. Bkz., ÖZDEN, Y. Güngör, "İÜHF. İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma Merkezi'nin 10 Mart 1995'te Düzenlediği Hukuk Devleti Gününde Yaptığı Konuşma", **Anayasa Mahkemesi Bülteni**, Y. 2, S. 2-3-4, Nisan-Temmuz-Ekim-1995, s.69; Laiklik ilkesi anayasanın normatif güvencelerinden birisi değildir. Vicdan özgürlüğü ise hukuk devletinin var olma şartıdır ve insan haklarından birisidir. İnsan hakları tanınmadan ve sağlanmadan herkese hakkı verilmiş olmaz. Herkese hakkı verilmedikçe adalet ve hukuk devletinden bahsedilemez. Bkz., HATEMİ, Hüseyin, **Hukuk Devleti Öğretisi**, İşaret Yayınları, İstanbul-1989, s.269; Hukuk devletini karakterize eden ne cebir kullanma gücü ne de egemenliktir. Hukuk devletinde güçlü olduğu için haklı olmak yoktur. Güç ancak haklı ve meşru amaçlar için kullanılabilir. Keza, devleti hukuk yaratma gücü anlamında egemenlikle tanımlamak da hukuk devleti ile bağdaşmaz. Çünkü toplum üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma ve dilediğini hukuk yapma yetkisi olarak anlaşılan egemenlik kavramı, hukuku devlet iktidarı karşısında ikincil ve bağımlı hale getirir. ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Adres Yayınları, 2. B., Ankara-2004, s.74, (Giriş).

<sup>11</sup> KARATEPE, Şükrü, **İdare Hukuku**, İzmir-1993, s. 41; GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İzmir-1999, s. 137.

<sup>12</sup> DOEHRING, Karl, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, Çeviren: Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul-2002, s. 209.

<sup>13</sup> ERDOĞAN, s. 113; Hukuk devleti, uygar devlettir, insanlık devletidir, insancıl devlettir. Hukuk devleti, yargıç devleti değil, hukukun ölçü alındığı, hukukun sayıldığı, güvence bilindiği, hukuku egemen kılan, üstün tutan, hukukla geçerli olan, hukuku yaşatan, hukukun yaşattığı devlettir. Bkz., ÖZDEN, Y. Güngör, "İnsan Hakları Hukuk Devleti ve Savunma", **Ankara Barosu Dergisi**, Y.1984, S.3, s.371.

<sup>14</sup> ROSENFELD, Michel, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", <http://www-rcf.usc.edu/~usclrev/pdf/074503.pdf>, Erişim Tarihi: 17.02.2005.

Çünkü anayasacılık düşüncesinin temelinde de siyasal iktidarın sınırlandırılması düşüncesi yatar.

Hukuk devleti ilkesi ile demokrasi arasında nasıl bir etkileşim ilişkisi bulunmaktadır? Demokrasi siyasal iktidarın sınırlandırılması ile değil, kaynağı ile ilgilendirilir. Hukuk devleti ise iktidarın kullanılma biçimini ifade etmektedir<sup>15</sup>. Hukuk devletinde güçlü olan her zaman haklıdır düşüncesi doğru ve geçerli değildir. Devletin cebir kullanma ve egemenlik yetkisi ancak meşru ve haklı amaçlar için kullanılabilir. Aynı şekilde devleti hukuk yaratma gücü anlamında egemenlikle tanımlamak da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Çünkü toplum üzerinde dilediği tasarrufta bulunma ve dilediği gibi hukuk yaratma yetkisi olarak anlaşılan egemenlik kavramı, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Her ne kadar yasama organının dilediği alanda ve konuda hukuk oluşturma yetkisi –teorik olarak- varsa da bu yetkinin anayasal düzenlemelere ve hukukun evrensel ilkelerine uygun olması, ileri ve çağdaş devlet olmanın bir gereği olarak kabul edilmektedir. Hukuk devletinde önemli olan, devletin hukuka bağlılığıdır. Özgür demokratik düzen, hukuka bağlı devletin yaşama geçirilmesi anlamına gelmektedir<sup>16</sup>.

Özellikle hukuk devleti ilkesinin gerekleri içerisinde yer alan yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi ile demokrasi arasında saklı bir gerilim ilişkisinin bulunduğu söylenebilir. Demokrasiyi siyasal çoğulculuk olarak ele aldığımızda, siyasal iktidarı elinde bulunduran gücün sınırlandırılması ve bu gücün anayasal ve yasal sınırlar içerisinde hareket etmemesi hallerinde, bunun yargı organlarıncaya denetlenmesi durumunda bir gerilim göze çarpmaktadır. Yasaların yüksek yargı organlarıncaya denetiminin kabul edildiği anayasa yargısı sisteminde bu gerilim daha fazla gözlemlenebilmektedir. Siyasal iktidar kendisini ülke içerisinde en üstün güç ve hukukun kaynağı olarak görürse, yargı organları ile siyasal irade arasında çatışma kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık yargı organlarının da ideolojik yapılanma içerisinde bulunduğu ve siyasal iktidardan üstün olduğu yönündeki çabaları da bir gerilim sebebi olarak nitelendirilebilir. Bunların sonucunda ise, siyasal organlarca yargı organlarının yetkilerinin kısıtlanmasına ve kısır döngülere tanık olunabilmektedir.

Siyasal iktidarın tasarruflarının denetlenmesinde yararlanan anayasa yargısı, hem siyasal iktidarın sınırlandırılmasında hem de birey özgürlüğünün korunmasında etkin bir rol oynamaktadır. Bu nedenle anayasa yargısı hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinde bir güvence oluşturmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi gibi bir yüksek mahkemece anayasal denetimin yapılmadığı ülkelerin hukuk devleti olamayacağını söylemek de mümkün görülmemektedir. Bu

<sup>15</sup> ERDOĞAN; Mustafa, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara-2002, s. 21.

<sup>16</sup> KARPEN, Ulrich, “Sınırlı İktidar ve Hukuk Devleti”, **Demokrasi ve Yargı** İçinde, Türkiye Barolar Birliği Sempozyumu, Ankara-2005, s. 43.

bağlamda özellikle güçlü anayasal geleneklerin yerleştiği İngiltere'nin bir hukuk devleti olmadığı söylenemez.

Modern demokratik devletlerde, devletin faaliyet alanı ve yetkileri son derece genişlemiştir. Bu yetkilerin önemli bir kısmı takdiri nitelik taşımaktadır<sup>17</sup>. Günümüzde teknolojinin hızla ilerlemesi ve yürütme organının hızlı karar verme gereksinimi, yürütme organının takdir yetkilerinin genişletilmesi sonucunu da doğurmuştur. Ancak yürütmenin bu takdir alanlarının genişlemesi hukuk devleti ilkesine ve insan haklarının gereklerine aykırı davranılmasını haklı kılmamalıdır. Bu bakımdan yürütme organının faaliyetlerinin denetiminde yargı organlarının önemli yer tutmaktadır. Birey hak ve özgürlüklerine yönelik ihlâllere karşı en büyük teminatı, tarafsız ve bağımsız yargı organları oluşturmaktadır. Ayrıca demokratik anayasal geleneklerin güçlü olduğu devletlerde, yasama organının faaliyet alanlarını anayasa ya da anayasal gelenekler ile hukukun evrensel ilkelerine uygun davranılması, hukuk devleti açısından büyük öneme sahiptir. Demokratik karar alma süreçlerinin çoğulcu demokrasi ilkelerine uygun hareket etmesi birey hak ve özgürlükleri açısından hayati bir önem taşımaktadır. Bireysel ve sivil toplum unsurlarını daraltan siyasal faaliyetlerin, hukuk devleti ilkesine uygun olduğu ileri sürülemez. Bununla birlikte siyasal karar alma süreçlerinin her yaptığı faaliyetin doğru olduğunun kabulü ise, demokrasinin çoğunluk yönetimine uygun ancak azınlık düşüncesine, anayasal hak ve özgürlükler ile hukuk devleti ilkesine aykırı olabilmektedir<sup>18</sup>. Demokratik hukuk devletinde azınlık düşüncesinin de siyasal iktidara gelebileceği, yürütme organı ya da siyasal iktidardan gelebilecek hak ihlâllerine karşı kurumsallaşmış tarafsız ve bağımsız yargının varlığı da göz ardı edilmemelidir.

Günümüzde çoğunluk yetkisinin sınırsızlığı anlayışı için sınırsız demokrasi kavramı kullanılmaktadır. Cebir kullanma yetkisine sahip demokratik çoğunluğun, devletin pozitif hizmetlerini gerçekleştirmek, kendi özgül amaçlarını oluşturmak için yetkiler kullanması meşru görülebilir. Buna karşılık baskı gurupları, kendi menfaatleri için siyasal iktidardan talepte bulunabilmekte ve bu talebi kendileri için hak olarak görmektedirler. Bunun sonucunda ise, demokratik olarak sınırsız yetkili olduğu düşünülen yasama organının tasarrufları hukuk önünde eşitlik ilkesinden sapabilme sonucunu doğurabilmektedir. Dolayısıyla toplumda demokrasiye ve onun uygulamalarına karşı duramayan yargıya karşı güvensizlik oluşmakta ve toplumun temel adalet değerlerinin aşınması riski ortaya çıkabilir.

Hukuk devleti ve demokrasi arasında teorik olarak var olan etkileşimi modern demokrasi uygulamasında da fiili olarak görebilmekteyiz. Bununla

<sup>17</sup> ERDOĞAN, 2003, s. 119.

<sup>18</sup> ARSLAN, s. 22.



birlikte hukuk devletinin ölçütlerini yasama ve yürütme faaliyetlerinin tümünü ortadan kaldıracak şekilde formüle etmek de mümkün değildir. Anayasal demokrasilerde yasama ve yürütme organlarının yargısal denetimini gerçekleştiren yargı organlarına ve üyelerine büyük görevler düşmektedir. Anayasal devletlerde hukukun üstünlüğüne, insan hak ve özgürlüklerine ve hukukun evrensel değerlerine inanan yasama, yürütme ve yargı organı üyelerine ihtiyaç bulunmaktadır. Her şeyden önce devletin yapısını, organlarını, bu organların işleyişini, temel hak ve özgürlüklerinin tanındığı ve belirlendiği anayasal belgelerde hukuk devleti ilkesine aykırı düzenlemelerin bulunmaması gerekmektedir. Bir taraftan hukuk devleti ilkesini tanımır iken diğer taraftan bu ilkeye aykırı anayasal düzenlemelerin bulunması bir çelişki olarak kabul edilebilir. Öncelikle yasama organının ülke içerisinde yürürlükte bulunan anayasada yer alan hukuk devleti ilkesi ile çelişik düzenlemeleri kaldırması, yürütme organının keyfi davranmaması, diğer yandan da yargısal organların katı bir pozitif yaklaşım yerine hukukun evrensel ilkelerine öncelik ve üstünlük vermesi gerekmektedir.

Modern hukuk düzeni, açıkça yasaklanmayan her şeye izin verildiğini iddia eden bir öncüle dayanması nedeniyle biçimsel bir özellik taşımaktadır. Modern hukuk, tek tek her bireyi özne hakların taşıyıcısı yapması yönüyle de bireyseldir. Keza modern hukuk devletsel yaptırımın olması ve uygulanması sebebiyle de bağlayıcı bir özellik taşımaktadır. Yine aynı şekilde modern hukuk yasa koyucunun değiştirilebilir kararlarına dayanması yönüyle de pozitif hukuk özelliğini göstermektedir. Yasa koyucunun değiştirilebilir kararları ise demokratik bir işleyişle meşrulaştırılmaktadır. Normatif açıdan bakıldığında, demokrasiz bir hukuk devletinin varlığından söz edilemez<sup>19</sup>.

Siyasal iktidar demokratik yoldan oluşturulsa bile, bu siyasi iktidarın hukuk devleti ilkesi ile sınırlanması ve kayıtlanması bir gerekliliktir. Demokratik hukuk devletinde iktidarın kaynağı millettir. Ancak iktidarın kullanımı hukuka bağlı olmalıdır. Hukuk devleti ilkesi hukuku, demokrasi ise toplumu devlet kavramının önüne yerleştirmektedir<sup>20</sup>.

Hukuk devleti ilkesinin, salt biçimsel özellikleri ile algılanması daraltıcı bir yoruma yol açabilir. Bu nedenle hak ve özgürlüklerin tanınmasına ve korunmasına yönelik genişletici bir yorum yöntemine ihtiyaç bulunmaktadır. Birey hak ve özgürlüklerinin üstünlüğü, insan hakları ve demokrasi ilkelerinin bir arada uyumlu ve dengeli bir şekilde düşünülmesi, hukukun evrensel ilkelerine öncelik ve üstünlük tanınmasıyla mümkün görülmektedir.

<sup>19</sup> HABERMAS, s. 123.

<sup>20</sup> ERDOĞAN, 2002, s. 21.

### 3. HUKUK DEVLETİ VE DEMOKRASİ

Hukuk biliminin konusunu hukuk, siyaset biliminin konusunu ise demokrasi oluşturmaktadır. Hukuk bilimi, hukuk devletini normatif açıdan ele alır iken, siyaset bilimi ise deney ve gözleme dayalı (görgül) ölçütlerle demokrasi kavramını ele almaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ve demokrasi birbirinden tamamen farklı konuları içermektedir. Keza hukuk devleti ve kurumlarına sahip olmayan hukuk düzenleri bulunduğu gibi, demokratik anayasası olmayan hukuk devletleri de bulunmaktadır<sup>21</sup>.

Demokrasi, demos (halk) ve kratein (idare etmek) kelimelerinden oluşan ve halkın idaresi anlamında kullanılan bir kavramdır<sup>22</sup>. İlk defa M. Ö. Beşinci yüzyılda Yunanlı tarihçi Herodot tarafından kullanılmıştır. Demokrasi kavramının yaklaşık olarak 2500 yıllık bir tarihi vardır ve demokrasi tarihi inişli çıkışlı bir süreç izlemiştir. Demokrasinin ilk çıktığı günden günümüze kadar geçen süreç içerisinde tanımı üzerinde henüz bir uzlaşma sağlanamamıştır. Ancak genellikle demokratik sistemin özelliklerine ilişkin olarak, eşit şartlardaki bütün vatandaşların katıldığı (veya katılmasının öngörüldüğü) gizli oy, açık sayım ilkesine dayanan, yargısal organların gözetim ve denetiminde yapılan ve belirli sürelerle yenilenen serbest seçimler ile siyasal iktidarın belirlenmesi, çoğulculuk, açıklık, azınlık hak ve özgürlüklerinin korunarak çoğunluğun yönetmesi olarak anlaşılabilir. Seçimler sonucu oluşan iktidarın yine aynı şekilde hukuki ve barışçıl yöntemlerle el değiştirmesi de gereklidir.

Hukuk devleti ilkesi bir bakıma demokratik rejimi sınırlayan ya da sınırlamak isteyen bir görüşü ifade etmektedir. Anayasal demokrasilerde, seçimle iş başına gelen yasama organının yetkileri yazılı ve sert bir anayasa ile sınırlanmaktadır. Böylelikle bireysel hak ve özgürlüklerin yasama organından gelebilecek tehlikelere karşı korunması amaçlanmaktadır. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin yazılı ve sert bir anayasa ile tanınması ve korunması yetmemektedir. Temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunabilmesi için yargısal bir denetime de ihtiyaç bulunmaktadır. Hukuk devletinde yasama organından gelebilecek tehlikelere karşı yargısal organlar etkin bir rol oynamaktadırlar. Anayasal hukuk devletinde yargısal denetimin tarafsız ve bağımsız organlar tarafından gerçekleştirilmesi yeterlidir. Yargısal denetimi yapan mahkemelerin özel görevli yüksek mahkeme olması şart değildir. Türkiye’de yasama organının yaptığı bir yasanın Anayasaya aykırı olması halinde, bu yasa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmektedir. Yasama organı ya Anayasaya uyar; ya da Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya uyması sağlanır<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> ALDER, John, **Constitutional and Administrative Law**, Second Edition, Macmillan, London-1994, s. 42; HABERMAS, s. 167; ERDOĞAN, 2002, s. 21.

<sup>22</sup> DAHL, Robert A., **Demokrasi Üstüne**, Çeviren: Betül KADIOĞLU, Phoenix Yayınevi, Ankara-2001, s. 11; TUNÇ, Hasan, **Makaleler (Anayasa Hukukuna Giriş)**, Konya-1998, s. 124, Dipnot, 8.

<sup>23</sup> GÖZLER, 2008, s. 209.

Siyasal gücün hukuk devleti anlayışı ile sınırlanması, çoğunluk yönetiminin baskısını önlemek ve azınlık düşüncelerinin korunması için gerekli sayılmaktadır. Düzenli aralıklar ile yapılan seçimler sonucunda, azınlık düşüncesinin de çoğunluğu sağlayabileceği ve meşru olarak kurulmuş ve belirli bir programı gerçekleştirmek için oluşmuş siyasal partilerin ülke yönetimine gelebileceği göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle çoğunluk görüşüne sahip vatandaşlar ile azınlık görüşüne sahip vatandaşlar eşit olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte demokrasiler bir tartışma, uzlaşma, taviz verme<sup>24</sup>, hoşgörü ve tolerans rejimleridir<sup>25</sup>. Çoğunluğun almış olduğu kararların her zaman doğru olduğunun kabulü demokrasi ile bağdaşmamaktadır. Ben çoğunluğum, istediğim kararı alırım şeklindeki bütüncül demokrasi anlayışının birey hakları ile çelişmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle azınlık görüş ve düşüncelerinin de önemsenmesi çoğulcu demokrasi açısından gereklidir.

Günümüzde çoğunluk gücü ile azınlık görüş ve düşüncelerinin karşı karşıya getirilmesinden kaçınılmalıdır. Çoğunluğun gücüne ve azınlık görüş ve düşüncelerine saygı duyulmuyorsa demokrasiden bahsedilemez. Demokratik düşünce biçimi, birlikte çeşitliliğin karşılıklı bağımlılık bilincine dayanır ve sürekli hareketli ve sonu gelmeyen tartışmalardan beslenmektedir<sup>26</sup>.

Demokrasi, hukuk devleti ilkesini, yönetilenlerin çıkarına uygun düşecek şekilde değiştirmeye çalışan toplumsal ve siyasal güç olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>27</sup>.

#### **A. Hukuk Devleti ve Mutlak (Çoğunlukçu, Otoriter) Demokrasi Anlayışı**

Mutlak (Otoriter) demokrasi anlayışı J. J. Rousseau'nun geliştirdiği ve siyasal hayata kazandırdığı ve Fransız İhtilâlinde Robespierre ve Saint Just gibi siyasetçilerin işleyerek geliştirdiği bir kavramdır. Mutlak demokrasi anlayışı, halk çoğunluğunun kayıtsız ve şartsız iradesine dayanmakta ve halk çoğunluğunun iradesi bir defa belirlendikten sonra bu iradeyi sınırlandıracak ve kayıtlayacak ya da bu iradenin karşısına çıkabilecek herhangi bir gücü kabul etmemektedir. Bu nedenle halk iradesini engelleyecek ya da geciktirecek herhangi bir güç mutlak demokrasi anlayışına aykırılık teşkil etmektedir. Mutlak demokrasi anlayışında, halk iradesini temsil eden genel irade düşüncesi bulunmaktadır. Ayrıca genel iradeyi oluşturan çoğunluğun daima haklı olduğu görüşüne dayanılmaktadır. Mutlak demokrasi anlayışında çoğunluğun aldığı karar her zaman haklı, iyi ve doğru olduğu kabul edilmektedir. Bu mutlak irade şaşmaz, yanılmaz ve hata yapmaz olarak kabul edilmektedir. Sayısal üstünlüğe dayanan ve

<sup>24</sup> DAHL, s. 152.

<sup>25</sup> KARPEN, s. 39.

<sup>26</sup> TOURAINÉ, s. 29-30.

<sup>27</sup> TOURAINÉ, s. 38.

ortaya çıkan bu demokrasi anlayışında kamu özgürlüklerine ve hukuk devleti ilkesine pek yer verilmemektedir. Oysa çoğulcu toplumlarda hukuk devleti ve kamu özgürlükleri ilkeleri herkesin eşit olarak yararlandığı ilkelerdir. Ayrıca mutlak demokrasi anlayışı, genel oy ilkesini, kendi demokrasi anlayışını geciktirdiği ya da engellediği düşüncesiyle aykırı bulmaktadır. Hukuk devleti ilkesi genel iradenin hukuki sınırlar içerisinde alınmasını ve sınırlandırılmasını içermektedir. Buna karşılık mutlak demokrasi anlayışındaki genel irade düşüncesi ise böyle bir anlayışı reddetmektedir. Çünkü genel iradeye yönelik getirilebilecek bir sınırlama, mutlak demokrasi anlayışını ya geciktirmekte ya da buna engel olduğuna inanılmaktadır. Ayrıca genel irade, kendisini sınırlandıracak anayasal düzenlemelere de karşı çıkmaktadır. Çünkü anayasal düzenlemeler mutlak demokrasilerde siyasal iradenin istediği her kararı almasına engel oluşturmaktadır. Anayasal düzenlemelere uygun hareket etmek zorunda kalınması mutlak demokrasi açısından arzulanmamaktadır. Güçlü sivil toplum kuruluşları ve yerel yönetimler de mutlak demokrasi anlayışı ile uyum içerisinde bulunmamaktadır. Çünkü merkezi çoğunlukçu yönetimin kararları, sivil toplum kuruluşları ve yerel yönetimlerin beklentilerini karşılamaya yetmemektedir. Ayrıca demokratik sivil toplum kuruluşları, çoğunluğun kendi yandaşlarına yönelik kayırmalarına da karşı çıkabilmektedir. Anayasal olarak oluşturulan kuruluşların, çoğunluğun aldığı kararlara karşı çıkması mutlak demokrasi anlayışı ile uyum içerisinde bulunmamaktadır. Şayet anayasal kuruluşların, çoğunluğun iradesini anayasal sınırlar içerisinde çekmeye başladıklarında ise çoğunluk tarafından anayasal kuruluşların yetkilerinin kısıtlanması süreci başlatılmaktadır. Bununla birlikte genel iradenin denetimini yapabilecek yargısal organların varlığı da genel iradeyi rahatsız edebilmektedir. Tarafsız ve bağımsız yargı organları genel iradenin almış olduğu kararları geçersiz sayabilmektedir. Özellikle temsili rejimlerde görülen ve yasama organının çıkarmış olduğu yasal düzenlemelerin yüksek yargı organlarınınca denetlenmesi ve iptal edilmesi, yasama ve yargı organları arasındaki gerilim ilişkisini başlatabilmektedir. Demokrasinin özünü çoğunluk yönetimi oluşturduğu halde, anayasacılık düşüncesinin özünü ise çoğunluk iktidarını sınırlandırmak oluşturmaktadır<sup>28</sup>. Demokratik sistemlerin de kendi içerisinde kuralları bulunmaktadır. Demokrasi, sınırsız bir özgürlükler sistemi olarak algılanılmamalıdır. Çünkü sınırsız özgürlük, anarşiyi ve kaos ortamını da beraberinde getirebilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında anayasa koyucuya yol gösteren üç ölçüt ön plana çıkmaktadır. Bunlar; öze dokunma yasağı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleridir. Bu ilkelerden öze dokunmama ve demokratik toplumun gereklerine aykırı olmama güvenceleri özgürlüklerin sınırlandırılmasında en son çizgiyi göstermektedir. Ölçülülük ilkesi ise, sınırlama amacına ulaşmak için gereken ölçünün aşılmasını sağlayarak, özgürlüklerin gereğinden fazla ve keyfi sınırlandır-

<sup>28</sup> ÖZBUDUN, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci*, s. 8.

rılmasını engellemeyi amaçlamaktadır<sup>29</sup>. Özellikle demokratik sistem, kendi içerisinde oluşan demokrasiyi ve kendisini yok etme özgürlüğünü vermemelidir. Anayasal olarak sınırlanmamış demokrasi kendi yıkımına da yol açabilmektedir. Militan ya da mücadelecî demokrasi modeli ise demokrasinin kendi değerlerinin korunması için ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin sınırlandırılabilceğini savunmaktadır<sup>30</sup>. İtalya ve Almanya deneyiminden sonra demokratik sistemler kendisini koruma gereğini de hissetmişlerdir. Günümüzde demokrasi adı altında terörü ve teröristi savunmak kabul edilmemektedir. Şiddet düşüncesi, demokrasi ile karşıt bir yapı oluşturmaktadır<sup>31</sup>. Demokrasi, karşılıklı saygı ve hoşgörü ortamında fikirlerin güç kullanılmaksızın tartışılması ile gelişmektedir.

Mutlak demokrasi anlayışının görüldüğü bir diğer sistem ise Marksist-Leninist sistemlerdir. Sovyetler Birliğinin dağılmasından önce uygulanan bu sistemde Marksist doğmalar dışında düşünce özgürlüğünün ve diğer kamu özgürlüklerinin tanınması ve korunması söz konusu değildir. Bu tip rejimlerin her zaman halk çoğunluğuna dayandığı da iddia ve ispat edilememektedir. Seçim veya referandum gibi çoğunluğun iradesine bakmak gereksizdir. Çünkü komünist parti aleyhine oluşacak bir seçimin tek anlamı olabilmektedir. Bu ise toplumun karşı devrimci güçler tarafından kandırıldığı ve yanlış yola sürüklendiği düşüncesidir. Bu tip demokrasilerde kamuoyunun serbestçe oluşumu ve düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün kısıtlandığına şahit olunmaktadır. Geniş yasal düzenlemelerin varlığı, hukuk devleti fikrinin oluşumunu engelleyebilmektedir. Çünkü hukukilik ile yasallık arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle hukuk devleti kavramı kanun devleti demek değildir. Hukuk devletinde yasal düzenlemelerin önemi yadsınamaz. Ancak hukuk devleti kavramı, yasa devleti kavramının üstünde ve ilerisinde yer almaktadır. Her yasal sistem, hukukun üstünlüğüne ve hukukun evrensel ilkelerine dayanmamaktadır. Yasalar baskıcı ve adaletsiz hükümlere yer verebilmektedir. Baskıcı ya da dikta yönetimlerde de yasa bulunmaktadır. Ancak bu tür yasalara dayalı yönetimlere hukuk devleti denilememektedir.

Hukuk devleti kavramı dayandığı değerler bakımından yasa devleti kavramından daha geniş ve kapsayıcı bir özellik taşımaktadır. Hukuk devleti ilkesi, hukukun ve insan haklarının evrensel değerlerine uygun olmasını gerektirmektedir. Devletin sınırlı olması gerektiği kabul edilmekte ve insan eksenli hukukun oluşturulması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti zeminine yerleştirilen devlette temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan yasaların yapılmaması esastır. Hukuk toplumun rızasına dayanmalıdır. Yasalar, aşırı yaptırımcı ve daraltıcı de-

<sup>29</sup> METİN, Yüksel, **Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara-2002, s. 249.

<sup>30</sup> GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınevi, 4. Baskı, Bursa-2013, s.266-267.

<sup>31</sup> TOURAINE, s. 91 ve 145.

ğil, yapıcı ve genişletici bir özellikte düzenlenmelidir. Bu nedenle hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar asıl değil istisnai bir nitelik taşımaktadır.

### B. Hukuk Devleti ve Çoğulcu (Oydaşmacı) Demokrasi Anlayışı

Çoğulcu demokrasi anlayışında da toplumun yönetimi çoğunluk iradesine dayanmaktadır. Ancak klasik demokrasilerde, çoğunluğun her istediğini yapan mutlak ve sınırsız iradeye sahip olduğu düşüncesi de kabul edilmemektedir. Sınırsız güç ile hukuk devleti ilkesi birbirini dışlayan kavramlardır<sup>32</sup>. Mutlak demokrasi ile çoğulcu demokrasi arasındaki temel ayırım, bu demokrasi düşüncelerinin azınlık düşüncelerine karşı olan tutumlarında ortaya çıkmaktadır. Mutlak demokrasi anlayışında çoğunluğun aldığı kararlar her zaman doğru ve haklı olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle azınlık düşüncesinin siyasal sistemde ve yönetim alanında etkin bir rolü ve değeri bulunmamaktadır. Azınlık düşüncesi, çoğunluğun almış olduğu kararlara uymak ve boyun eğmek zorundadır. Azınlık düşüncelerinin de iktidara gelebileceği göz ardı edilmektedir. Azınlık haklarını koruyacak yargısal denetimler de sadece çoğunluğun iradesini geciktirdiğine inanılmaktadır. Bu nedenle anayasal güvencelerin ve yargısal denetimlerin etkinliliği göz ardı edilmektedir. Çoğulcu demokrasilerde ise azınlık düşüncesine çoğunluk haline gelebilme ve iktidarı elde edebilme hakkı tanınmaktadır. Demokratik ve düzenli seçimler, siyasal iktidarın meşruluğunu sağlamaktadır. Demokratik ülkelerde düşünce ve ifade özgürlüğü, eleştirme özgürlüğü ve muhalefet hakkı, özgür olma eşit hakkı vb. hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması esastır. Çoğulcu demokrasilerde, herkesin kişiliğine bağlı özgür olma eşit hak ve özgürlüklerine dayanmaktadır. Çoğulcu demokrasilerde siyasal iktidarın ve dolayısıyla çoğunluğun iradesi anayasal düzenlemeler ile kayıtlanmakta ve sınırlanmaktadır. Özgür olmada eşit hakkı çoğulcu demokrasi anlayışının ve düşüncesinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

Çoğulcu demokrasi anlayışı, demokrasiyi çoğunluğun mutlak ve sınırsız yönetimi olarak kabul etmemektedir. Sayısal çoğunluğun daima kamunun iyiliğine uygun davranabileceği düşüncesi ispatlanması mümkün değildir. Demokrasi çoğunluğun yönetimi olmakla beraber<sup>33</sup>, azınlık düşüncesini ve temel haklarını da gözetilen bir rejimdir. Toplum içindeki çeşitli grupların varlığından ve bunlar arasındaki özgür tartışma ve pazarlıklardan kamu iyiliğine ulaşılmaktadır. Dolayısıyla çoğunluğun iradesini sınırlayıcı tedbirler ve kurumlar, demokrasinin özüne uygun düşmektedir<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> ARSLAN, s. 23; TROPER, Michel, "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi", **Demokrasi ve Yargı** içinde, Türkiye Barolar Birliği Sempozyumu, Ankara-2005, s. 19.

<sup>33</sup> LIJPHART, Arend, **Demokrasi Motifleri**, Çeviri: Güneş AYAS-U. Umut BULSUN, Salyangoz Yayınları, İstanbul-2006; s.41.

<sup>34</sup> ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2003, s. 34; SANCAR, Mithat, "Anayasal Demokrasi: Demokrasinin sınırı mı, Gü-

Kamu özgürlüklerinin tanınmadığı ve korunmadığı toplumlarda demokrasi bahsedilememektedir. Çoğulcu demokrasi anlayışında özgür olma eşit hakkı sadece bir gaye değil, aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının bir vasıtası olarak da düşünülebilir. Klasik demokrasilerde, Marksist demokrasilerin aksine, gelecekteki özgürlükler için bugünkü özgürlüğü feda etme anlayışı tercih edilmemektedir<sup>35</sup>. Özgürlüğe ayrıcalık veren bir yönetim biçiminin eşitsizliğin artmasına yol açabileceği veya eşitlik arayışının özgürlükten vazgeçme pahasına olabileceği de göz ardı edilmemelidir. Özgürlük ve eşitlik ilkeleri birleştirilemiyorsa demokrasi bahsedilememektedir<sup>36</sup>.

Hukuk devleti ilkesi ile çoğulcu demokrasi anlayışını birlikte değerlendirecek olursak, çoğulcu demokrasiler, toplumu idare edecek siyasal çoğunluğun kayıtlanması ve sınırlandırılması düşüncesini içerisinde barındırmaktadır. İnsan haklarına ve azınlık düşüncesine önemli bir yer verilmektedir. Dolayısıyla siyasal iktidarın iradesini kayıtlayacak hukuki düzenlemeler, çoğulcu demokrasilerle uyumlu olabilmektedir. Hukuk devleti ilkesinin amaçlarından birisi olan devletin sınırlandırılması ve kayıtlanması düşüncesine çoğulcu demokrasilerde rastlamaktayız. Azınlık düşüncesi, hak ve özgürlüklerin tanınmasına ve korunması için gerekli hukuksal ve yargısal denetlemeler bu demokrasi modelinde yer bulmaktadır. Dolayısıyla çoğunlukçu demokrasi anlayışı ile hukuk devleti ilkesi arasında var olan gerilim ilişkisine, çoğulcu demokrasi anlayışında tam olarak karşılaşmamaktadır. Çoğulcu demokrasi düşüncesinde, insan haklarının, hukukun üstünlüğünün, temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasına büyük önem verilmektedir.

Hukuk devleti ilkesi çoğulcu demokratik rejimlerle uyum içerisindedir. Bunlar arasında gerilim ilişkisi değil, uyumlu bir birlikteliğin bulunduğunu söylenebilir. O halde kabul edilmelidir ki siyasal ve sivil hakların kökleşmesinde çoğulcu demokrasinin önemi göz ardı edilememektedir<sup>37</sup>.

#### 4. TÜRKİYE'DEKİ SORUNLAR

Çoğulcu demokratik hukuk devletlerinde kuvvetler ayrılığı ilkesi ön plana çıkmaktadır. Devlet organları birbirinin yetki ve görev alanına müdahale etmeme-

---

vencesi mi?", **Demokrasi ve Yargı** İçinde, Türkiye Barolar Birliği Sempozyumu, Ankara-2005, s. 49.

<sup>35</sup> KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Baskı., Yetkin Yayınları, Ankara-1993 s. 173.

<sup>36</sup> TOURAINE, s. 111; Uzlaşmacı da denilebilecek oydışmacı anayasa yapım yönteminde, anayasa yapım süreci büyük ölçüde partiler arası müzakere ve uzlaşmalar ile yürütülmekte, sonuçta kabul edilen anayasanın toplumun büyük çoğunluğunun mutabakatına dayanması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Bkz., ÖZBUDUN, **Türkiye'de Demokratikleşme Süreci**, s. 67.

<sup>37</sup> CAROTHERS, Thomas, "Promoting the Rule of Law Abroad" Working Papers, Rule of Law Series, Washington-2003, s. 7.

lidir. Ayrıca anayasal düzenlemelerde, yargısal denetlemeyi engelleyecek hükümler yer almamalıdır. Bu yönü ile bakıldığında ve konumuzun giriş bölümünde bahsedilen ilkeleri Türkiye açısından değerlendirecek olursak; 1982 Anayasası demokratik yönetim sistemlerinden rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemi benimsemiştir. Meri anayasa, 1961 Anayasası döneminde ortaya çıkan tikanıklıkları giderici ve saf parlamenter sistemde bulunmayan düzenlemelere yer vermiştir. Anayasada kuvvetler arasında yumuşak ve dengeli işbölümü ve işbirliği anlayışına öncelik verilmiştir. Devlet organlarının görev ve yetkileri anayasal düzenlemeler ile belirlenmiştir. Anayasa’da Türkiye Cumhuriyetinin demokratik hukuk devleti olduğu ve bu düzenlemelerin değiştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (AY. m.2). Ayrıca devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen hükümde (AY. m.5) “Devletin... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan... engelleri kaldırma” sı düzenlenmiştir. Böylece anayasal düzenlemeler vasıtasıyla devlete aktif olarak hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak siyasal, sosyal ve ekonomik düzenlemeleri kaldırması görevi yüklenilmiştir. Buna karşılık bu madde içeriğinde devletin hukuki engelleri kaldırma yükümlülüğü belirtilmemiştir. Ancak yasama organının hukuk ihdas etme görevi göz önünde bulundurulduğunda, bu konuda yasama organının kendiliğinden görevli olduğu sonucu da çıkarılabilir.

Demokrasilerde kamuoyunun serbestçe oluşması esastır. Demokrasilerde seçim tek ölçüt olmamakla birlikte önemli bir işlev yerine getirmektedir. Siyasal karar alıcıların ve temsilcilerin seçimle belirlenmesi ve iş başına gelmesi esastır. Yöneticiler yönetilenlerin rızasına dayanmalıdır. Kamuoyunun serbestçe oluşmasını sağlayan temel etkenlerden birisi de düşünce ve ifade özgürlüğüdür. Basın ve yayın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşleri, bilim ve sanat özgürlükleri düşüncelerin dış dünyaya yansımalarıdır. Kamuoyunun serbestçe oluşması, siyasal nitelik taşıyan özgürlüklerin serbest bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Şurası da bir gerçektir ki demokrasi sınırsız bir özgürlük değildir. Sınırsız özgürlükler kavga ve karışıklıkları da beraberinde getirmektedir. Ayrıca demokrasinin kendisini koruyacak tedbirler de alması yadırganmamalıdır. Önemli olan tedbirlerin demokrasi ilkesi ile uyumlu olmasına özen gösterilmelidir. Demokrasinin kökleşmesi ve yerleşmesi için gerekli anayasal ve yasal alt yapının oluşturulmasına öncelik verilmelidir. Demokrasi kurumlar ve kurallar manzumesidir.

Türkiye’de anayasal düzenlemelerle bir taraftan hukuk devleti ilkesi temel ölçü norm olarak belirlenirken diğer taraftan yargısal denetlemeyi engelleyen hükümlere de yer vermektedir. Hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu demokratik ve çağdaş ülkelerde yargısal denetime kapalı hukuki işlemlerin bulunmaması esastır. Oysa 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının tek başına kullanacağı yetkileri artırmakla kalmamış “Cumhurbaşkanının re’sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz kuralını da getirmiştir. (AY. m.105/2). Cumhurbaşkanının yaptığı işlemleri; devletin



başı sıfatı ile yaptığı işlemler ve yürütmenin başı olarak yaptığı işlemler şeklinde ikiye ayrılabilir. Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatı ile yaptığı işlemler resmi ve törensel nitelik taşımaktadır. Cumhurbaşkanının bu tip işlem ve eylemleri idari işlem sayılmadığı için yargısal denetime gerek bulunmamaktadır. Zaten Cumhurbaşkanının idari işlem niteliğinde olmayan işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulması, Cumhurbaşkanının siyasal sorumsuzluk ve parlamenter sistemin de bir gereğidir. Ancak Cumhurbaşkanının yürütme organının başı olarak yaptığı işlemler yönetsel işlem olması nedeniyle, yargısal denetime tabi olması gerekmektedir. Hukukun üstünlüğü üzerine yemin etmiş olan Cumhurbaşkanının hukuka aykırı işlem yapmayacağı düşünülse de tarafsız ve bağımsız yargı organları tarafından yapılacak yargısal denetim Cumhurbaşkanının hukuki konumunu daha da güçlendirecektir.

Anayasanın 129/3. maddesi “Uyarma ve kınama cezaları ile ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz” şeklinde düzenlenmişti (AY. m.129/3). Kamu görevini hakkı ile yerine getiren kamu görevlileri hakkında siyasi sebeplerle farklı ve keyfi uygulamaya yol açabilecek böyle bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile uyumlu olduğu söylenememekte idi. Nitekim Anayasanın 129/3. maddesi 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı anayasa değişikliğine ilişkin kanununun 13. maddesi ile değiştirilmiştir. Böylece disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yüksek Askeri Şura kararları (AY. m.125/2) hukuki nitelikleri itibariyle idari işlemler arasında yer almaktadır. Yüksek Askeri Şura kararlarının yargısal denetime açılması bu kararların hukuki niteliğini güçlendirebilir. Bu yönde yine 5982 sayılı yasanın 11. maddesi ile Yüksek Askeri Şura kararlarının sadece terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedenleri ile emekliye ayırma işlemleri dışında diğer ilişik kesme kararlarına karşı yargısal başvuru yolu açılmıştır.

Hukuk devletinde idari nitelik taşıyan işlemlerin denetlenmesi esastır. Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun tam anlamı ile bağımsızlık güvencesi içerisinde olduğu savunulamaz. Kurulun başkanı siyasi bir oluşumdan gelen Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurul’un doğal üyesidir. Siyasi baskılara açık hale gelen böyle bir Kurul’un vermiş olduğu kararlar aleyhine yargısal denetim yoluna başvurulamaması hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kurul’un oluşum tarzı ve verdiği kararların kesin olması, hâkim bağımsızlığı, hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkelerine aykırı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumunu düzenleyen (AY. m.159) hükmün değiştirilmesi ve Kurul’un vermiş olduğu kararlar aleyhine yargı yolunu engelleyen (AY. m.159/12) hükmün kaldırılması gerekmektedir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları aleyhine kısmi yargısal başvuru imkânı 5982 sayılı yasanın 22. maddesi ile getirilmiştir. Buna göre Kurulun meslekten çıkarma cezalarına karşı yargısal başvuru yöntemi kabul edilmiştir.

Anayasanın 125/6. maddesine göre, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde, ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yargı organlarının yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi sınırlandırılmaktadır. Fıkıradaki sözü geçen durumlarda idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararlar doğacak olsa ve idari işlem açıkça hukuka aykırı bulunsa bile, idari yargı organlarının yürütmeyi durdurma kararları verebilmeleri yasa ile sınırlanabilmektedir. Bu durum hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

## 5. SONUÇ

Hukuk devleti ilkesi Avrupa Birliğinin yapıcı ve kurucu değerlerinden biridir. İstikrarlı ve anayasal güvencelerin sağlandığı demokrasilerde hukuk devleti ve insan hakları ilk ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum Copenhagen ölçütleri arasında da yer almaktadır<sup>38</sup>.

Demokratik hukuk devletinde siyasal iktidar iki temel güce dayanmaktadır. Bunlar mevcut sorunların kurumsal olarak ele alınması ve çıkarlar arasında uzlaşma sağlanmasıdır<sup>39</sup>.

Çağdaş ve demokratik anayasal devletlerde hukuk devleti ilkesini sarsan ve yargısal denetimi engelleyen düzenlemelerin bulunmaması esastır. Türkiye Devletinin Cumhuriyet olduğu anayasanın daha ilk maddesinde belirlenmiştir. Anayasanın ikinci maddesinde ise Cumhuriyetin Temel İlkeleri hüküm altına alınmıştır. Anayasalar kural olarak, devletin temel yapısını, organlarını, organlarının görev ve yetkilerini ve birbirleri ile ilişkilerini, bireylerin temel hak ve özgürlükleri tanıyan ve koruyan yazılı belgeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasalarda devletin temel yapısı ve özellikleri belirlendikten sonra, bu ilkeleri boşa çıkaracak ayrıntı düzenlemeler içermemelidir. Ancak 1982 Anayasası için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Anayasada cumhuriyetin temel nitelikleri arasında hukuk devleti ilkesine yer verildikten sonra, yargısal denetimin engellendiği birçok düzenlemelerin yer almaktadır. Hukuk devleti ilkesini sarsan ve yukarıda bahsedilen bu düzenlemelerin kaldırılması veya idari kurumların işlem ve eylemlerinin yargısal denetime açık bulundurulması gerekmektedir. Yasama organı yapacağı çalışmalar ve siyasal uzlaşma ile bu anayasal yapıyı düzeltebilir.

Hukuk devleti ilkesinin anlam kazanabilmesi için tarafsız ve bağımsız yargısal organlara ve bu organlara güven ön plana çıkmaktadır. Hâkimler hükümeti oluşumunu, yargısal aktivizmi engelleyecek ve hukuki ihtilafları hukuk devleti ilkesine uygun olarak çözecek güçlü anayasal düzenlemelere ve yargısal kuruluşlara ihtiyaç bulunmaktadır. Yargısal görevin insan hakları, demokrasi ve

<sup>38</sup> CREMONA, Marise, "The European Neighbourhood Policy: Legal and Institutional Issues, CDDRL Stanford IIS, Number 25, Stanford-2004, s. 10.

<sup>39</sup> HABERMAS, s. 111.

hukuk devleti ilkelerini özümsemiş yargıçlar vasıtası ile yerine getirilmesi büyük önem arz etmektedir.

Demokratik ülkelerde özgürlük ve eşitlik ilkelerinden birisi diğerine feda edilemez. İki üstün değer olan özgürlük ve eşitlik arasında bir gerilim ilişkisi de bulunmaktadır. Ne özgürlük uğruna eşitlikten, ne de eşitlik uğruna özgürlükten vazgeçilebilir. Anayasal düzenlemelerde bu iki ilkenin anayasaya hakim temel ilke olarak dengelenmesi gerekmektedir. Herkesin özgür olma eşit hakkına uygun anayasal haklarının tanınması ve korunmasına özen gösterilmelidir.

Egemenlik, üstün buyurma ve emretme gücü olarak anlaşılacak olursa, millete dayalı yönetim sistemlerinde de üstün buyurma ve emretme gücü keza millete ait olmaktadır. Anayasamıza göre egemenlik kayıtsız ve şartsız millete aittir. Egemenlik, anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlarca kullanılır. Dolayısıyla millete ait olan üstün buyurma ve emretme gücü millet tarafından seçilmiş temsilciler tarafından kullanılmaktadır. Bu nedenle demokrasilerde egemenlik yetkisini kullanan seçilmiş temsilciler, kendilerini seçenler adına kararlar almaktadırlar. Yasama yetkisi Türk milleti adına yasama organınca, yürütme yetki ve görevi Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulunca, yargı yetkisi ise tarafsız ve bağımsız mahkemelerce yerine getirilmektedir. Yasama ve yürütme yetkisini kullanan organlar seçim vasıtasıyla oluşturulmaktadır. Egemenlik yetkisini kullanan anayasal organların hukuki tasarruflarının meşruiyeti seçimler vasıtasıyla sağlanmaktadır.

Türkiye devletinin bir cumhuriyettir. Cumhuriyet ile yönetilen ülkelerde devletin başlıca organlarının seçim ilkesine uygun olarak oluşturulması esastır. Devletin yönetim organları babadan oğla, yani veraset ilkesine göre değil, seçimler aracılığı ile oluşturulmalıdır. Yargı yetkisini kullanan kişiler ise yine anayasaya, kanunlara ve vicdani kanaatlere göre hüküm tesis etmektedirler. Yargı yetkisi Türk Milleti adına kullanılmaktadır. Ancak yargı yetkisinin kullanılması esnasında bu yetkinin gerçek sahibi olan millet bulunmamaktadır. Özellikle Anglo-Sakson ülkelerinin ceza yargılamasında jüri sistemi benimsenmek suretiyle halkın da yargısal yetkinin kullanılmasına katıldığı görülmektedir. Yargının vermiş olduğu kararlar kamunun vicdanını yansıtmalıdır. Yargı organları tarafından yapılan yargısal faaliyetler sonucunda verilen kararlar kamu vicdanını yaralayacak nitelik taşımamalıdır. Yargı organlarınca kamu vicdanını yaralayan kararlar verilmesi, bu kararların inandırıcılığı ve uygulanabilirlik özelliği de tartışılmalı hale getirmektedir. Egemenliğin yargı yetkisini kullanan yargıçların seçim ilkesine göre oluşturulması ve yargı yetkisinin kullanılmasında jüri sistemine geçilmesi Cumhuriyetin temel niteliklerine daha uygun düşmekte olduğu düşünülebilir. Seçilmiş yargıç ve jüri sistemi ile yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması ve yerine getirilmesinde Türk Milletinin de dâhil edilmiş olması egemenliğin kayıtsız ve şartsız millete ait olması ilkesine daha uygun düştüğü söylenebilir. Mevcut anayasamıza göre yüksek yargı organı üyeleri Cumhurbaşkanınca atanmaktadır.

Atama yetkisinin kullanılmasında Cumhurbaşkanı ile birlikte yasama organı da yetkilendirilebilir. Cumhurbaşkanı'nın atadığı yüksek yargı organı üyelerinin göreve başlaması yasama organının onayına bağlı tutulabilir. Böylece egemenliği kullanan yargı organı üyelerinin göreve başlamasında yasama organının dolayısı ile milletin iradesinin yargı organının oluşumunda katkısı da sağlanabilir. Gücünü ve meşruiyetini anayasadan, kanunlardan ve vicdani kanaatlerinden alan hâkimler, yargı yetkisinin asli sahibi olan millet adına karar vermektedirler. Türk milletinin verilecek kararlara katkısı ise, bu kararı veren yargı organı üyelerinin cumhuriyet ilkesine uygun olarak yasama organı tarafından seçilmesine bağlı tutulabilir. Böylece hâkimler, gücünü ve dayanağını ve meşruiyetini anayasa, kanunlar ve vicdani kanaatlerine ek olarak millettten almış olacaklardır.

Anayasanın 2. maddesinde açıkça ifade edilen hukuk devleti ilkesi, yasama, yürütme ve yargı gücünü, yani egemenlik yetkisini Millet adına kullanan anayasal organlara ışık tutmaktadır. Egemenlik yetkisini kullanan organlar hukukun genel ilkeleri, anayasa ve yasalar çerçevesinde, insan haysiyetinin korunması, insan hakları ile temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamak amacını taşımaktadır<sup>40</sup>.

Anayasa, hukuk devleti ilkesini bir taraftan değiştiremeyecek temel hükümler arasında sayarken, diğer taraftan bu ilkeyle bağdaşmayan düzenlemelere de yer vermiştir. Yasa koyucu tarafından hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bu düzenlemelerin de anayasadan arındırılması gerekmektedir.

Hukuk devleti düşüncesi demokratik rejime dayanmalıdır. Demokrasi iktidarın paylaşılması ve sınırlanmasını, hukuk devleti ise demokratik rejimi sınırlayan ve düzenli çalışmasını sağlayan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Demokrasi düşüncesi yönetilenlerin güvenine dayanan bir ilke olduğundan, demokratik olmayan bir yönetimin hukuk devleti ilkesini gerçek anlamda yaşama geçirmesi mümkün görülmemektedir.

Hukuk devleti ilkesi, hukuk ile kuşatılmış bir devleti, dolayısıyla bir ideali ifade etmektedir. İnsan hakları düşüncesi ile bir paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla insan hakları düşüncesine dayanan, hukukun evrensel ilkelerine saygı duyan demokratik rejimlerde hukuk devleti ilkesi aynı zamanda ulaşılması gereken bir ideali de ifade etmektedir. Çağdaş demokrasiler, insanlara vermiş olduğu değerle yücelmektedir. Bunun yolunu ise hukuka saygı duyan, hukuk ile kuşatılmış, insan haklarına dayalı bir anayasal sistem ile mümkün görülebilir. Hukuk devleti ilkesi, yasama, yürütme ve yargı organlarına yol gösteren, ışık tutan bir ilke konumunu taşımaktadır.

<sup>40</sup> ÖZTÜRK, Bahri, "Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi "Yüce Divan", **Anayasa Yargısı** 12, Anayasa Mahkemesinin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, İzmir-1995, s. 68-69.

**KAYNAKÇA**

- ALDER, John, **Constitutional and Administrative Law**, Second Edition, Macmillan, London-1994.
- ARSLAN, Zühtü, **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayınlar, Ankara-2005.
- CAROTHERS, Thomas, “Promoting The Rule of Law Abroad” Working Papers, Rule of Law Series, Washington-2003.
- CRAIG, Paul, P., **Administrative Law**, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London-1999.
- CREMONA, Marise, “The European Neighbourhood Policy: Legal and Institutional Issues, CDDRL Stanford IIS, Number 25, Stanford-2004.
- DAHL, Robert A., **Demokrasi Üstüne**, Çeviren: Betül KADIOĞLU, Phoenix Yayınevi, Ankara-2001.
- DİCEY, A V, **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, Tenth Edition, Macmillan New York-1967.
- DOEHRING, Karl, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, Çeviren: Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul-2002.
- ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara-2003.
- ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Adres Yayınları, 2. Baskı, Ankara-2004.
- ERDOĞAN; Mustafa, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara-2002.
- GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İzmir-1999.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, 11. Baskı, Bursa-2011.
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınevi, 4. Baskı, Bursa-2013.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, Ankara-2012.
- HATEMİ, Hüseyin, **Hukuk Devleti Öğretisi**, İşaret Yayınları, İstanbul-1989.
- KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Baskı., Yetkin Yayınları, Ankara-1993.
- KARPEN, Ulrich, “Sınırlı İktidar ve Hukuk Devleti”, **Demokrasi ve Yargı İçinde**, Türkiye Barolar Birliği Sempozyumu, Ankara-2005, sayfa 34-43.
- KESER, Hayri, **Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti İlkesi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya-2005.
- HABERMAS, Jürgen, **“Öteki” Olmak, “Öteki”yle Yaşamak, Siyaset Kuramı ve Yazıları**, Çeviren: İlnur Aka, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul-1999.
- HATEMİ, Hüseyin, **Hukuk Devleti Öğretisi**, İşaret Yayınları, İstanbul-1989.

- KARATEPE, Şükrü, **İdare Hukuku**, İzmir-1993.
- LJPHART, Arend, **Demokrasi Motifleri**, Çeviri: Güneş AYAS-U. Umut BULSUN, Salyangoz Yayınları, İstanbul-2006.
- METİN, Yüksel, **Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara-2002.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2003.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türkiye’de Demokratikleşme Süreci, Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul-2014, (**Türkiye’de Demokratikleşme Süreci**).
- ÖZDEN, Y. Güngör, “İÜHF. İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma Merkezi’nin 10 Mart 1995’de Düzenlediği Hukuk Devleti Gününde Yaptığı Konuşma”, *Anayasa Mahkemesi Bülteni*, Yıl 2, Sayı 2-3-4, Nisan-Temmuz-Ekim-1995, sayfa 67-70.
- ÖZDEN, Y. Güngör, “İnsan Hakları Hukuk Devleti ve Savunma”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 1984, Sayı 3, sayfa 371-387.
- ÖZTÜRK, Bahri, “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”, **Anayasa Yargısı 12**, Anayasa Mahkemesinin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, İzmir-1995, sayfa 59-108.
- ROSENFELD, Michel, “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, <http://www-rcf.usc.edu/~usclev/pdf/074503.pdf>, Erişim Tarihi: 17.02.2005.
- SANCAR, Mithat, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin sınırı mı, Güvencesi mi?”, **Demokrasi ve Yargı İçinde**, Türkiye Barolar Birliği Sempozyumu, Ankara-2005, sayfa 44-57.
- STEVENS, Irving, **Constitutional& Administrative Law**, 3RD Edition, Glasgow-1996.
- ŞAHİN, Cumhur, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Yetkin Yayınları, Ankara-1994.
- TOURAINÉ, Alain, **Demokrasi Nedir?**, Çeviren: Olcay KUNAL, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul-2004.
- TROPER, Michel, “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, **Demokrasi ve Yargı İçinde**, Türkiye Barolar Birliği Sempozyumu, Ankara-2005, sayfa 12-24.
- TUNÇ, Hasan, **Makaleler (Anayasa Hukukuna Giriş)**, Konya-1998.
- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet, “Tebliğ”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 3, Sayı 11, sayfa 11-21.

## CEZA SORUMLULUĞUNUN GELİŞİMİ

*Yrd. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ\**

### ÖZET:

Ceza hukuku bütün unsurları ve konularıyla sorumluluk sorunu üzerine kurulmuş bir hukuk dalıdır. Ceza hukukunun gelişim aşamalarının incelenmesi bir anlamda ceza sorumluluğunun hangi esasa dayandığının incelenmesi anlamını da taşır. Cezai sorumluluğun geçirdiği aşamaları dört ana başlıkta toplamak mümkündür: 1) Başkasının fiilinden sorumluluk, 2) Objektif sorumluluk, 3) Kusurlu sorumluluk ve 4) Kişilik yönünden sorumluluk.

Günümüz ceza hukukunda “sübjektif sorumluluk” anlayışı egemendir. Kusurluluk sorununun ceza hukukunun kaderini belirleyen bir sorun olduğu kabul edilmektedir ve bu bağlamda kusurluluk kavramının içeriğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Kusurluluk kavramının içeriğini belirleme konusunda da psikolojik teori ve normatif teori önem arz etmektedir. Psikolojik teori fail ile fiil arasındaki sübjektif ilişkiyi kusurluluk olarak tanımlamıştır. Normatif teoriye göre ise kusurluluk, fail ile fiil arasındaki psikolojik bir ilişki değil, bu ilişki hakkındaki değer yargısıdır, yani failin bundan dolayı kınanmasıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Ceza Sorumluluğu, Kusurluluk, Sübjektif Sorumluluk, Psikolojik Teori, Normatif Teori.

### ABSTRACT:

The criminal law is the body of law that focuses on the issue of responsibility with all its components and content. Examining the development stages of criminal law also means examining on which principles criminal responsibility is based. The phases of criminal responsibility fall under four categories: 1) Responsibility for another person's act, 2) Objective responsibility, 3) Faulty responsibility, and 4) Personal responsibility.

What dominates today's criminal law is “subjective responsibility”. It is commonly accepted that the problem of faultiness determine the fate of criminal law, and thus it is of particular importance to define the scope of the concept of faultiness. The psychological theory and the normative theory play an important role in determining the scope of faultiness. The psychological theory defines the subjective relationship between the actor and the act as faultiness. According to the normative theory, the relationship between the actor and the act is not a psychological relationship, but a value

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

judgment about the relationship, that is condemning the actor because of the relationship.

**Keywords:** Criminal Responsibility, Culpability, Subjective Responsibility, Psychological Theory, Normative Theory.



## GİRİŞ

Ceza hukuku sorumluluk sorunu üzerine kurulmuş bir hukuk dalıdır. Ceza hukukunun gelişim aşamalarının incelenmesi bir anlamda ceza sorumluluğunun hangi esasa dayandığının incelenmesi anlamını da taşır.

Günümüzde ceza sorumluluğunun fiile dayalı sübjektif sorumluluk olması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu anlayış bir anda ortaya çıkmış değildir. İnsanlık tarihi ile birlikte hukuk da bir değişim ve gelişim göstermiştir. Özellikle Rönesans, Reform ve Aydınlanma çağının, ceza hukukunun gelişiminde çok önemli rol oynadığı muhakkaktır. Bu dönemde ortaya çıkan ceza hukuku okulları, modern ceza hukukunun temellerini atmıştır. Bugün gelinen noktada ise ceza sorumluluğunun temelini oluşturan kusur ve kusurluluk kavramlarının içeriğine dair tartışmalar önem kazanmıştır.

## I. CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI

Ceza hukukunda bütün sorunlara bulunacak çözüm şekilleri ceza hukukunda sorumluluk konusunda kabul edilen görüşle sıklıkla ilişki içindedir<sup>1</sup>. Nitekim modern ceza hukuku anlayışının temellerini oluşturan görüşleri içeren klasik ve pozitif okulun ceza sorumluluğunun esası konusundaki anlayışlarının farklı olmasına bağlı olarak, ceza hukukunun diğer alanlarında da birbirine zıt sonuçlara varılmaktadır<sup>2</sup>.

Ceza sorumluluğunun esası konusu aslında irade özgürlüğü ve determinizm konularıyla sıkı bir bağlantı halindedir. Ceza hukuku tarihi bu açıdan üç ayrı görüş etrafında toplanmaktadır. Bu görüşler: a) Suçlunun hareketlerini seçme konusunda mutlak anlamda özgür bir varlık olduğunu benimseyen anlayış, b) suçlunun mutlak anlamda “determine” olduğunu benimseyen anlayış ve c) suçlunun tamamen özgür olduğunu reddeden, aksine somut şartlara göre genişleyen veya yok olma derecesine kadar daralan bir özgürlüğe sahip bulunan somut bir insani kişilik olduğunu benimseyen anlayıştır<sup>3</sup>.

Failin, davranışlarını seçme konusunda söz konusu olan bu tartışmalardan Klasik Okul ve Pozitif Okul adı verilen ve birbirinin karşıtı olan ceza hukuku akımları ile arabulucu bir akım olan Üçüncü Okul ortaya çıkmıştır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sulhi Dönmezer (1949). *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 432, Hukuk Fakültesi No: 96, Doktora İhtisası Kurları Serisi No: 13, s. 2.

<sup>2</sup> Aynı, s.3

<sup>3</sup> Nevzat Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 716, 1988), s. 368.

<sup>4</sup> Ceza hukuku Fransız İhtilali’nden ve özellikle pozitif okulun şekillenmeye başladığı dönemlerden beri daima bir reform çabası içerisinde bulunmaktadır. Pozitif okulun doğuşu bu reform hareketlerinin tek nedeni olmasa dahi reform hareketlerini oldukça hızlandırmıştır. Ül-

Aydınlanmanın neden olduğu politik-kültürel ortamda gelişen Klasik okul, “irade özgürlüğü” varsayımından, yani insanın hareketlerini seçmede tamamen özgür olduğu düşüncesinden hareket etmektedir<sup>5</sup>. Bu teoriye göre ceza sorumluluğunun esası kusura ve dolayısıyla sübjektif sorumluluğa dayanmaktadır<sup>6</sup>. Buna karşılık pozitif okul ceza sorumluluğunun esası olarak toplumsal savunmayı kabul etmiş ve buna bağlı olarak failin sosyal sorumluluğu üzerinde durmuştur<sup>7</sup>.

Klasik teoriye göre ceza sorumluluğunun varlığından söz edebilmek için maddi nedensellik bağının, isnat yeteneğinin ve fail ile fiil arasında psikolojik bir bağın bulunması gerekmektedir<sup>8</sup>. Failin suçtan çekinmesinin gerekli ve mümkün olduğu halde suçtan çekinmemiş olması durumunda kusurlu olduğu kabul edilir. O halde failin kusurlu olduğu saptanırken, failin işlediği fiilin suç teşkil ettiğini anlayabildiği, buna rağmen bu fiili işlediği veya bundan sakınmak konusunda iradesini kullanmadığı, bu nedenle de fiili ile netice arasında psişik bağın bulunduğu ifade edilmiştir<sup>9</sup>. Faile verilecek ceza da failin kusuru dikkate alınarak verilecektir<sup>10</sup>. Ceza kefalet esasına dayanır. Bu nedenle ceza acı verici, kişisel, orantılı ve geri alınmaz olmalıdır<sup>11</sup>.

Klasik okul, uygarlığın kazanımları olan, garanti edici ve gelişmiş bütün ceza hukuklarının temelini oluşturan fiilin maddiliği, ihlal ediciliği, kusurluluk,

---

kemizde de sıkça yapılan reform hareketlerinin temellendirilmesi için kanun koyucunun mutlaka cezai sorumluluğun esası konusunda bir görüşe sahip olması gerekmektedir. Bu konuda sağlam bir temele sahip olmayan kanun koyucunun kanun metni içinde birbirleriyle çelişen hükümler koyması kaçınılmazdır. Dönmezer, a.g.e., s. 5.

<sup>5</sup> Tahir Taner, *Ceza Hukuku*, İstanbul: İstanbul Akgün Matbaası, 1953, s. 33; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. baskı, Ankara: Yetkin yayınevi, 2012, s. 73.

<sup>6</sup> Taner, *Ceza Hukuku*, s. 33; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75*, 3. baskı, İstanbul: Beta, 2013, s. 36-37; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s.12; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 9. baskı, Ankara, Seçkin yayınevi, 2013, s. 74; Zeki Hafizoğulları-Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. baskı, Ankara: U.S.A. yayıncılık, 2012, s. 126; Veli Özer Özbek- M. Nihat Kanbur- Pınar Bacaksız- Koray Doğan-İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, 2013, s. 112.

<sup>7</sup> Nevzat Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 369; Dönmezer, a.g.e., s. 3; Devrim Aydın, “Ceza Hukukunda Okullar”, *CHD*, Y.6, S.5, (Nisan 2011), s. 48; Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, a.g.e., s. 113.

<sup>8</sup> Kişinin isnat yeteneğine sahip olabilmesi için irade serbestisine sahip olması gerekir. İrade serbestisine sahip olmak, bir kimsenin bir hareketi yapıp yapmamakta yetkin olması, hareketine istediği yönü verebilmesi demektir. Isnat yeteneğinin varlığından söz edebilmek için failin ayrıca temyiz kudretine de sahip olması gerekir. Temyiz kudretinin iki değişik anlamda algılandığını görmekteyiz. Bir anlayışa göre temyiz kudreti, iyiyi kötüden ayırt edebilme yeteneğidir; diğer bir anlayışa göre ise fiilin suç teşkil edip etmediğini anlayabilme kudretidir. Dönmezer, a.g.e., s. 20-21.

<sup>9</sup> Dönmezer, a.g.e., s. 21; Zafer, a.g.e., s. 38; Hafizoğulları-Özen, a.g.e., s. 126.

<sup>10</sup> Dönmezer, a.g.e., s. 26.

<sup>11</sup> Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 369.

isnadiyet, cezanın şahsiliği, belirliliği ve orantılılığı gibi bazı ilkeleri ortaya koymuştur<sup>12</sup>.

Klasik okulun görüşleri özellikle, irade özgürlüğünün bir hayal olduğu, bilimin bunun aksini gösterdiği, cezanın bir kefalet değil, toplumsal bir savunma aracı olduğu ve faildeki kusurun ve derecesinin araştırılmasının imkânsız denecek kadar güç olduğu yönünde eleştirilmiştir<sup>13</sup>. Ayrıca klasik okul failin kişiliği üzerinde durmamaktadır<sup>14</sup>. İnsanın mutlak anlamda özgür olduğu varsayımı, sorumluluğun derecelenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi yönünden, insan davranışlarının iradi olmayan iç veya dış nedenlerle şartlandırıldığını görmezlikten gelme sonucunu doğurmaktadır. Klasik okulun eleştirilen bir başka yönü ise, bu okulun cezayı genel ve özel önlemenin yegâne aracı olarak kabul etmesidir<sup>15</sup>.

Söz konusu eleştiriler pozitif okulun doğmasına neden olmuştur. Bu okula göre suç, failin özgür ve sorumlu bir seçiminin sonucu olarak değil, belirli nedenlerin kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkar<sup>16</sup>. Pozitif okul ceza sorumluluğunun esasını sosyal sorumlulukta görürler. Devlet, irade özgürlüğüne sahip olmadığı genel olarak kabul edilen insanı, toplumu korumak için cezalandırır<sup>17</sup>. Zira bu görüşe göre özellikle doğuştan suçlular, irade ve hareketlerinde serbest olmadıkları için, ceza tahdidinin kendileri üzerinde etkisi bulunmamaktadır ve onları suç işlemekten alıkoyamayacaktır<sup>18</sup>. Cezanın ölçüsü ise failin tehlikelilik hali ve topluma uyum imkânıdır. Sosyal tehlikelilik, failin bir kısım nedenlerle suç fiillerini işlemeye itilmesi ihtimalini ifade eder<sup>19</sup>. Okulun öncülerinden Garofalo, ceza sorumluluğunun ve tehlikeliliğin esasını, suçludaki ahlak bozukluğuna bağlamıştır<sup>20</sup>. Tehlikelilik hali failin mensup bulunduğu sosyal sınıfa göre değişir<sup>21</sup>. Tehlikelilik halinin ceza sorumluluğunun ölçü ve derecesini belirleme bakımından bir kriter olması neoklasikler tarafından eleştirilmiştir. Neoklasiklere göre tehlikelilik

<sup>12</sup> Toroslu, "Ceza Hukukunda Okullar", s. 369; Aydın, a.g.m., s. 49.

<sup>13</sup> Dönmezer, a.g.e., s. 32.

<sup>14</sup> Soyaslan, a.g.e., s. 74.

<sup>15</sup> Ancak uygulamada örneğin Klasik Okuldan esinlenen 1889 tarihli Zanardelli Kanunu, cezadan sonra veya cezanın uygulanmaması halinde uygulanabilecek bazı önleyici tedbirler öngörerek bu sorunu aşmıştır. Toroslu, "Ceza Hukukunda Okullar", s. 369.

<sup>16</sup> Pozitif okulun kurucusu Lombroso'dur. Daha sonra Garofalo ve Ferri teorisinin eleştirilen yönlerini düzelterek teoriye asıl şeklini vermişlerdir. Dönmezer, a.g.e., s. 34; Soyaslan, a.g.e., s. 74; Zafer, a.g.e., s. 40.

<sup>17</sup> Artuk, Ceza Hukukunun Tarihi, s. 12.

<sup>18</sup> Taner, Ceza Hukuku, s. 40.

<sup>19</sup> Toroslu, "Ceza Hukukunda Okullar", s. 370; Demirbaş, a.g.e., s. 75-76.

<sup>20</sup> Aydın, a.g.m., s. 50.

<sup>21</sup> Dönmezer, a.g.e., s. 51.

halini gerek kanun gerek öğretide kesin şekilde belirleme ve tanımlama imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca tehlikelilik halinin belirlenmesi ve buna verilecek değer konusunda hâkime keyfi bir yetki verilmiştir<sup>22</sup>.

Birbirinin karşıtı olan klasik ve pozitif okulun görüşlerinin eleştirisi ile bu okullar arasında dengeyi sağlayan yeni bir anlayış olarak Üçüncü okul ortaya çıkmıştır<sup>23</sup>. Üçüncü okul, ceza hukukunu bir yandan kusurlu irade ile (yani özgür irade varsayımına değil, zihinsel olarak sağlıklı ve normal olma kavramlarına dayandırılan irade ile) işlenmiş fiilden sorumluluğa, isnadiyete ve (isnat edilebilenler yönünden) ceza üzerine dayandırmış, böylece Klasik okulun temel ilkelerini benimsemiştir. Öte yandan da bazı faillerin sosyal tehlikeliliğini ve tehlikeli faillere karşı toplumu savunmanın gereği olarak emniyet tedbirlerini kabul etmiştir. Böylece Üçüncü okul, Pozitif okulun birtakım faydalarını, Klasik okulun anlayışı ile birleştirmiştir<sup>24</sup>.

Daha sonra irade özgürlüğünü, doğuştan sahip olunan ve bütün insanlar bakımından, dolayısıyla suçlular için de, müşterek olan kişisel sorumluluk duygusuna dayandıran Yeni Sosyal Savunma görüşü ortaya çıkmış ancak bu görüş de özellikle geliştirim konusunda başarısız olmuştur<sup>25</sup>.

Bugün “fiilin sübjektifliği” ilkesi ceza hukukunda önemli bir kavramdır. Bu ilke uyarınca failin kanuni tipte zararlı bir fiil gerçekleştirmesinin yanı sıra, söz konusu fiilin faile isnat edilebilmesi gerekmektedir<sup>26</sup>.

Ceza hukuku kusur kavramına dayanmaktadır<sup>27</sup>.

## II. CEZA SORUMLULUĞUNUN GELİŞİMİ

Bilindiği gibi günümüz ceza hukukunda, sorumluluk bakımından “fiilin sübjektifliği ilkesi” veya “sübjektif sorumluluk” anlayışı egemendir. Bu ilke gereği, suçun varlığı için failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesi yeterli değildir; bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerekir. Bu durumda suçun oluşabilmesi için fiil ile fail arasında maddi nedensellik bağının varlığı yanında, psişik bir bağın da bulunması zorunludur<sup>28</sup>. Ceza hukukunda

<sup>22</sup> Dönmezer, a.g.e., s. 60.

<sup>23</sup> Önder, Ceza hukuku dersleri, s. 14.

<sup>24</sup> Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 372; Demirbaş, a.g.e., s. 76.

<sup>25</sup> Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 374-376.

<sup>26</sup> Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II.* (14. baskı). İstanbul: Beta, 1997, s. 143.

<sup>27</sup> Yener Ünver, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”. *Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılda Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler. 26-27 Mart, 1997.* İstanbul: Beta 1997, s. 110.

<sup>28</sup> Ferrando Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale.* (4.ed.). Padova: CEDAM 2001, s. 293; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku.* (7. baskı). Ankara: Savaş 2005, s. 126.

sübjektif unsur konusundaki bu gelişme, ceza hukukunun gelişimiyle paralellik göstermiştir. Bu nedenle kusurluluk sorununun ceza hukukunun kaderini belirleyen bir sorun olduğu kabul edilmektedir<sup>29</sup>.

Ceza sorumluluğunun tarihsel gelişimi incelendiğinde, bugünkü noktaya çeşitli aşamalardan geçilerek ulaşıldığı görülmektedir. Cezai sorumluluğun geçirdiği aşamaları dört ana başlıkta toplamak mümkündür: 1) Başkasının fiilinden sorumluluk, 2) Objektif sorumluluk, 3) Kusurlu sorumluluk ve 4) Kişilik yönünden sorumluluk<sup>30</sup>.

### 1. Başkasının Fiilinden Sorumluluk-Kolektif Sorumluluk Dönemi

Başkasının fiilinden sorumlulukta, kişi, gerçekleşmesine hiçbir nedensel katkıda bulunmadığı, tamamen başkası tarafından gerçekleştirilen fiilden sorumlu tutulur. Bu sistemde kişinin cezalandırılabilmesi için failin ailesine, kabilesine dahil olması yeterlidir<sup>31</sup>. Bu sorumluk türü, devletin henüz oluşmadığı, kişinin belli bir ulus veya kabileye mensup olduğu çok eski dönemlerde ortaya çıkmıştır<sup>32</sup>.

Bu dönemde kusurun tanınmadığı<sup>33</sup> beyan edilmekle birlikte, aile içinde işlenen suçlarda çok ilkel düzeyde de olsa failde mevcut bir kusur duygusuna dayanıldığı da ileri sürülmüştür. Suç, farklı aile veya kabileye mensup olan şahıslar arasında veya bunların karşılıklı olarak kabile ve ailelerine karşı işlendiğinde neticenin isteyerek veya istemeyerek gerçekleştirilmesi arasında fark görülmemekte, fail her zaman cezalandırılmaktaydı. Daha doğrusu bu dönemde kişisel ölç almanın iki grup arasında bir harp hakkında ibaret bulunduğu ve hatalı olarak ceza hukukuna ait bir kurum olarak değerlendirildiği, bu konunun kabileler arası devletler hukukuna ait bir konu olduğu ileri sürülmüştür<sup>34</sup>.

Bu tür sorumluluğun günümüzde de, özellikle insanlığın sorunlu dönemlerinde, terörist amaçlarla yeniden ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Buna “rehinelerin kurşuna dizilmesi, kanlı misillemelerde bulunulması, siyasi suçlarla itham edilenlerin yakınlarına işkence edilmesi”<sup>35</sup> durumları örnek gösterilmektedir.

<sup>29</sup> Luis Jimenez De Asua, “Il Delitto Preterintenzionale”, *RIDPP*, Anno V. 3-14, 1962, s. 3.

<sup>30</sup> Toroslu, a.g.e., s. 126.

<sup>31</sup> Mehmet Emin Artuk, “Ceza Hukukunun Tarihi”, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul: Beta, 1989, s. 2.

<sup>32</sup> Nevzat Toroslu, “Cezai Sorumluluğunun Gelişimi”, *YD.*, S. 1-2, Ocak-Nisan, 1990, s. 121; Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukuku’na Giriş*, 7. Baskı, İstanbul: Beta, 2011, s. 8; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 29; Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I. (13. baskı). İstanbul: Beta, 1997, s. 40 vd.

<sup>33</sup> Artuk, *Ceza Hukukunun Tarihi*, s. 2.

<sup>34</sup> bkz. Dönmezer, a.g.e., s. 9-10.

<sup>35</sup> Mantovani, a.g.e., s. 294.

Başkasının fiilinden sorumluluğun kesin olarak terk edilmesi gerekliliği uluslararası anlaşmalarda ifadesini bulmuştur. Nitekim Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına Dair 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinde, “Hiç kimse kendisinin işlemediği bir suç nedeniyle cezalandırılmaz” ve “Terörizm veya baskı, tehdit şeklindeki her tür kolektif ceza yasaklanmıştır” hükümlerine yer verilmiştir<sup>36</sup>.

Çağdaş ceza hukukunda başkasının fiilinden sorumluluk kabul edilmez; failin cezalandırılması için kusurlu olması gerekir. Türk hukukunda Anayasa’da ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine yer verilerek kişinin sadece kendi eyleminden dolayı sorumlu olacağı dolayısıyla başkasının fiilinden sorumluluğun kabul edilmediği açıkça ortaya konulmuştur (Ay m. 38/6).

## 2. Objektif Sorumluluk Dönemi

Cezai sorumluluğun gelişim aşamalarından ikincisini oluşturduğu kabul edilen objektif sorumluluk, kısaca, kişinin kendi iradi ve hukuka aykırı hareketinden doğan neticeden, bu netice ile arasında herhangi bir psikik bağ aranmaksızın salt nedensellik bağı dolayısıyla sorumlu tutulmasını ifade etmektedir<sup>37,38</sup>. Yani bu sorumluluk türünde sadece failin ihmali veya icrai hareketi ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir<sup>39</sup>. Objektif sorumlulukta, sadece zarara neden olma cezalandırmanın meşruluğunu doğurmaktadır. Bu nedenle bu tür sorumluluğa nedensellik bağı sorumluluğu da denilmektedir<sup>40</sup>. Gerçekten objektif sorumluluk hallerinde, failin sebebiyet verdiği hareketin neticeleri yönünden, failin psikolojik durumu üzerinde herhangi bir araştırma yapılması aranmadığından, fail yapmış olduğu hareketin neticelerinden kusuru bulunmasa dahi sorumlu olmaktadır<sup>41</sup>. Cezanın uygulanması için gerekli olan tek şart failin sorumlu tutulduğu neticenin, onun iradi hareketinin ürünü olmasıdır<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Mantovani, a.g.e., s. 294.

<sup>37</sup> Francesco Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale, PG.*, (16. ed.). (aggiornata da L. Conti), Milano: A. Giuffrè, 2003, s. 387; Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., (5. baskı), s. 415.

<sup>38</sup> Objektif sorumluluğun sadece bir nedensellik bağı sorumluluğu olmadığı, aslında objektif sorumluluk durumunda da kusurun var olabileceği ancak bu sorumluluğun araştırılmadığı yönünde de görüşler mevcuttur. Arturo Rocco, “L’Ogetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale Contributo alle Teorie Generali del Reato della Pena”, *Opere Giuridiche, I.* Roma: Foro Italiano, 1932- 1933, s. 142-144; Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi yayınları: 430, Hukuk Fakültesi: 94, Doktora ihtisas kurları serisi: 12, 1949, s. 101; Giuseppe Maggiore, *Diritto Penale, vol. I*, Bologna: Zanichelli, 1958, s. 439.

<sup>39</sup> Antonio Pagliaro, *Principi di Diritto Penale, PG*, 8. ed., Milano: Giuffrè editore, 2003, s. 329; Fabrizio Ramacci, *Corso di Diritto Penale*. (4. ed.). Torino: Giappichelli editöre, 2007, s. 339.

<sup>40</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e. (5. baskı), s. 413.

<sup>41</sup> Toroslu, Cezai sorumluluğun gelişimi, s. 122.

<sup>42</sup> Antolisei, a.g.e., s. 352.

Objektif sorumluluk, ceza hukukunun ilkel dönemlerinde ve daha sonra da Cermen hukuk anlayışından etkilenen hukuk sistemlerinde görülen bir sorumluluk şeklidir<sup>43</sup>. Objektif sorumluluk özel hukuk alanında doğmuş bir kavramdır ve özel hukuk öğretisinde bu sorumluluk türüne oldukça geniş yer verilmiştir<sup>44</sup>. Objektif sorumluluğun ceza hukukundaki gelişimine ilk olarak hukuk tarihçileri dikkat çekmiş; daha sonra ise ceza hukukçuları bu konuyu incelemeye başlamıştır. Ceza hukukçularının öğretisel çalışmaları ile bu sorumluluk türü ceza kanunlarının yapım süreçlerinde de etkisini göstermiştir<sup>45</sup>. İlk zamanlarda ceza hukuklarına kolektif sorumluluk anlayışı<sup>46</sup> ve Cermen hukukunun objektif sorumluluğa dayalı suç anlayışı hakim olmuştur. Gerçekten, Cermen hukukunda, failin kusuru dikkate alınmadan, sadece meydana gelen zararlı neticeye bakılmak suretiyle sorumluluk tespit edilmekteydi<sup>47</sup>.

XV. yüzyılda Glossatörler ve Postglossatörler yaptıkları çalışmalarla Roma hukukunu adeta yeniden kurmuşlardır. Hümanizm düşüncesinin doğduğu<sup>48</sup> bu dönemde Glossatörler ve Postglossatörler<sup>49</sup> in çalışmaları sonucunda, suçun subjektif yönüne önem verilmiş, kast, taksir ve tesadüf ayrımı açık bir şekilde yapılmıştır. Bunun sonucunda da taksirli suçlara kasıtlı suçlardan daha az ceza verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Alman müşterek hukukunun<sup>50</sup> doğuşunu

<sup>43</sup> Mantovani, a.g.e., s. 294; Toroslu, a.g.e., s. 127.

<sup>44</sup> Giuglio Battaglini, "Qestione della 'Responsabilità oggettiva' nel Diritto Penale", *FI*, Anno LXI, 1936, XIV, s. 33.

<sup>45</sup> Muharrem Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara: US-A Yayıncılık 1998, s. 23.

<sup>46</sup> Kolektif sorumluluk, tamamen bireysel olarak vatandaş ile ödevlerin muhatabı ve hakların hamisi olarak soylu sınıfın aracılık ettiği devlet arasındaki ilişkinin egemen olduğu tarihsel dönemin özelliğini taşımaktadır. Kolektif sorumluluğun bir sonucu olarak ekonomik cezalar ağırlıkta olmuştur. Bu tür cezalar ortak değerlere sahip tüm kişiler üzerinde etkilerini göstermekteydi. Devlet ve birey arasındaki ilişki orta çağın sonlarından itibaren yavaş yavaş değişmiştir. Nitekim kolektif sorumluluk biçimlerinin devam etmesini artık soylu sınıfın varlığı ile açıklamak olanaksızdı. Bu nedenle, suçun ekonomik anlayışı ön plana çıktı ve bu durum zamanla geniş uygulama alanı buldu. Bu bağlamda devlet otoritesine karşı suçlar dışındaki adam öldürme suçu da dahil olmak üzere diğer tüm suçlar bakımından ekonomik yaklaşımın uygulanması mümkün hale gelmişti. Ekonomik yaklaşımın yetersiz olması halinde, onu diğer yaptırım türleri izliyordu. Özen, a.g.e., s. 23.

<sup>47</sup> Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul: Cezaevi matbaası 1967, s. 38.

<sup>48</sup> Hümanizm akımının ceza hukuku üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mario La Monica, *Manuale di Diritto Penale, Vol. I, Introduzione al Diritto Penale*, Milano: Cedam, 2002, s. 14-20.

<sup>49</sup> 12. yüzyılda Roma hukuku yeniden incelenmeye başlandı. 1075'de Pisa'da bulunan *Digesta* isimli Roma hukuku eseri büyük ilgi uyandırdı. Roma hukuk eserlerini açıklayan hukukçular "Glossatörler" (1100-1250), ve onları izleyenler de "Postglossatörler" (1250-1450) olarak adlandırılır. Zafer, a.g.e., (3. baskı), s. 37.

<sup>50</sup> Roma hukuku ile yaşayan Avrupa hukukunun karışımıyla oluşan hukuk, müşterek hukuk olarak adlandırılır Demirbaş, a.g.e., s. 69.

sağlayan teorik alandaki bu çalışmalara karşılık, İtalya'daki çeşitli hukuki düzenlemeler objektif sorumluluk ve başkasının fiilinden sorumluluk hallerini bünyelerinde barındırmaya devam etmişlerdir. Gerçekten, kanunların çoğunda suç ve sorumluluk kavramları yönünden netice kriteri esas alınmış, cezaların kişiselliği ilkesine önem verilmemiştir<sup>51</sup>. Zaman içerisinde kolektif sorumluluğun ve suçun özel hukuk alanını ilgilendiren bir haksız fiil olduğu anlayışının<sup>52</sup> terk edilmesi ile birlikte, cezai sorumluluğun kişiselleştirilmesi süreci başlamıştır. Bu dönemin ceza hukukçuları, ceza sorumluluğunun subjektifleştirilmesi sürecine daha çok uygulamadan doğan sorunları çözümlenmek ve ceza kanunlarının sertliğini gidermek amacıyla yaptıkları öğretisel çalışmalarla katkıda bulunmuşlardır<sup>53</sup>. Bu çalışmalar, dağınık durumda olan ceza kanunlarının bir bütün haline getirilmesi sürecini başlatmıştır. Ceza kanunlarının birleştirilmesine yönelik çalışmalarla birlikte, sorumluluk sorunu da somut olarak ele alınmıştır. Ancak bu çalışmalar, kusur sorumluluğunun tam anlamıyla kabul edilmesiyle sonuçlanmamıştır. Çünkü kanuni delil sisteminin kabul edilmiş olması nedeniyle, kanuni delillerin varlığı halinde, failin suçu işlediği sabit olmasa bile fail eyleminden sorumlu tutuluyordu<sup>54</sup>.

Hümanizm hareketleriyle Rönesans ve tabii hukuk öğretileri, insan hak ve hürriyetleri ile Ceza hukuku uygulaması arasında yakın bir ilişkinin varlığını ortaya koymuş; devletin ceza verme hakkının esas ve cezanın amaçları üzerinde felsefi görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu dönemde, müşterek hukuk anlayışı da sert bir dille eleştirilmiş; kolektif sorumluluğun söz konusu olmaması gerektiği vurgulanmıştır<sup>55</sup>. Klasik teori taraftarlarına göre, ceza hukuku bakımından insan, sebebiyet verdiği bir neticeden bu netice kendisine isnat edilebilmek koşuluyla sorumlu olur. Faile bir fiilin isnat edilebilmesi için ise,

<sup>51</sup> Örneğin Sardenya Ceza Kanunu'nda kaza sonucu bir kimsenin yüzünü yaralayan kişinin elinin umuma açık bir yerde çivileneceğine dair hüküm bulunmaktaydı. Pisa Ceza Kanunu'nda ise bir suçlu yakalanmadığı takdirde oğlunun, o da yakalanamazsa suçlunun babasının cezalandırılacağı belirtilmekte idi.

Kayıhan İçel-Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, Birinci Kitap*, 5. baskı, İstanbul: Beta, 2006, s. 38, 44-45.

<sup>52</sup> Roma hukukunda bir dönem suçun haksız fiil sayıldığını ve özel hukuk uyumsuzluğu olarak tazminatı gerektirdiği hakkında bkz. Demirbaş, a.g.e., s. 67-68; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 30.

<sup>53</sup> Özen, a.g.e., s. 26; bkz. Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 3. Baskı, (Çev: Muhittin Gölcüklü), İstanbul: İnkılap ve Aka Kitabevleri, 1964.

<sup>54</sup> Özen, a.g.e., s. 26.

Müşterek hukuk döneminde zararlı bir netice meydana getirmeden de suç niyetini açığa vura-bilen her hareket suç sayılırdı. Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*. (9. baskı), İstanbul: Beta, 1986, s. 216.

<sup>55</sup> Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene e di Commento di Voltaire*, Roma, Newton, 1994, s. 21.



failin kusurlu olması gerekir<sup>56</sup>. Söz konusu teoriye göre faile verilecek ceza ondaki kusurun derecesine göre belirlenmelidir<sup>57</sup>.

Sonuç olarak objektif sorumluluğun, XVIII. yüzyıl sonlarına kadar geniş bir uygulama alanı bulduğu söylenebilir. Cezai sorumluluğun esasının kusura dayanan bir sorumluluk şekli olduğu düşüncesi egemen olmaya başladıktan sonra, gerek başkasının fiilinden sorumluluk hipotezleri, gerekse objektif sorumluluk hipotezleri ağır eleştirilere uğramaya başlamıştır. Bu sorumluluk türlerinin ceza kanunlarından çıkarılması ve bunların terk edilmesi düşüncesi genel kabul görmüştür. Ancak objektif sorumluluk hipotezleri ceza kanunlarından tamamen kaldırılmamıştır. Bir başka deyişle, bu tür sorumluluğun izlerini (örneğin, kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar) hâlâ bünyelerinde barındıran ceza kanunları bulunmaktadır. Bu kanunlar arasında İtalyan Ceza Kanunu da yer almaktadır<sup>58</sup>.

XIX. yüzyılda Avrupa’da suçluluk oranının arttığı ve bu duruma klasik okulun ceza sorumluluğunu kusura dayandıran sisteminin sebep olduğu ileri sürülmüştür. Deneysel inceleme metodunun gösterdiği başarılarından etkilenen pozitif okul taraftarları<sup>59</sup> bu metodu ceza hukukuna da aktarmışlardır. Pozitif okula göre faildeki kusurun ve bunun derecesinin araştırılması imkânsız denecek kadar güçtür. Bu görüş taraftarları, subjektif sorumluluğun bizi sınırlı bir sorumluluk sistemine götüreceğini ve bunun da sosyal hayat ve savunma bakımından ağır zararlarının olabileceğini savunurlar<sup>60</sup>.

Pozitif okulun yukarıdaki fikirlerinin egemen olduğu dönemde yürürlüğe giren Rocco Kanunu zamanında objektif sorumluluk da, daha çok pozitif okul

<sup>56</sup> Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı). İstanbul: Beta, 1987, k.no. 96, s. 59.

<sup>57</sup> Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı), k. no. 97, s. 60.

<sup>58</sup> Zanardelli Kanunu özel hükümler kısmında, bu sorumluluğa dayanan birçok suç tipine yer vermiştir. 1889 İtalyan Ceza Kanunu (Zanardelli Kanunu)’nda klasik teori tam anlamıyla kendisini göstermiştir. Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı), k. no. 103, s. 64.

1889 tarihli Zanardelli Ceza Kanunu’nun 45. maddesinin 1. fıkrasında, cürmün cezalandırılması için fiilin kasten işlenmesi gerektiği belirtildikten sonra, fiilin faile başka şekilde isnat edilebileceğinin kanunla öngörülebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle objektif sorumluluk hipotezlerinin formüle edilmesi bakımından 45. maddenin 2. fıkrasındaki “*kabahatlerde kast sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalden sorumludur*” şeklindeki hükmün bu sorumluluk türünün hukuki temelini oluşturup oluşturmadığı tartışılmıştır. Zanardelli Kanunu’nun özel hükümlerinde de objektif sorumluluğu yeterli sayan pek çok suç tipi öngörülmüştür. Bu suç tiplerine kastı aşan suçlar örnek olarak gösterilebilir. Özen, a.g.e., s. 28-29.

<sup>59</sup> Pozitif okul hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı), k. no. 104-147, s. 64-90.

<sup>60</sup> Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı), k. no. 104-108, s. 64-67.

tarafklarlarının üzerinde durdukları bir konu olarak kendini göstermiştir<sup>61</sup>. Pozitif okul, ceza sorumluluğunun sübjektif sorumluluğa dayandığını savunan Klasik okula insan faaliyetleri açısından irade özgürlüğünün bulunmadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Pozitif okula göre, suçla karşı gösterilen tepki yani yaptırım, zarar verici fiillerinden dolayı toplumun bireye karşı gösterdiği tepkiden ibarettir. Böylece pozitif okul tarafından teorik olarak ele alınan objektif sorumluluk özellikle Ferri'nin çalışmalarıyla "sosyal sorumluluk" olarak, daha sonra da 1921 Tasarısı ile "yasal sorumluluk" olarak öğretildeki yerini almıştır<sup>62</sup>. Ancak bu dönemde dahi objektif sorumluluk için hukuka aykırı "hareketin istenmiş olması" kriteri daima aranmıştır<sup>63</sup>.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 42. maddesi başlığında<sup>64</sup> ve bu madde içeriğinde<sup>65</sup> objektif sorumluluğa yer vererek objektif sorumluluk türünü açıkça öngören ender ceza kanunlarından. İtalyan ceza hukuku öğretisi, objektif sorumluluğa ilişkin düzenlemeyi şiddetli bir şekilde eleştirmiştir<sup>66</sup>. Bu eleştiriler,

<sup>61</sup> Battaglini, a.g.m., s. 33.

<sup>62</sup> Pozitif okul tarafından önerilen cezalandırma sistemi için bkz. Enrico Ferri, *Sociologia Criminale, Vol. II*, Torino: Bocca, 1900, s. 110 vd.

<sup>63</sup> Battaglini, a.g.m., s. 33.

<sup>64</sup> Madde başlığı "Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva" (Kast, taksir veya kastın aşılmasından sorumluluk. Objektif sorumluluk) şeklinde kaleme alınmıştır.

<sup>65</sup> 1930 tarihli İCK m. 42/2'de cürümlerde sorumluluk için failin kasten ve kanunun açıkça belirttiği hallerde kastın aşılması ve taksirle hareket etmesi gerektiği belirtildikten sonra 3. fıkrada ise, Kanunun, failin sadece icrai veya ihmali hareketi dolayısıyla sorumlu olacağı halleri de öngördüğü belirtilmektedir.

<sup>66</sup> Özen, a.g.e., s. 29.

Gerçekten Rocco Kanunu'nun ilgili maddesi öğretilde çok değişik şekilde ele alınmıştır. Bazı yazarlar, İCK'nın 42. maddesinin başlığı ve 3. fıkrası çok açık olmasına rağmen bu hükmü görmezlikten gelmiş ve 42. maddenin özünde bir yenilik getirmediğini kabul etmiştir. Özellikle Manzini bu görüşü ileri sürerek bunun bir göstergesi olarak da objektif sorumluluk konusuna, ceza hukuku genel hükümler kitabında sadece birkaç satır ayırarak değışmez bir tutum sergilemiştir. bkz. Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. I*, Torino: UTET, 1961, s. 69; Vincenzo Manzini, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano, vol I, PG*, 9. ed., Padova: Cedam, 1958, s. 72.

Bu konu ile ilgilenen diğer yazarlar ise bu düzenlemeyi yorumlamak, kanun koyucunun beyan ettiği ve hükme bağladığı söz konusu sorumluluk türünü açıklamak yerine, kusurluluk ve iradiliğin temel unsur olarak kabul edildiği bir ceza hukuku sisteminde, kusursuz sorumluluk kategorisinin kabul edilemeyeceğini ifade ederek düzenlemeyi reddetmişlerdir. Bu görüşün önemli savunucularından olan Maggiore'nin görüşleri için bkz. Maggiore, a.g.e., s. 258, 260.

Bazı yazarlar ise 42. maddenin incelenmesinde objektif sorumluluğun varlığına inanmamak yerine, madde yapısının objektif sorumluluğu öngörebilecek bir nitelikte olamayacağını kanıtlamaya çalışmışlardır. bkz. Battaglini, a.g.m., s. 36 vd.

Oysa objektif sorumluluk, sübjektif sorumluluk türleri olan kast ve taksir sorumluluğu dışında bir sorumluluk türü olarak madde başlığında ve metninde açıkça düzenlenmiş ve özel hükümlerde bu sorumluluk hipotezlerine geniş olarak yer verilmiştir. Bu nedenle pozitif bir gerçek-

İCK'daki bazı objektif sorumluluk hipotezlerinin sübjektif sorumluluk biçiminde düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim 1958 tarihinde baskın suçlarında ceza sorumluluğunu düzenleyen 57 ve 58. madde hükümleri sübjektif sorumluluğa uygun olarak değiştirilmiş<sup>67</sup> ve 1990 yılında cezaya etki eden halleri düzenleyen 59. madde hükmü kusur sorumluluğu ile uyumlu hale getirilmiştir<sup>68</sup>. Bu tür kısmî iyileştirmeler genelde yeterli bulunmamakta; yapılacak ceza hukuku reformu ile bu sorumluluk türünün tümünden kaldırılması hedeflenmektedir<sup>69</sup>. Ancak bu reform çalışmaları henüz kanunlaşmadığı için İtalyan ceza hukuku sisteminde objektif sorumluluk şekilleri hâlâ geniş bir uygulama alanı bulmaktadır.

### 3. Kusurlu (Sübjektif) Sorumluluk Dönemi

Ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin dönüm noktasını ifade eden kusurlu sorumluluk, failin, kasıtlı veya en azından taksirli olarak ortaya koyduğu için psikolojik yönden de kendisine ait olan fiilden sorumlu tutulmasını ifade eder<sup>70</sup>. Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, failin bunu maddi olarak gerçekleştirmesi yeterli değildir, ayrıca kusurlu olarak gerçekleştirmesi de gereklidir. Fiil yanında, kusurluluk, suçun vazgeçilmez unsurunu ifade etmekte ve bu husus, “nullum crimen sine culpa (kusursuz suç olmaz)” kuralı ile özetlenmektedir. Kusur ilkesi sayesinde, zararlı insan davranışı, hayvan saldırısından veya doğa olaylarından ayırt edilebilmektedir. Gerçekten kusurluluk, uygarlığın vazgeçilmez bir ilkesini oluşturmakta ve modern ceza hukuk düzenleri, ceza sorumluluğunu, daima “kusursuz suç olmaz” ilkesiyle uyumlaştırmaya çalışmaktadır<sup>71</sup>.

Kusurluluğun konusu, failin kişiliği değil, işlenen belirli bir fiil olmalıdır<sup>72</sup>. Bu bağlamda, kınama yargısının konusu da kişinin yaşam biçimi veya kişisel

---

lik olan objektif sorumluluğu inkâr ederek onu sübjektif bir sorumluluk türü olarak değerlendirmeye çabaları sağlam temellere dayanmamaktadır. Rocco Kanunu'nda, cezai sorumluluğun sübjektifleştirilmesi sürecine uygun düşmeyen ve kusura dayanan bir sorumluluk anlayışını kabul eden çağdaş ceza hukuku ile çatışan objektif sorumluluk hipotezlerine gereğinden çok yer verilmiştir. Bu nedenle bu sorumluluk türüne değişik suç tiplerinde yer veren İCK yoğun eleştirilere uğramıştır.

<sup>67</sup> Legge 4 marzo 1958, n. 127 (gu n. 062 del 12/03/1958), [http://www.italgiure.giustizia.it/nir/lexs/1958/lexs\\_180400.html](http://www.italgiure.giustizia.it/nir/lexs/1958/lexs_180400.html)

<sup>68</sup> Legge 7 febbraio 1990, n. 19 (in Gazz. Uff., 13 febbraio, n. 36), <http://guide.dada.net/diritto/interventi/2001/07/52826.shtml>

<sup>69</sup> Yetki kanunu metni için bkz. <http://www.giustizia.it/newsonline/data/multimedia/2398.pdf>  
5237 sayılı Ceza Kanunu Tasarısının 4. maddesi “Kusur İlkesi” başlığını taşımakta ve kimse- nin kusurlu olarak gerçekleştirmedeği bir fiilden sorumlu olmamasını öngörmektedir.

<sup>70</sup> Alberto Cadoppi-Paolo Veneziani, *Elementi di Diritto Penale*, PG, 2. ed., Padova: Cedam, 2004, s. 265; Toroslu, *Cezai Sorumluluğunun Gelişimi*, s. 122.

<sup>71</sup> Mantovani, a.g.e., s. 294.

<sup>72</sup> Toroslu, *Cezai Sorumluluğunun Gelişimi*, s. 122; Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013, s. 39.

özellikleri değil, onun işlediği fiil olmaktadır. Tabii hukuk akımının etkisiyle başlayan<sup>73</sup> kusur sorumluluğu ilkesi yüzyıllardır devam eden gelişmelerden sonra, sağlam bir yapıya kavuşmuş ve “işlenen belirli bir fiil yönünden kusurluluk ilkesi” olarak XIX. yüzyıl liberal ceza hukukunun en önemli ilkesi haline gelmiştir. Bu ilkenin amacı, kınama yargısının, failin kişiliğini içerecek şekilde genişletilmesi eğilimini ortadan kaldırmak ve dolayısıyla kanunilik ilkesi ile garanti altına alınmış bulunan hukuk güvenliğinin ve kesinliğinin korunmasını sağlamaktır. Bunu gerçekleştirmek için fiil ile fail arasında kesin bir ayırım yapılmakta ve sadece fiilin ceza hukukundaki değerlendirme alanına ait olduğu kabul edilmektedir. Bu ilke, çağdaş ceza hukuku düzenlerinin giderek daha çok uymaya çalıştıkları vazgeçilmez bir uygarlık ilkesi olmuştur<sup>74</sup>.

#### 4. Kişilik Yönünden Sorumluluk Dönemi

Hukuki yararı ihlal etmeye uygun maddi fiil, çağdaş ceza hukuku anlayışının vazgeçilmez temel unsurunu oluşturmaktadır. Maddi fiili ceza hukukunun odak noktasından çıkaran bir anlayış, hile veya şiddetle ortaya çıkartılan insanın iç davranışlarını cezai sorumluluk için yeterli gören ya da bu nitelikteki içsel davranışları esas alan baskıcı bir ceza hukukunun egemen olması sonucunu doğurur<sup>75</sup>. Böyle bir ceza hukuku, ideolojik, aşırı kontrolcü, özgürlük karşıtı, terörist bir ceza hukuku olur. Hukuki yararı ihlal edici maddi fiili değil de tehlikeyi esas alan ceza hukukunda sorumluluk, davranış (fiil) üzerine değil, süjenin oluş ya da yaşama biçimi üzerine tesis edilmektedir. Gerçekten bu ceza hukuku anlayışında sorumluluk, doğrudan doğruya süjenin biyolojik yapısına veya belirli nitelikteki insan davranışlarına ve basit sübjektif durumlara dayandırılmaktadır<sup>76</sup>.

Objektif ve sübjektif kusur görüşleri özellikle Alman öğretisinde tartışılmıştır. Objektif kusur görüşüne göre, kusur hareketin bir niteliğidir. Sübjektif kusur görüşüne göre ise kusur failin bir sıfatı, vasfı olarak kabul edilmektedir. Sübjektif kusur görüşü, özellikle Alman pozitivistleri<sup>77</sup> tarafından ileriye sürülmüş bulunan ve kusurluluğun objesi olarak faili kabul eden, fail kusuru (colpa d'autore) (Täterschuld) şeklinde isimlendirilen görüşe dayanır. Von Liszt tara-

<sup>73</sup> Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 905, s. 216.

<sup>74</sup> Toroslu, Cezai Sorumluluğun Gelişimi, s. 122.

<sup>75</sup> Ferrando Mantovani, Responsabilità Oggettiva Espressa e Responsabilità Oggettiva Occulta. *RIDPP*, Anno XXIV, 1981, s. 458.

<sup>76</sup> Mantovani, Responsabilità Oggettiva..., s. 458.

<sup>77</sup> Daha önce de belirtildiği gibi pozitif okula göre irade özgürlüğü yoktur, kişinin başka türlü davranma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle ceza, fail kusurlu olduğu için değil, tehlikeli olduğu için verilir. İnsanın doğuştan gelen özellikleri ve sosyal çevresi onun davranışları üzerinde etkilidir. Ancak buna rağmen düşünen bir varlık olarak insanın irade özgürlüğü vardır. Ceza sorumluluğunun kusura bağlanması irade özgürlüğünün kabulünü gerektirir. Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 350-351.

findan ileri sürülen fail kusuru görüşüne göre, failin kusurlu olarak kabul edilebilmesi için, onun yaptığı hareketin kişiliğinin bir yansıması olması gerekir. Bu sebeple, failin fiili işlediği zamana kadarki yaşayış şekli itibarıyla kusurlu sayılması gerekir<sup>78</sup>. Kısaca burada kusurluluk yargısının konusu artık işlenen somut fiil değil, failin varoluş veya yaşama biçimidir; başka bir söyleyişle failin kişiliğidir. Böyle bir kusurluluk anlayışının, fail ile hareket arasındaki ayrımı reddettiği ve failin işlediği fiilden çok yaşam veya oluş biçimini esas alarak cezalandırdığı açıkça görülmektedir<sup>79,80</sup>.

Nazi rejimi tarafından yürürlüğe konulan bazı normlara esas alınan ve özellikle itiyadi suçlular için cezanın ağırlaştırılmasının gerekçesini teşkil eden fail kusuru anlayışı ağır eleştirilere uğramıştır. Çünkü bu anlayış, failin kendisine farklı bir kişilik oluşturabileceği temeline dayanmaktadır. Fail sorumluluğu esasına göre kişinin kınanabilmesi, failin farklı bir kişilik oluşturup oluşturamayacağını, genetik özelliklerini ve biyopsişik anormalliklerini aşım aşımayaacağını, eğer aşabilecekse bunun derecesinin ortaya konulmasını gerektirir. Ancak yargıcın böyle bir değerlendirmeyi nasıl yapacağı belli değildir ve değerlendirmeyi yapmak insanüstü bir güç gerektirir. Ayrıca fail kusuru ortaya konulabilse bile bu durum hukuk düzeni açısından bir önem taşımaz. Çünkü sadece failin kötü olması herhangi bir hukuki varlığı ihlal etmez ve toplum için bir tehlike yaratmaz<sup>81</sup>.

Totaliter sistemler, esasen insana bütünüyle hükmetmek yani hareketlerini ve iç davranışlarını denetim altında tutmak ve dolayısıyla bireyi bütün yönleriyle totaliter sistemin içine dahil etmek istediklerinden, bu kusur anlayışı söz konusu siyasal sistemlerin yapısına uygundur<sup>82</sup>. Özellikle siyasi suçlarda failin fikir ve niyeti bir şekilde belirlendiğinde, failin bu düşüncelerinin neticenin gerçekleşmesi bakımından elverişli olup olmadığına bakılmaksızın failin sorumluluğu kabul edilir. Fail sadece iradesi dolayısıyla ve iradesi çerçevesinde cezalandırılır<sup>83</sup>.

Aslında failin geçmişteki hayat tarzını ele almak kusurluluktan çok cezaların bireyselleştirilmesi ile ilgili bir konudur<sup>84</sup>. Suçun bir unsuru olarak kusurluluk söz konusu olunca bunun objesi olarak failin kişiliği değil, somut olay göz

<sup>78</sup> İçel, a.g.e., s. 8.

<sup>79</sup> Mantovani, a.g.e., s. 298.

<sup>80</sup> İnsanı yaptığı için değil, oluş biçiminden ötürü cezalandırmayı esas alan bu anlayış, 1940'lı yıllarda Nasyonal Sosyalist Almanya'da egemen olmuş ve işlenen fiilden dolayı sorumluluk anlayışı terk edilmiştir. Bu anlayışa göre "kınanan, o anda yapılan hareketten çok failin tüm yaşam biçimidir. Başka bir söyleyişle, sübjektif yönden farklı bir kişiliğe sahip olabileceksen suça eğilimli, kötü bir kişiliğe sahip olmasıdır". Mantovani, a.g.e., s. 298; Toroslu, a.g.e., s. 129; Pagliaro, a.g.e., s. 339-340; Antolisei, a.g.e., s. 299 vd.

<sup>81</sup> Mantovani, a.g.e., s. 298; Antolisei, a.g.e., s. 300.

<sup>82</sup> Toroslu, a.g.e., s. 129.

<sup>83</sup> Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 906, s. 217.

<sup>84</sup> Pagliaro, a.g.e., s. 340.

önünde tutulmalıdır. Çünkü bir kimseyi kusurlu yapan, neticeye sebep olan icrai veya ihmali hareketidir. Failin hareket ve yaşayış tarzı her zaman değişebilir ve fail yeni bir kişilik kazanabilir. Bütün bu sebeplerle kusurluluğun sadece işlenen fiili kapsadığını kabul etmek gerekir<sup>85</sup>.

### III. KUSUR SORUMLULUĞUNUN ESASI

Bugün gelinen noktada ceza sorumluluğunun kusura dayanması gerektiği konusunda uzlaşmıştır. Ancak kusur ve kusurluluk kavramının içeriği ve ceza hukuku sistematigi içerisindeki yeri konusunda öğretilerde hala bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu başlık altında kusurluluk konusunda yaşanan bu tartışmalar üzerinde durulacaktır.

#### 1. Genel Olarak

Hukuk devleti olmanın gereklerinden birisi de ceza sorumluluğu bakımından kusur ilkesinin hakim kılınmasıdır. Bu ilke Anayasa’da açık bir şekilde yer almasa da özellikle Anayasa’nın 38 maddesi 7. fıkrasında yer alan ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir<sup>86</sup>. Kusur ve kusurluluk kavramının içeriği ve suçun unsurlarına dahil olup olmadığı hususu Türk ceza hukukunda özellikle 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK’nın yürürlüğe girmesi ile üzerinde en çok tartışılan konulardan biri haline gelmiştir.

Sübjektif sorumluluktan söz edilebilmesi için maddi nedensellik bağının yanında, eylemin faile yüklenmesini mümkün kılacak psişik-sübjektif bir bağın varlığı da gereklidir<sup>87</sup>. Fail ile hareket ve netice arasındaki bu psişik ilişki öğretilerde, manevi unsur, sübjektif unsur, kusur veya kusurluluk şeklinde isimlendirilmiştir<sup>88,89</sup>. Kusurluluk kavramının kapsamında sadece doğrudan kast, olası

<sup>85</sup> İçel, a.g.e., s. 8.

<sup>86</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 44; Demirbaş, a.g.e., s. 59; Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. baskı, Ankara: Seçkin, 2008, s. 43; Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, *CHD*, C. 1, S.1, Ekim 2006, s. 43.

<sup>87</sup> Antolisei, a.g.e., s. 291.

<sup>88</sup> İtalyan öğretilerinde manevi unsuru açıklamak için kullanılan kavramlar daha da çeşitlenmekte, isnat edilebilirlik (Manzini, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, s. 68 vd.), kusurluluk (Mantovani, a.g.e., s. 29 vd.; Giorgio Marinucci-Emilio Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, PG, 2. ed., Milano: Giuffrè, 2006, s.243 vd.; Cadoppi-Veneziani, *Elementi di Diritto Penale*, PG, s. 264 vd.; Domenico Pulitanò, *Diritto Penale*, Torino: Giappichelli editore, 2005, s. 329 vd.), suçun sübjektif görünümü (Pagliaro, a.g.e., s. 273 vd.), suçun sübjektif (manevi) unsuru (Antolisei, a.g.e., s. 291 vd.; *Nozioni di diritto penale*. (a cura di Giovanni Flora-Paolo Tonini). Milano: Giuffrè, 1997, “Sübjektif Unsur” bölümünün yazarı: G. Flora ve F. Azzaroli, s. 43 vd.), sujektif sorumluluk (Soyaslan, a.g.e., s. 432, 438) terimleri kullanılmaktadır.

<sup>89</sup> Kusurluluk, hukuksal bir kavram olmadan önce teolojik ve felsefi bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Ayrıca kriminoloji ve psikoloji gibi diğer ampirik disiplinlerde de kendini göstermektedir. Stefano Canestrari- Luigi Cornacchia-Giulio De Simone, *Manuale di Diritto Penale*, PG., Bologna: Il Mulino, 2007, s. 571.

kast, bilinçsiz taksir ve bilinçli taksir kavramlarının mı yer aldığı yoksa failin kınanabilirliğinin de bu kapsam içerisinde mi incelenmesi gerektiği konusu da öğretilerde üzerinde farklı değerlendirmelerin yapıldığı bir konu olmuştur<sup>90</sup>.

Suçun unsuru olarak kusurluluk<sup>91</sup> kavramını kullanmayı tercih eden klasik ceza hukuku öğretisinde, kusurluluğun niteliğinin ne olduğunu açıklamaya çalışan teoriler geliştirilmiştir. Bu teoriler psikolojik teori ve normatif teoridir.

## 2. Kusurluluk Kavramının Gelişimi

### a. Psikolojik Teori

Suçun unsurlarından olan kast ve taksiri tek bir kavram, bir bütün olarak ele almak zorunluluğunun hissedilmesi ile birlikte, kusurluluğu psikolojik bir kavram olarak kabul eden psikolojik teori<sup>92</sup>, fail ile fiil arasındaki sübjektif iliş-

---

Kusurluluk kavramı hukuk dilinde değişik anlamlarda kullanılmaktadır. Anayasa hukukunda ve ceza muhakemesi hukukunda kusurluluk ifadesi tipik fiili işlemiş olması dolayısıyla failin sorumluluğunu ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Ceza hukukunda ise ceza sorumluluğunun temelini oluşturan bir kavram olarak ele alınmaktadır. Bu ikinci anlamıyla kusurluluk ceza sorumluluğunun objektif sorumluluktan fail ile fiil arasındaki ilişkiyi arayan bir sorumluluk şekline dönüşmesini ifade eden, ceza sorumluluğunun gelişimiyle yakından ilgili bir kavramdır. O halde kusurluluk kavramı hiçbir ceza normunda açıkça tarifi verilmemiş olsa da, bugün bütün modern hukuk sistemlerinde maddi ceza hukukunun kurumlarından birini teşkil etmektedir. Roberto Giovagnoli, *Studi di Diritto Penale*, PG, Milano: Giuffrè Editore, 2008, s. 411.

<sup>90</sup> bkz. Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 343 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s. 150 vd.; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III. İstanbul: Beta, 1992, s. 287; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.372, 1975, s. 91; Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 200; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. baskı, Ankara: Seçkin, 13, s. 357 vd.; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 292 vd.

<sup>91</sup> Antolisei, İtalyan öğretisinde de suçun manevi unsurunu ifade etmek amacıyla kusurluluk kavramının kullanılmasını eleştirmiş ve İCK'da hiç kullanılmamış olan "kusurluluk" kavramının ceza hukuku anlamında cezanın uygulanabilmesi için kanunda aranan tüm şartların gerçekleştiğini gösteren bir kavram olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Ceza hukukunda manevi unsuru ifade etmek için "kusurlu irade" teriminin kullanılmasının uygun olacağını ifade etmiştir. Antolisei, a.g.e., s. 290. Aynı yönde bkz. Zafer, a.g.e.,(1. baskı) s. 251.

1930 tarihli İCK'nın psikolojik teoriyi benimsediği belirtilmiştir. Cadoppi-Veneziani, *Elementi di Diritto Penale*, PG, s. 267).

<sup>92</sup> Liberal aydınlanma döneminin ceza siyaseti amaçlarına hizmet eden psikolojik teori XIX. Yüzyılın ikinci yarısında çok daha hakim bir görüş olarak kendini göstermiştir Mantovani, a.g.e., s. 296).

Bu teori kaynağını "eşitlik ilkesi"nden almaktadır. Bu teoriye göre, bütün insanlar eşit olmakla, hukuk kurallarına uyma konusunda eşit olanağa sahiptirler. Böylece kusurluluk, soyut, bütün olaylarda aynı, sorumluluğu derecelendirmeye hizmet etmeyen ancak sorumluluğun varlığını veya yokluğunu saptayan bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Psikolojik teorinin doğduğu aydınlanma döneminde kusurluluk, hukuka aykırı fiil meydana geldiğinde bundan failin sorumlu olabilmesi için, fail ile fiil arasında bir bağın aranmasını sağlama fonksiyonuna sahiptir. Bu dönemde kusur ile cezanın derecelendirilmesi fonksiyonunu tam olarak gerçekleştirmek amacı güdülmemiştir. Giovagnoli, *Studi di Diritto Penale*, s. 412.

kiyi kusurluluk olarak tanımlamıştır<sup>93</sup>. Bu teori gereğince, failin, hareketi ve neticeyi istediği (irade ettiği) kusurluluk türü kasttır. Failin sadece hareketi istediği, neticeyi istemediği kusurluluk türü ise taksirdir. Yani aralarında ortak nokta, hareketin iradi olmasıdır. Psikolojik teori taraftarları, hareketin istenmesini bir başlangıç noktası kabul ettikleri için kusurluluğu isteme olarak tanımlamışlardır<sup>94</sup>.

Psikolojik teoriyi benimseyenler, kastla taksiri aynı esasa dayandırmak, ortak bir temel bulabilmek çabası içerisindeyler. Temelde bu ortak nokta hareketin failin iradesiyle gerçekleştirilmesidir<sup>95</sup>.

Psikolojik teori taraftarlarından bazılarının göre kastla taksir arasında esasta fark yoktur; fark bunları gerekli kılan normların içeriğinden kaynaklanmaktadır ve taksir kastın bir çeşididir. Kusurluluğun esası kasttır ancak bazı hallerde bu kast zararlı neticeyi de kapsamına aldığı halde -ki buna zarar verme kastı adını verirler- diğer bazı hallerde yalnız tehlikeye yöneliktir. Tehlike kastı denilmesi daha doğru olan bu kasta genel olarak taksir adı verilmektedir<sup>96</sup>.

Ancak, teori taksiri açıklayamadığı için teorinin bazı taraftarları, kusurluluğun tek görünüm şeklinin kast olduğunu ve taksirin bir kusurluluk şekli olarak kabul edilemeyeceğini; bazıları ise taksirle işlenebilen suçlarda kusurluluk bulunmadığından, bu tür suçların dar anlamda suç sayılmayacağını ve bu suçlara idari yaptırımların uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>97</sup>. Bu teoriye göre kusurun esası kasttır.

Bu anlayış, kastı psikolojik bakımdan açıklayabildiği halde taksiri aynı esasa dayanarak açıklayamamakla eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiriye göre kast hakkında verilecek hüküm psikolojik alana, taksir hakkında verilecek hüküm ise ahlak veya hukuk alanına girer. Aslında taksirde de psikolojik bir yön vardır; fail iradesini yeterince dikkat ve özenle kullanmamıştır. Fakat taksirin bulunması ve failin bu sebeple cezalandırılabilmesi için failin sadece iradesini dikkat ve özenle kullanmaması yeterli olmamakta, ayrıca değer hükmü verilerek gerçekleşen neticenin normal bir kişi tarafından öngörülebilir nitelikte olması gerek-

<sup>93</sup> Psikolojik teoriye göre fail ile fiil arasında psikolojik bağ bulunduğu takdirde ceza sorumluluğu doğar ancak bu psikolojik bağ ceza sorumluluğunu derecelendirmez. Ceza sorumluluğunun derecelendirilmesi suçun maddi unsurunun niteliğine göre yapılır. Mantovani, a.g.e., s. 296; Cadoppi-Veneziani, Elementi di Diritto Penale, PG, s. 266.

<sup>94</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 347.

<sup>95</sup> Giovagnoli, Studi di Diritto Penale, s. 412.

<sup>96</sup> Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k. no. 909, s. 219.

Bu teoride kastın hâlihazır bir psikolojik varlık olduğu (bilinç ve istek), taksirin ise potansiyel bir psikolojik varlık olduğu (öngörülebilirlik) olduğu ifade edilmiştir Mantovani, a.g.e., s. 296.

<sup>97</sup> Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı) k. no. 909, s. 220.



mektedir. Bu nedenle sadece psikolojik alanda kalan bir araştırma, taksiri açıklamakta yeterli olmaz. Çünkü taksirli suçlarda cezalandırılan husus failin psikolojik durumundan çok, dikkatli veya dikkatsiz, özenli ya da özensiz hareket ettiği konusunda başkaları tarafından verilen değer hükmüdür<sup>98</sup>.

### b. Normatif Teori

Kusurun koşulu, kusur yeteneğinin bulunmasıdır. Psikolojik teorinin taksiri açıklayamadığı; taksirde hareketin istenerek yapıldığı, ancak istenen hareketten istenmeyen bir neticenin ortaya çıktığı eleştirisi, *normatif teorinin* doğmasına neden olmuştur<sup>99</sup>.

Kast ile taksiri ortak bir esasa dayandırmaya psikolojik bakımdan imkân olmadığını iddia eden yazarlar, bu ortak esası bir başka alanda aramaya başlamışlar ve normatif teoriyi yaratmışlardır. Normatif teoriye göre kusurluluk, fail ile fiil arasındaki psikolojik bir ilişki değil, bu ilişki hakkındaki değer yargısıdır, yani failin bundan dolayı kınanmasıdır. Fail ile eylemi arasında psikolojik bir ilişki bulunması faili kusurlu saymaya yetmez<sup>100</sup>. Kusurluluk değerlendirmesini yapan fail değil, üçüncü kişidir. Bu durumda kusur, subjektif bir olgudan objektif bir değer yargısına dönüşmüştür<sup>101</sup>.

Kusurlu olmak, hukuk kurallarına uymamak, yani normun yasaklarına rağmen fiili yapmak, yüklediği ödevleri yerine getirmemektir. Hukuk kurallarına aykırı davranan fail, normatif açıdan kusurlu sayılır. Kast ve taksir kanunla belirlenen emirlere ve ödevlere itaatsizliğin belirtisidir<sup>102</sup>. Normatif teoriye göre kastın varlığı halinde, fail, istememesi gerekirken kanuna aykırı davranmayı istemiştir, taksirde ise kanuna aykırı davrandığını öngörmesi gerekirken öngör-

<sup>98</sup> Aynı, kn. 909, s. 220.

<sup>99</sup> Soyaslan, a.g.e., s. 427.

Normatif teori Almanya'da R. Frank'ın öncülüğünde ortaya çıkmış bir teoridir. Frank "Aufbau des Schuldbegriffs" "Kusur Kavramının Yapısı" adlı eserinde, Alman ceza kanununun 54. paragrafından hareketle zorda kalma konusuyla ilgili açıklamalarında, kusurun fail ile fiil arasında psikolojik bir ilişki değil, bu ilişki üzerindeki bir değer yargısı olduğunu ileri sürmüştür. Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri, C.I*, Manisa: Şafak, 1982, s. 302.

Frank, failin sadece isnat yeteneğine sahip olmasının ve kast veya taksirle hareket etmesinin, kusurlu sayılması için yeterli olmadığını, ayrıca "failin işlendiği anda failin psikolojisi üzerinde etkili şartlar"ın da incelenmesi gerektiğini ilk defa ortaya koymuştur. Daha sonra teorisini geliştiren Frank, "şartların normallığı kavramı"nı ortaya koyarak, anormal koşullar altında suç işleyen failin kusurlu sayılmayacağını vurgulamıştır. Giovagnoli, *Studi di Diritto Penale*, s. 413-414.

Normatif teorinin aynı zamanda kusuru derecelendirme fonksiyonu da gördüğü belirtilmiştir. Cadoppi-Veneziani, *Elementi di Diritto Penale*, PG, s. 266; Mantovani, a.g.e., s. 297.

<sup>100</sup> Mantovani, a.g.e., s. 297.

<sup>101</sup> Yüce, a.g.e., s. 302.

<sup>102</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 347.

memiştir. O halde taksirin varlığından söz edildiği durumlarda “fail neticenin meydana gelebileceğinin farkına varmadan davranışı gerçekleştirmiştir, ancak davranışı gerçekleştirdiği anda içinde bulunduğu şartlarda böyle bir neticenin meydana gelmesini öngörebilmeliydi ve bunun sonucu olarak da farklı bir şekilde davranmalıydı. O halde normatif teori bilinçsiz taksiri de açıklayabilen bir teori olmuştur<sup>103</sup>. Diğer bir deyişle normatif teoriye göre fail kanuna uygun davranma olanağı varken davranmadığı için kınanmaktadır<sup>104</sup>. Kast ve taksir, kusurun türleri olarak aynı psikolojik olgunun yoğunluğu değişik belirlenimleridir. Bu iki kavram birbirinden farklı temellere dayandırılmaz. Normatif teori, kusurun her iki biçimini de açıklayabilmektedir<sup>105</sup>.

O halde kusurluluk, kanun hükümlerine rağmen hukuka aykırı fiili gerçekleştirmek bilincidir. Kusurluluğu oluşturan irade, hukuka aykırı fiili işlemek bilincinden ibarettir. Dolayısıyla kusurluluk normatif bir kavramdır, psikolojik bir ilişki olarak görülemez. Hukuka aykırı bir fiil işlemek bilincinden ibaret bulunan kusurlu irade, hem kastta, hem taksirde vardır. Kusurlu irade, kanun hükümlerine uymaktan kaçınma olarak tanımlanabilir. Failin emir ve yasaklara aykırı davrandığı ve bu yüzden de kusurlu olduğu yönündeki değer yargısını ise bir görüşe göre failin kendisi verecektir; fail kanuna, normun yüklediği ödevi aykırı hareket ettiğinin farkında ise, iradesi kusurludur. Diğer görüşe göre ise bu kararı hâkim verecektir<sup>106</sup>. Hukuka aykırı hareketi yapmak bilinci, teoriyi psikolojik teoriye yaklaştırmaktır<sup>107</sup>.

Bu teoriye göre kusur bir kınamadır. Kınama, eyleminden ötürü fail hakkında olumsuz bir değer yargısı geliştirilmesidir. Dolayısıyla bu teoriye göre kusur, eyleminden dolayı failin kınanmasıdır<sup>108</sup>.

Bir kimsenin kusurundan söz edilebilmesi için, kanuna uygun davranabilecek durumda bulunması ve buna rağmen uygun davranışı göstermemesi gerekir<sup>109</sup>. Bu durumda normatif bir perspektifle kusur yargısının ifade ettiği anlam şudur: Fail, hukuka uygun hareket etmemiştir. Davranış normlarının gereklerine uygun hareket etme, haklı davranışı tercih etme imkân ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen, haksız bir davranışta bulunmayı tercih etmiştir. Kusur, böyle-

<sup>103</sup> Giacomo Delitala, *Il Fatto nella Teoria Generale del Reato*, Padova: Cedam, 1930, s. 84.

<sup>104</sup> Giovagnoli, *Studi di Diritto Penale*, s. 415.

<sup>105</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 348.

<sup>106</sup> İçel, a.g.e., s. 15; Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II. (14. baskı), k. no. 911, s. 221.

Başka şekilde davranma imkânı “ortalama insana” göre belirlenecektir. Giovagnoli, *Studi di Diritto Penale*, s. 415.

<sup>107</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 348; bkz. Hafizoğulları - Özen, a.g.e., s. 268.

<sup>108</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 348.

<sup>109</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 332, Soyaslan, a.g.e., s. 428.

ce bir haksızlıkla bağlantılı olarak bu haksızlığı gerçekleştiren kişi hakkında bulunan yargıdır<sup>110</sup>.

Normatif teori, hukuka aykırılık unsurunu kusurluluğun kapsamında kabul eden öğretinin tekrarı olmakla eleştirilmektedir<sup>111</sup>. Ancak, normatif teori hukuka aykırılık unsurunu kusurluluğun kapsamında gören teoriden kaynaklanmamaktadır. Hukuka aykırı davranan kişi kusurlu olmayabilir<sup>112</sup>. Hukuka aykırılık bir hareketin hukuk düzeni ile çatışmasıdır ve objektif niteliktedir. Buna karşılık, kusurluluk sübjektiftir, failin eylem ile olan psikolojik ilişkisidir. Örneğin kastta iradenin yöneldiği netice zaten hukuka aykırı bir neticedir ve ayrıca bir hukuka aykırılık araştırmasına gitmeye gerek yoktur<sup>113</sup>.

Normatif teori daha çok Alman öğretisinde kabul görmüş bir teori olmakla birlikte İtalyan öğretisinde de giderek taraftar toplayan bir teori olma özelliği göstermektedir<sup>114</sup>.

### c. Karma Teori

Öğretide psikolojik ve normatif teorinin birlikte kusurluluk kavramını açıklayabileceği yönünde de bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş taraftarları temelde psikolojik teoriyi benimsemekte ancak taksir konusunda normatif teoriye üstünlük tanımaktadır.

Bu teoriyi savunan yazarlara göre psikolojik ve normatif teorilerin her ikisinde de gerçeklik payı vardır. Ancak kanun kusurluluğun üç türünü (kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki kusurluluk) öngördüğünden tüm bu kusur türlerini kapsayan tek ortak unsur hareketin iradiliğidir. Bu nedenle psikolojik görüş önem kazanmaktadır, ancak kusurluluğun bir değerlendirme olduğu da dikkate alınmalıdır<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> Özgenç, a.g.e., s. 357.

<sup>111</sup> Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k. no. 912, s. 223.

<sup>112</sup> Yüce, a.g.e., s. 304.

<sup>113</sup> Kayıhan İçel-Fusun Sokullu Akıncı-İzzet Özgenç-Adem Sözüer-Fatih S. Mahmutoğlu-Yener Ünver, *Suç Teorisi 2. Kitap*, 3. baskı. İstanbul: Beta, 2004, s. 204.

<sup>114</sup> Mantovani, a.g.e., s. 297.

Normatif teorinin daha da uç noktalara ulaştığı diğer bir teoriye göre (hareketin sonuçlu teorisi-teoria finalistica dell'azione) kast ve taksir, tipik failin birer parçasıdır. Böylece kusurluluk, bu psikolojik unsurlardan da arınmış olduğundan saf normatif bir kavram haline almıştır. Bu teori uyarınca, kusurun tespiti için, kast ve taksirin olayda nasıl meydana geldiği, gerçekten örneğin dikkatsizlik ve tedbirsizliğin var olup olmadığı değil, somut olayda dikkatli tedbirli davranma imkânının var olup olmadığı araştırılacaktır. Giovagnoli, *Studi di Diritto Penale*, s. 416.

<sup>115</sup> Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 912, s. 223-224; Demirbaş, a.g.e., s. 353; Alacakaptan, a.g.e., s. 151; İçel, a.g.e., s. 17; İçel vd., a.g.e., s. 204; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 292.

### 3. Failin Normatif Kınanabilirliği Kavramı ile Kast ve Taksir Arasındaki İlişki

Kusurluluk konusundaki teorileri inceledikten sonra manevi unsur ve kusurluluk kavramlarının anlamları üzerinde de durmak gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki manevi unsur ve kusurluluk birbiriyle çok yakın ilişkili kavramlar olmalarına rağmen, öğretilerde tamamen aynı içeriğe sahip kavramlar olarak kabul edilmemiştir. Failin kınanabilmesi, failin eylemi gerçekleştirmeden önce ve gerçekleştirdiği sırada haksızlığı anlayabilme ve buna göre davranabilme yeteneğine yani kusur yeteneğine sahip olmasını gerektirir. Kural olarak manevi unsur türlerinden birisinin bulunduğu bir fiilde fail kınanabilir ve cezalandırılabilir. Ancak failin, bazı hallerde eylemi kasten veya taksirle gerçekleştirmesi durumunda da kınanmayabileceği ifade edilmiştir<sup>116</sup>. Bu durumda, failin kınanabilmesine neden olan hususlar eylemle ilgili olmayıp kusur yeteneği ile ilgilidir. O halde, manevi unsur ve kınanabilirlik farklı anlamlar içeren kavramlardır<sup>117</sup>. Kusurluluğu kaldıran bir nedenin bulunduğu durumlarda fail ile davranış arasındaki psikik bağ bulunmaya devam etmektedir, ancak kusurluluğu kaldıran bir neden bulunduğu için fail kınanamamaktadır<sup>118</sup>. Bu nedenle failin tipikliği ve hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak kabul eden sisteme göre- hukuka aykırılığı, cezalandırma için yeterli kabul edilmemektedir. Kusurluluk tipiklik ve hukuka aykırılıktan önce var olamaz, sadece tipik ve hukuka aykırı fiil aynı zamanda kusurlu olabilir. Eğer tipiklik ve hukuka aykırılık yoksa kusur zaten yoktur<sup>119</sup>.

Öğretilerde yaygın olan uygulama, kusurluluk başlığı altında, hem suçun manevi unsurunu hem de failin kınanabilirliği konusundaki değer yargısını etkileyen halleri ele almak yönünde olmuştur. Gerçekten bir grup yazar suçun kusurluluk unsuru altında hem kusur yeteneği ve bunu etkileyen halleri, hem de kast, taksir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kusurluluk kavramlarını incelemiştir<sup>120</sup>. Aynı şekilde manevi unsur başlığı altında kast ve taksir ile manevi un-

<sup>116</sup> Hamide Zafer, Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı -Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı. *Maltepe ÜHFD*, 2, s. 178-179.

<sup>117</sup> Bkz. Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 343 vd.; Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Ahmet Caner Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 5. baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 53; Alacakaptan, a.g.e., s. 151.

<sup>118</sup> Antolisei, a.g.e., s. 296.

<sup>119</sup> Canestrari- Cornacchia- De Simone, *Manuale di Diritto Penale*, s. 572-573.

<sup>120</sup> Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, s. 226 vd.; Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 344 vd.; Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 227 vd.; Demirbaş, a.g.e., s. 331 vd.; Pulitanò, *Diritto Penale*, s. 327 vd.; Manzini, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, s. 68 vd.; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, PG, s. 243 vd.; J. Baumann vd., 2003. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, s. 444 vd.'den aktaran, Hakan Karakehya, "Ceza Hukukunda Doğrudan Kast", *SÜHFD*, C. 15, S. 1, 2007, s. 120.

run varlığını etkileyen nedenleri bir arada inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlar isnat yeteneği ve bunu etkileyen halleri suçlu başlığı altında incelemişler<sup>121</sup>. Bu görüş, kusur yeteneğini etkileyen hallerin (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır dilsizlik gibi haller) fiile değil faile ilişkin özellikler oldukları<sup>122</sup> veya kusur yeteneğinin suçun bir unsuru değil, kast ve taksirin adeta önşartı olduğunu ifade etmektedir<sup>123</sup>.

İtalyan Ceza Kanunu'nda isnat yeteneği, failin bir niteliği olarak "Suçlu ve suçtan zarar gören kimse" başlığı altında düzenlenmiştir<sup>124</sup>. Öğretide, mücbir sebep, cebir, tehdit, kaza ve tesadüf, hata ve haksız tahrik hallerine de bu unsur içerisinde "suçu ortadan kaldıran sübjektif nedenler"<sup>125</sup> veya "kusurluluğu etkileyen haller"<sup>126</sup> başlığı altında yer verilmektedir<sup>127</sup>.

Bir grup yazar ise kusurluluk ve manevi unsuru farklı kavramlar olarak ele alıp manevi unsur başlığı altında kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda manevi unsur konularını, kusurluluk başlığı altında ise kusur kavramı ile kusurluluğu etkileyen halleri incelemişlerdir<sup>128</sup>.

Öğretide kusur, bir kişinin eyleminden dolayı bir cezayı hak edip etmediği konusundaki normatif-hukuki değer yargısı olarak tanımlanmaktadır<sup>129</sup>. Diğer

<sup>121</sup> Toroslu, a.g.e., s.126 vd.; Yüksel Ersoy, *Ceza Hukuku*, Ankara: İmaj yayıncılık, 2002, s. 99 vd.

<sup>122</sup> Antolisei, a.g.e., s. 557 vd.; Toroslu, a.g.e., s. 245 vd.

<sup>123</sup> Nitekim Dönmezer-Erman bu nedenle manevi unsur terimini kullanmış ve kusur yeteneğini kusurluluğun dışında ancak manevi unsurun içinde incelemişlerdir. Dönmezer-Erman'a göre "kusur (isnat) yeteneğine ilişkin haller suçun unsuru olmayıp failin özellikleriyle ilgili hallerdir. Bu konuların suçlu başlığı altında incelenmesi gerekir. Ancak bu hallerin adeta kusurluluğun önşartı niteliğinde olması ve kusurlulukla sıkı ilişkisinin bulunması, bilimsel açıdan manevi unsur içinde değerlendirilmelerini gerektirmektedir". Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 844-845, s. 157-158.; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 271.

Bu görüş, kusur yeteneğini kusurluluğun önşartı saymanın failin fiilin önşartı yapmak anlamına geleceği ve bu durumun bir çelişki teşkil ettiği yönünde eleştirilmiştir. Zeki Hafizoğulları, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kusurluluğu Kaldıran Nedenlere Genel Bir Bakış", *Polis Dergisi*, S.44 (Nisan-Mayıs-Haziran 2005), s. 77.

<sup>124</sup> Bkz. İCK. Titolo IV Del Reo e della Persona Offesa dal Reato, Capo I, Della Imputabilità.

Türk öğretisinde de yukarıda da belirttiğimiz üzere Toroslu ve Ersoy isnat yeteneği ve bunu etkileyen halleri suçlu başlığı altında incelemişler. Toroslu, a.g.e., s. 245 vd.; Ersoy, a.g.e., s. 139 vd.

<sup>125</sup> Antolisei, a.g.e., s. 371 vd.; Mantovani, a.g.e., s. 374 vd.

<sup>126</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 454 vd.; İçel vd., a.g.e., s. 275 vd.

<sup>127</sup> Bu sebeplerin "suçu ortadan kaldıran nedenler" başlığı altında ayrı bir bölümde incelendiği de olmuştur. Pagliaro, a.g.e., s. 401 vd.

<sup>128</sup> Özgenç, a.g.e., s. 227 vd., 357 vd.; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 157 vd., 294 vd.; Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 52 vd., 595 vd.; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. baskı, s. 180 vd.

<sup>129</sup> Zafer, a.g.m., s. 152; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 294.

bir ifadeyle kusurluluk, işlediği suç dolayısıyla kişinin kınanması gerektiği hususundaki yargıyı ifade eder<sup>130</sup>. Bu bakımdan kusurluluk işlediği fiille ilgili olarak kişi açısından bulunulan bir değerlendirmedir. Kişi hakkında bulunulan kusur yargısı, failin toplumda geçerli olan hukuk kurallarına uygun davranma imkân ve yeteneğine sahip olduğu halde, hukuka aykırı davranışı yapmayı tercih etmesi dolayısıyla kınanmasını ifade eder<sup>131</sup>. O halde, kınanabilirlik konusunda bir değerlendirme yapabilmek için fiilin hangi şartlarda işlendiğinin yani faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite dayanarak failin kınanması gerekip gerekmediği konusunda bir yargıya varmak gerekmektedir. Kınanabilirlik yargısı konusundaki değerlendirme failce gerçekleştirilen belli bir fiile ilişkin olarak yapılacaktır; kişinin sürdüğü hayat tarzı itibariyle kınanması gerektiği yönünde bir değerlendirme yapılamaz. Failin bütün yaşamı göz önünde bulundurulduğunda, yaşamının bu parçası, tamamıyla geçici, tesadüfi veya istisnai olabilir. Fakat kusurlu sayılmak için hayatının bu parçası yeterlidir. Tam tersi yönden bakıldığında, geçmişinde başka suçlar işlemiş bulunan, kötü ve ahlak dışı nitelik gösteren failin olaydaki kusurluluğu bakımından söz konusu geçmişinin esas alınması doğru değildir. Bu nedenle failin sadece somut olaydaki psikolojik durumu incelenir. Sonuç olarak kusurluluğu fiile münhasır bir şekilde anlamak zorunludur<sup>132</sup>. İnsanın geçmişi bir kusur karinesi olarak kabul edilemez<sup>133</sup>. Ancak, kişinin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal şartlar, gördüğü eğitim gibi hususların, işlediği fiile ilişkin kınanabilirliğin belirlenmesinde etkili olacağı da bir gerçektir<sup>134</sup>. Diğer bir görüşe göre, failin hayatı ve kişiliği

<sup>130</sup> Özellikle Alman öğretisinde hakim kanaate göre kusurluluk (Schuld) kınanabilirliğe ilişkin bir kavramdır. Karakehya, a.g.m., s. 119.

<sup>131</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 53.

<sup>132</sup> Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 905, s. 216.

<sup>133</sup> Faruk Erem-Ahmet Danışman-Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997, s. 434.

<sup>134</sup> Alman öğretisinde suç, haksızlık teşkil eden bir fiil olarak nitelenmekte ve bununla aynı doğrultuda kusur, haksızlık teşkil eden fiili işlemesi dolayısıyla kişi hakkında bir kınama yargısı olması nedeniyle; bir fiil failin kusuru olmadan işlense dahi, haksızlık ve dolayısıyla suç vasfı devam edecektir. İşlenen fiilde fail kusurlu olmasa dahi bu fiil belirli bir haksızlık oluşturduğundan ceza hukuku açısından hâlâ önem taşımaktadır. Bu durumda faile uygulanacak yaptırım değişecek faile ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanacaktır. İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu yargısına varılması failin de kınanacağı yargısına varılması sonucunu doğurmaz. İşlenen fiilin bir haksızlık teşkil ettiği konusundaki yargıya varılırken, failin bu fiil karşısındaki manevi durumunu da göz önünde bulundurmak gerekir. Yani fail prensip itibariyle işlediği fiilin maddi unsurlarının farkında olmalıdır. Özgenç, a.g.e., s. 227 vd.

Öztürk-Erdem-Özbek'e göre bu durumda esas yaptırımı emniyet tedbiri olan fiillerin, günümüz suç genel teorisi çerçevesinde suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü ceza normunu anlayamayan, anlayabildiği halde ona uygun hareket edemeyen bir kimsenin hareketi teknik anlamda suç olarak nitelenemez. Bahri Öztürk-Mustafa R. Erdem-Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 4. baskı, Ankara: Seçkin, 1998, s. 247.

değerlendirilmesi kusur noktasında değil de, cezanın bireye uydurulması, bireye en uygun cezanın tayini noktasında önem taşır<sup>135</sup>.

Ceza sorumluluğunun temel şartı insan davranışının iradi olarak gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle, insan, iradi olarak gerçekleştirmediği fiil hukuka aykırı olsa bile, bu fiilden dolayı sorumlu tutulmayacaktır<sup>136</sup>. O halde isnat yeteneğine sahip fail tarafından<sup>137</sup>, hukuka aykırı fiilin kasten veya kanunda açıkça öngörüldüğü hallerde taksirle işlenmesi ve işlenen bu fiil sırasında suçu ortadan kaldıran subjektif nedenlerin herhangi birisinin bulunmaması halinde fail cezalandırılabilir<sup>138</sup>.

Nitekim günümüz İtalyan öğretisinde hakim kanaate göre<sup>139</sup>, bir kimsenin kusurlu olduğundan söz edebilmek için şu dört şartın bir arada bulunması gerekir:

a. Kast veya taksir

<sup>135</sup> Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), s. 208.

Gerçekten 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde kanun koyucu da suçlunun yaşayışına, geçmişteki eylemlerine tamamen kayıtsız kalmamakta, örneğin tekrar suç işleyen ve suçtan elde edilen eşyayı satın alan kimsenin cezasının artırılması yolunu tercih etmekteydi. Burada cezanın artırılmasının nedeni, kişinin kusurunun fazlalığı değil, geçmişteki davranışları dolayısıyla daha tehlikeli görülmesidir.

<sup>136</sup> Özgenç, a.g.e., s. 357.

<sup>137</sup> Yaptığı bir davranıştan dolayı kişinin suçlanabilmesi için, toplumsal yaşamın gereklerini doğru kavrama ve buna göre davranma yeteneği bulunmalıdır. Buna isnat yeteneği –öğretide çoğunlukla kullanıldığı şekliyle kusur yeteneği- denir. Eylemi yaptığı sırada kişinin isnat yeteneği yoksa antisosyal davranış kınanamaz. Anlayabilme ve isteyebilme yeteneği olmayan, kusur yeteneğine sahip olamaz. Kusur yeteneği kişinin düşünsel olarak belli bir olgunlukta olmasını gerektirir. Ancak kişinin kusur yeteneğine sahip olması için, haklı ile haksızı ayırt edebilecek olgunlukta olmasının yanında iradi olarak hareket edebilme yeteneğine de sahip olması gerekir. Kusur yeteneğinin belirlenmesinde belirli bir yerde ve zamanda geçerli olan sosyal değerler de etkilidir. Kusur yeteneğinin fiilin işlendiği sırada var olması gerekir. Kişi suç işleyeceği sırada kusur yeteneğinden yoksun olmaya kendi bilinçli davranışıyla neden olmuşsa, suç anında kusur yeteneğinin bulunduğu varsayılır. Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 351 vd.

<sup>138</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, Ceza Sorumluluğunun Esasları üst başlığı altında iki alt başlık yer almaktadır: “Kast-Taksir” ve “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler”. Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler ise şu şekilde düzenlenmiştir:

- Öğretide hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler veya hukuka uygunluk nedenleri başlığıyla incelenen nedenler (Kanun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, yasal savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (TCK m. 24-27))

- Öğretide kusurluluğun ön şartı olarak değerlendirilen isnat yeteneğini etkileyen haller (Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma (TCK m. 31-34))

- Öğretide suçu ortadan kaldıran subjektif nedenler olarak belirtilen durumlar (Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik, hata (TCK m. 28-30)).

Bu şekilde aslında tüm bu nedenler sonuçta ceza verilip verilmemesi üzerinde etkili olsa da Türk öğretisinde süregelen terminoloji ile uyumlu olmayan bir terminoloji geliştirilmiştir.

<sup>139</sup> bkz. Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, PG, s. 244; Roberto Garofoli, *Manuale di Diritto Penale*, PG, Milano: Giuffrè editore, 2003, s. 458-459.

- b. Mazeret nedenlerinin bulunmaması (diğer bir ifadeyle fiile eşlik eden şartların normal olması)
- c. İhlal edilen ceza normunun bilinmesi veya bilinebilir olması
- d. Anlama ve isteme yeteneği

O halde kast ve taksiri kusurluluk türleri olarak değerlendirmek yerine suçun manevi unsuru içerisinde incelemek daha isabetli olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, kusurluluk kavramı kast ve taksirden daha geniş bir kavramdır. Kusurluluk kavramı altında yer alan unsurlardan bir kısmı suçun sübjektif unsurudur, diğer bir kısmı ise cezasızlık sebepleridir. Kusurluluk kavramı kast ve taksir kavramından geniş, onları da içerisine alan bir kavram olarak değerlendirildiğinde olayda mazeret nedenlerinin bulunduğu bilinse dahi kast veya taksirin olayda var olup olmadığının araştırılması gerekmektedir<sup>140</sup>. O halde, kusurluluk, kusurluluğu engelleyen hallerin bulunmamasını ifade eden bir suç unsurudur. Geçekten, suç, kanuni tarife uygun, hukuka aykırı, kasten veya taksirle gerçekleştirilen ve cezalandırılabilen (kusurlu) bir davranıştır. O halde kusurluluk suçun bir unsurudur<sup>141</sup>.

## SONUÇ

Hukuk toplum ile birlikte değişen ve gelişen bir sistemdir. Bu kapsamda ceza hukuku da ülkedeki ve dünyadaki gelişmelerden en çok etkilenen hukuk dallarından biridir. Siyasal iktidarın özellikleri, suç politikası ve ispat imkânlarındaki gelişmeyle de paralellik göstererek ceza sorumluluğunun tarihsel gelişiminde 4 aşamanın bulunduğu görülmektedir: 1) Başkasının fiilinden sorumluluk, 2) Objektif sorumluluk, 3) Kusurlu sorumluluk ve 4) Kişilik yönünden sorumluluk.

Başkasının fiilinden sorumlulukta, kişi, gerçekleşmesine hiçbir nedensel katkıda bulunmadığı, tamamen başkası tarafından gerçekleştirilen fiilden sorumlu tutulur.

Cezai sorumluluğun gelişim aşamalarından ikincisini oluşturduğu kabul edilen objektif sorumluluk, kısaca, kişinin kendi iradi ve hukuka aykırı hareketinden doğan neticeden, bu netice ile arasında herhangi bir psişik bağ aranmaksızın salt nedensellik bağı dolayısıyla sorumlu tutulmasını ifade etmektedir.

<sup>140</sup> Bu durum Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinde yer alan hüküm çeşitlerinin yapısına da uygun düşecektir. Olayda failin kastının veya taksirinin olmadığı tespit edilirse, suçun bir unsuru bulunmadığından fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken; kast veya taksirin var olduğu durumlarda, olayda kusurun diğer bir unsurunun bulunmadığı anlaşılıyorsa ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

<sup>141</sup> Aynı yönde bkz. Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, a.g.e., s. 359 vd.



Ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin dönüm noktasını ifade eden kusurlu sorumluluk, failin, kasıtlı veya en azından taksirli olarak ortaya koyduğu için psikolojik yönden de kendisine ait olan fiilden sorumlu tutulmasını ifade eder.

Hukuki yararı ihlal edici maddi fiili değil de tehlikeyi esas alan kişilik yönünden sorumluluk anlayışında sorumluluk, davranış (fiil) üzerine değil, süjenin oluş ya da yaşama biçimi üzerine tesis edilmektedir. Gerçekten bu ceza hukuku anlayışında sorumluluk, doğrudan doğruya süjenin biyolojik yapısına veya belirli nitelikteki insan davranışlarına ve basit sübjektif durumlara dayandırılmaktadır.

Bugün kusurlu sorumluluğun ceza hukukunda vazgeçilmez bir ilke olduğu kesindir. Ancak kusurluluk kavramının içeriği üzerinde öğretilerde bir görüş birliğine varılmamıştır. Suçun unsurlarından olan kast ve taksiri tek bir kavram, bir bütün olarak ele almak zorunluluğunun hissedilmesi ile birlikte, kusurluluğu psikolojik bir kavram olarak kabul eden psikolojik teori, fail ile fiil arasındaki sübjektif ilişkiyi kusurluluk olarak tanımlamıştır. Ancak bu teorinin taksiri açıklamakta yetersiz kalması üzerine kusurluluğu kınanabilirlik olarak kabul eden normatif teori öne çıkmıştır.

Normatif teorinin benimsenmesi durumunda ise kusurun bir unsuru mu olduğu yoksa unsurların dışında mı kaldığı tartışması ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce suç, kanuni tarife uygun, hukuka aykırı, kasten veya taksirle gerçekleştirilen ve cezalandırılabilen (kusurlu) bir davranış ise kusuru suçun unsuru olarak kabul etmek gerekmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 372, 1975.
- Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, PG*, (16. ed.), (aggiornata da L. Conti), Milano: A. Giuffrè, (1 ed., 1947), 2003.
- Artuk, Mehmet Emin, “Ceza Hukukunun Tarihi”, *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul: Beta, 1989.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, (5. baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Aydın, Devrim, “Ceza Hukukunda Okullar”, *CHD*, Y.6, S.5, (Nisan 2011), s. 47-57.
- Battaglini, Giuglio, (1936). “La Qestionone della “Responsabilità Oggetiva” nel Diritto Penale”, *FI*, Anno LXI (XIV), s. 31-46.
- Beccaria, Cesare, *Dei Delitti e delle Pene e di Commento di Voltaire*. Roma: Newton, 1994.
- Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 3. Baskı, (Çev: Muhittin Gölcüklü), İstanbul: İnkılap ve Aka Kitabevleri, 1964.
- Cadoppi, Alberto-Veneziani, Paolo, *Elementi di Diritto Penale, PG*. (2. ed.). Padova: Cedam, 2004.
- Canestrari, Stefano-Cornacchia, Luigi-De Simone, Giulio, *Manuale di diritto Penale, PG*, Bologna: Il Mulino, 2007.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Yenerer Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (7. baskı), İstanbul: Beta, 2011 (5. Baskı, 2008).
- De Asua, Luis Jimenez, “Il Delitto Preterintenzionale”, *RIDPP*, Anno V. 3-14, 1962, s. 3-14.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (9. baskı), Ankara, Seçkin yayınevi, 2013.
- Dönmezer, Sulhi, *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınlarından; No. 432, Hukuk Fakültesi; no. 96, Doktora İhtisası Kurları Serisi; no. 13, 1949.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, (9. baskı), İstanbul: Beta, 1986.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I*, (10. baskı). İstanbul: Beta, 1987.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I*, (13. baskı), İstanbul: Beta, 1997.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, (14. baskı), İstanbul: Beta, 1997.
- Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.

- Ersoy, Yüksel, *Ceza Hukuku*, Ankara: İmaj yayıncılık, 2002.
- Ferri, Enrico, *Sociologia Criminale, Vol. II*, Torino: Bocca, 1900.
- Garofoli, Roberto, *Manuale di Diritto Penale, PG.*, Milano: Giuffrè editöre, 2003.
- Giovagnoli, Roberto, *Studi di Diritto Penale, PG.*, Milano: Giuffrè, 2008.
- Hafizoğulları, Zeki - Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (5. baskı), Ankara: U.S.A. yayıncılık, 2012.
- Hafizoğulları, Zeki, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Kusurluluğu Kaldıran Nedenlere Genel Bir Bakış”, *Polis Dergisi*, 44 (Nisan-Mayıs-Haziran), 2005.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. baskı), Ankara: Seçkin, 2011.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (7. baskı), Ankara: Seçkin, 2008.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul: Cezaevi matbaası, 1967.
- İçel, Kayıhan-Sokullu Akıncı, Füsün-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu Fatih Selami-Ünver, Yener, *Suç Teorisi 2. Kitap*, (3. baskı), İstanbul: Beta, 2004.
- Karakehya, Hakan, “Ceza Hukukunda Doğrudan Kast”, *SÜHFD*, 15 (1), 2007, s. 117-138.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. baskı), Ankara: Seçkin, 2013.
- Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi yayınları: 430, Hukuk Fakültesi: 94, Doktora ihtisas kurları serisi: 12, 1949.
- La Monica, Mario, *Manuale di Diritto Penale, Vol. I, Introduzione al Diritto Penale*, Milano: Cedam, 2002.
- Maggiore, Giuseppe, *Diritto Penale, Vol. I*, Bologna: Zanichelli, 1958.
- Mantovani, Ferrando, “Responsabilità Oggettiva Espressa e Reponsabilità Oggettiva Occulta”, *RIDPP*, Anno XXIV, 1981, s. 456-476.
- Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale, PG.*, (4.ed.), Padova: CEDAM, 2001.
- Manzini, V Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano, vol. I*. Torino: UTET, 1961.
- Manzini, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Vol I, PG.*, (9. ed.), Padova: Cedam, 1958.
- Marinucci, Giorgio-Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto Penale, PG.*, (2. ed.), Milano: Giuffrè, 2006.
- Nozioni di Diritto Penale*, (a cura di G. Flora e P. Tonini), Milano: Giuffrè, 1997.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III*, İstanbul: Beta, 1992.
- Özbek, Veli Özer – Kanbur, M. Nihat – Bacaksız, Pınar – Doğan, Koray - Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, 2013.

- Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (8. baskı), Ankara: Seçkin, 2013.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (10. baskı), Ankara: Seçkin, 2008.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan-Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, (4. baskı), Ankara: Seçkin, 1998.
- Pagliari, Antonio, *Principi di Diritto Penale, PG.*, (8. ed.), Milano: Giuffrè, 2003.
- Pulitanò, Domenico, *Diritto Penale*, Torino: Giappichelli editöre, 2005.
- Ramacci, Fabrizio, *Corso di Diritto Penale*, (4. ed.), Torino: Giappichelli editöre, 2007.
- Rocco, Arturo, “L’Ogetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale Contributo alle Teorie Generali del Reato della Pena”, *Opere Giuridiche, I*. Roma: Foro Italiano, (1932- 1933).
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. baskı, Ankara: Yetkin yayınevi, 2012.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku*, İstanbul: İstanbul Akgün Matbaası, 1953.
- Toroslu, Nevzat, “Ceza Hukukunda Okullar”, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 716, 1988, s. 367-376.
- Toroslu, Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi, YD., (1-2), (Ocak-Nisan), 1990, s. 121-125.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*. (7. baskı). Ankara: Savaş, 2005.
- Ünver, Yener, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, *Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılda Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler. 26-27 Mart, 1997*, İstanbul: Beta 1997.
- Ünver, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, *CHD*, 1 (1), (Ekim), 2006, s. 41-78.
- Yüce, Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri, C.I.*, Manisa: Şafak, 1982.
- Zafer, Hamide, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı -Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, *Maltepe ÜHFD*, 2, 2009, s. 151-194.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, TCK m. 1-75, 3. baskı, İstanbul: Beta, 2013.
- [http://www.italgiure.giustizia.it/nir/lexs/1958/lexs\\_180400.html](http://www.italgiure.giustizia.it/nir/lexs/1958/lexs_180400.html)
- <http://guide.dada.net/diritto/interventi/2001/07/52826.shtml>
- <http://www.giustizia.it/newsonline/data/multimedia/2398.pdf>

## **ÇEVRE CEZA HUKUKUNUN GELİŞİMİ VE ÇEVRENİN CEZA NORMLARI İLE KORUNMASI REJİMİ YÖNÜNDEN ALMANYA VE FRANSA ÖRNEKLERİ**

*Yrd. Doç. Dr. Hasan SINAR\**

*Ve dalgakıranlarla zincirlenmiş deniz  
Gitgide çürüyen bir su olmadıkça artık  
Akıtmada zehrini doğaya  
İçimizdeki bataklık\*\**

### **ÖZET:**

İnsan ve doğa arasındaki ilişkide dengenin doğa aleyhine bozulması, çevrenin korunmasını bir insan hakları sorunu haline getiren sürecin başlangıcıdır. Bu süreçte çevrenin korunması meselesi önceleri kamu sağlığının ve mülkiyet hakkının korunması kapsamında değerlendirilmiş olsa da; zaman içerisinde ekolojik denge bağımsız bir hukuksal değer olarak benimsenmiştir. Çevrenin korunmasına ilişkin ilk normlar doğrudan idare hukuku alanında, idarenin düzenleme ve denetleme yetkisi kapsamında ortaya çıkmıştır. Bu dönemde, çevrenin korunmasında ceza hukukunun fonksiyonu yalnızca “ruhsat koşulları” gibi idari normlara aykırılık oluşturan ihlallere yaptırım uygulanması ile sınırlı olarak yorumlanmıştır. Ancak çevrenin korunmasına ilişkin olarak idare hukuku –ve medeni hukuk- alanında ihdas edilen düzenlemelerin gayeye ulaşmakta yetersiz kalması, çevrenin korunmasında ceza hukukunun daha öncelikli ve esaslı bir fonksiyon üstlenmesini zorunlu kılmıştır.

Çevrenin korunmasına yönelik ceza hukuku normları belirli aşamalardan geçmiş ve bugün gelinen noktada, birçok gelişmiş hukuk düzeninde çevrenin korunmasına ilişkin normlar doğrudan ceza kanunlarında ve/veya çevrenin korunmasına özgülenen spesifik kanunlarda düzenlenmiştir. Karşılaştırmalı hukukta ve özellikle Avrupa Birliği bünyesinde yeknesak bir çevre ceza hukuku modelinin oluşturulmasının mümkün olup olmadığı güncel bir tartışma konusudur. Bununla birlikte, çevrenin korunmasına ilişkin ceza normlarının ihdas edilmesi noktasında her ulusal hukuk sisteminin, kendi anayasal düzeni ve hukuk kültürünün özelliklerini göz önünde bulundurma mecburiyeti vardır ve bu durum ortak bir uluslar arası modelin inşa edilmesini güçleştirmektedir. Bu çalışma-

---

\* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalı Öğretim Üyesi

\*\* Ataoğulları BEHRAMOĞLU, Kuşatmada (Devrimci Savaşta Sanat Emeli, 1978, Sy: 1, s. 21)’den nakleden Köksal BAYRAKTAR “Çevrenin Korunması ve Türk Hukuku”, Seha L. Meray’a Armağan, C: I, 1981, Ankara, s. 68.

da önce çevre ceza hukukunun gelişim süreci kısaca açıklanacak; sonrasında ise Kıta Avrupası içerisinde birbirinden gerek anayasal düzen ve gerekse hukuk kültürü olarak kalın çizgilerle ayrılan iki “hukuk ihraç eden” ülke olan Almanya ve Fransa’da çevrenin ceza hukuku normlarıyla korunması modelleri incelenecektir. Bu inceleme sonucu elde edilen veriler sonuç bölümünde ayrıntılı olarak paylaşılmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Çevre Hukuku, Çevre Ceza Hukuku, Alman Çevre Ceza Hukuku, Fransız Çevre Ceza Hukuku, Çevre Hukukunda Cezaî Yaptırım, Karşılaştırmalı Hukukta Çevre Ceza Hukuku.

#### **ABSTRACT:**

The unbalancing of the relationship in between human being and nature, against the nature was the starting point of the process which has made the protection of environment an human rights issue. Although in this process, the protection of environment first considered as a matter of public health and right of property; ecological balance recognised as an independent legal value in progress of time. The first legal norms on the protection of environment arised directly in administrative law, within the context of the legislative and controlling authority of the administration. In this period the function of criminal law was limited only to sanctioning the violations of the administrative norms, such as “licensing conditions” etc. However, since it was not possible to reach the aim solely by legal norms in administrative law –and civil law–; it was a must for criminal law to take in charge a primary and solid function on this matter. There is stil a current discussion in comparative law and in particularly in European law on whether it is possible to constitute a uniform environmental criminal code model.

The criminal law norms on the protection of environment passed certain stages and today, several developed legal systems have legislated norms on the protection of environment directly in their penal codes and/or in spesific environmental laws. Nevertheless, it is essential to consider the constitutional order and the features of the legal culture of the each national legal system and this makes it difficult to build a common international model. In this brief study, first the improvement process of the environmental criminal law will be explained; later on, the models of the protection of environment through criminal norms of the two “law exporting” countries (Germany and France) of Continental European Law, which are sharply differentiating in terms of both constitiutional order and legal culture, will be examined. Lastly, the data arises by this examination will be shared in details.

**Keywords:** Environmental Law, Environmental Criminal Law, German Environmental Criminal Law, French Environmental Criminal Law, Criminal Sanctions in Environmental Law, Environmental Criminal Law in Comparative Law.

## I. GİRİŞ

Temel üretim biçimlerinin tarım, hayvancılık ve basit el sanatlarına ilişkin faaliyetlerden ibaret olduğu uzun “tarım toplumu” döneminde, insan ve doğa ilişkisinin gayet adil ve dengeli bir şekilde tezahür ettiği söylenebilir. Bununla birlikte, “sanayi toplumu”na geçiş süreci ile bu denge ilişkisi bozulmuş ve teknik ilerlemelerin yardımıyla insan doğayı mutlak egemenliği altına almayı başarmıştır<sup>1</sup>. Üretim araçlarında yaşanan değişim süreci ile makinelerin ve diğer sanayi üretim araçlarının desteğini arkasına alan insan, sınırsızca üretim yapabilme ve dolayısıyla sınırsızca kâr elde edebilme olanağını elde etmiştir. Bu olağanüstü olanağın insan doğasının ayrılmaz bir parçası olan açgözlülük ile birleşmesi sonucunda, doğal kaynakların acımasızca tüketilmesi süreci başlamıştır<sup>2</sup>. Bu süreç, birçok bitki ve hayvan türünün neslinin tüketilmesinin yanı sıra, doğal dengede geri dönülemez boyutlara ulaşan büyük tahribatlara da yol açmıştır. Diğer yandan, sanayi toplumunun zorunlu sonuçları olarak ortaya çıkan hızlı ve çarpık kentleşme, hızlı nüfus artışı, teknolojik ilerlemeler gibi etmenlerin doğal dengeyi hızla bozmuş olması, insanın yaşam alanında başta kendisi olmak üzere tüm canlı varlıkların varlıklarını olumsuz etkileyen fiziksel, ekonomik ve sosyal sorunların ortaya çıkması neticesini yaratmıştır<sup>3</sup>. Bu durumda ise insanın, diğer canlılarla birlikte yaşayıp gelişmesini sağlayan ve sürekli etkisi altında bulunduğu (hava, su toprak gibi) tüm fiziksel, kimyasal ve biyolojik faktörler olarak tanımlanan çevrenin<sup>4</sup>, uyumlu ve dengeli bir biçimde korunması konusu zorunlu olarak gündeme taşınmış bulunmaktadır.

## II. ÇEVRE VE CEZA HUKUKU İLİŞKİSİ

Sanayileşme sürecinde çevre alanında ortaya konulan ilk önleyici önlemler çevre değerlerinin korunabilmesi esasına olduğu kadar, çevreden sınırsızca ya-

<sup>1</sup> Philippe J. SANDS, “The Environment, Community and International Law”, Harvard International Law Journal, V: 30, No: 2, Spring, 1989, s. 393 vd.

<sup>2</sup> Ayşegül KAPLAN, “Çevre Sorunları ve Ekonomi”, AÜSBF Dergisi-Prof Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, C: XLVI, No: 1-2, Ocak-Haziran 1991, Ankara, s. 279; Çelik ARUOBA, “Çevre Ekonomisi, Gelişme ekonomisi”, İnsan-Çevre-Toplum, Yayına Hazırlayan: Ruşen Keleş, Ankara, 1992, s. 129 vd.

<sup>3</sup> Fikret BAŞKAYA, “Rio’dan Sonra veya Sürdürülemez Kalkınma”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C: XVI, Sy: 145, Temmuz 1992, s. 15. Çevreye büyük zararlar veren bu yıkıcı faaliyetlerin sonucu oluşan çevre zararlarından etkilenme noktasında başka bir eşitsizlik ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, çevre zararlarının coğrafi ve demografik yayılımı üzerinde yapılan araştırmalar, bugün itibarıyla çevre zararlarından düşük gelirli grupların ve toplumda ötekileştirilmiş azınlık gruplarının çok daha ağır ve vahim bir biçimde etkilendiğini açığa çıkarmış ve bu durum “çevresel adaletsizlik” kavramının literatüre girmesine yol açmıştır. Alex GEISINGER, “The Benefits of Development and Environmental Injustice”, Columbia Journal of Environmental Law,” V: 37/2, July 2012, s. 209.

<sup>4</sup> Çevre kavramına ilişkin çeşitli tanımlamalar için bkz. Ersan ŞEN, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1994, s. 5.

rarlanabilmenin ve teknik ilerlemelerin engellenmemesinin temini şeklindeki bir anlayışa da dayanmaktaydı<sup>5</sup>. Bununla birlikte başta ekonomik ve teknik alandaki gelişmeler ile hayat standartlarının yükselmesi, tüketim alışkanlıklarının olumsuz şekilde değişmesi, doğal ürünlerden yapay ürünlere yönelme, atık madde sorunlarının belirmesi vb... gibi çevreye yönelik tehditlerin nitelik, kapsam ve biçimlerinde ortaya çıkan değişimler bu önlemlerin de yeniden ele alınmasını ve yapılandırılmasını zorunlu kıldı. Bu anlamda birçok ülkede insan yaşamı yönünden tehlike veya zarar oluşturabilecek çevreye yönelik tehditlere karşı, hukuksal koruyucu önlemler alınması yoluna gidilmeye başlandı.

Çevrenin korunmasına ilişkin alınan ilk hukuksal önlemler genelde medenî hukuk ve idare hukuku alanlarında ortaya çıkmıştır<sup>6</sup>. Ancak çevrenin korunması konusunda bu hukuk disiplinleri çerçevesinde alınan önlemlerin ve özellikle uygulanan (tazminat ve idari cezalar şeklindeki) yaptırımların yetersiz kalması, hukuk düzeninin çevre sorunlarına ilişkin olarak da etkin çözümlerin geliştirilebilmesi yönünden ceza hukukunun müdahalesine başvurulmasını gerekli kılmıştır.

### III. ÇEVRENİN KORUNMASINDA CEZA HUKUKUNUN FONKSİYONU MESELESİ

Çevrenin korunması alanında ceza hukukunun yardımına gereksinim duyulduğu kesin olmak ile birlikte; bu alanda ceza hukukunun nasıl bir fonksiyon üstlenmesi gerektiği konusunda ise böyle bir görüş birliğinden söz edebilmek mümkün değildir. Çevrenin korunmasına salt ceza hukukunun değil ancak genel anlamda hukuk düzeninin asgari düzeyde müdahale etmesini savunan muhafazakâr anlayışa göre çevrenin korunmasına yönelik yapılması gereken müdahaleler ve alınması zaruri tedbirler daha ziyade siyasi, idari ve iktisadi yönlerden gerçekleştirilmelidir<sup>7</sup>. Bu nedenle, ceza hukuku gibi temel hak ve özgürlüklere en katı ve derin müdahalelerde bulunan bir hukuk dalına ilişkin kuralların çevrenin korunması noktasında mümkünse hiç kullanılmaması ve bu hukuk dalının son çare olma (*ratio legis*) özelliği ile paralel olarak ancak çok zorunlu kaldığı takdirde çevrenin korunmasında ceza hukukunun yardımına başvurmak gerekir<sup>8</sup>. Çevrenin korunmasında ceza hukuku araçlarından yararlanılması noktasında bu

<sup>5</sup> Yener ÜNVER – Ayşe NUHOĞLU, Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1999, s. 23.

<sup>6</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk TANDOĞAN, “2872 Sayılı Çevre Kanunu’na göre Çevrenin kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, Yargıtay Dergisi, C: 12, Sy: 1-2, s. 31 vd.  
Ayrıca bkz. Burhan KUZU, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, İstanbul, 1997, s. 68-71.

<sup>7</sup> H. Elvend KANTAR, “Çevre Korunmasına Ait Cezai Müeyyideler”, Çevre Hukuku Araştırmaları, TÇSV Yayını, Ankara, 1981, s. 82 vd.

<sup>8</sup> Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku ve Çevre, Ankara, 1982, s. 13.



kadar katı bir karşılık içermeyen diğer bir anlayışa göre ise, ceza hukukunun çevrenin korunması konusunda “tamamlayıcı” bir fonksiyonu olması gerekir. Bu anlayış çerçevesinde, çevrenin korunması esas itibarıyla bir kentleşme, plânlama, sanayi politikası ve ülkenin genel iktisadi düzenine ilişkin bir sorundur. Bütün bunlar konunun en önemli alt yapı ve unsurlarını oluşturmaktadır. Bu itibarla, ceza hukukunun işlevi daha sonra ortaya çıkmakta ve ceza hukuku meselesinin yalnızca yan, tamamlayıcı konusunu oluşturmaktadır<sup>9</sup>. Öncelikle çevrenin korunmasını sağlayıcı iktisadi ve idari önlemler alındıktan ve diğer bir deyişle çevre korumayı temin edici ortam sağlandıktan sonra, buna aykırı davranışlar hakkında ceza normlarının uygulanması yoluna gidilmelidir. Meseleye bu şekilde yaklaşılması ise, sorunun çözümünü geciktirebilir, hatta sapırtabilir<sup>10</sup>. Nihayet çevrenin korunması ve ceza hukuku ilişkisine daha ılımlı yaklaşan diğer bir anlayışa göre ise, çevrenin korunmasında ceza hukuku araçlarına yer verilmesi bugünün koşullarında inkâr edilemez bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır<sup>11</sup>. Şöyle ki, meseleyi en baştan ele almak gerekirse, başlangıçta çevrenin korunmasına ve çevre sorunlarının çözümlenmesine ilişkin sorunların iktisadi ve idari önlemler alınarak, eğitim öğretim faaliyetlerine ağırlık verilerek ya da bilimsel ve teknik alanda yenilikler getirilerek çözümlenmesine yönelik bir arayışa girilmiştir. Ancak ortaya çıkan neticenin, belirtilen mekanizmaların bu sorunların çözümünde yeterli olmadığını ortaya koymasından sonradır ki, hukuk kurallarının ve bu noktada özellikle birey hak ve özgürlüklerine ağır sınırlamalar getiren ceza hukuku araçlarından yararlanmanın bir zorunluluk haline geldiği düşüncesi uygulamaya konulmuştur<sup>12</sup>. Gerçekten ceza hukuku araçları insan iradesi üzerinde, yukarıda anılan tüm diğer mekanizmalar ile karşılaştırılmayacak ölçüde bir zorlayıcılık özelliğine sahip bulunmaktadır. Bu açıdan, çevrenin kirletilmesi ve doğal ekolojik dengenin bozulması sonucunu yaratan fiillerde bulunan kişiler üzerinde, başka hiçbir denetim mekanizması ceza hukuku araçları ile ortaya konulan caydırıcılık özelliğini sağlayabilme imkânına sahip değildir. Diğer yandan, çevrenin korunmasında ceza hukuku araçlarına başvurulması, ceza hukukunun amaçlarına da uygun bir yaklaşımdır. Çünkü ceza hukuku son tahlilde toplum düzeninin sağlanmasına ve korunmasına yönelik bir hukuk dalıdır. Dünya üzerinde giderek daha tehlikeli boyutta artmakta olan çevreyi kirleten ve doğal ekolojik dengeyi bozan fiiller ise, özelde insan yaşa-

<sup>9</sup> BAYRAKTAR, “Çevrenin Korunması ve Türk Hukuku”, s. 77.

<sup>10</sup> Köksal BAYRAKTAR, “La contribution de la protection pénale à l’environnement, (Rapport présenté au Congrès Mondial de droit comparé de Budapest, 23-28 aout 1978), Annales de la Faculté Droit d’İstanbul, 1978, No: 41, s. 177-178.

<sup>11</sup> Nevzat TOROSLU, “Ceza Hukuku açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanunu’nun Uygulanması, TÇSV Yayını, Ankara, 1987, s. 105.

<sup>12</sup> Nevzat TOROSLU, “Doğal Çevrenin Kirletilmesi ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1980, s. 190.

mını ve sağlığını ve dolayısıyla genelde de toplum düzenini tehdit eder bir nitelik taşımaktadır<sup>13</sup>. Bu nedenle, çevrenin korunmasında ceza hukukunun yardımına başvurulması, çevrenin kirletilmesi ve bozulması nedeniyle zarar gören toplum düzeninin korunması amacına hizmet edecek ve çevreye zarar veren fiillerin aslında herkese zarar veren fiiller olduğunun topluma gösterilmesinde ve bu konuda kamusal bir vicdan ve bilincin oluşturulmasında yapıcı bir rol oynayacaktır.

Çevrenin korunmasında ceza hukuku araçlarına yer verilmesi görüşünün toplumsal ölçekte de destek bulduğu ve günümüzde artık toplumun, çevreye zarar veren fiillerin suç sayılarak cezalandırılmasını arzuladığı ifade edilmektedir<sup>14</sup>. Nitekim bu düşüncelerle gerek Türkiye’de gerekse karşılaştırmalı hukukta çevrenin korunması amacına yönelik olarak ceza normları ihdas edildiği ve bir “çevre ceza hukuku” uygulamasının giderek yaygınlaştığı tespit edilebilir. Bununla birlikte, özellikle karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar ele alındığında, muhtemelen çevre ceza hukukunun nispeten yeni bir fenomen olmasından dolayı, çevreye verilen zararların ceza normları ile karşılanmasına ilişkin farklı modellerin uygulandığı görülmektedir. Aşağıda önce çevrenin ceza normları ile korunmasına ilişkin benimsenen başlıca modeller özetle açıklanmasına, sonrasında ise Kıta Avrupası ülkeleri ölçeğinde çevrenin ceza normları ile korunması rejimlerinin irdelenmesine gayret edilecektir.

#### IV. ÇEVRENİN CEZA NORMLARI İLE KORUNMASI MODELLERİ

##### 1. Soyut Tehlike Suçu Modeli

Çevrenin ceza normları ile korunması modellerinin ilki, çevresel değerlerinin soyut tehlike suçları yoluyla korunmasıdır. Bu modelde ceza hukuku çevre kirliliğini doğrudan cezalandırmamakta; ancak daha ziyade çevreye bırakılan katı veya sıvı atıklar veya gaz salınımlarının miktarına ve niteliğine ilişkin kuralların salt ihlal edilmiş olması, gerçekten bir çevre kirliliği yaratmış olup olmadığına bakılmaksızın birer soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmektedir. Bu şekilde çevrenin korunmasına ilişkin olarak soyut tehlike suçları yoluyla oluşturulan ceza hukuku himayesi, esas itibarıyla çevresel atık ve salınımlara ilişkin ölçüt ve sınırlamaları belirleyen idari düzenlemeleri daha etkili ve caydırıcı kılmaya yönelik bir ilave himaye sistemi mahiyeti taşımaktadır<sup>15</sup>. Bu açıdan bu model yukarıda değindiğimiz, ceza hukukunun çevrenin korunmasındaki fonksiyonunu, bu alandaki esas düzenlemeyi oluşturan idari kurallara yardımcı ve

<sup>13</sup> ŞEN, “Çevre Ceza Hukuku”, s. 80-81.

<sup>14</sup> KUZU, “Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı”, s. 401.

<sup>15</sup> Michael G. FAURE-Günter HEINE, Environmental Criminal Law in the European Union, Freiburg im Breisgau, 2000, s. 1.

tamamlayıcı olarak kabul eden anlayış ile paralellik göstermektedir<sup>16</sup>. Gerçekten, çevrenin korunması hukukuna ilişkin normatif yapının büyük bir çoğunluğu idari makamların çevreye bırakılan atıklara ve salınlara hangi koşullar altında izin vereceğini tespit eden idari düzenlemelerden ibarettir. Bu idari düzenlemelerin konusunu oluşturan atık ve gaz salınımına ilişkin standartlar veya limitler bazen bütün bir endüstriye ilişkin olabileceği gibi, bazen bir endüstrinin belirli bir dalına ve çoğunlukla ise bireysel ruhsatlara ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır<sup>17</sup>.

Bu sistem içerisinde ceza hukukunun rolü ise, önceden alınmış olan bu idari kararların uygulanmasını güvence altına almaktan ibarettir. Bu çerçevede, ceza hukukunun genel idari kural ve ilkelere bağımlılığı ile idari organların bireysel idari işlemlerine olan bağımlılığı arasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu tip yasal düzenlemelerin cezai yönü genelde, çevrenin korunması bağlamında idare hukukuna ilişkin esasları içeren kanunun son maddesinde, bu kanun hükümlerini ihlal eden veya bu kanun temelinde alınması gereken lisans, ruhsat vb. gereklilikleri yerine getirmeyen kimsenin spesifik bir ceza yaptırımını ile cezalandırılacağı belirtilmesi şeklindedir. Bu açıdan, idari esaslar getiren kanunun veya lisans, ruhsat vb. gerekliliklerin ihlal edilmiş olmasının, somut bir tehlike yaratmış olması gerekli değildir; yalnızca bu yöndeki düzenlemenin ihlal edilmiş olması ceza normunun uygulanması için yeterlidir.

Çevre ve ceza hukuku ilişkisinin tarihsel geçmişi göz önüne alındığında, çevrenin ceza normları ile korunmasının genellikle çevrenin korunmasına ilişkin esaslar getiren bu gibi öncü idari düzenlemelerin ardından gelen ve çevresel değerlere ilişkin soyut tehlikeyi cezalandıran normlar şeklinde ortaya çıktığı tespit edilebilir. Bu durumda, idari düzenlemede belirtilen (örneğin bir ruhsatta belirtilen atık madde sınırının aşılması gibi) şekildeki yasak ihlal edilmez, ceza hükmü, bu ihlalin çevreye bir zarar verip vermediğine bakılmaksızın derhal uygulanır. Buna karşın, bazı hukuk sistemlerinde ise, bu gibi ihlallerin doğrudan ceza hukuku araçları ile değil ancak sözgelimi idari para cezaları gibi idari ceza hukuku alanına giren yaptırımlar ile karşılanması yoluna da gidilmektedir<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> **BAYRAKTAR**, “Çevrenin Korunması ve Türk Hukuku”, s. 77.

<sup>17</sup> Çevrenin ceza normları ile korunması esasını benimsemiş ülkelerin önemli çoğunluğunda, bu alanda getirilen ceza normları halen birer soyut tehlike suçu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak bu durum sözgelimi salt emisyon/salınım standartlarının ihlali şeklindeki bir soyut tehlike suçunda, yasal işlem yapmakla görevli olan savcılık makamının gerçekleştireceği ceza soruşturmasını büyük ölçüde, o alanda ölçüm/inceleme noktasında özel uzmanlığı olan ilgili spesifik birim yapacağı inceleme ve ulaşacağı sonuca bağımlı kılmaktadır. Michael G. **FAURE-Günther HEINE**, *Criminal Enforcement of Environmental Law in the European Union*, Kluwer Law International, 2005, s. 45-46.

<sup>18</sup> **FAURE-HEINE**, “Environmental Criminal Law”, s. 2.

## 2. Somut Tehlike Suçu Modeli

Çevrenin ceza normları ile korunmasında ilk uygulanan model soyut tehlike suçu modeli olmakla birlikte, bugün için giderek artan çevre kirliliği ve zararlarının önlenmesi amacıyla, çevrenin idare hukukundan bağımsızlaşan bir şekilde somut tehlike suçları yoluyla korunması yönünde bir eğilimin geliştiği tespit edilebilir. Gerçekten, idari bir düzenlemeye soyut tehlike suçu formundaki bir ceza normunun eklenmesinden ibaret olan bu ilk sistemin zayıf yönü, ekolojik standartların doğrudan korunmasını esas alan bir ceza hukuku yaklaşımından yoksun bulunmasıdır.

Gerçekten bu ilk sistemde, çevrenin korunmasında ceza hukukunun işlevi, idare hukukuna ve idari emir ve tedbirlere bağımlı, yardımcı ve tamamlayıcı bir rol üstlenmekten ibarettir<sup>19</sup>. Burada amaç, ceza normlarının zorlayıcı gücünden yararlanılarak, çevrenin korunması maksadıyla ihdas edilen idari emir ve tedbirlere riayet edilmesinin güvence altına alınmasıdır. Bu güvenceyi temin etmek üzere ihdas edilen ceza normları da, salt idari emir ve tedbire karşı gelmesi halinde, doğrudan uygulanan soyut tehlike suçlarıdır. Diğer bir deyişle, bu ceza normlarının uygulanması için, idari emir veya tedbirin ihlali üzerine bir zararın veya somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmamaktadır. Bu şekildeki soyut tehlike suçu modelinin, çevrenin korunmasında ceza hukukunun işlevini dolaylı ve ikincil bir rolle sınırlaması nedeniyle, özellikle 1980 ve 1990'lı yıllarda yükselen çevre duyarlılığı ile paralel olarak, bir çok ülkede ekolojik değerlerinde korunmasında ceza hukukunun rolünü doğrudan ve asli bir unsur haline getiren somut tehlike suçu modeline doğru bir değişim yaşanmıştır<sup>20</sup>.

Somut tehlike suçu modelinde ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için toprak, hava ve su gibi çevre bileşenleri yönünden bir zararın ya da spesifik, somut bir zarar riskinin doğması şeklinde bir ön koşulun varlığı aranır. Bu açıdan yalnızca soyut tehlikenin varlığı, ceza sorumluluğunun doğması için yeterli değildir<sup>21</sup>. Çoğu zaman, örneğin bir atık salınımı da gerekir. Özellikle 1980-90'lardan itibaren bir çok hukuk sisteminde, ekolojik değerlere yönelik somut tehlikelerin cezalandırılması yönünde bir eğilimin ortaya çıktığı belirlenebilir. Çevre suçlarının önemini ortaya koymak üzere, birçok ülkede ceza kanunlarına, bu değerlerin somut tehlikelere karşı korunmasını amaçlayan hükümler eklenmiştir. Bu hükümler, çevresel değerlerin daha doğrudan bir biçimde korunmasını amaçlamakla birlikte, yine de bir noktadan sonra idare hukuku ile olan bağlantılarını da muha-

<sup>19</sup> ŞEN, "Çevre Ceza Hukuku", s. 83.

<sup>20</sup> Susan F. MANDIBERG-Michael G. FAURE, "A Graduated Punishment Approach to Environmental Crimes: Beyond Vindication of Administrative Authority in the United States and Europe", Columbia Journal of Environmental Law, V: 34: 2, July 2009, s. 459.

<sup>21</sup> Michael G. FAURE-Göran SKOGH, The Economic Analysis of Environmental Policy and Law, Edward Elgar Publishing, 2003, s. 298.

faza etmek gerekmektedir. Bu nedenle, ceza hukuku koruması, failin idare hukukuna ilişkin kuralları riayet etmiş olması halinde etkisini yitirmektedir<sup>22</sup>. Çünkü örneğin yukarıda belirtildiği gibi bir atık salınımı gerçekleştiğinde, bu durumun ceza sorumluluğunu gerektirmesi için "yasadışı" nitelikte bir salınım olması gerekmektedir. Bu açıdan, fail eylemi gerçekleştirirken, idare tarafından oluşturulan sözgelimi ruhsat koşullarına ilişkin kurallara riayet ederek hareket etmişse, bu durumda fiil "yasadışı" bir mahiyet arz etmediği için bir ceza sorumluluğundan söz etmek söz konusu olmamaktadır. Bu durumda, idareye bir suç kalıbının içeriğini doldurma yetkisi tanınmış olması nedeniyle, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi tehlikesi ise, somut tehlike suçları açısından çoğu kez ileri sürülebilir niteliktedir. Bu sorunlar, bazı hukuk sistemlerinde, çevre kirliliğine ilişkin kovuşturmaların, çevre hukukunun dışında yer alan sözgelimi "sahtecilik" veya "suç örgütüne iştirak etmek" gibi ceza kanunlarında düzenlenen klasik suç tipleri aracılığıyla yürütülmesi sonucunu ortaya çıkartmıştır<sup>23</sup>. Gerçekten, bu suç tiplerine ilişkin ispat meselesi, çevre kanunlarında düzenlenen suçlara göre çok daha kolay çözümlenebilirken, uygulanan yaptırımlar da genelde çevre kanunlarında yer alan yaptırımlardan daha ağır niteliktedir.

### 3. Ciddi Neticeler Modeli

Çevrenin ceza normları ile korunmasına yönelik diğer bir model ise, çevre kirliliğinin ulaştığı boyutu, bu kirliliğin yol açtığı belirli ciddi neticelerin doğması halinde doğrudan cezalandıran "ciddi neticeler" modelidir. Esasında, bu modelde de cezalandırma için ilk etapta, kirliliği yaratan salınımın varlığı bir ön koşul olarak aranmakta; ancak ceza sorumluluğunun doğması için bu salınımın, kanun koyucunun suç siyaseti uyarınca belirleyeceği belirli ciddi neticelere neden olmuş bulunması aranmaktadır. Avrupa kıtasında ilişkin örnekleri aşağıda inceleyeceğimiz için, bu aşamada Avrupa dışından bir örnek vermek gerekirse, sözgelimi Endonezya'da çevre kirliliğinin neticesi olarak bir kişinin ölmesi veya ciddi şekilde yaralanması hali, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir<sup>24</sup>. Çevre kirliliğinin ciddi neticeler yaratmasını cezalandırmayı amaçlayan bu modeli, diğerlerinden ayıran temel özellik, bu modelin ceza sorumluluğu ile bu sorumluluğun doğmasına âmil olan idari kararlar arasındaki ilişkiyi bütünüyle görmezden gelmesidir. Buna göre, çevre kirliliğinin ciddi neticelerini meydana getiren fail, bu fiili idare tarafından belirlenen kendisine verilen ruhsatın yasal sınırları içinde kalmış olsa bile, yine de cezalandırılır. Bu nedenle, bu model içerisine giren hususlar, çevre ceza hukukunun idare hukukuna "bağımlılığı" zırhını delen örnekler olma özelliği taşır<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> FAURE-SKOGH, "The Economic Analysis of Environmental Policy and Law", s. 298.

<sup>23</sup> FAURE-SKOGH, "The Economic Analysis of Environmental Policy and Law", s. 298-299.

<sup>24</sup> Michael G. FAURE-Nicole NIESSEN, *Environmental Law in Development: Lessons From the Indonesian Experience*, Edward Edgar Publishing, 2006, s. 210.

<sup>25</sup> FAURE-HEINE, "Environmental Criminal Law", s. 3.

Bu modellerin ışığında, çevrenin ceza hukuku normları aracılığıyla korunması noktasında bugün gelinen noktayı kısaca özetlemek gerekirse, çevre ceza hukukunda soyut tehlike suçu modelinden somut tehlike suçu modeline yönelik bir evrimin geliştiği ve özellikle çevre kirliliğinin yol açtığı belirli ciddi neticelerin, gerektiğinde idare hukukundan bütünüyle bağımsızlaşmak suretiyle cezalandırılması yoluna gidildiği tespit edilebilir. Bu çerçevede, başlangıçta çevreyi korumak üzere ihdas edilen ve büyük ölçüde idari bir mahiyet taşıyan düzenlemelere ceza hükümleri eklemek şeklinde gelişen uygulama; bugün bizatihi ceza kanunlarında çevreyi korumayı amaçlayan somut tehlike suçlarının ihdas edilmesi şekline dönüşmüştür<sup>26</sup>. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukukta, çevrenin ceza normlarıyla korunmasına ilişkin normatif yapılar halen yeknesak bir bütünlüğe sahip değildir ve her ülkenin benimsediği suç siyaseti ile paralel olarak, çeşitli noktalarda değişkenlik gösterebilmektedir. Aşağıda, genel anlamda Kıta Avrupası hukuk kültürünü üreten ve ihraç eden başlıca ülkelerdeki, çevre ceza hukukunun normatif dokusu incelenerek, ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede, ilk olarak her bir ülkede çevrenin korunmasına ilişkin temel hukuksal yapı ele alınacak, ardından çevrenin korunmasına ilişkin temel ceza hukuku kuralları irdelenecek ve nihayetinde, bu konuda her bir ülkede öngörülen ceza yaptırımları ve ceza mahkûmiyetine ilişkin diğer kurallar tartışılacaktır.

## V. ALMAN HUKUKUNDAKİ DURUM

### 1. Çevrenin Korunmasına İlişkin Temel Hukuksal Yapı

Alman Anayasası'nın 20/1. Maddesine göre Almanya, demokratik ve sosyal bir federal devlettir<sup>27</sup>. Diğer bir ifadeyle, Alman hukuk sistemi eyaletler şeklinde ayrılmış olan federe devletler (*Länder*) ile bu federe devletlerin bir araya gelerek oluşturdukları federal devlet çatısı şeklinde inşa edilmiştir. Bu bağlamda, diğer alanlarda olduğu gibi, çevrenin korunmasına ilişkin temel hukuksal yapı-

<sup>26</sup> Bu eğilim, ulusal yasal düzenlemelerde olduğu kadar, bu ulusal düzenlemelerin şekillenmesinde büyük yönlendirici rolü olan bazı önemli ulusalüstü düzenlemelerde de kendisini göstermektedir. Sözelimi, Avrupa Birliği'nin spesifik olarak çevre suçları alanında yürürlüğe koyduğu 18 Kasım 2008 tarihli "Çevrenin Ceza Hukuku Aracılığıyla Korunması Yönergesi-Directive/2008/99/EC" incelendiğinde, bu Yönergenin "Suçlar" başlıklı 3. Maddesinde 9 ayrı fiilin düzenlendiği, bu fiillerin kaleme alınışında ise -tartışmalı olmakla birlikte- somut tehlike suçu modelinin esas alındığı görülmektedir. Bkz. Michael G. FAURE, "The Implementation of Environmental Crime Directives in Europe", Paper submitted to the "9th International Conference on Environmental Compliance and Enforcement 2011", s. 362-365. [http://inece.org/conference/9/proceedings/41\\_Faure.pdf](http://inece.org/conference/9/proceedings/41_Faure.pdf).

Çevrenin Ceza Hukuku Aracılığıyla Korunması Yönergesi-Directive/2008/99/EC" nin tam metni için ise bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:EN:PDF>

<sup>27</sup> Alman Anayasası'nın ilgili hükümleri için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>.

nın oluşturulması noktasında da, eyaletler ile federal devlet arasındaki yetki meselesi ise Alman Anayasası'nın 70., 71. ve 72. Maddeleri çerçevesinde çözümlenmektedir. Anayasa'nın 70. Maddesine göre, eyaletler, Anayasanın Federal devlete yasama yetkisi tanımadığı haller dışında, yasama yetkisine haizdir<sup>28</sup>. Federal devlet ile eyaletler arasındaki yetki ve görevlerin sınırlandırılması ise, Anayasa'nın inhisarî yasama (md. 71) ve yarışan yasama (md. 72) yetkilerine ilişkin hükümlerine göre yapılır. İnhisarî yasama yetkisine göre, federal devletin inhisarî yasama alanına gören konularda, eyaletlerin ancak federal bir yasanın kendilerine açıkça izin vermesi halinde ve o yasanın öngördüğü ölçüde yasama yetkisi bulunmaktadır. Yarışan yasama alanına giren konularda ise Eyaletlerin, ancak Federal devletin kendi yasama hakkını kullanmadığı hallerde ve ölçüde yasama yetkileri bulunmaktadır. Federal devlet, bu alanda yasama yetkisine, ancak Federal devlet topraklarında eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya hukukî ve ekonomik birliğin muhafazası, bir federal düzenlemeyi yüksek devlet yararının gerektirdiği hallerde ve ölçüde sahiptir. İnhisarî yasama alanları Anayasa'nın 73. Maddesinde, yarışan yasama alanları ise yine Anayasa'nın 74. Maddesinde ayrıntılı olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

Bu çerçevede, çevrenin korunmasına ilişkin kurallar koyma noktasında, prensip olarak Eyaletlerin yasama yetkisi mevcut bulunmaktadır. Bununla birlikte, örneğin nükleer enerji, atık boşaltımı, hava kirliliğinin kontrolü gibi önemli konular ise, yukarıda değinilen yarışan yasama alanına (Anayasa md. 72 ve 74) dâhil oldukları için, bu konuda yasama yetkisi, prensip olarak Federal devlete ait bulunmaktadır. Şu halde, bu tarz konularda Eyaletlerin, yalnızca Federal devlet kendisine ait olan yasama yetkisini kullanmamış olması durumunda yasama yetkisi bulunmakla birlikte; genelde Federal devletin bu yetkiyi kullanmaması pek söz konusu olmamaktadır<sup>29</sup>. Bu itibarla, Eyaletlerin, çevrenin korunmasına ilişkin düzenleme yapma yetkisi ağırlıklı olarak yürütme yetkisi kapsamındaki idari kuralların ihdas edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Almanya'da çevre hukukunun normatif dokusunun ortaya çıkmasına ve gelişmesine ilişkin süreç, birçok batı Avrupa ülkesindeki ile benzerlik göstermektedir<sup>30</sup>. Buna göre, II. Dünya Savaşı'ndan sonra ekonominin düzeltilmesi ve refah seviyesinin artırılması amacıyla iktisadi gelişmelere ağırlık verilmesi ve bu kapsamda kimyasal ve çevreye zararlı diğer benzeri maddelere dayalı üretimin artma-

<sup>28</sup> Andreas **GLASER**, German Environmental Report in a Nutshell – Annual Report 2011 (Germany), IUS Publicum Network Review, [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/04\\_04\\_2011\\_9\\_47\\_Glaser.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/04_04_2011_9_47_Glaser.pdf)).

<sup>29</sup> Michael **RODI**, "Public Environmental Law in Germany", in: Comparative Environmental Law in Europe, An Introduction to Public Environmental Law in Europe, Edited by René **SEERDEN-Micheil HELDEWEG**, Antwerp, 1996, s. 151.

<sup>30</sup> **FAURE-HEINE**, "Environmental Criminal Law", s. 143.

sı, aynı şekilde üretilen tüm ekonomik malların giderek daha kısa süreli ve daha yoğun bir tüketim kültürünün gelişmesini tetiklemesi gibi gelişmeler yaşanmıştır<sup>31</sup>. Bu gelişmelerin tarım alanlarına, bitki örtüsüne, yerleşme ve yaşam alanlarına büyük zarar vermesi ve temiz su havzalarının, denizlerin, toprak ve havanın insan sağlığına zarar verecek düzeyde kirlenmeye başlaması üzerine, giderek artan bu kirliliği durduracak yasal önlemler alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda Almanya'da, ilk olarak II. Dünya Savaşı'nın sonrasında, sözgelimi 1957 tarihli Su Kullanım Düzeni Kanunu (*Wasserhaushaltgesetz*) ve 1959 tarihli Atom Kanunu (*Atomgesetz*) gibi ilk yasalar çıkartılmış, sonrasında ise özellikle 1970'li yıllarda çevrenin korunmasına ilişkin (sözgelimi 1972 tarihli Atık Maddeler Kanunu (*Abfallgesetz*), 1974 tarihli Emisyonun Korunması Kanunu (*Bundesimmissionschutzgesetz*), 1976 tarihli Doğa Koruma Kanunu (*Bundesnaturschutzgesetz*) gibi) çok sayıda yasal düzenleme yürürlüğe girmiştir.

Almanya'da çevrenin ceza hukuku aracılığıyla korunmasına ilişkin ilk somut gelişme ise, 1980 tarihinde ceza kanununda yapılan bir değişiklik, daha önce idari yaptırıma bağlanmış birer hukuka aykırı fiil olarak idari düzenlemelerde yer alan çevre ihlallerinin, bu kez ceza normları ile karşılanan birer suç tipi olarak ceza kanununda düzenlenmesidir<sup>32</sup>. Çevrenin korunmasına ilişkin kodisifasyon çabaları sonraki süreçte de devam etmiş ve bu kapsamda çevreyi kirlüten fiillerden sorumluluk konusuna odaklanan 1990 tarihli Çevre Sorumluluğu Kanunu (*Umwelthaftungsgesetz*) ve atık maddelerin imhası ve geri dönüşümüne odaklanan 1996 tarihli Geri Dönüşüm ve Atık Maddelerin İmhası Kanunu (*Kreislaufwirtschafts und Abfallgesetz*) gibi yasal düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Bu noktada, – ilgili Avrupa Birliği Yönergesi ile uyum sağlamak adına – kapsamı ve içeriği 2001 yılında yapılan bir kanun değişikliği ile geliştirilen, 1990 tarihli Çevresel Etki Değerlendirme (*Umweltverträglichkeitsprüfung-ÇED*) Kanunu'nu da zikretmek gerekir. 2006 yılında yürürlüğe konulan Kamu İştirak Kanunu (*Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz*) ile ÇED raporlarının hazırlanmasına kamusal katılıma belirli asgari zorunluluklar getirerek, bu süreçlerdeki kamusal katılımın rolünü artırmıştır. Çevrenin korunmasıyla ilintili diğer bir yasal düzenleme gelişmesi ise, 2004 yılında Yenilenebilir Enerji Kanunu (*Erneuerbare Energien Gesetz-EEG*) ile 2008 yılında ise Isı Sektöründeki Yenilenebilir Enerjilerin Desteklenmesi Kanunu'nun (*EEWärmeG*) yürürlüğe konulmasıdır. Bununla birlikte, Alman hukukunda çevrenin korunmasına ilişkin yaşanan tüm bu çok katmanlı ve çok boyutlu kodifikasyon süreci, aslında bu ülkede çevre hukukunun gelişiminin sistematik bir bütünlükten yoksun olarak ilerlediğini ortaya koymak-

<sup>31</sup> ÜNVER-NUHOĞLU, "Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku", s. 13.

<sup>32</sup> Bununla birlikte, çevre suçlarını ceza kanununda toplayan bu yasal düzenleme, kanun yapma tekniğinin yanı sıra, yaptırım ve idare hukukuna ilişkin kuralları ve çeşitli sorunların çözümüne ilişkin yaklaşımı nedeniyle ciddi eleştirilere konu olmuştur. ÜNVER-NUHOĞLU, "Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku", s. 18.



tadır. Nitekim bu nedenle, 1990'lı yıllardan itibaren Almanya Çevre Bakanlığı'nın görevlendirdiği bir grup akademisyen tarafından, tüm bu özel yasal düzenlemeleri bir araya getiren ve konunun tüm boyutlarını kapsayan bir genel çevre kanunu hazırlanması için çalışmalarda bulunulmuş ancak, Çevre Bakanlığının bu girişimi son olarak 2008 yılında başarısızlığa uğramış bulunmaktadır<sup>33</sup>.

## 2. Çevrenin Korunmasına İlişkin Normatif Ceza Hukuku Araçları

Almanya'da çevrenin korunması konusunda bir yaptırım içeren hukuksal araçlar geniş bir yelpazede düzenlenmiştir. Bu çerçevede, yaptırım içeren hukuksal araçlar, idare hukuku alanında ortaya çıkabileceği gibi, idari ceza hukuku (*Ordnungswidrigkeitenrecht*) alanında veya doğrudan ceza hukuku alanında da ortaya çıkabilmektedir.

Çevrenin hukuksal yaptırımlar ile korunması anlayışının ilk olarak ortaya çıktığı alan olan idare hukukunda denebilir ki, Almanya'daki idari kurumlara çevrenin korunmasına ilişkin, sözgelimi lisans koşullarına uymama gibi, çeşitli yükümlülüklerini ihlal edenler hakkında, idari kurallara uymasını sağlamaya yönelik birer yaptırım niteliğinde çeşitli idari kararlar alınabilir. Bu kapsamda, bedeli ihlal eden ait olmak üzere işlemin onun yerine gerçekleştirilmesinden, belirli bir zorunlu para cezasının uygulanmasına ve hatta ihlali gerçekleştiren tüzel kişiliğin kapatılmasına kadar çeşitli idari kararlar alınabilir<sup>34</sup>.

İdare hukuku kurallarının yanı sıra, çevrenin korunmasını amaçlayan yaptırım içeren diğer bir hukuksal imkân ise idari ceza hukuku kurallarının uygulanmasıdır. Alman hukukunda idari ceza hukuku kurallarının temel özelliği, bir suç değil ancak bir düzene aykırılık oluşturan fiillere, ceza yaptırımı niteliği taşımayan bir idari para cezası (*Geldbuße*) uygulayabilme imkânı yaratmasıdır. Alman hukukunda bu çerçevede ayrıca, - kural olarak yalnızca gerçek kişilere ceza yaptırımı uygulanabilmesi nedeniyle, kendilerine ceza yaptırımı uygulanamayan - tüzel kişilere de Düzene Aykırılıklar Kanunu'nun 30 maddesi uyarınca, yukarıdaki çerçevede bir idari para cezası (*Geldbuße*) uygulama imkânı bulunmaktadır<sup>35</sup>.

Nihayet, Alman hukukunda, çevrenin korunmasına ilişkin olarak 1980 Alman Ceza Kanunu değişikliğinden sonra yaratılmış olan nihai gelişme ise, çevreyi kirleten fiillerin, doğrudan ceza kanununda açıkça suç olarak düzenlenmiş olması şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>36</sup>. Bu suretle, çevrenin korunmasına ilişkin hukuksal yaptırımları, ceza hukukunun en çekirdek alanına taşımaktan beklenen yarar ise, çevre suçlarının toplumsal tehlikeliliği konusunda daha keskin bir

<sup>33</sup> GLASER, German Environmental Report in a Nutshell – Annual Report 2011 (Germany), s. 4.

<sup>34</sup> FAURE-HEINE, "Environmental Criminal Law", s. 144.

<sup>35</sup> FAURE-HEINE, "Environmental Criminal Law", s. 144.

<sup>36</sup> Christian ALMER-Timo GOESCHL, "Environmental Crime and Punishment: Empirical Evidence From the German Penal Code", September 7, 2009, s. 8.

kamuoyu duyarlılığı yaratmak şeklinde açıklanmaktadır<sup>37</sup>. Bununla birlikte, 1980 ceza kanunu değişikliği ile çevre ceza hukuku alanında ihdas edilen hükümlerin yine de idare hukukuyla çok sıkı bir bağlantı içinde olduğunu belirtmek gerekir; nitekim yine ceza kanununda 1994 ve özellikle 1997 yılında yapılan değişikliklerin temel amacı, - Alman öğretisinin de etkisiyle - idare hukukunun, çevre ceza hukuku üzerindeki baskın rolünü azaltmak ve aradaki bağımlılık ilişkisini hafifletmektir<sup>38</sup>. Bu çerçevede, Alman çevre ceza hukukunun bugünkü temel kaynağı, ekolojik değerlerin korunmasına ilişkin olarak ihdas edilmiş olan Alman Ceza Kanunu'nun 324-330d maddeleridir.

Bir hayli kazuistik bir yöntemle kaleme alınan bu hükümlerden, 324. Madde "Suların Kirletilmesi"ni, 324a Maddesi "Toprağın Kirletilmesi"ni, 235. Madde ise "Havanın Kirletilmesi"ni düzenlemektedir. Çevreye zarar veren kirlilik yaratmayı suç olarak düzenleyen bu temel hükümlere ek olarak, insan sağlığını tehdit eden ses, titreşim ve iyonlaştırılmamış radyasyon yayılması (md. 325a), çevreyi tehlikeye sokar şekilde atık madde toplanması (md. 326/1), atık maddelerin izinsiz olarak ithali, ihracı ve nakli (md. 326/2), radyoaktif atıkların tesliminin ihmali (md. 326/3), (nükleer ve atık maddelere ilişkin) kurumların izinsiz olarak işletilmesi (md. 327), radyoaktif maddelerle izinsiz olarak (md. 328/1) ve diğer tehlikeli madde ve mallarla yasak bir şekilde (md. 328/2-3) iştil edilmesi, koruma altındaki alanlarda tehlike yaratılması (md. 329) fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında, zehirli maddelerin salınımı yoluyla başkalarının sağlığı yönünden ölüm veya ciddi zarar veya çok sayıda insan için yalnızca zarar riski yaratmak fiiline de (md. 330d) ayrı bir suç olarak yer verilmiştir.

<sup>37</sup> Bununla birlikte, Alman Ceza Kanunu federal bir kanun olmasına karşın, çevre suçlarında Alman Ceza Kanunu uyarınca soruşturmaya başlama, yargılama yapma ve yaptırım uygulama yetkisinin federe devletlerin eline bırakılmış olması eleştirilmektedir. Gerçekten Alman hukukunda, sözgelimi bir başka federal devlet olan Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi, bu gibi suçlara ilişkin olarak federal savcılık tarafından yürütülen bir "gölge federal sistem" bulunmamaktadır ve yetki tamamen federe devletlere bırakılmıştır. Çevre suçlarına ilişkin olarak federe devletlere tanınan bu şekildeki kapsamlı bir yetkilendirme ise doğal olarak uygulama farklılıklarına yol açmakta ve ülke genelinde bu alandaki hukuksal pratiğin yeknesaklaşmasını güçleştirmektedir. **ALMER-GOESCHL**, "Empirical Evidence From the German Penal Code", s. 10.

<sup>38</sup> Almanya'da kanun koyucunun çevreyi hem idare hukuku hem de ceza hukuku araçlarıyla birarada korumaya çalışması, Alman çevre ceza hukukunun idare hukukuyla sıkı bir bağlantı içerisinde olması durumunu yaratmış ve bu durum birtakım hukuksal problemleri de beraberinde getirmiştir. Her şeyden önce, çevrenin korunmasına ilişkin olarak idare hukuku alanında ortaya çıkan norm ve uygulamaların suç genel teorisi kapsamındaki kurumlarla ilişkisi, sistematik konularının belirlenmesi, kast ve hataya ilişkin problemler yönünden ne gibi etkilerinin olacağı, idare hukuku ve ceza hukuku bağlantısının nasıl bir hareket noktasına kurulacağı ve hukuka aykırı idari fiil veya işlemlerin gizlenmesinin cezalandırılabilirlik yönünden etkilerinin ne şekilde olacağı gibi sorunlar ön plana çıkmaktadır. Alman çevre ceza hukuku ile idare hukuku bağlantısı sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜNVER-NUHOĞLU**, "Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku", s. 13.

### 3. Ceza Yaptırımları ve Ceza Mahkûmiyetine İlişkin Kurallar

Alman hukukunda, idari ceza hukuku alanına giren fiillerin genel prensipleri Düzene Aykırılıklar Kanunu (*Ordnungswidrigkeitsgesetz*) ile belirlenmiş ve bu fiiller için suçlardan farklı olarak idari para cezası (*Geldbuße*) uygulanması esası benimsenmiştir<sup>39</sup>. Düzene Aykırılıklar Kanunu ile getirilen temel idari yaptırım, salt para cezası olmak ile birlikte, özellikle Kanun'un 30. Maddesi uyarınca tüzel kişilere yönelik uygulamanın söz konusu olduğu hallerde, para cezasının miktarı çok yüksek rakamlara ulaşabilmektedir<sup>40</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan çevre suçları için ise hem hapis cezasının hem de adli para cezasının uygulanabilmesi mümkündür. Alman hukukundaki genel kural, işlenen suçun karşılığı olarak kanunda bu her iki yaptırıma birlikte başvurulabilme imkânı tanınmış olsa bile, bu imkânın kullanılmaması şeklindedir. Bu kuralın istisnası ise, Alman Ceza Kanunu'nun 41. Maddesinde düzenlenmiş ve failin işlediği suçtan elde ettiği yararlar nedeniyle haksız şekilde zenginleşmesi halinde, bu her iki yaptırıma birlikte başvurulabilmesi esası getirilmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda çevre suçlarının düzenlendiği hükümlerde ise, bu her iki yaptırım arada "veya" bağlacı ile seçenekli olarak uygulanabilir şekilde düzenlenmiştir. Hapis cezası şeklindeki yaptırımların ağırlığı belirlenirken, suçun kasten ve taksirle işlenmesine göre farklı yaptırımlar öngörüldüğü tespit edilmektedir. Bu açıdan sözgelimi çevreye zarar veren kirlilik yaratmaya ilişkin suçlarda (Suların kirletilmesine ilişkin 324. Madde, Toprağın kirletilmesine ilişkin 324a Maddesi ve Havanın kirletilmesine ilişkin 325. Maddede), suçun kasten işlenmesi halinde 5 yıl olan üst sınır, suçun taksirler işlenmesi durumunda 3 yıl olarak tespit edilmiştir.

Bunun yanında, Alman ceza hukukunda, çevre suçları yönünden de uygulanabilir nitelikte bazı alternatif yaptırım ve tedbirler bulunmaktadır<sup>41</sup>. Örnek vermek gerekirse, Alman Ceza Kanunu'nun 70. Maddesinde düzenlenen "belirli bir mesleği ifa etmenin yasaklanması", yine ceza kanununun 73. Maddesindeki "kazanç müsadereci" ve 74. Maddedeki "belirli malların müsadereci" bu kapsama girmektedir. Bunlardan özellikle müsadere, belirli çevre suçları yönünden özellik göstermektedir. Bu nedenle, söz konusu çevre suçlarının işlenmesinde kullanılan çok çeşitli nitelikteki eşyanın müsadereci imkân sağlayan bir hüküm 330. Maddede özel olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, uygulamada çevre suçlarına ilişkin olarak bu özel müsadere hükmünün işletilmesine çok ender rastlanmaktadır.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Hans-Heinrich **JESCHECK**, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Yayına Hazırlayan: Feridun **YENİSEY**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 20.

<sup>40</sup> Günther **HEINE**, "Allemagne. Crimes Against the Environment", *International Review of Penal Law*, 1994, s. 756.

<sup>41</sup> **FAURE-HEINE**, "Environmental Criminal Law", s. 146.

<sup>42</sup> **HEINE**, "Allemagne. Crimes Against the Environment", s. 756.

Yine Alman uygulamasına ilişkin olarak, çevre suçlarının cezalandırılması bağlamında altı çizilmesi gereken diğer bir konu ise, çevre suçlarının "onarıcı adalet" anlayışının hayata geçirilmesi için uygun bir alan olarak değerlendirilmesidir. Gerçekten, Alman uygulamasında sıklıkla görüldüğü üzere, çevrenin korunmasına ilişkin normların ihlaline ilişkin olarak başlatılan bir ceza soruşturması, bu ihlalin endüstriyel bir faaliyetin yürütülmesiyle ilintili olduğunu ortaya koyuyorsa; bu takdirde uygulama büyük çoğunlukla meselenin kovuşturma aşamasına getirilmeksizin bir uzlaşma ile çözümlenmesi eğilimindedir. Bu çerçevede, ihlali gerçekleştirenin, ihlal sonucu ortaya çıkan zarara ilişkin olarak (zararın tazmini ve eski hale iade gibi) belirli finansal yükümlülükleri yerine getirmesi ya da çevre güvenlik standartlarının iyileştirilmesi gibi çevre dostu uygulamaları hayata geçirmesi halinde, mesele kovuşturma aşamasına taşınmamaktadır<sup>43</sup>.

## VI. FRANSIZ HUKUKUNDAKİ DURUM

### 1. Çevrenin Korunmasına İlişkin Temel Hukuksal Yapı

Fransa, federal bir devlet olan Almanya'dan farklı olarak üniter bir devlet yapısına sahiptir ve bütün ülke adeta bir dokunun kılcal damarları gibi Paris'teki merkezi yönetime güçlü bir biçimde bağlanmıştır. Fransa'da hiyerarşik hukuk düzeni, anayasal (*yasama üstü*) blok, yasama bloku ve yasama altı (*idarenin düzenleyici işlemleri*) bloku olmak üzere üç farklı düzey şeklinde tasarlanmıştır<sup>44</sup>; yargısal düzen ise 1790 ve 1795 yıllarında çıkartılmış ve halen yürürlükte bulunan temel yargı düzeni mevzuatı uyarınca adli ve idari olmak üzere iki kategoride yapılandırılmıştır. Fransa'nın güçlü merkezi yönetim geleneği ülkenin hukuki yapılanmasını da büyük ölçüde etkilemiştir; hemen tüm pozitif hukuk kuralları gibi çevre hukukuna ilişkin kurallar da bu gelenekten etkilenmiş ve bu alandaki kuralların büyük çoğunluğu da merkezi düzen tarafından oluşturulmuştur.

<sup>43</sup> Bu tür uygulamalar özellikle, ihlali gerçekleştirenin endüstriyel bir kuruluş olması halinde ortaya çıkmakta ve zaman zaman kamu adına soruşturmayı yürüten ilgili Soruşturma makamı ile endüstriyel kuruluşun yetkilileri arasında bir pazarlık şeklini de alabilmektedir. Ancak Federal Yüksek Mahkeme'nin (*Bundesgerichtshof*) 1990 yılında aldığı ve endüstriyel kuruluşun ihlal teşkil eden faaliyetinden sorumlu yöneticilerinin ceza sorumluluğunu genişleten içtihadı (bu içtihat için bkz. **BGH NJW 1998, s. 769**) uyarınca, bu yöneticilerin çevreye karşı işlenen suçtan dolayı mahkûm edilme olasılıkları artmış ve bu durum soruşturma makamlarının elini güçlendirmiştir. Günther **HEINE**, "Umweltstrafrecht im Rechtsstaat", *Zeitschrift für Umweltstrafrecht*, 1995, s. 68. Aynı yönde **FAURE-HEINE**, "Environmental Criminal Law", s. 147.

<sup>44</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Jan **DARPÖ**, Access to Justice in French Environmental Law, Uppsala Universitet Juridiska Institutiones, Examenarbete med praktik i Miljörätt 30 högskolepoäng, 2011, s. 17 vd.

Halen yürürlükte bulunan 1958 tarihli Fransız Anayasası'nda "çevre hakkı" bağımsız bir hak olarak düzenlenmemiştir<sup>45</sup>. Bu nedenle, Fransız Anayasa Konseyi (*Conseil Constitutionnel*) çevre sorunlarıyla ilintili olarak önüne gelen bir dizi olayda, Anayasa'da güvence altına alınan diğer bazı haklara dayanarak karar vermiştir. Bu kapsamda, çevrenin korunmasıyla bağlantılı olarak ortaya çıkan kararlarında Konsey'in anayasada tanımlanmış olan sağlık hakkı ve 1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nin 17. Maddesiyle güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı gibi haklara yollama yapıldığı görülmektedir<sup>46</sup>. Ancak, bu gibi yollamaların sonuç itibarıyla, Fransız yurttaşlarına sağlıklı bir çevrede yaşamak şeklindeki anayasal bir hakkın güvencesini sağlayamaması nedeniyle, 2004 yılında –anayasal blokun bir parçası olarak – Çevre Şartı kabul edilmiş ve 1 Mart 2005'de yürürlüğe girmiştir. Bu Şart, esas itibarıyla, en azından bir kısmı mevzuat ve uluslar arası antlaşmalar ile korunmakta olan üçüncü kuşak insan haklarına anayasal güvence getirmektedir. Şartın içeriği ele alındığında, kapsadığı hak ve özgürlükler için ayrıntılı değil ancak salt çerçeve düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Bu nedenle, birçok durumda Şart'ta yer alan bu soyut ve genel güvencelerin uygulanmasına ilişkin olarak özel yasal düzenlemelere gereksinim duyulmaktadır.

Yasama düzeyinde ise, Fransa'da çevre hukukunun yasama organı tarafından özgün düzenlemelerle şekillendirilen bağımsız bir disiplin olarak ortaya çıkmasına yol açan başlıca gelişme, 1972 yılında bir Çevre İşleri Bakanlığının kurulmasıdır. Çevre İşleri Bakanlığı tarafından çevre sorunlarına ilişkin olarak özellikle 1975-1980 yılları arasında yoğun bir yasal düzenleme faaliyetine girilmiştir. Bu kapsamda, 15 Temmuz 1975'te Atıkların Ortadan Kaldırılması Kanunu, 7 Eylül 1976'da Deniz Çevresinin Korunması Hakkında Kanun ve 10 Temmuz 1976'da Doğanın Korunması Kanunu gibi yasal düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Fransa'da bu eğilim 1990'lı yıllarda da devam etmiş ve çevrenin korunması yönünden önem taşıyan 13 Temmuz 1992 tarihli Atık Kanunu ve 3 Ocak 1992 tarihli Suyun Korunması Kanunu gibi yasal düzenlemeler de hayata geçirilmiştir<sup>47</sup>. Ancak bu yasal düzenleme örneklerinden de görüldüğü üzere, Fransız çevre hukukunun konuya yaklaşımı bütüncül bir yasal düzenleme rejimi oluşturmaktan ziyade, ortaya çıkan spesifik çevre problemlerine ilişkin o probleme yönelik tek tek ayrı düzenlemeleri hayata geçirmek şeklinde bir gelişim çizgisi izlemiştir. Bununla birlikte, çevre hukuku alanında tek ve bütüncül

<sup>45</sup> Fransız Anayasası için bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/la-constitution-du-4-octobre-1958.5071.html>. İngilizce metin için ise bkz. <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>

<sup>46</sup> **DARPO**, "Access to Justice in French Environmental Law", s. 23.

<sup>47</sup> **FAURE-HEINE**, "Environmental Criminal Law", s. 124.

bir kodifikasyonun gerekliliği üzerine bir uzmanlar kurulu oluşturulmuş<sup>48</sup> ve bu uzmanlar kurulu çevrenin korunmasına ilişkin mevzuatı kodifike eden bir “Çevre Kanunu” tasarısı hazırlamışlardır. 28 Şubat 2002 tarihinde yürürlüğe giren Fransız Çevre Kanunu<sup>49</sup>, çevreyle ilgili konuları düzenleyen temel mevzuattır. Bu Kanunun içerisinde, çevresel etki değerlendirmeleri ve stratejik çevre değerlendirmeleri, endüstriyel faaliyetler, su operasyonları ve su alanlarındaki yapılaşma, madencilik ve taşocağı faaliyetleri, kimyasal maddeler ve atıkların imhası, doğal kaynakların, türlerin ve faunanın korunması, avcılık, balıkçılık, ormancılık ve tarım faaliyetlerinin yürütülmesi gibi konular düzenlenmektedir<sup>50</sup>.

Çevre Kanunu bugün için Fransız hukukunda çevreyle ilgili konuları ele alan temel yasal düzenleme olmakla birlikte, bu alanla ilgili düzenlemeler getirilen bazı yeni kanunlar da bulunmaktadır. Bu kapsamda, sözelimi doğal alanların korunması ve bu alanlara ilişkin sınırlarda mülkiyet hakkının kullanılmasına ilişkin esaslar Şehir Planlaması Kanunu’nda düzenlenmiş; Ticaret Kanunu’nda ise, şirketlere her yıl faaliyetlerinin çevresel sonuçları hakkında pay sahiplerini bilgilendirmek üzere düzenli yıllık raporlar hazırlama yükümlülüğü getirilmiştir. Gümrük Kanunu’nda ise, çevreyi kirleten faaliyetler için özel bir vergi türü öngörülmüş bulunmaktadır<sup>51</sup>.

Çevrenin korunmasına ilişkin getirilen tüm bu düzenlemeler esas itibarıyla idari düzenin inşasına ve korunmasına ilişkin olup, bu nedenle, kural olarak suç tiplerine ilişkin açık tanımlar içermemektedir ve bu nedenle ceza sorumluluğunun doğmasına ilişkin kurallar yine idari otoritelere bırakılmış bulunmaktadır<sup>52</sup>.

## 2. Çevrenin Korunmasına İlişkin Normatif Ceza Hukuku Araçları

Fransa’da çevrenin korunmasına ilişkin ceza hukuku araçları ele alındığında, hiç kuşkusuz ilk olarak 1994 yılında yürürlüğe giren Fransız Ceza Kanunu irdelenmelidir. Ancak Fransız Ceza Kanunu, yeni sayılabilecek bir dönemde

<sup>48</sup> G. J. MARTIN, French Experiences of the Codification of Environmental Law, In: **Hubert BOCKEN-Donatienne Ryckbost**, *Codification of Environmental Law, proceedings of an International Conference*, The Hague, 1996, s. 115 vd.

<sup>49</sup> [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1963/13739/.../Code\\_40.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1963/13739/.../Code_40.pdf)

<sup>50</sup> DARPÖ, “Access to Justice in French Environmental Law”, s. 23.

<sup>51</sup> DARPÖ, “Access to Justice in French Environmental Law”, s. 23.

<sup>52</sup> Bu noktada, hukuksal yapıdan bağımsız olarak 2007 yılında ortaya çıkan **Grenelle de l’environnement** oluşumundan da kısaca söz etmek gerekir. Ulusal ve yerel yönetimlerin temsilcileri ile (işveren ve işçi örgütleri, meslek kuruluşları ve sivil toplum temsilcilerinden oluşan) sivil kuruluşların eşit bir tabanda bir araya geldiği bu açık ve çok taraflı tartışma platformunun amacı 5’er yıllık periyotlarla kamu politikasının ekolojik ve sürdürülebilir kalkınma yönünden temel hedef ve önceliklerinin tanımlanmasıdır. Bu oluşumun niteliği ve hazırlanmış olduğu Grenelle Yasaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Grenelle\\_Loi-2\\_GB\\_.pdf](http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Grenelle_Loi-2_GB_.pdf)

yürürlüğe girmiş olmasına karşın ilginç bir biçimde, ekolojik değerlerin korunmasına ilişkin spesifik bir düzenleme içermemektedir. Bu açıdan, Avrupa'da yürürlüğe giriş tarihi itibarıyla çağdaşı olan yeni ceza kanunlarından ayrılan Fransız Kanunu, ekolojik değerleri doğrudan kendi bünyesinde ayrı bir başlık altında korumak yerine, çevrenin korunması açısından önem taşıyan dolaylı bazı düzenlemeler getirmekle yetinmiştir. Sözelimi, hayvanlara karşı zalimane muamelede bulunmayı cezalandıran hükümler (Art. 521-1 ve 521-2) bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte, Fransız kanun koyucusu ceza kanununda çevrenin korunmasına ilişkin diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi belirli somut tehlike suçları ihdas etmek yolunu tercih etmemiştir<sup>53</sup>.

Buna karşın, Fransız Ceza Kanunu'nun yaptırımları düzenleyen Art.131-12 – 131-18 hükümleri, idari düzenin korunmasına ilişkin kuralların (*police administrative*) ihlali halinde de para cezası uygulanabilmesi olanağını yarattığı için, çevrenin korunmasına yönelik ihlaller yönünden özellik gösterirler.

İdari düzenin korunmasına ilişkin kurallar kategorisinde yer alan çevre suçlarının temel özelliği, bu fiillerin yapısal unsurlarının idari otoriteler tarafından belirlenmesidir. Bu konuda, 1970'li yıllardaki ilk Fransız çevre düzenlemelerinden ceza kanunun yürürlüğe girdiği döneme kadar olan süreçteki yegâne değişim, ilk dönemlerde yerel idari otoritelere bırakılan düzenleme yapma yetkisinin, süreç içerisinde merkezileşerek hükümet düzeyinde, başbakan veya bakanlara tanınması şeklinde gerçekleşmiştir<sup>54</sup>. Ancak bu şekilde gelişen bir çevre ceza hukuku mevzuatı yaratma anlayışının temel sorunu, suçta ve cezada kanunilik ilkesini tamamen bertaraf edilmesi suretiyle, bu alana ilişkin ceza hukuku tedbirlerinin uygulanmasının tümüyle yürütmenin takdir ve inisiyatifine bırakılmış olmasıdır. Diğer yandan, yeni nesil çevre hukuku düzenlemelerinde her ihlal biçiminin niteliği ve ağırlığı ile paralel spesifik yaptırımlar öngörülmesine karşın; idari otoriteye takdir yetkisi tanıyan bu düzenlemeler ise yaptırımın bireyselleştirilmesine imkân tanımayan, son derece soyut ve genel ifadeler içermektedir. Bunun sonucu olarak, sözelimi Fransız Atık Kanunu<sup>55</sup>'nin 1992 tarihli değişik metnindeki cezai hükümler içeren 24. maddesi incelendiğinde, bu maddede çevreye zararlı atıkları yasadışı bir biçimde biriktirenler ile idari bazı

<sup>53</sup> FAURE-HEINE, "Environmental Criminal Law", s. 125.

<sup>54</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. J. H. ROBERT, "France. Le Problème de Responsabilité et des Sanctions pénales en Matières d'environnement", *International Review of Penal Law* (1994), s. 952 vd.

<sup>55</sup> 1975 tarihli Fransız Atık Kanunu Avrupa Birliği'nin aynı yıl kabul edilmiş olan Atık Çerçeve Yönergesi'nin iç hukuka aktarılması amacıyla çıkartılmış olan bir yasal düzenlemedir. Gerek AB Atık Çerçeve Yönergesi'nde gerekse Fransız Atık Kanunu'nda esas olarak, atık yönetiminin ve atıktan arındırmanın temel hiyerarşisi ile atıktan arındırma tesisleri için temel gereklilikleri düzenlemektedir. AB Atık Çerçeve Yönergesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [http://ec.europa.eu/environment/waste/reporting/pdf/Waste\\_Framework\\_Directive.pdf](http://ec.europa.eu/environment/waste/reporting/pdf/Waste_Framework_Directive.pdf)

formları doldurmayı ihmal edenler için benzer yaptırımlar öngörüldüğü tespit edilebilir<sup>56</sup>. 1992 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun çevre ceza hukuku yönünden önem taşıyan diğer bir yönü ise, geçici maddeleri arasında 1975 tarihli Atık Kanunu gibi çevrenin korunmasına ilişkin kanunlarda belirli değişiklikler öngörmesi ve 121-2 maddesi ile benimsediği tüzel kişilere ceza yaptırımını uygulanması rejimini bu kanunlara da teşmil etmesidir<sup>57</sup>.

### 3. Ceza Yaptırımları ve Ceza Mahkûmiyetine İlişkin Kurallar

Fransız çevre ceza hukukunda, ihlali gerçekleştiren faile uygulanacak yaptırımın türü bakımından ikili bir ayırıma gidildiği görülmektedir. İlk olarak, gerçekleştirilen ihlalin yukarıda değindiğimiz çevresel idari düzenin korunmasına ilişkin kurallara (*police administrative*) dair olması durumunda, idari para cezası uygulanması söz konusu olacaktır. İdari bir yaptırım olma niteliği taşıyan bu para cezaları prensip olarak idari makamlar tarafından uygulanırlar ve ceza yaptırımını gerektiren eylemlere göre daha hafif eylemler olarak nitelendirildikleri için, bu eylemlere uygulanacak idari para cezası da nispeten çok daha düşüktür. İkinci olarak ise, çevrenin korunmasına ilişkin yasalarda belirlenmiş olan ceza yaptırımları yer almaktadır. Bunlardan, halen yürürlükteki Fransız Çevre Kanunu'ndan çok önce yürürlüğe giren ve belki de karşılaştırmalı hukuktaki ceza yaptırımını içeren ilk örneklerden birisi olan 1976 tarihli Çevrenin Korunmasına Yönelik Sınıflandırılmış Tesisler Kanunu<sup>58</sup>'nin (*Loi relative aux installations classées pour la protection de l'environnement*) -1985 ve 2000 yıllarında değişikliğe uğramış şekli- incelendiğinde, Kanun'un 18. Maddesinde yetkilerini suiistimal eden bu nevî tesislerin yöneticileri hakkında 2 aydan 1 yıla kadar hapis ve/veya para cezası uygulanma imkânı getirildiği ortaya çıkmaktadır<sup>59</sup>.

Ancak Fransız çevre ceza hukukunun, yaptırım hukuku yönünden çevre ihlallerine hapis cezası veya para cezası uygulanmasından daha önemli birtakım başka özellikleri bulunmaktadır. Buna göre ilk olarak, yaptırımın niteliğinin somut olaya uygun olması kaydıyla, çevrenin korunmasına ilişkin kuralları ihlal eden failin, aynı ihlali bir kez daha gerçekleştirmesi halinde daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmasına ilişkin özel bir tekerrür sistemine değinmek gerekir. Bu sistem, özellikle sınıflandırılmış tesislerin faaliyetlerine ilişkin mevzuat çerçevesinde uygulama alanı bulmaktadır. Bu çerçevede, Fransız ceza hukukunda

<sup>56</sup> Benzeri düzenlemelerin eleştirisi için bkz. **ROBERT**, "France. Le Problème de Responsabilité et des Sanctions pénales en Matières d'environnement", s. 955.

<sup>57</sup> **FAURE-HEINE**, "Environmental Criminal Law", s. 126.

<sup>58</sup> **Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)**, Environmental Requirements For Industrial Permitting, Vol: 1 Approaches and Instruments, 1999, s. 69.

<sup>59</sup> Kanunun metni için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000684771&dateTexte=20080806>



tüzel kişilerin suç faili olabilmesinden hareketle, çevrenin korunmasına ilişkin normu ihlal eden -genelde tüzel kişi- faile bir para cezası uygulanmasının yanı sıra, ihlal ettiği norma uygun davranma emri şeklinde özetlenebilecek ilave bir yaptırım da uygulanmaktadır. Bu emrin yerine getirilmemesi ise yeni bir suç olarak kabul edilmekte ve işlenen bu yeni suç faile bu kez daha ağır bir cezanın uygulanmasına yol açmaktadır. Norma uygun davranma emrine yönelik ihlalin her tekrar edilmesinde, bu ceza daha da artırılarak, katlanılmış şekliyle uygulanmaktadır<sup>60</sup>. Bunun yanı sıra, 1976 sayılı Sınıflandırılmış Tesisler Kanunu'nda 1985 değişikliği ile getirilen bir hüküm ile hâkime, sınıflandırılmış tesis tarafından çevrenin korunmasına ilişkin normun ihlali halinde, bu sınıflandırılmış tesis hakkındaki henüz ilk mahkûmiyet hükmünde dahi, yasadışı faaliyet gösteren spesifik alt tesisin kullanımının yasaklanması kararı alabilme imkânı sağlanmıştır<sup>61</sup>.

Fransız çevre ceza hukukunu yaptırım sistemi yönünden özellikle kılan diğer bir husus ise hâkime, yargılama sonucu bir çevre suçunun işlendiğini tespit ve ilan etmekle birlikte, failin davranışı ile bağlantılı olarak bu suça uygulanacak yaptırımı tayin etmesi için belirli bir süre tanıyan bir özel prosedürün uygulanabilmesidir. Bu prosedürün tipik bir örneği 1992 yılında yürürlüğe giren “Su Kanunu”nun 24. Maddesinde düzenlenmiştir<sup>62</sup>. Bu düzenlemeye göre, yüzey veya yer altı sularını kirleterek sağlık açısından zararlı etkilerin doğmasına ya da flora ve faunanın zarar görmesine yol açan fiilleri düzenleyen aynı Kanunun 22. ve 23. Maddelerini ihlal ettiği tespit edilenler hakkında bir mahkûmiyet kararı verilecektir. Ancak, hâkim bu mahkûmiyete bağlı olarak verilmesi gereken yaptırma ilişkin kararını erteleyerek, faile ihlal ettiği çevresel talimatlar ile uyumlu bir sistem/yapı kurmasını emredebilir. Hâkim bu yazılı emirde, prensip olarak, bu düzenlemenin yapılması için faile belirli bir süre verir ve emre uyulmaması halinde ayrıca zorlayıcı bir para cezası yaptırımının uygulanacağını da belirtir. Failin verilen süre içerisinde emirde belirtilen yasal talimatların gereğini yerine getirmiş olması durumunda, kişi hakkında artık bir yaptırım uygulan-

<sup>60</sup> FAURE-HEINE, “Environmental Criminal Law”, s. 127.

<sup>61</sup> FAURE-HEINE, “Environmental Criminal Law”, s. 127.

<sup>62</sup> 1992 tarihli Fransız Su Kanunu için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000173995&dateTexte=&categorieLien=id>. Kanunun İngilizce metni için ise bkz. <http://semide.oieau.fr/EN/topics/lois/watlaw92.htm>. Bu Kanunu, Avrupa Birliği'nin üye ülkelerde su kaynaklarının sağlıklı bir biçimde işletilmesi ve korunmasına ilişkin rejimlere yeknesaklık getirmek üzere 2000 yılında çıkarttığı “Su Çerçeve Yönergesi - Water Framework Directive” yönünden inceleyen bir çalışma için bkz. Yves Henocque-Bruno Andral, “The french approach to managing water resources in the mediterranean and the new European Water Framework Directive”, Marine Pollution Bulletin, Jan 2003, 47 (1-6), s. 155 vd. Bkz. <http://archimer.ifremer.fr/doc/2003/publication-429.pdf>. Nitekim AB Su Çerçeve Yönergesi'nin yürürlüğe girmesinin ardından, Fransız hukukunda da 2006 yılında “Su ve Akvatik Çevre Kanunu-Loi sur l'eau et les milieux aquatiques (LEMA)” yürürlüğe konulmuştur. Bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000649171>.

mamasına karar verilebilir. Ancak, belirtilen sürede yasal talimatların gereği yerine getirilmemiş ise, bu takdirde işlenen suç için Kanun'da öngörülen yaptırımlara, yazılı emirde belirtilen zorlayıcı bir para cezası ile birlikte hükmedilir. Yaptırıma ilişkin karar, her durumda erteleme kararından itibaren en geç 1 yıl içerisinde verilmelidir. Erteleme kararında belirtilen zorlayıcı para cezasının miktarı sonradan değiştirilemez; ancak nihai karar aşamasında bu zorlayıcı para cezasının miktarı, failin erteleme kararındaki emri hiç yerine getirmemesi veya gecikmeli olarak yerine getirmesi veya kendi kusuru olmaksızın yerine getirememiş olması gibi hususlar gözetilerek belirlenecektir.

Fransız çevre ceza hukukunda hâkime ayrıca, özellikle ceza kanununda düzenlenmiş yaptırımlardan da yararlanarak, ilave tedbirlere başvurabilme imkânı da yaratılmıştır. Ancak, bu tedbirler prensip olarak hapis cezasına bağlı olarak ortaya çıkabildiği için, bu tedbirlere başvurulabilmesi ancak spesifik bir çevre suçundan dolayı hapis cezası yaptırımının uygulanabildiği ender durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu çerçevede, sözgelimi Fransız Ceza Kanunu'nun 131-33. Maddesinde yer alan bir suçun işlenmesi sürecine ilişkin faaliyetin yürütüldüğü müessesenin zorunlu olarak kapatılması ve o faaliyetin yürütülmesinin de yasaklanmasına ilişkin hükmün, çevre suçlarında hâkim tarafından doğrudan uygulanabileceği ve failin bu tesisleri kullanmaya devam etmesinin önlenilebileceği ifade edilmiştir<sup>63</sup>.

Bu açıdan aslına bakılırsa, Fransız hukukunda bizzat ceza kanunu tarafından tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmiş olması, çevresel tehditlere karşı ceza hukuku araçları yoluyla verilen mücadelenin etkinliğini arttıran bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, Fransız Ceza Kanunu'nun tüzel kişilere uygulanacak cezai yaptırımları düzenleyen 131-39. Maddesinde göre, çevre suçunu işleyen tüzel kişiler, suçla ilişkili sosyal veya mesleki faaliyeti doğrudan veya dolaylı olarak yürütmekten sürekli olarak veya beş yıla kadar süreyle men edilebilirler (Md. 131-39/2). Yine bu tüzel kişiler beş yıla kadar adli gözetim altında tutulabilirler (Md. 131-29/3); ayrıca daha da önemlisi suçun işlenmesine konu olan tesis ve işletmeler geçici veya sürekli olarak kapatılabilir (Md. 131-39/4). Bunun yanında, kamu ihalelerinden sürekli olarak veya beş yıla kadar süreyle yasaklanma (Md. 131-39/5), kamu hibe ve fonlarına başvurmadan sürekli olarak veya beş yıla kadar süreyle yasaklanma ((Md. 131-39/6) ve kıymetli evrak keşide etme ve kullanma hakkından beş yıla kadar süreyle yasaklanma (Md. 131-39/7) yaptırımlarına maruz bırakılabilirler. Nihayet, belirtelim ki, tüzel kişilere uygulanacak adli para cezası yaptırımı ise, aynı suç için gerçek kişilere uygulanacak adli para cezasının beş katına kadar ulaşabilecektir (Md. 131-41).

<sup>63</sup> FAURE-HEINE, "Environmental Criminal Law", s. 127.

## SONUÇ

Çevre hukukunun gelişimi noktasında özellikle hukuk ihraç eden gelişmiş ülkelerde benzer bir geçiş sürecinin yaşandığı görülmektedir. Bu kapsamda, bugün çevreyle ilişkili olarak kabul edilen çoğu meseleler, yakın sayılabilir bir geçmişe kadar, genelde sanayi tesislerine ilişkin olarak ve özellikle kamusal açıdan tehlike veya zarar neticesi doğuran fiillere ilişkin düzenlemeler içerisinde kendisine yer bulabilmiştir. Bu eski tip düzenlemelerde mesele daha ziyade, kamu sağlığı açısından yaratılan zarar tehlikesinin azaltılması için tesis girişimcilerine ruhsat vb. koşulların dayatılması ile önlenmek istenmiştir. Kuşkusuz ki, bu ilk dönem yasal düzenlemelerinde temel amaç çevrenin değil ancak kamu sağlığının korunması olarak belirmiştir.

Dünyada çevrenin korunmasına ilişkin yeni bir bilincin ortaya çıkması ve bu alana özgü yeni yasal düzenleme rejiminin geliştirilmesi ise 20. Yüzyılın ikinci yarısında ve özellikle 1960-1980'li yıllar arasında yaşanmış bir olgudur. Bu konuda her bir ülkedeki çevresel farkındalık ve hassasiyetlerin yoğunluğuna göre, Danimarka ve İsveç gibi Kuzey Avrupa'nın refah ülkelerinde daha erken, İtalya gibi Güney Avrupa ülkelerinde ise göreceli olarak daha geç bir sürede bu ikinci aşamanın tamamlandığı ifade edilebilir.

1990'lı yıllardan itibaren çevrenin korunmasına ilişkin yasal düzenleme çerçevesini biraz da Avrupa Birliği'nin ilgili Yönergelerinin de etkisiyle, geleneksel sektörel yaklaşımın bir adım ötesine taşıyan bir üçüncü dalganın ortaya çıktığını ifade etmek gerekir<sup>64</sup>. Avrupa Kıtası'nda Danimarka, İsveç, Hollanda gibi bazı ülkelerde egemen olan bu üçüncü dalga ile çevrenin korunmasına ilişkin hukuksal yapı ikinci dalgada olduğu gibi sektörel bazlı olmaktan çıkartılmaktadır. Bunun yerine ise, çevre hukukuna ilişkin bir kodifikasyon hareketine girilerek, tüm bu sektörel, dağınık ve yer yer uyumsuz çevresel düzenlemeleri bir bütün olarak düzenleyen tek ve temel bir Çevre Kanunu yürürlüğe konulmaktadır. İnceleme konumuz yönünden önem taşıyan Almanya ve Fransa'daki gelişim süreci ise daha dikkat çekicidir. Çünkü her iki ülkede de çevrenin korunmasına ilişkin hukuksal yapının üçüncü dalgaya uygun olarak tek bir temel mevzuat içinde birleştirilmesine yönelik tartışmalar 1990'lı yıllardan itibaren yaşanmış bulunmaktadır<sup>65</sup>. Bu çerçevede Fransa 2002 yılında yürürlüğe giren "Çevre Kanunu" ile ilgili mevzuatını üçüncü dalgaya uyumlu hale getirmesine

<sup>64</sup> Hannes VEINLA, "Codification of Environmental Law-Major Challenges and Options" *Juridica International*, V/2000, s. 58 vd. Ayrıca bkz. [http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2000\\_1\\_58.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2000_1_58.pdf)

<sup>65</sup> Michael KLOEPFER, "On the Codification of German Environmental Law", in: *Codification of Environmental Law-Proceedings of the International Conference, Kluwer law International*, 1996, s. 87; G.J. MARTIN, "French Experiences of the Codification of Environmental Law", in: *Codification of Environmental Law-Proceedings of the International Conference, Kluwer law International*, 1996, s. 115.

karşın; Kıta Avrupası hukukunun öncü ve en önemli hukuk ihraç eden ülkesi olan Almanya'nın bu alanda sektörel bazlı düzenlemeden kofidikasyona (ikinci aşamadan üçüncü aşamaya) halen geçememiş ve çevre hukukuna ilişkin hukuk-sal yapıyı halen tek bir çevre kanunu bünyesinde toparlayamamış olması kolay izah edilebilir değildir. Bununla birlikte, kanımızca bu durumun Almanya'nın anayasal organizasyonu ve bu bağlamda federal devlet yapısı ile yakından ilişkisi bulunmaktadır. Gerçekten diğer alanlarda olduğu gibi çevre hukukuna ilişkin temel yasama yetkisinin tek bir merkezi birimde toplandığı güçlü bir merkezi yönetim rejiminde, belediyeler ve benzeri yerel birimler çevre politikasının oluşturulmasına ve yönetilmesine ancak sınırlı bir katılım gerçekleştirebilmekte ve esas itibarıyla merkezî yönetimin iradesi belirleyici olmaktadır. Buna karşın, anayasal düzeni itibarıyla yasama yetkisinin merkezî birim (*Bund*) ve eyaletler (*Länder*) arasında bölüşüldüğü Almanya gibi federal bir devlet yapısı, bu tarz bir kodifikasyon çabası yönünden aşılması son derece güç birtakım idari vesa-yet, yetki ve işbölümü sorunlarını da beraberinde getirmektedir.

Çevrenin korunmasında ceza hukukunun fonksiyonunu ele aldığımızda ise, bu alandaki ilk cezaî düzenlemelerin esas itibarıyla idare hukukuna bağlı bir biçimde ortaya çıktığı tespit edilebilir. Gerçekten çevre hukuku alanındaki ilk düzenlemeler bütüncül bir yaklaşımdan uzak ve sektörel bazlı bir niteliğe sahip olup; her bir sektördeki özel çevresel bileşenin korunması ise, çevreye ilişkin idari düzenlemelerin çizdiği genel çerçevede sağlanmıştır. Bu koruma sisteminde ceza hukukunun rolü ise, bu idari düzenlemelere ve özellikle belirtmek gerekirse ruhsatların alınması ve kullanılması koşullarına aykırı fiilleri cezalandırmaktan ibaret olarak kalmıştır. Çevrenin korunmasında ceza hukukunun fonksiyonunu tamamen idare hukukuna bağlı ve onu desteklemekle sınırlı gören bu model, aslında koruma sisteminin de sınırlanmasına yol açmaktadır. Çünkü burada öncelikli olarak çoğu kez ekolojik değerlerin değil ancak idarenin menfaatinin korunması ön plana çıkmış bulunmaktadır. Bu nedenle, çevrenin korunmasında ceza hukukunun rolünün arttırılmasına yönelik çabalar bu alanda ikinci bir aşamaya geçilmesi sonucunu yaratmış ve bu kapsamda çevrenin korunması alanına özgü somut tehlike suçları formüle edilmiştir. Bu somut tehlike suçları ile, çevreye katı, sıvı veya gaz formatında belirli maddelerin atılması veya salınımı yoluyla insan sağlığı veya mülkiyet hakkı gibi geleneksel değerler açısından önemli riskler yaratılması cezalandırılmıştır.

Çevrenin korunmasına yönelik bu somut tehlike suçlarının ulusal ceza mevzuatlarına girmesinin bir adım ötesi ise, çevrenin korunmasına ilişkin ceza normları artık doğrudan ceza kanunlarına girmesidir. Öncesinde klasik ceza kanunlarının çevrenin korunmasındaki rolü, yalnızca sözgelimi kullanılabilir veya içilebilir yerüstü sularının zehirli maddelerin kirletilmesinin cezalandırılması gibi çok küçük ve dolaylı bir etkiye sahip iken; 1980'li yıllardan itibaren birçok ülkenin ceza kanunlarında bu klasik anlayışın aksine, doğrudan ekolojik

değerlerin korunmasını amaçlayan spesifik hükümler ihdas edilmiştir. Bu noktada özellikle korunan hukuki değere ilişkin anlayıştaki değişime ve bu bağlamda eskiden sağlık veya mülkiyet hakkı gibi geleneksel bireysel hakların korunmasını esas alan anlayıştan, çevre gibi ortak toplumsal değerlerin korunmasını esas alan anlayışa dikkat çekmek gerekmektedir. Bu çerçevede bugün pek çok ülkenin ceza kanunlarında çevre suçlarının ayrı bir başlık altında düzenlendiğini tespit edebilmek mümkündür. Nitekim inceleme konumuz açısından önem taşıyan ülkelerden Almanya’da ‘çevreye karşı suçlar’, ceza kanununun 29. Bölümünde (md. 324-330d) ayrı bir başlık altında düzenlenmiş iken; Fransa’da ise 1994 tarihli ceza kanununda çevreye karşı suçları düzenleyen spesifik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum her iki ülkeyi çevrenin ceza normları ile korunması rejimleri yönünden birbirinde ayırmanın yanı sıra; Fransız hukukunu ilgili konuda tüm diğer gelişmiş hukuk düzenleri arasındaki istisnai bir örnek durumuna da düşürmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta çevrenin ceza normları ile korunması rejiminin etkinliğini belirleyen faktörler arasında, ilgili ülkenin tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna yaklaşımı meselesinin ön plana çıktığı ifade edilebilir. Gerçekten, çevreye zarar veren kriminal davranışların önemli bir bölümünün bir tüzel kişiliğin faaliyeti kapsamında işlendiği göz önüne alındığında, tüzel kişilerin doğrudan fail olarak kabul edilmesinin, çevre ceza hukukundan beklenen yararın gerçekleşmesine büyük katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Bu husus, inceleme konumuz yönünden önem taşıyan Almanya ve Fransa örneklerinin çevrenin ceza normlarıyla korunması rejimi yönünden diğer bir ayrışma noktasını oluşturmaktadır. Almanya’da giderek güçlenen ekonomik işletmelerin kural tanımazlık gerçeği ile yüzleşen diğer birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi, bu işletmelere karşı ‘cezai olmayan’ özel birtakım yaptırımlar uygulanması gerekliliği kabul edilmiştir. Bu kapsamda tüzel kişilere uygulanan ‘*Geldbuse*’ ismi verilen tüzel kişilere özgü bir idari para cezası türünün uygulanmasına başlanmıştır. Sonrasında İsveç ve Norveç gibi ülkeler tarafından da benimsenen bu özel idari para cezası türü sayesinde ceza hukukunu tüzel kişilerin yol açtığı ihlallerle mücadelelenin dışında tutmak mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukukta süreç bu eğilimin aksi yönde işlemiş ve diğer bir grup ülkede ise tüzel kişilere ceza sorumluluğunun önü açılmıştır. İşte Fransa, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu benimseyen bu yeni grubun öncü ülkesi olması nedeniyle, inceleme konumuz yönünden önem taşımaktadır. Gerçekten 1994 yılında yürürlüğe giren Fransız Ceza Kanunu’nda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesinin hemen ardından 1995’de Finlandiya, 1996’da Danimarka gibi ülkeler bu yeni akımı benimsemişlerdir. Avrupa Konseyi de, tüzel kişilere ceza sorumluluğu öngörülmesini tavsiye etmek ile birlikte, taraf devletlerin tüzel kişiler hakkında ceza normları ihdas etmek veya idari tedbir ve yaptırımlar uygulamak konusunda bir takdir hakkı olduğunu ifade etmektedir. Nihayet 5237 sayılı Türk

Ceza Kanunu da 20/2 maddesi ile tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı esasını getirmiştir. Aynı hükümde tüzel kişiler hakkında ancak güvenlik tedbiri uygulanabileceği belirtilmiş olup, tüzel kişiler için uygulanabilecek güvenlik tedbirleri de Kanun'un 60. Maddesinde düzenlenmiştir.

Nihayet çevrenin ceza normlarıyla korunması rejimi yaptırım düzeni yönünden ele alındığında, çevre ceza hukukunda da, klasik ceza hukuku yaptırımları olan hapis ve para cezası yaptırımlarına başvurulduğu görülmektedir. Ancak çevre ceza hukukunda karşılaştırmalı bir çalışma yapmayı güçleştiren unsur her bir ülke açısından yaptırımların değil, ancak hangi fiillerin suç oluşturduğuna ilişkin yasal tanımların çok çeşitlilik arz etmesidir. Bu kapsamda örneğin Fransa'da çevrenin korunmasına ilişkin ceza normları her bir sektörel alana ilişkin olarak ihdas edilmişken; Almanya'da ise daha doğrudan bir biçimde çevresel değerlerin korunması amacı esas alındığı için, çevre suçlarının yasal tanımları da bu anlayışa göre oluşturulmuştur.

Bu noktada yaptırımlar bağlamında ayrıca çevre suçları ile elde edilen ekonomik gelirler konusuna da değinmek gerekir. Çünkü suçtan elde edilen bu gelirler, çevre ceza hukukunda da hapis cezası ve para cezası şeklindeki geleneksel yaptırımlardan farklı ve faili bu haksız gelirden mahrum etmeyi sağlayıcı yeni bir yaptırımın geliştirilmesini zorunlu kılar. Bu kapsamda hemen tüm Avrupa ülkelerinde yaptırım yelpazesini genişletmeye yönelik bir çabanın varlığı tespit edilebilir. Bu açıdan –Türk Ceza Kanunu'nun da aralarında bulunduğu – yeni dönem ceza kanunlarında suçtan doğan haksız gelirlerin müsaderesi bir yaptırım olarak yer alırken; özellikle İskandinav ülkelerinde çevreye ilişkin kirletmeme yükümlülüğünü ihlal eden kişinin banka hesaplarının dondurulmasına ve ödeme cezası uygulanmasına kadar uzanan finansal tedbirlere gidilebildiği görülmektedir.

**KAYNAKÇA**

- ALMER** Christian – **GOESCHL** Timo, "Environmental Crime and Punishment: Empirical Evidence From the German Penal Code", September 7, 2009.
- ARUOBA** Çelik, "Çevre Ekonomisi, Gelişme ekonomisi", İnsan-Çevre-Toplum, Yayına Hazırlayan: Ruşen Keleş, Ankara, 1992.
- Fikret **BAŞKAYA**, "Rio'dan Sonra veya Sürdürülemez Kalkınma", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, C: XVI, Sy: 145, Temmuz 1992.
- BAYRAKTAR** Köksal, "Çevrenin Korunması ve Türk Hukuku", *Seha L. Meray'a Armağan*, C: I, 1981, Ankara.
- BAYRAKTAR** Köksal, "La contribution de la protection pénale à l'environnement, (Rapport présenté au Congrès Mondial de droit comparé de Budapest, 23-28 août 1978), *Annales de la Faculté Droit d'Istanbul*, 1978, No: 41.
- DARPÖ** Jan, Access to Justice in French Environmental Law, Uppsala Universitet Juridiska Institutiones, Examenarbete med praktik i Miljöret 30 högskolepoäng, 2011.
- FAURE** Michael G., "The Implementation of Environmental Crime Directives in Europe", *Paper submitted to the "9th International Conference on Environmental Compliance and Enforcement 2011"*, [http://inece.org/conference/9/proceedings/41\\_Faure.pdf](http://inece.org/conference/9/proceedings/41_Faure.pdf).
- FAURE** Michael - **HEINE** Günter, Environmental Criminal Law in the European Union, Freiburg im Bressgau, 2000.
- FAURE** Michael - **HEINE** Günter, Criminal Enforcement of Environmental Law in the European Union, Kluwer Law International, 2005.
- FAURE** Michael G. – **SKOGH** Göran, The Economic Analysis of Environmental Policy and Law, Edward Elgar Publishing, 2003.
- FAURE** Michael G. – **NIESSEN** Nicole, Environmental Law in Development: Lessons From the Indonesian Experience, Edward Edgar Publishing, 2006.
- GEISINGER** Alex, "The Benefits of Development and Environmental Injustice", *Columbia Journal of Environmental Law*, V: 37/2, July 2012.
- GLASER** Andreas, German Environmental Report in a Nutshell – Annual Report 2011 (Germany), *IUS Publicum Network Review*, [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/04\\_04\\_2011\\_9\\_47\\_Glaser.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/04_04_2011_9_47_Glaser.pdf).
- HEINE** Günther, "Allemagne. Crimes Against the Environment", *International Review of Penal Law*, 1994.
- HEINE** Günther, "Umweltstrafrecht im Rechtsstaat", *Zeitschrift für Umweltstrafrecht*, 1995.
- HENOCQUE** Yves - **ANDRAL** Bruno, "The french approach to managing water resources in the mediterranean and the new European Water Framework Directive", *Marine Pollution Bulletin*, Jan 2003, 47 (1-6).

- JESCHECK** Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Yayına Hazırlayan: Feridun **YENİSEY**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- KANTAR** H. Elvend, “Çevre Korunmasına Ait Cezaî Müeyyideler”, Çevre Hukuku Araştırmaları, TÇSV Yayını, Ankara, 1981.
- KAPLAN** Ayşegül, “Çevre Sorunları ve Ekonomi”, *AÜSBF Dergisi-Prof Dr. Muammer Aksoy’a Armağan*, C: XLVI, No: 1-2, Ocak-Haziran 1991, Ankara.
- KLOEPFER** Michael, “On the Codification of German Environmental Law”, in: **Codification of Environmental Law-Proceedings of the International Conference**, *Kluwer law International*, 1996.
- KUZU** Burhan, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, İstanbul, 1997.
- MANDIBERG** Susan F. - **FAURE** Michael G., “A Graduated Punishment Approach to Environmental Crimes: Beyond Vindication of Administrative Authority in the United States and Europe”, *Columbia Journal of Environmental Law*, V: 34: 2, July 2009.
- MARTIN** G. J., French Experiences of the Codification of Environmental Law, In: **Hubert BOCKEN-Donatienne Ryckbost**, *Codification of Environmental Law, proceedings of an International Conference*, The Hague, 1996.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)**, Environmental Requirements For Industrial Permitting, Vol: 1 Approaches and Instruments, 1999.
- ROBERT** J. H., "France. Le Problème de Responsabilité et des Sanctions pénales en Matières d'environnement", *International Review of Penal Law* (1994).
- RODI** Michael, "Public Environmental Law in Germany", in: *Comparative Environmental Law in Europe, An Introduction to Public Environmental Law in Europe*, Edited by René **SEERDEN**-Micheil **HELDEWEG**, Antwerp, 1996.
- SANDS** Philippe J., “The Environment, Community and International Law”, *Harvard International Law Journal*, V: 30, No: 2, Spring, 1989.
- ŞEN** Ersan, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1994.
- TANDOĞAN** Haluk, “2872 Sayılı Çevre Kanunu’na göre Çevrenin kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, *Yargıtay Dergisi*, C: 12, Sy: 1-2.
- TOROSLU** Nevzat, Ceza Hukuku ve Çevre, Ankara, 1982.
- TOROSLU** Nevzat, “Doğal Çevrenin Kirletilmesi ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1980.
- TOROSLU** Nevzat, “Ceza Hukuku açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanunu’nun Uygulanması, TÇSV Yayını, Ankara, 1987.
- ÜNVER** Yener – **NUHOĞLU** Ayşe, Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1999.
- VEINLA** Hannes, “Codification of Environmental Law-Major Challenges and Options”, *Juridica International*, V/2000.



## İRTİKÂP SUÇU (TCK m.250)

*Yrd. Doç. Dr. Erdal YERDELEN\**

### ÖZET:

Kamu görevini üstlenen kişiler, görevleri dolayısıyla kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülükler altına girmektedirler. Bu itibarla, toplumu oluşturan fertler, kamu görevlilerinden, üstlendikleri görevin ifası sırasında bu kamu faaliyetinin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun davranmalarını beklemektedir.

İrtikap suçları ile korunan hukuki değer, halkın kamu görevlilerine karşı duyması gerekli olan inanç ve itimattır. Bu nedenle bir yandan kamu görevlilerinin dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait menfaati korumak; diğer yandan da kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanarak verecekleri zararlara engel olmak ve kamu idaresinin itibarının korunması amaçlanmaktadır. Bu amaçlara, vatandaşın kamu hizmetlerinden ücretsiz faydalanma hakkı da eklenebilir.

Kamu idaresine itimadı korumak için irtikap suçu TCK 250. Maddesinde düzenlenmiştir. İrtikap suçu iki şekilde işlenebilir. Bunlar; icbar ve ikna suretiyle irtikap suçlarıdır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.

Kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirildiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna etmesi halinde ikna suretiyle irtikap fiili oluşur. İkna suretiyle irtikap suçu, icrai veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla ikna suretiyle irtikap, kamu görevlisinin, karşı tarafta var olan hatadan yararlanmak suretiyle suçu işlemesidir.

**Anahtar Kelimeler:** İrtikap Suçu, İcbar, İkna, Hatadan Yararlanma.

### ABSTRACT:

People who undertake public office are under obligations arising from public law. In this regard, members of the society expect from public officials, operating comply with obligations that required by these public affairs during the performance of their tasks.

---

\* Yrd. Doç. Dr. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi

The legal value protected by extortion crime is faith and confidence to public officials that people may have. Therefore with this crime is aimed firstly protecting state interest on good reputation and honesty of public officials, secondly preventing the damage which public officials may give by abusing their powers and good reputation of the state.

To protecting public confidence to the administration, extortion crime is regulated in article 250 of the Turkish Criminal Code. Extortion crime can be committed in two ways. These are extortion by compelling and extortion by convincing. The presence of "compelling" accepted in the case of the person feel compelled and so provided benefits to public officials or another person who public official directed, because of the unfairly attitudes and behaviours of the public officials, his legal requirements will not be fulfilled as required, never or at least on time.

Extortion crime by convincing occurs when public officials abuse the confidence that provided by his office via fraudulent behaviours to make benefits to oneself or another person or convincing anyone make promises on this way. Extortion crime by convincing can be committed with an executive or negligent act. Extortion crime by negligent act is committed as public official take advantage of a mistake of opposite side.

**Keywords:** Extortion Crime, Compelling, Convincing, Take Advantage of a Mistake.

## GİRİŞ

İrtikap suçu, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanarak, haklı bir işinin gereği gibi, vaktinde ve tam olarak görülmesini talep eden kişiden, kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlaması veya bu yolda vaatte bulunması için kişileri icbar veya ikna etmesi ya da onda mevcut olan hatadan yararlanmasıdır<sup>1</sup>. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülme-yeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendi-receği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.

Kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna etmesi halinde ikna suretiyle irtikap fiili oluşur. İkna suretiyle irtikap suçu, icrai veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla ikna suretiyle irtikap, kamu görevlisinin, karşı tarafta var olan hatadan yararlanmak suretiyle suçu işlemesidir.

TCK, irtikap-görev bağlantısını irtikabın bütün gerçekleştiriliş şekilleri bakımından ayrı ayrı formüle etmiştir. Böylelikle 765 sayılı TCK'nın irtikap bakımından öngördüğü düzenlemede mevcut "Memuriyet sıfatı veya görevini kötüye kullanma" ibareleri terk edilerek, bunun yerine icbar suretiyle irtikap bakımından "görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma", ikna suretiyle irtikap açısından "görevinin sağladığı güveni kötüye kullanma", aynı maddenin 3. Fıkrasında ise 2. Fıkraya atıfta bulunulmak suretiyle irtikap-görev bağlantısı kurulmuştur<sup>2</sup>.

## I. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Bir hukuk toplumunda, sosyal hayatın devamı bakımından önemli olan ve kamu hizmeti olarak isimlendirilen bir takım faaliyetler, devlet veya kamu tüzel kişilerinca yerine getirilmektedir. Kamu otoritesi (devlet) adına yürütülen bu faaliyetler kamu görevi, bu görevi kamu hukuku usulüne göre katılan kişiler ise kamu görevlisidir<sup>3</sup>. Bir kamu görevini yerine getiren kişi, bu görev dolayısıyla bir kamu hukuku yükümlülüğü altına girmektedir. Kamu görevlileri, bu görev dolayısıyla kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülükler altına girmektedirler. Toplumu oluşturan fertler, kamu görevlilerinden, üstlendikleri görevin yürütümü sırasında, bu kamusal faaliyetin gerekli kıldığı yükümlülükler uygun hare-

<sup>1</sup> Tanım, Yargıtay 5. CD'nin 29.3.1972 tarih 1173/1487 sayılı kararından; **Aşçıoğlu**, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1992, s.151.

<sup>2</sup> **Artuk** Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2013, s.959, **Üzülmez**, İlhan, "Yeni Ceza Kanununda İrtikap Suçu", SÜHFD, C: 14, S: 2, Yıl: 2006, s.274, **Malkoç**, İsmail, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc> (E.T. 27.5.2014)

<sup>3</sup> **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2006, s.99.

ket etmelerini beklemektedirler<sup>4</sup>. Kamu görevlisi, üstlenmiş olduğu görevi sadakatle yerine getirmek, bireylerin kamu idaresine duymaları gereken güveni sarsmamak zorundadır<sup>5</sup>. Buna göre irtikap fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki yararı, kamu idaresinin itibarı, halkın kamu görevlilerine karşı duyması gereken inanç ve itimat, kamu görevlilerinin dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait yararlar oluşturmaktadır. Kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanarak verecekleri zararlara engel olmak böylelikle kamu görevlilerinin kendi konumlarından yararlanarak çıkar elde etmeleri önlemek ve kamu idaresinin itibarının korunması amaçlanmıştır<sup>6</sup>. İrtikap suçunda Devletin fonksiyonlarına karşı bireylerin de kurumlara duyması gereken güven sarsılmakta; kamu görevlisi, haksız çıkar sağlamak amacıyla kendi konumundan yararlanmaktadır. Kanun koyucu irtikap fiillerini, kamu görevlisinin konumunun sağladığı gücü haksız ekonomik çıkar elde etme aracı olarak kullanmasını engellemek amacıyla suç saymıştır. Dolayısıyla irtikabın faili, devletin mali yararlarını ihlal ettiği için değil, halkın kamu görevlisine olan itimadının sürekli olmasındaki toplum yararını zedelediği için cezalandırılmaktadır<sup>7</sup>.

## II. MADDİ UNSURLAR

### A. FİİL

Kamu idaresine duyulan güveni korumak amacıyla düzenlenmiş olan irtikap suçunun oluşması için maddi bir zararın meydana gelmesi şart değildir.<sup>8</sup> Kamusal faaliyetin yürütülmesi sırasında kamu görevlilerine duyulan güveni sarsan irtikabın çeşitli şekilleri bakımından müşterek unsur, kamu görevlisinin ‘kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi’ icbar veya ikna etmesidir<sup>9</sup>. İrtikabın icbar ve ikna suretiyle işlenmesi, bir suçun seçimlik hareketleri niteliğinde değildir. Ancak ikna suretiyle irtikap icrai ve ihmali davranışla işlenebilir<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> **Özbek Veli Özer/Kanbur M. Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 954; **Özgenç İzzet**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s.13.

<sup>5</sup> **Koca Mahmut/Üzülmez İlhan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 740; **Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013, s.908.

<sup>6</sup> **Erman Sahir/Özek Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s.66; **Özgenç İzzet**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s.162.

<sup>7</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.974; **Üzülmez**, s.275.

<sup>8</sup> **Özgenç**, Ekonomik Suçlar, s.174.

<sup>9</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 958; **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.14.

<sup>10</sup> **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.15.

TCK'nın 250. maddesinin düzenlenişi itibarıyla icbar suretiyle irtikap ve ikna suretiyle irtikap olmak üzere, iki ayrı irtikap suçunun varlığını kabul edilmektedir<sup>11</sup>.

### 1. İcbar Suretiyle İrtikap

TCK m.250/1'e göre tipik bir fiilin varlığından söz edilebilmesi için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu (etkileme gücünü) kötüye kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya bu yolda vaatle bulunması için bir kimsenin iradesini zorlaması, bu zorlamanın, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmiş olması gerekir<sup>12</sup>. Bu nedenle, öncelikle görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının mahiyetini, daha sonra icbarın anlamını belirlemek gerekir. İcbar suretiyle irtikap suçunda mağdur, kamu görevlisine sağladığı menfaatin meşru olmadığını bilmekte; fakat iradesi baskı altında tutulduğu için bundan kurtulmak ve muhtemel daha ağır zararları ortadan kaldırmak maksadıyla hareket etmektedir.<sup>13</sup>

İrtikabın bu türü, kamu görevlisi tarafından yürütülen görevin sağladığı etkileme gücü kullanılarak işlenebilir. Görevin kamu görevlisine sağladığı nüfuzun mahiyeti, her bir kamu görevlisi açısından statüsünü belirleyen mevzuata göre tespit edilir. Dolayısıyla kamu görevlisi, konumu ve sahip olduğu yetkiden kaynaklanan nüfuzunu kendisine bir yarar veya yarar vaadinde bulunulmasını sağlamak amacıyla zorlama vasıtası olarak kötüye kullanmaktadır. Buna göre işgal ettiği konum gereği sahip olunan yetkinin sağlamış olduğu nüfuzun kötüye kullanılmasını oluşturmayan, sadece sıfatın kötüye kullanımını teşkil eden hareketlerle irtikap suçu gerçekleşmez<sup>14</sup>. Başka bir anlatımla kötüye kullanılan nüfuzun görevle ilgili olması aranmış, suç tipi daha objektif bir kritere bağlanmıştır<sup>15</sup>. Örneğin, kamu görevlisinin, görevi olan işi yapmayı geciktirerek, işlerinin zamanında yapılmasını arzulayan kişilerin kendisine menfaat temin etmelerini sağlaması durumunda, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak (icbar) suretiyle irtikap suçunu işlemiş olur. Keza, bir kamu görevlisinin görevinin gereği olarak sahip bulunduğu takdir yetkisini kişinin aleyhine kullanacağını ima ederek, menfaat temin etmesi durumunda, görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen icbar söz konusudur.

<sup>11</sup> TCK m. 250'nin düzenleniş şeklinde sanki irtikabın üç ayrı şekli söz konusu gibi görünmektedir. Ancak Maddenin 3. Fıkrasındaki hatadan yararlanmak suretiyle irtikap şekli, esasen ikna olmuş ve bunda kamu görevlisinin herhangi bir etkisi bulunmayan kişinin kamu görevlisi tarafından görevin gereklerine de aykırı bir şekilde uyarılamaması ve bu durumdan bir yarar temini söz konusudur. Bu haliyle ikna suretiyle irtikap suçu ihmali davranışla gerçekleştirilmektedir.

<sup>12</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 960; **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.16.

<sup>13</sup> **Erman/Özek**, s. 112, **Özgenç**, Ekonomik Suçlar, s.167, **Tezcan/Erdem/Önok**, s.910.

<sup>14</sup> **Soyaslan Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012, s.516.

<sup>15</sup> **Toroslu Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008, s.285.

Suçun oluşması bakımından kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle bir kimseyi yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya *icbar etmesi* gerekmektedir. Suçun maddi unsurunu oluşturan icbardan ne anlaşılması gerektiği maddede ve madde gerekçesinde belirtilmemiştir. Gerekçede sadece icbarın, yağma suçunun oluşmasına sebep olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerektiği, eğer icbar bu boyuta varacak olursa yağma suçunun oluşacağı belirtilmiştir<sup>16</sup>. Söz konusu suçun maddi unsurlarından birini oluşturan icbarın, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmiş olması ve bu nedenle, maddi cebir niteliği taşıması gerekir. Başka bir deyişle, buradaki icbar kavramından “manevi cebri” anlamak gerekir<sup>17</sup>. Ancak bu manevi cebirin “kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit” boyutuna da varmaması gerekir. Aksi takdirde, her iki halde de gerçekleşen suç, icbar suretiyle irtikap değil, yağma suçu olur<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s.646; **Koca** Mahmut, Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, Prof. Dr. Önder Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C: II, İstanbul 2002, s. 1496.

<sup>17</sup> 765 s. mülga "TCK'nın 209. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen icbar suretiyle irtikap (cebri irtikap) suçundaki icbar kelimesi, manevi cebir anlamındadır. Cebir unsuru manevi taziykle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi halinde icbar gerçekleşmiş sayılacaktır. Maddi cebir kullanılması halinde, fiil esasen yağma suçunu oluşturur. Manevi cebirin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket icbar kavramına dahildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vaad edilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi, icbar için yeterli olup; icbar suretiyle irtikap (cebri irtikap) paranın verilmesi, menfaatin sağlanması veya vaat edilmesi ile tamamlanır. İcbardan maksat, iradenin oluşumunu etkileyecek ve yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına neden olacak biçimde şiddet veya tehdit ile baskı yapmaktır. O halde irtikap suçunda icbardan söz edebilmek için, failin hareketlerinin yaşamın normal akışı içerisinde bir kimse üzerinde baskı yaratmaya, onu kendisinin tehdit edilmiş olarak hissetmesine elverişli olması gerekir." CGK, 18.5.1999, 5-119/121; **Yaşar**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.463.

<sup>18</sup> Yargıtay kararlarında da aynı ölçüt benimsenmiştir: Cebri irtikap suçunun gasp suçundan ayıran unsurlar failin sıfatı ve kullandığı icbarın maddi cebir veya tehdit aşamasına gelmemiş olmasıdır. Mağdurun iradesini zorlayan bir etki olan icbarın cebir, şiddet veya tehdide dönüşmesi halinde fiil irtikap değil gasp olur. CGK, 17.4.1989, 93/147; **Savaş/Mollamahmutoğlu II**, s.1961. ‘Sanıklar, otobüs garajında gördükleri mağduru karakola götürme bahanesi ile otel odasına götürüp orada üzerinde yaptıkları aramada buldukları... lirayı almaları ve yine elde ettikleri banka cüzdanının muhteviyatını mağdura zorla bankadan çektirip kendilerine verilmesini temin etme eylemi, icbar suretiyle irtikap suçunu değil, gasp suçunu oluşturur.’ 5. CD, 28.4.1978, 1095/1505; **Önder** Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s.109. Yağma suçu açısından değerlendirme özellikle güç kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlilerinin icbar fiili içerisinde olmaları halinde daha sık düşünülmelidir.

Kamu görevlisi, açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini hiç veya usulüne uygun yapmayacağını söylemek suretiyle onu korkutmaktadır<sup>19</sup>. Örneğin, “acil ameliyat zarureti ile karşı karşıya kalmış bulunan mağdurdan, bu korkunun etkisi altında bulunması suretiyle ameliyat için para alan devlet hastanesi operatörü irtikâp suçunu işlemiş olur”<sup>20</sup>.

İrtikâp suçunun unsurunu oluşturan manevi cebir, mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla doğrudan veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketleri ifade eder.<sup>21</sup> İcbardan maksat, iradenin oluşumunu etkileyecek ve yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına neden olacak biçimde baskı yapılmasıdır<sup>22</sup>. “Para verilmediği takdirde hastanın hastaneye yatırılmayacağını”<sup>23</sup> söylenmesinde icbar söz konusudur. Kamu görevlisinin icbar fiiline maruz kalan ve talep ettiği haksız menfaati sağlayan mağdur, daha büyük bir zarardan kurtulabilmek için, kendisini kamu görevlisinin bu talebini yerine getirmeye mecbur hissetmelidir<sup>24</sup>. Başka bir deyişle, mağdur, kamu gö-

<sup>19</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.983.

<sup>20</sup> Dönmezer Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s.117.

Yargıtay 5. CD. 3.7.2007 tarih ve 2007/2745 E: 2007/5667 K. sayılı kararında: “Zile Devlet Hastanesinde KBB uzmanı olan hekimin, çocuğunun tedavisini yaptırmak üzere hastaneye gelen mağdurun sesinde kısılma olduğu kendisine bildirilmesi üzerine ses kısıklığı şikayetinin kanser riski oluşturma ihtimalini taşıdığını belirttiği, bunun üzerine mağdurun bir gün sonra sanık hekimin özel muayenehanesine gittiği, mağduru muayene eden sanığın ses tellerinde tespit ettiği yaranın kanser riskini taşıdığını yineleyip en kısa sürede ameliyat olması gerektiğini, isterse Ankara’ya gidebileceğini söylemesine rağmen mağdurun maddi durumunun iyi olmayıp sosyal güvencesinin bulunmadığını, bu nedenle ameliyatı kendisinin yapmasını istediği, sanığın bu isteği kabul ederek hastanede yapacağı ameliyat için para istediği, mağdurun paranın bir kısmını peşin verdiği, kalanının ameliyattan sonra ödemeyi kabul ettiği, ameliyattan sonra kanser hastalarının ameliyat olamayacaklarını öğrenip kendisinin gerçekten ameliyat olmadığı kuşkusu ile durumu başhekime bildirdiği... acil müdahaleye ihtiyaç olmadığı anlaşılan mağdurun bir başka hekime başvurma imkanı varken ve hastanede yapılan ameliyat için para verilmesi gerekmediğini bilmesine rağmen hekime para vermesi olayında irtikâbın cebir ve ikna unsuru oluşmadığından eylemin görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerekir.” Gökcan H. Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TCK m.247-266), Ankara 2008, s.530-531. Özgenç, bu karara konu olayda icbarın gerçekleştiği kanısındadır ve karar katılmamaktadır. Kanaatimizce burada ameliyat gerekli olmadığı halde ameliyatın gerekli olduğuna ikna edilmesi (hile kullanılması) söz konusu olduğundan ikna suretiyle irtikâp suçu oluşmuştur.

<sup>21</sup> Malkoç İsmail/Güler Mahmut, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu. Özel Hükümler-3, Ankara 1996, s.117; Üzülmöz, s.284.

<sup>22</sup> Koca/Üzülmöz, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 745; CGK. 18.05.1999, 5-119/121; Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.164.

<sup>23</sup> CGK. 06.02.1956, 20/22; Önder, s.144.

<sup>24</sup> Gökcan’ın, icbar suretiyle irtikâp suçunun mağdurunun ‘meşru zemin’de olmadığı yönündeki açıklamaları) çelişkilidir. Zira bir kişinin hem mağdur hem de gayrimeşru bir zeminde olduğunun kabulü hukuken mümkün değildir. Gökcan, H. Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2008,

revlisinin bu zorlamasından kolaylıkla kurtulma imkanının olmadığı bilinciyle hareket etmelidir<sup>25</sup>.

“İcbar teşkil eden fiillerin etkisinde kalan kişi, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için, bu baskının etkisiyle, kamu görevlisinin şahsına veya gösterdiği üçüncü kişiye bir yarar sağlamaktadır<sup>26</sup>”. Kişinin maruz kaldığı icbar fiilinin etkisinden kolaylıkla kurtulma imkanının bulunmasına rağmen, kamu görevlisinin talep ettiği haksız menfaati temin etmesi durumunda icbar suretiyle irtikap suçunun veya genel mahiyette görevi kötüye kullanma suçunun<sup>27</sup> değil, rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir<sup>28</sup>. Bu durumu somut olayın şartlarına göre hakim takdir edecektir. Somut olayda icbarın bulunmadığının tespiti halinde rüşvet suçunun varlığını kabul etmek gerekecektir. Yargıtay’ın buna benzer olaylarda bazen rüşvet suçunun<sup>29</sup> bazen görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu yönünde çelişkili kararlarına rastlanmaktadır<sup>30</sup>. Yargıtay’a göre kamu görevlisine veya gösterdiği şahsa

İrtikap (Yiyicilik) Suçu (TCK m. 250), III, C; s.498; **Yaşar Osman/Gökcan H. Tahsin/Artuç Mustafa**, Uygulamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C: 5 Ankara, 2011, s.7057).

<sup>25</sup> Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s. 25.

<sup>26</sup> TCK m.250 gerekçesi.

Eşi ameliyat olacak vatandaşa devlet tabibinin: “500 YTL bıçak parası almadan yapmayız” demesi durumunda böyle bir talebe hakkı olmadığını bilmesine rağmen eşinin sağlığından korktuğu için vatandaşın parayı vermesi, icbar suretiyle irtikap (TCK m. 250/1) suçunu oluşturur. **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 914.

<sup>27</sup> TCK’nın 257. maddesinin gerekçesinde, söz konusu üçüncü fıkra hükmüyle ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmişti: “... somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiilin görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir”.

<sup>28</sup> **Özgenç**, Ekonomik Suçlar, s.169.

<sup>29</sup> 5. CD. 30.09.1998, 2335/3445; **Yaşar Osman**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s.468.

<sup>30</sup> “Maddede yer alan cebir, manevi cebirdir. Manevi icbarın belirli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun, baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gereklidir. Sanığın istediklerinin yasa dışı olduğu mağdur tarafından bilinmekte, ancak zorlama nedeniyle faile çıkar sağlamaktadır.

İcbar, belirli bir boyuta ulaşmış muhatabı olan şikâyetçiyi etkilememiştir. Ağır bir zarara uğramadığı düşüncesiyle ve gururunun incindiğinden bahisle aynı gün şikâyette bulunulmuştur. Sanığın “gönlünden ne koparsa ver” demesi de, manevi cebrin belli bir şiddete ulaşmadığının göstergesidir. Şikâyetçi, ne verirse ver demesi üzerine kendiliğinden ellibin lira vermiştir.

Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sağını eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.”CGK. 06.11.1989, 5-265/335; **Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık**, “Türk Ceza Kanununun Yorumu”, Ankara 1999, II/2338; **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.2329-2330.

5. C.D. 07.11.2006 tarih ve 2005/18318 E., 2006/8649 K. sayılı kararı: “Uzman doktor olan ve aynı zamanda serbest muayenehanesi de bulunan sanığın, önceden hastanede yataklı tedavi görmesini sağladığı katılanın rahatsızlanarak tekrar özel muayenehanesine gelmesi üzerine



yarar sağlayan kişi meşru bir zeminde ise irtikâp, gayri meşru zeminde ise rüşvet; rüşvet suçunun oluşmadığı hallerde ise görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır<sup>31</sup>. Bu durum, 5237 sayılı TCK'nın ilk şeklinde Yargıtay'ın ısrarı üzerine 257. maddeye eklenen üçüncü fıkra hükmüne dayandırılmıştır<sup>32</sup>.

böbreğinde bulunan taşı almak için bıçak parası ve narkozcuya verilmek üzere 300 YTL talep ettiği, müştekinin maddi durumu iyi olmadığı Yeşilkartlı olduğunu söylemesi üzerine, sanığın parayı verdiği takdirde ameliyat yapacağını söylediği, müştekinin rıza göstermeyip durumu yetkili bildirerek olayın ortaya çıkarılmasında; ameliyatla tedavi için para istemekten ibaret eylemde irtikabın ikna veya icbar unsurunun bulunmadığı, sanığın teklifi katılan tarafından kabul edilmediğinden eylemin TCK'nın 257/3. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçunu oluşturup oluşturmadığının irdelenmesi gerektiğinden kararın bozulmasına oybirliği ile karar verildi.”

<sup>31</sup> **Gökcan** s.498.

“Emniyet memurlarının, vaki ihbar üzerine, sanığın suiistimallerini kanıtlamak için gönderdikleri ve sanığın da hasta olmadığını bildiği tanık Nuh'un, sanık tarafından yapılması gereken veya geciktirilmek tehlikesine maruz, haklı sayılabilecek bir işi bulunmadığına göre, sanık doktorun “parayı ödemez isen, ben de raporu vermem” biçimindeki söz ve davranışlarının, bu şahıs üzerinde belli bir şiddete ulaşmış manevi bir baskı aracı olarak değerlendirilmesi olanaksızdır. Esasen Nuh, istediği parayı sanık doktora manevi bir baskı altında kalması nedeniyle değil, zabitanın talimatını yerine getirmek için vermiştir. Bu itibarla, sanığın eylemi cebri irtikâp olarak nitelendirilemez.

Olayımızda unsurları bakımından rüşvet suçu da oluşmamıştır. Şöyle ki; iş sahibi olarak gözükken Nuh, sanığın yasa dışı davranışlarının saptanabilmesi için zabıtaca bir ajan olarak görevlendirildiğinden, gayri meşru bir zemin içerisinde bulunmadığı gibi; sanık doktorla, serbest iradesi ile rüşvet anlaşması yaptığının kabulü de mümkün değildir. Bu anlaşma yapılmıştır, fakat bu rüşvet anlaşması değil, sanığın yasa dışı davranışlarının meydana çıkarılması yönünden polis görevlileri ile tanık Nuh arasında yapılmış bir anlaşmadır. Bu anlaşma rüşvet suçunun unsurlarına dahil bulunmamaktadır.

Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılın sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabulde zorunluluk bulunduğundan, yerel C. Savcısı ve sanık vekilinin temyiz itirazlarının bu nedenlerle kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir (oybirliği ile).” CGK. 25.04.1983, 113/197, **Savaş-Mollamahmutoğlu**, s.2333-2334.

Yargıtay 5. CD.'nin 22.10.2007 tarih ve 8124/7610 sayılı kararı şöyledir: “Mağdurun esasen yapılması gereken işin öncelikle ve süratle sonuçlandırılması için kendisinden istenen paranın yasal olmadığını bilmesine rağmen sanığı yakalatmak amacıyla teklifini kabul ederek para vermesi halinde irtikabın cebir veya ikna unsurları oluşmamış, görevin gereklerine uygun davranması için çıkar sağlayan sanığın eylemi TCK 257/3'te düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu oluşur.”

<sup>32</sup> Bir karara konu teşkil eden olayda, devlet hastanesinde tabip olarak görev yapan sanıklar, sağlık sorunları olan oğlunun tedavisi için hastaneye başvuran müştekiden ameliyat için kendilerine haricen belli bir miktarda para ödenmesini isterler. Durumu itibariyle müşteki bu talebi kabul eder. Yargıtay bu olayda icbar suretiyle irtikap suçunun değil, TCK'nın 257. maddesinin 7.2.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan üçüncü fıkrasında tanımlanan görevi kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden dolayı cezaya hükmedilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştu.

2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla TCK'nın 250 ve 252. maddelerinde yapılan değişiklik ve 257. maddesinin üçüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılması karşısında bu durum açıklığa kavuşmuştur. Özgenç, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, s.27-30.

Uygulamada karşılaşılan irtikap, rüşvet ayrımı ve teşebbüs konusundaki çelişkileri giderebilmek amacıyla, TCK'nın 250. maddesinin birinci fıkrasında 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir: "Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir"<sup>33</sup>.

Bu değişikliğin gerekçesi olarak 6352 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet Tasarısında şu açıklamalara yer verilmiştir<sup>34</sup>: "Haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temin edilmiş olmasının kamu görevlisi bakımından çoğu zaman icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmasına rağmen bu suçun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulama döneminde genel görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendirilmesinin bir yansıması olarak Türk Ceza Kanununu 257'nci maddesine bir fıkra eklenmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesinin ortaya çıkardığı sakıncaları gidermek amacıyla icbar fiiline açıklık getirilmiştir. Bu suretle, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışı karşısında kişinin haklı bir işinin gereği gibi veya hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği herhangi bir kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, kamu görevlisi bakımından rüşvet almaktan veya görevi kötüye kullanmaktan dolayı değil, icbar suretiyle irtikap suçundan dolayı hüküm tesis edilmesi gerekecektir. Keza bu düzenlemeyle kamu görevlisine menfaat temin eden kişi hakkında bu eylemi dolayısıyla herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilemeyecektir"<sup>35</sup>.

İrtikap suçunun oluşması için objektif olarak baskı altına almaya elverişli icbarın bulunması yeterlidir, ayrıca somut olayda mağdurun bundan etkilenmiş olması şart değildir<sup>36</sup>. Diğer bir deyişle, kamu görevlisinin sahip olduğu gücü kişinin aleyhine kullanacağını açıkça bildirmesi veya bunu hissettirmesi suçun oluşması bakımından yeterli olup, kişinin icbara karşı koyabilme gücünün ortadan kalkmış olması şart değildir<sup>37</sup>. Objektif olarak elverişli olan zorlamanın somut olayda mağduru etkilememesi ve dolayısıyla yarar sağlamaması veya yarar vaa-dinde bulunmaması durumunda irtikap suçuna teşebbüs söz konusu olur<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Özbek vd. lerine göre; Kanun koyucu bu hükümle birlikte bir İCBAR KARİNESİ ortaya koymuştur. Aslında 1. Cümledeki kadar yoğun bir icbarın söz konusu olmadığı bu durumlarda da icbarın varlığının kabulünü istemiştir. Özbek Veli Özer/Kanbur M. Nihat/Doğan Korumay/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 958.

<sup>34</sup> TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s.24.

<sup>35</sup> **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.33.

<sup>36</sup> **Erman/Özek**, s.74-75; **Özgenç**, Ekonomik Suçlar, s.167-168.

<sup>37</sup> **Önder**, s.144.

<sup>38</sup> **Erman/Özek**, s.74-75, **Üzülmez**, s.285.

Yargıtay bazı kararlarında, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir işi yapma vaadiyle veya yapması karşılığında kişiden para talep ettiği, bunun üzerine kişinin kamu görevlisine parayı verdiği<sup>39</sup> veya verme yönünde muvafakatte bulunduğunu beyanla sanığın yakalanmasını sağladığı olaylarda da, icbar suretiyle irtikap suçunun oluştuğunu kabul etmiştir. Kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı bir işi yapmak için muhatabından menfaat talep etmesi halinde kişinin kamu görevlisine para vermesi durumunda rüşvet suçu tamamlanmış olacaktır. Bu halde kamu görevlisi rüşvet alan, muhatap kişi de rüşvet veren olarak cezalandırılacaktır. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir işi yapma vaadiyle veya yapması karşılığında kişiden para talep etmesi üzerine kişinin para verme yönünde muvafakatte bulunduğunu beyanla kamu görevlisinin yakalanmasını sağlaması halinde, irtikap suçuna teşebbüsten dolayı cezaya hükmetmek gerekir. Bu durumda kişi, kamu görevlisinin para talebini gerçekte kabul etmemiş, kamu görevlisinin yakalanmasını sağlamak için kabul etmiş görüntüsü vermiştir. Bu nedenle, vaatte bulunan kişinin fiili suç oluşturmaz<sup>40</sup>.

İcbar suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi, icbar teşkil eden hareketlerin yarar veya yarar vaadi sağlanmadan önce yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, hekimin ameliyat veya tedavi ile ilgili işin bitiminden sonra paranın istenmesinden ve alınmasından ibaret eylemi irtikap değil; görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.

Suçun oluşması için icbarın mutlaka kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi gerekli ise de, icbara maruz kalanla yarar sağlayan veya yarar vaadinde bulunan farklı kişiler, örneğin vekil-müvekkil, baba-oğul olabilir<sup>41</sup>. İcbar teşkil eden fiillerin mutlaka para veya haksız menfaati temin eden kişiye yönelik olması gerekmez. Bu itibarla, mesela oğlu üzerinde cebri hareketlerde bulunarak babasından haksız menfaat temin edilmesi durumunda da icbar suretiyle irtikap

<sup>39</sup> Ancak Yargıtay benzer bir olayda kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir işi yapma vaadiyle kişiden para talep etmesi üzerine kişinin bu talebe uygun olarak kamu görevlisine para vermesi ve sair menfaat temin etmesi halinde, rüşvet suçunun oluştuğu yönünde içtihatla bulunmuştur: 5 CD, 9.6.2008, 3962/6093; Yaşar/Gökcan/Artuç, TCK, V, s. 7086.

<sup>40</sup> **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s. 36.

<sup>41</sup> “İrtikap suçu, kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak ferdi tazyik etmesi ile başlayıp, bu tazyik muvacehesinde, ferdin de memurun haksız muamelesini önlemek mecburiyetini duyarak, ona menfaat temin veya vaat etmesiyle oluşacağına, müştekinin kızı Emine akut apandisit teşhisi ile hastaneye yatırılmış olduğundan hayati tehlike arz eden durumun ivediliğine ve ameliyatı yapmak için para isteyen sanığın bu talebi karşısında, müştekinin, cebrin etkisinden kurtulmak zorunluluğunda kalmış olmasına, olay meydana çıktıktan sonra, sanığın, hasta Emine'nin babasını köyünde ve şehirde aramasının, müşteki ve aramaya katılanlarla sanık arasındaki konuşmaları, sanığın, olmayan bir hadisenin yayılmasını bastırmak gayretiyle, hareket ettiği izleniminden ziyade, olmuş bir olayın sonuçlarını ortadan kaldırmaya matuf girişimler olarak kabulünün isabeti haiz bulunmasına... göre, sanığın icbar suretiyle irtikap suçundan cezalandırılmasında yasaya aykırı bir yön bulunmamıştır. 5. CD. 29.06.1983, 2014/2538.

suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Yine maddeye göre yararın mutlaka failin şahsına sağlanmış olması zorunlu değildir. Başkasına yarar sağlamak veya yarar vaadi sağlamak suretiyle de irtikap suçu işlenebilir<sup>42</sup>.

İcbar şeklindeki hareketler açıkça da, örtülü (zımni) olarak da gerçekleştirilebilir<sup>43</sup>. Zorlamanın açık olduğu hallerde irtikabın varlığını tespit kolaydır. Örneğin para verilmezse hastanın hastaneye yatırılmayacağını söylemesi Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından icbar suretiyle irtikap suçu sayılmıştır.<sup>44</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi de apandisit ameliyatı için para istenmesini,<sup>45</sup> Bolu SSK. Hastanesinde operatör doktor olan sanığın, tavşan dudağı ameliyatını yapmak için, hastaneye yatırdığı Mustafa'nın dedesi Muhsin'den, ameliyat için yazılı muvafakatini aldıktan sonra, 25.000 lirayı vermediği takdirde, ameliyatı yapmayacağını söylemesini, icbar suretiyle irtikap suçu saymıştır<sup>46</sup>. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 13.12.2000 tarih ve 2000/8318 Esas No, 2000/8876 sayılı kararında özetle; "SSK Nevşehir Hastanesinde kadın doğum uzmanı olan sanığın yapması gereken ameliyatlara kendisine para verilmediği takdirde yapmayacağını söyleyip hasta yakınlarından çıkar sağlama eylemlerinin kanıtlanması durumunda irtikap suçunu oluşturabileceği ... gözetilmeden ve gerekçesi belirtilmeden hüküm verilmesi doğru değildir" şeklinde karar vermiştir.<sup>47</sup>

Öğretide icbar suretiyle irtikabın icrai veya ihmali davranışla da işlenebileceği savunulmuştur. Örneğin hekimin ameliyatı geciktirmesi ve para vermezseniz ameliyatı yapmam demesi icbar suretiyle irtikaptır.<sup>48</sup> Kanaatimizce bir suçun ihmali davranışla işlenmesinin cezalandırılabilmesi için TCK'nın genel hükümler kısmında buna yönelik bir düzenlemenin bulunması gerekir<sup>49</sup>.

## 2. İkna Suretiyle İrtikap

İkna suretiyle irtikap suçu, hem icrai davranışla hem de ihmali davranışla işlenebilir. Suç icrai davranışla işlenirse TCK 250/2'de, ihmali davranışla işlenirse m.250/3'te düzenlenen suç tipi oluşur.<sup>50</sup> İhmali davranışla işlenmesi açıkça

<sup>42</sup> Dönmezer, s. 117; Erman/Özek, s.75.

<sup>43</sup> Önder, s.144.

<sup>44</sup> CGK. 6.2.1956, 20/22, Önder, Özel, s.144.

<sup>45</sup> 5. CD. 29.6.1983, 2014/2538, Önder, Özel, s.145.

<sup>46</sup> 5. CD. 03.02.1982, 3931/230.

<sup>47</sup> [http://www.alomaliye.com/mart\\_06/muharrem\\_ozdemir\\_bicak.htm](http://www.alomaliye.com/mart_06/muharrem_ozdemir_bicak.htm).

<sup>48</sup> Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.507. Hakeri de Ceza Hukuku Genel Hükümler kitabının 2009 sonrası basımında bu görüşünden vazgeçtiğini belirtmiştir.

<sup>49</sup> Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 13. Maddesinde bu şekilde bir genel hüküm mevcuttur.

<sup>50</sup> "İkna suretiyle irtikâp suçunu oluşturan hilenin icrai veya ihmali davranışla gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu bakımdan, hatadan yararlanmak suretiyle irtikap, ikna suretiyle irtikap suçunun sadece bir işleniş şeklidir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bu durumda ikna suretiyle irtikap suçunun cezasında indirim yapılması gerekmektedir." TCK m.250 gerekçesi

kanun hükmünde belirtildiğinden bu konuda bir tartışma veya tereddüt söz konusu değildir. İkna suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi için; kamu görevlisinin, ‘görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi ikna’ etmesi gerekir. İkna suretiyle irtikap suçunun maddi unsurlarından birini oluşturan ikna, “failin esasta sağlanması veya vaad olunması gerekmeyen bir menfaatin sağlanmasının veya vaad edilmesinin gerektiği hususunda mağdurda bir kanaat uyanmasına bir suretle yol açmasını” ifade etmektedir<sup>51</sup>.

TCK’da irtikabın bu türü bakımından *irtikap-kamu görevi bağlantısı* fiilin mahiyetine uygun olarak “görevin sağladığı güvenin kötüye kullanmak” şeklinde formüle edilmiştir. Dolayısıyla ikna suretiyle irtikap suçunun oluşması bakımından kamu görevlisinin görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanılmasını teşkil eden hileli davranışlarının bulunması gerekir. İrtikabın bu türünde kamu görevlisi, bireyin, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun bir şekilde dürüstçe hareket edeceği yolundaki itimadına ve emniyet hislerine aykırı hareket ederek, onları hileli davranışlarla aldatmakta, aslında gerekmediği halde onlardan gerekliymiş gibi yarar veya yarar vaadi temin etmektedir<sup>52</sup>.

İkna suretiyle irtikap bakımından iknayı sağlamaya yönelik araç, hileli davranışlar olarak belirtilmiştir. Şu halde TCK’nın öngörmüş olduğu düzenlemeye göre, ikna suretiyle irtikabın oluşabilmesi için öncelikle hile teşkil eden davranışların bulunması gerekmektedir. Ancak bu hileli davranış kamu görevinin sağladığı güven kötüye kullanılarak gerçekleştirilmiş olmalıdır<sup>53</sup>. Eğer hile, kamu görevlisi tarafından görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmemiş ise, dolandırıcılık suçu oluşacaktır<sup>54</sup>.

---

Selbi irtikap teminin kullanılması örneği için bkz. **Erem**, İrtikap, s.522, **Dönmezer**, s.122. Bu ifade, 29.11.1990 tarih ve 3679 sayılı kanun ile değiştirilen 765 sayılı TCK m.209 gerekçesinde de geçmektedir. **İçel Kayıhan/Yenisey Feridun**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, İstanbul 1994, s.553.

<sup>51</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 964; **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s. 59.

<sup>52</sup> **Koca/Üzülmez**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.749

<sup>53</sup> **Özgenç**, Ekonomik Suçlar, s.183.

<sup>54</sup> ‘İSKİ’de veznedar olarak görev yapan sanığın suç tarihinde İSKİ’den alacaklı konumdaki veya borç bakiyeleri sıfır olan abonelerin iyi niyetinden yararlanıp; onlardan, yapmaması gerektiği halde tahsilat yapıp makbuz verdikten sonra; bilgisayar kayıtlarındaki tahsilat işlemi iptal ederek yapılmamış gibi gösterdiği; ayrıca gereken miktardan fazla tahsilat yapıp bu işlemleri dahi iptal ederek bilahare gerçek miktar üzerinden yapmış gibi bilgisayara giriş yapmak suretiyle ... lira menfaat sağladığı şeklinde oluşan eylemleri, mağdur sayısınca dolandırıcılık suçunu oluşturur.’: 5. CD, 24.12.1997, 3594/4807 (**Yaşar**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.451).

Sanığın elde ettiği menfaatin kaynağı karardan açık bir şekilde anlaşılmamaktadır. Bu itibarla sanığın icra ettiği fiillerle ilgili olarak bu nitelendirmede bulunabilmek için bir ayırım yapmak gerekir.

Bu suç kamu görevlisinin hileli davranışlarla mağduru ikna etmesiyle işlenmektedir. Hileli davranışların ürünü olan ikna en yalın haliyle, failin, mağduru sağlanması veya vaat olunması gerekmeyen yararın, sağlanması veya vaat olunması gerektiği yönünde inandırması, onda böyle bir kanı oluşturmasını ifade eder<sup>55</sup>. İknada mağdur sağladığı yararın veya vadin aslında gerekmediğini bilmemektedir. İkna suretiyle irtikap suçunda kamu görevlisinin hileli davranışı sonucunda yanılan kişi, verdiği paranın veya sağladığı menfaatin gayrimeşru olduğunu bilmemektedir<sup>56</sup>. Mağdurda hileli davranışlar neticesinde yararın veya vadin sağlanması gerektiği yolunda irade oluşturulmaktadır<sup>57</sup>. Mağdur, kamu görevlisine sağladığı çıkarın yasal olduğunu zannetmekte, yasadışı çıkar sağladığını bilmemektedir. Kamu görevlisi, yalan beyanlarıyla mağduru kandırmaktadır. Mağdur yaptığı ödemenin yasa ve yönetmelikler gereğince yapılması gerektiğine inanmakta, failin iknası ile bireyin rızası fesada uğramaktadır. İkna, ödemeye mecbur olmadığı bir parayı ödemek zorunda olduğunu bireye bildirmektir. Buna göre icbar suretiyle irtikap ile ikna suretiyle irtikap mağdurun iradesini etkilemek için kullanılan araç yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Kamu görevlisi mağdura isteği yönünde hareket etmemesi halinde görevinin gereklerine aykırı hareket ederek işini yapmayacağını doğrudan veya dolaylı olarak belirtmişse icbar suretiyle irtikap, buna karşılık kamu görevlisi gerçekleştirdiği değişik hileli davranışlarla mağduru aldatarak haksız kazanç elde etmişse ikna suretiyle irtikap söz konusu olacaktır<sup>58</sup>.

Kamu görevlisinin hileli davranışı, mağduru yarar sağlamaya veya yarar vadinde bulunmaya yönlendirme açısından elverişli olmalıdır. Bu nedenle mağdurun iradesini etki altına almaya elverişli olmayan hareketler, örneğin tavsiye hile teşkil etmez<sup>59</sup>. Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen davranış hile içerdikten sonra, ayrıca bunun muhatabı para vermeye veya sair bir menfaati temin etmeye

a) Sanık, esasen İSKİ'ye borcu olmayan abonelerden, borçlu olduklarından bahisle para tahsil etmiş ve bu paraları mal edinmiş olabilir. Bu ihtimalde, ikna suretiyle irtikap suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

b) Sanık, abonelerden esasen İSKİ'nin alacağı olan paraları tahsil etmiş ve fakat, bilgisayar kayıtlarını tahrif etmek suretiyle tahsil ettiği bu paraları zimmetine geçirmiş olabilir. Bu ihtimalde ise, nitelikli zimmet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Bu itibarla, olayda bir ayırım yapmaksızın dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul eden Yargıtay'ın kararı, doğru değildir.

<sup>55</sup> **Erman/Özek**, s.76.

<sup>56</sup> “İkna suretiyle irtikap suçu, memurun ödenmesi gerekmeyen bir paranın ödenmesi gerektiğine kişiyi ikna etmesiyle oluşur. Fert, ödediği paranın yasal olmadığını bilemez. Memur, yalan beyanı ile onu kandırması, kişinin rızası aldatılmak suretiyle elde edilmiştir.” 5. CD. 21.01.1993, 1942/4121; **Malkoç İsmail**, Son Değişiklik ve İçtihatlarla Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2002, II, s.1744.

<sup>57</sup> **Önder**, s.147; **Erman/Özek**, s.77.

<sup>58</sup> **Erman/Özek**, s.78, **Üzülmez**, s.289.

<sup>59</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.988; **Erman/Özek**, s.78.

ya da bu yönde bir vaatte bulunmaya sevk etme açısından elverişli olması aranmaz. Aksi takdirde hilenin varlığından söz edilemez<sup>60</sup>. Hilenin mağdurun iradesini ifsada elverişli olup olmadığını her somut olayda hakim takdir eder. Mağdur yanılmamış olsa bile somut olayda objektif olarak yanılmaya elverişli bir hilenin varlığı, ikna suretiyle irtikabı oluşturur. Bu durumda mağdur yanılmadığından tamamlanmış değil, teşebbüs aşamasında kalmış bir suç söz konusu olur<sup>61</sup>.

Göz doktorunun ameliyat etmesi gerekmeyen hastayı özel muayenehanesine çağırıp para istemesi ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturur. Gebelik döneminde, karında oluşan varislerin en geç emzirme dönemi sonunda geçeceğini bilmesine rağmen bu varisler üzerine bilimsel araştırma yapmak isteyen hekimin hastayı aydınlatmayıp bu varislerin mutlaka tedavi edilmesi, tedavi için de anjiyo yapılması; anjiyo gideri olarak bir miktar para gerektiği gerekçesiyle hastadan bu paranın alınması ikna suretiyle irtikap suçuna örnek teşkil eder<sup>62</sup>.

### 3. Hatadan Yararlanmak Suretiyle İrtikap

TCK m. 250/2’de düzenlenen ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturan hilenin icrai bir davranışla gerçekleştirilmesi gerekmektedir, ihmali davranışla işlenirse TCK m. 250/3’e uyan suç oluşur<sup>63</sup>. Hukuk toplumunda yaşayan herkesin, özellikle de kamu görevlilerinin dürüst davranma yükümlülükleri vardır. Kamu görevlisi, dürüst davranma yükümlülüğüne aykırı olarak hatalı kimsenin hatasını anlatmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün ihlali ile yarar sağlaması

<sup>60</sup> Bazı olaylarda esasen ikna suretiyle irtikap suçu olduğu halde, Yargıtay genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmiştir:

‘DSİ... bölge seyyar tahsildarı olarak görev yaptığı sırada zimmetine para geçirmekten sanık Y. nin tahsil ettiği sulama ücreti tutarlarını, mükellefe verdiği birinci nüshada fazla, dip kocaçlarda kalanlarda ise, gerçek tahakkuk miktarı üzerinden yazarak 62 adet makbuzda toplam ... lirayı temellük ettiği anlaşılmıştır. Sanığı bu fiili söz konusu paraların kendisine görevinin normal fonksiyonu gereği verilmemiş olması ve Devletçe de herhangi bir zarar husule gelmemiş bulunması nedenleriyle, zimmet suçunu oluşturmayıp, müteselsil şekilde görevi kötüye kullanma niteliğinde bulunmaktadır.’: 5. CD, 4.3.1996, 9/532 (YKD, Nisan 1997, s. 624).

Karara konu teşkil eden olayda ‘seyyar tahsildar’ olarak görev yapan Y, görevi gereği DSİ adına para tahsil ederken, makbuzlar üzerinde birtakım hileli tasarruflarda bulunmak suretiyle, kişilerin DSİ’ye ödemeleri gereken paradan daha fazla miktarda para ödemelerini temin etmiştir. Bu paraları da temellük etmiştir. Y’nin temellük ettiği paralar, ‘görevi sebebiyle kendisine tevdi olunan veya muhafaza, denetim veya sorumluluğu altında bulunan para’ değildir. Bu nedenle olayda zimmet suçu oluşmamıştır. Y, bu paraları hileli davranışlarla elde etmiştir. Kişiler DSİ’nin alacağından fazla ödemedi bulunurken, bu paranın DSİ’nin alacağı olduğuna inandırılmışlardır. Bu nedenle Y’nin fiili ikna suretiyle irtikap olarak nitelendirilmek gerekirdi. Bu itibarla Yargıtay’ın olayı genel nitelikte görevi kötüye kullanma olarak nitelendirmesi yanlıştır. (Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.66)

<sup>61</sup> Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.185-186; Tezcan/Erdem, s.173.

<sup>62</sup> 4.CD. 19.4.1999, 2571/3983, Taşdemir Kubilay/Özkepir Ramazan, Türk Ceza Kanunu, Ankara 2009, s.484.

<sup>63</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.990; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.966.

ise ikna suretiyle irtikabın ihmali davranışla işlenmesi anlamına gelir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere hatadan yararlanma suretiyle irtikap esasen ikna suretiyle irtikabın bir işleniş şeklidir<sup>64</sup>.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi için; kamu görevlisi, kanunen almaması gereken bir şeyi diğerinin hatasından yararlanarak almalıdır. “Mağdurun, vergisinin ortağı veya bir müstahdemi tarafından ödenmiş olduğunu bilmeyerek veya unutarak ikinci defa ödemesi, vereceği parayı yanlış saydığı için fazla ödemede bulunması ve ödenen ziyade paranın kamu görevlisi tarafından mal edinilmesi halleri”, bu suçun tipik örneklerini oluşturmaktadır. Dolayısıyla hatadan yararlanma suretiyle irtikapta kamu görevlisi görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak mağdurda mevcut olan ve kendi icrai hareketinden kaynaklanmayan hatadan haksız çıkar sağlama yoluyla faydalanmaktadır<sup>65</sup>. Kişi herhangi bir nedenle yanılığa düşmektedir. Aslında bu durumda bir hile vardır; fakat bu hile, ihmali davranışla gerçekleşmiştir. Çünkü kamu görevlisi, kişinin hataya düştüğünün bilincindedir ve bu durumdan yararlanmaktadır. Halbuki böyle bir durumda kamu görevlisinin görevinin gereği olarak kişiyi bilgilendirmek, kişinin bu yanılığını gidermek yükümlülüğü vardır. (Ancak kanun koyucu ceza siyaseti açısından kamu görevlisinin mağduru hataya düşürecek herhangi bir davranışı bulunmadığından, hata suretiyle irtikaba, ikna suretiyle irtikaba göre daha hafif bir yaptırım öngörmüştür<sup>66</sup>).

Kişinin hatasının neye yönelik olması gerektiği hususunda madde metninde herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu itibarla kişi, mesela bir paranın ödenmesi gerektiğine inanarak ödemede bulunabilir; ödemesi gereken paradan fazla miktarda ödemede bulunabilir; ödemeyi yanlış bir kişiye yapmış olabilir. Mağdurun düştüğü hatanın kimden kaynaklandığı önemli değildir. Bu bizzat kişinin bilgisizliğinden, dalgınlığından kaynaklanabileceği gibi üçüncü kişilerin aldatici nitelikteki hareketlerinden de kaynaklanabilir. Ancak failin aldatici nitelikteki hareketlerinden kaynaklanan bir hata var ise, bu durumda ikna suretiyle irtikabın icrai davranışla işlenmesi söz konusu olacaktır<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> TCK m.157 gerekçesinde konuyla ilgili şu ifadeler yer almaktadır: “Dolandırıcılık, hileli davranışlarla bir kimse aldatılmakta ... kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken ... güven ihlâl edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlâl edilmektedir.

Hile, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır.”

<sup>65</sup> Erman/Özek, s.78; Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.189.

<sup>66</sup> Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.62.

<sup>67</sup> Önder, s.148; Malkoç, s.1717.



## B. Netice

İrtikâp suçunun tamamlanması, yarar sağlanması veya yarar sağlama vaadinde bulunulması ile gerçekleşir. Yarar sağlamayı, herhangi bir menfaatin, çıkarın, faydalanmanın ve kârın elde edilmesi şeklinde geniş yorumlamak gerekir<sup>68</sup>. Bu arada geçen “yarar” kavramı, geniş yorumlanmalıdır. İnsana maddi ve manevi olarak fayda sağlayan, katkısı olan her şey, madde anlamında yarar olarak değerlendirilmelidir<sup>69</sup>.

Sağlanan yararın miktarı suçun oluşması bakımından etkili olmadığı gibi, cezanın miktarı üzerine de etkili değildir<sup>70</sup>. Kamu görevlisinin sağladığı yararın, para, para hükmünde senet, belge, taşınır veya taşınmaz mal olması mümkün olduğu gibi, bir malın verilmesini sağlamak, borcun silinmesi, senet kırmak, bir borcun vadesini uzatmak, icra takibini durdurmak, bir konutta kısmen veya tamamen kirasız oturmak şeklinde olabilir. Ancak bu kavram, ekonomik değer taşımayan yararlanmaları da, mesela cinsel arzuların tatminini de kapsar şekilde yorumlanmamalıdır<sup>71</sup>. Maddede yararın sağlanmasından bahsedildiğinden, bunu failin veya üçüncü şahsın suç konusu yararı elde etmiş, faydayı sağlamış veya yarar üzerinde tasarruf yetkisini elde etmiş olması şeklinde anlamak gerekir<sup>72</sup>.

İrtikâp, yarar sağlamak hususunda vaatte bulunulmasını temin suretiyle de işlenebilir. Yarar sağlama vaadi, yarar sağlamak hususunda mağdurdan söz alınmasıdır<sup>73</sup>. Vaat, verilen sözü yerine getirme yükümlülüğü altına sokan herhangi bir şekilde, doğrudan doğruya veya araya bir aracı konularak gerçekleştirilebilir. Vaat hukuka aykırı bir muameleye ilişkin olduğundan herhangi bir şekle tabi değildir<sup>74</sup>. Yarar sağlamak yolunda vaatte bulunulmasının sağlanması suçun oluşması bakımından yeterlidir. Vaat edilen yararın elde edilmesi gerekli olmadığı gibi vaat edilen yararın sonradan yerine getirilmemesi suçun teşebbüs aşamasında kaldığını göstermez<sup>75</sup>. Zira kanun koyucu yarar vaadinde bulunulması hâlinde de izlenen suç politikası gereğince kamu görevlisinin tamamlanmış irtikâp suçunun cezasıyla cezalandırılmasını öngörmüş bulunmaktadır<sup>76</sup>.

<sup>68</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 968; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.978.

<sup>69</sup> Önder, s.142.

<sup>70</sup> Erman/Özek, s.79.

<sup>71</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.978.

<sup>72</sup> Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.171. Artuk/Gökçen/Yenidünya’ya göre sağlamak, vaatte bulunmaktan ileri, vermeden daha önceki safhayı ifade etmektedir. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.978.

<sup>73</sup> Bakıcı Sedat, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, Açıklamalı Zimmet, İrtikâp, Rüşvet Suçları, Ankara 1998, s.186.

<sup>74</sup> Erman/Özek, s.81; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 978.

<sup>75</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.753.

<sup>76</sup> Bkz: Madde gerekçesi.

Ayrıca yararın ve yarar vaadinin bizzat kamu görevlisine veya üçüncü bir şahsa sağlanmış olması gerekmektedir. Madde yarar sağlanacaklar arasında gösterilen “başkasını”, fail dışındaki üçüncü kişiler şeklinde anlamak gerekmektedir<sup>77</sup>. Dolayısıyla devlet ve kamu tüzel kişileri madde anlamında başkası değildir. Suçun konusunu oluşturan yararın sağlanmış veya vaat edilmiş olması, kamu görevlisinin icbar veya ikna fiilinin neticesi olarak gerçekleşmelidir. Başka bir deyişle, para ve sair menfaatin temin veya vaat edilmesi ile icbar veya ikna fiili arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Burada söz konusu olan ‘sağlamak’, fail veya üçüncü kişinin suçun konusunu oluşturan para veya sair menfaat üzerinde tasarruf yetkisini elde etmesiyle gerçekleşir<sup>78</sup>.

Hatta icbar suretiyle irtikap suçundan söz edebilmek için, madde metninde para veya sair menfaatin sağlanması yönünde vaatte bulunulması da yeterli görülmüştür. Bu itibarla kamu görevlisinin icbar teşkil eden fiilinin etkisiyle kendisine veya bir başkasına para veya sair menfaat temini yönünde vaatte bulunulması durumunda da, icbar suretiyle irtikap suçu oluşmaktadır. Bu durumda aslında icbar suretiyle irtikap suçu henüz tamamlanmamıştır. Ancak kanun koyucu esasen teşebbüs aşamasında kalmış olan icbar suretiyle irtikap suçundan dolayı failin suç tamamlanmış gibi cezalandırılmasını öngörmektedir. Vaat edilen para veya sair menfaatin daha sonra sağlanmamış olması, failin suçun tam cezasıyla cezalandırılmasına engel teşkil etmez. Hatta bu vadin hukuken geçerli olması bile aranmamaktadır. İcbar suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi için, sağlanan menfaatin haksız olması gerekir<sup>79</sup>.

765 s. Mülga TCK’nın aksine, 5237 sayılı TCK’nın icbar suretiyle irtikap suçuna ilişkin tanımında elde edilen para ve sair menfaatle bağlantılı olarak “haksızlık” vasfından açıkça söz edilmemiştir. Bu durum karşısında örneğin kamu görevlisinin bir başkasında mevcut olan alacağını görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle tahsil etmesi halinde, icbar suretiyle irtikap suçunun oluştuğunu kabul etmek mümkün değildir. Para veya sair menfaat, kamu görevlisinin şahsına veya sair bir kişiye temin edilmiş olabilir. Madde metninde yer alan ‘başkasına’ ibaresi, gerçek ve tüzel kişileri kapsar. Bir görüşe göre, kamu görevlisi tarafından sağlanan menfaatin devlet hazinesine intikal etmesi halinde irtikap suçunun oluşacağını söylemek mümkün değildir<sup>80</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, Devlete ait bir alacağı tahsil için icbar veya ikna yoluna başvuran kamu görevlisi irtikap suçunu işlemiş olur<sup>81</sup>. Kamu kurumları yanında

<sup>77</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.920.

<sup>78</sup> 5. CD. 04.05.1983, 670/1559, Bakıcı, s.200. 5.CD. 21.02.1979, 4064/403; Savaş/Mollamahmutoglu s. 2338; Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.38.

<sup>79</sup> Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.38.

<sup>80</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.681-682.

<sup>81</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.920.

tesis edilmiş olan vakıf veya derneklere yaptırılan bağışların da bu kapsamda bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Hukuk devletinde kişinin kamusal harcamalara katılma yönündeki mali yükümlülükleri ancak kanunla belirlenebilir<sup>82</sup>.

### C. Fail

İrtikâp, kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Kamu görevlisi kavramı Kanunun tanımlar başlıklı 6. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde “**kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi**” anlaşılır şekilde tanımlanmıştır<sup>83</sup>. Kişinin kamu görevlisi olup olmadığını belirlerken, istihdam edilmişindeki statü değil, ifa ettiği görevin niteliği göz önünde bulundurulmak gerekir. “Kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin kamusal bir faaliyet olmasıdır”<sup>84</sup>. Mevzuatla belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet kamusal faaliyeti belirtir. Suçun oluşması bakımından fiilin gerçekleştirildiği sırada failin kamu görevlisi sıfatını taşıyor olması yeterlidir; sonradan bu sıfatını kaybetmesinin suçun oluşmasına herhangi bir etkisi yoktur. Kamu görevlisi olmadığı halde kamu görevlisi olduğunu söyleyerek yarar sağlayan kişi kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu (TCK m. 262) ile birlikte duruma göre yağma (TCK m. 148) veya dolandırıcılık (TCK m. 157) suçlarından da sorumlu olabilecektir<sup>85</sup>.

Kamu görevlisi olmayan (objektif nitelikte belli bir faillik vasfını taşımayan) kişiler de irtikâp suçuna iştirak edebilirler. Bu kişiler objektif nitelikteki faillik vasfını taşımadıkları için bu suçun müşterek faili (TCK, m. 37/1) olamazlar. Çünkü bu suçun müşterek faili olabilmek için, fiilin işlenişi üzerinde (müşterek) hakimiyet tesis etmek ve ayrıca kişinin özel faillik vasfını da taşıması gerekir. Suça iştirak eden ve fakat özel faillik vasfını taşımayan kişiler icbar suretiyle irtikâp suçunun işlenişine şerik sıfatıyla yani ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebilirler (TCK m. 40/2). Örneğin, kamu görevlisi-

<sup>82</sup> Özgenç, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, s.40.

<sup>83</sup> Kamu görevlisi kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 883-891, Tezcan/Erdem/Önok, s. 848-856.

Öğretide, 5237 sayılı TCK'nın kabul ettiği kamu görevlisi tanımını olumlu bulanlar olduğu gibi, “kamusal faaliyetin yürütümü” gibi belirsiz bir kriterin uygulamada kimlerin memur olduğunu belirlemede yaşanan sorunlara çözüm olmayacağını belirterek eleştirenler de bulunmaktadır. Mahmutoğlu Fatih Selami, TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanununun Tasarısı Hakkında Görüş, in: Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004, s. 362; Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in: Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004, s.336.

<sup>84</sup> Bkz: Madde gerekçesi.

<sup>85</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.966; Bakıcı, s.183, Üzülmmez, s.276.

nin icbarını karşı tarafa ileten kişi esasında fiil üzerinde hakimiyet kurmaktadır. Ancak özgül suç gereği müşterek fail olamayacağından ancak azmettiren veya yardım eden olarak (şerik sıfatıyla) sorumlu olabilecektir.

#### D. Mağdur

Suçun mağduru, kamu görevlisi tarafından yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya zorlanan veya ikna edilen kişidir. Mağdur ancak bir gerçek kişi olabilir.<sup>86</sup> İrtikap suçunun mağduru kendisine karşı manevi cebir tatbik edilen veya ikna edilen kişidir. Ancak suçun oluşması için mutlaka yarar sağlayacak veya bu yolda vaatte bulunacak kişinin icbar ve ikna edilmesi şart değildir. Bazen icbar ve ikna edilen kişi ile irtikap edilen yararın sahibi başka kişiler olabilir. Bu gibi hallerde icbar ve ikna edilen kişiyi mağdur; irtikap edilen yararın sahibi olan kişiyi de suçtan zarar gören olarak kabul etmek gerekmektedir<sup>87</sup>.

İrtikap suçunda icbar ve ikna edilen kişinin yanı sıra kamu idaresinin de mağdur olacağını kabul eden hukukçular vardır<sup>88</sup>. Bu kabulde suçun Kanundaki sistematik yeri etkilidir. Yukarıda belirtildiği gibi bu suçla kişilerin kamu görevlilerinin görevlerinin gereği olan yükümlülüklerine uygun davranacakları yönündeki güvenin korunduğu dikkate alındığında, toplumu oluşturan herkesin de bu suçun mağduru sayılması mümkündür. İrtikap suçlarında suçun mağduru olan kişinin davaya katılan olarak kabulü gerekir. Keza Yargıtay, irtikap suçlarında Hazinesinin de 'suçun zarar göreni' sıfatıyla davaya katılma hakkının olduğu yönünde içtihatla bulunmuştur<sup>89</sup>.

#### E. İrtikap Suçunun Nitelikli Halleri

765 sayılı TCK'da mevcut ağırlatıcı sebep olarak yer alan emir ve idare yetkisine sahiplik, 5237 sayılı TCK'ya alınmamıştır. 5237 sayılı TCK'nın ilk şeklinde sağlanan yarar veya vaat bakımından değer azlığı hafifletici sebep olarak öngörülmemiştir.<sup>90</sup> Ancak 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun 86. Mad-

<sup>86</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.906.

<sup>87</sup> Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.174, Üzülmez, s.277.

<sup>88</sup> Önder, s.139; Özen Mustafa, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Ankara 2010, s. 83; Karşı görüş için bkz: Dönmezer, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s.116; Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.174.

"SSK Karadeniz Ereğlisi Hastanesinde uzman doktor olarak görev yapan sanık hakkında cebri irtikap suçunu işlediği iddia olunarak dava açılmış bulunmasına göre, inzibati nitelikte işlem yapma yetkisi bulunması itibariyle suçun işlenmesinden ötürü doğrudan zararın söz konusu olduğu nazara alınarak müdahilliğine karar verilmesi gerekirken, 05.05.1998 tarihli oturumda müdahale isteminin reddine karar verilerek duruşmaya devamla hüküm kurulması ya-saya aykırıdır." Yargıtay 5.CD, 17.10.2001, 571/5924.

<sup>89</sup> Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.174, Üzülmez, s.277.

<sup>90</sup> 765 sayılı TCK'nın 209. maddesinin 29.11.1990 tarih ve 3679 sayılı kanun ile yapılan değişikliğe kadar haksız yere verilen veya vaat edilen menfaatin miktar ve kıymeti az ise suçun daha az cezalandırılmasını gerektiren nitelikli halini oluşturmaktaydı. Maddenin geçirdiği değişikliklerin metni için bkz. İçel/Yenisey, s.552-553.

desi ile 5237 sayılı TCK'nın 250. Maddesine 4. Fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre; "İrtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir"<sup>91</sup>. İhmali davranışla işlenen suçlar genellikle icrai davranışla işlenen suçlara göre daha hafif cezalandırılmaktadır.<sup>92</sup>

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun Ek 11. Maddesine göre; "Bu Kanunun 114'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç veya ceza tutanağını tanzim ile görevlendirilenlerin<sup>93</sup> ıka edecekleri suçlardan Türk Ceza Kanununun 181, 209, 211, 212, 228, 240'uncü maddelerinde yazılı fiilleri yapanlar hakkında belirtilen maddelerde geçen cezalar yarı nispetinde artırılarak hükümlenir ve bu suçları işleyenlerin meslekle ilişkileri kesilir". Bu maddede failin sıfatına bağlı cezayı artıran nitelikli hal düzenlenmiştir<sup>94</sup>.

### III. MANEVİ UNSUR

İrtikâp kasten işlenebilen suçlardandır. İcbar suretiyle irtikâp suçu, ancak kasten işlenebilen bir suçtur. İkna suretiyle irtikâp, olası kastla da işlenebilir.<sup>95</sup> Somut olayda fail görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak icbar ve görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak ikna şeklinde hareketleri gerçekleştirdiğini, muhatabında var olan bir hatayı bildiği bu yolla kendisine veya başkasına aslında sağlanması gerekmeyen bir yarar veya yarar vaadinde bulunulmasını sağladığını bilmesi ve istemesi suçun oluşması bakımından yeterlidir<sup>96</sup>. 5237 sayılı Kanunda, 765 sayılı TCK'nın aksine "haksız olarak" ibaresine suç tipinde yer verilmemiştir. Dolayısıyla 765 sayılı Kanuna göre ayrıca failin sağladığı yararın haksız bir yarar olduğunun bilincinde olması gerekli iken<sup>97</sup>, 5237 sayılı

<sup>91</sup> 6352 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet Tasarısının TBMM Adalet Komisyonundaki müzakereleri sırasında maddeye eklenen bu fıkra ile ilgili olarak, TBMM Adalet Komisyonunun 12.6.2012 tarihli ve Esas: 1/565, 2/90, 2/120, 2/223, 2/257, 2/268, 2/292, 2/322, 2/326, Karar: 12 sayılı Raporunda gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir: "TBMM Adalet Komisyonunda maddeye eklenen bu fıkra ile, irtikâp suçlarının işlenmesi suretiyle elde edilen menfaatin değerinin azlığı, mağdurun ekonomik durumu da göz önünde bulundurulmak suretiyle, verilecek cezada indirim yapıp yapılmaması ve yapılacaksa, indirilecek olan miktarın belirlenmesi hususunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır".

<sup>92</sup> Önder, s.148.

<sup>93</sup> 2918 sayılı Kanunun 114. Maddesinde; Bu Kanunda yazılı trafik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları içinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı personeli ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğünün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personelince tutanak düzenlenir", hükmü yer almaktadır.

<sup>94</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.994.

<sup>95</sup> Önder, s.149.

<sup>96</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.921; Üzülmöz, s.292.

<sup>97</sup> Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.174-175.

Kanunda böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır<sup>98</sup>. Bu nedenle 765 sayılı Kanun uygulamasında failin elde ettiği yararın hukuka aykırı olduğu bilincinde olmadığı, örneğin kendi hakkını elde etmek bilinciyle hareket ettiği hallerde irtikap ilişkin kastının bulunmadığı, dolayısıyla bu gibi hallerde irtikap suçunun değil, duruma göre ihkak-ı hak veya görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi<sup>99</sup>. Buna karşılık 5237 sayılı Kanunda yarar sağlamak kastıyla hareket edilmesini suçun oluşması bakımından yeterli görüldüğünden, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılarak kendisinin veya bir yakınının alacağını tahsil etmek de yarar sağlama sayılabileceğinden artık irtikap suçu oluşacaktır<sup>100</sup>.

#### IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

##### A. Teşebbüs

5237 sayılı Kanunun ilk şeklinde 250. Maddede bu konuda açık düzenleme bulunmadığından irtikap suçunun tamamlanma anı bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çoğunluğu oluşturan ilk görüşe göre irtikap, bir netice suçudur ve ancak yararın sağlanmasıyla tamamlanır<sup>101</sup>. Yarar sağlama, yararın failin veya üçüncü kişinin malvarlığına aktarılmasını, failin veya üçüncü kişinin suç konusu şey üzerinde tasarruf yetkisini ele geçirmiş olmasını gerektirir.<sup>102</sup> Buna göre, icbarın mağduru zorlamaya elverişli olup mağdurun bundan etkilenmediği, yine iknaya elverişli hileli davranışların mevcudiyetine rağmen mağdurun aldatılmadığı hallerde teşebbüs aşamasında kalmış irtikaptan söz edilecektir. Bu görüş taraftarları, yararın sağlanmasıyla suçun tamamlandığı konusunda hemfikir iseler de, yarar vaadinin sağlandığı hallerde suçun tamamlanma anı bakımından farklı düşünmektedirler. İrtikabın yarar vaadinde bulunulmasının sağlanmasıyla tamamlandığını düşünenler olduğu gibi<sup>103</sup>, yarar vaadinin sağlanması halinde de suçun vadin yerine getirilerek yararın sağlanmasıyla tamamlanacağını, ancak yasa koyucunun ceza siyaseti gereğince tamamlanmış suç gibi ceza yaptırımını öngördüğünü kabul edenler de bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre yarar

<sup>98</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.968.

<sup>99</sup> **Bakıcı**, s.185.

<sup>100</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, s.921, **Üzülmez**, s.292.

<sup>101</sup> **Dönmezer**, s.117; **Gözübüyük Abdullah Pulat**, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, İstanbul. 5. Basım, II, s. 711; **Özgenç**, Ekonomik Suçlar, s.175; **Erman/Özek**, s.82; **Soyaslan**, s.515, **Malkoç/Güler**, s.121.

<sup>102</sup> **Erman/Özek**, s.81; **Özgenç**, Ekonomik Suçlar, s.171.

<sup>103</sup> **Tezcan/Erdem**, s.175; **Erman/Özek**, s.82.

“Şikayetçi A'nın, sanığın manevi zor kullanarak yasadışı çıkar sağlama yolundaki isteğini geri çevirdiği, manevi zorla yiyicilik cebri irtikap suçunun niteliğine göre bu suça ancak eksik derecede kalkışma olanağı bulunduğu gözetilmeyerek,” 5. CD. 28.01.1997, 2452/2610; 5. CD. 11.07.2001, 3098/4859; **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, II, s.1719-1733.

vaadinin sağlanması söz konusu olduğu hallerde irtikabın tamamlanmış bir fiil gibi cezalandırılabilir olduğu aşamayla, tamamlanma anını ayırmak özellikle iştirak hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından önem arz etmektedir. Buna göre eğer suçun vaatte bulunulmasının sağlanmasıyla tamamlandığı kabul edilecek olursa, sağlanacak yararı kamu görevlisine götüren kişinin suça iştirakinin esasını açıklamak mümkün olmayacaktır<sup>104</sup>.

İkinci görüş sahipleri, irtikabı şekli bir suç olarak kabul eder. Buna göre, kamu görevlisinin yarar sağlaması gerekmezken yarar sağlamaya ve bu yolda vaatte bulunmayı sağlamaya yönelik zorlama veya hileli davranışların gerçekleştirilmesiyle tamamlanır<sup>105</sup>. Dolayısıyla failin icbara ve iknaya ilişkin hareketleri kısımlara ayrılabiliriyorsa teşebbüs söz konusu olacaktır. TCK m. 250'nin ilk şeklindeki ifade tarzı, irtikabın şekli bir suç olduğunu kabule elverişlidir. Gerçekten maddenin ifade biçimi, yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmayı sağlamaya yönelik icbar veya ikna ile suçun oluşacağı, sanki yararın elde edilmesinin veya bu yolda vaatte bulunmuş olmasının gerekmediği sonucunu çıkarmaya uygundur<sup>106</sup>.

Kanaatimizce, irtikap suçu paranın verilmesiyle veya sair menfaatin sağlanmasıyla tamamlanmış olmaktadır. Kamu görevlisinin icbar veya ikna teşkil eden fiilinin etkisiyle kendisine veya bir başkasına para veya sair menfaat temini yönünde vaatte bulunulması durumunda irtikap suçu henüz tamamlanmamıştır. Ancak kanun koyucu izlediği suç siyaseti gereğince, esasen teşebbüs aşamasında kalmış olan icbar suretiyle irtikap suçundan dolayı failin suç tamamlanmış gibi cezalandırılmasını öngörmektedir.

Manevi cebrin somut olayda muhatabını etkilemeye elverişli olması gerekir. İcra edilen manevi cebrin, muhatabını etkilemeye elverişli olmasına rağmen; muhatap bu cebirden etkilenmemiş olabilir. Bu gibi durumlarda icbar suretiyle irtikap suçunun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir. Ancak günlük yaşantıda şöyle durumlarla karşılaşılmaktadır: İcra edilen manevi cebrin muhatabını etkilemeye elverişli olmasına rağmen; muhatap, bu cebirden etkilenmemiştir; fakat faili yakalatabilmek için bu cebirden etkilenmiş görüntüsü vermektedir<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> **Özgenç**, Ekonomik Suçlar, s.175.

<sup>105</sup> **Erem** Faruk, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C.: II, Ankara 1993, s.1320.

<sup>106</sup> Yargıtay 5. CD. 11.7.2001 tarih ve 3098/4859 sayılı kararında ayağının kırılması nedeniyle devlet hastanesine yatırılan hastanın ertesi gün ameliyat edilmesi gerektiğini, el emeği olarak bir miktar para istediğini, paranın tedarik edilmemesi nedeniyle ameliyatı beş gün geciktirdiği, ameliyattan sonra da para vermezsen taburcu etmeyeceğim diyerek taburcu işlemlerini geciktirdiği, cebre maruz kalan mağdurun parayı vermeyi düşünmediği halde onu yakalatabilmek amacıyla para vermeye razı olmuş gibi para vererek sanığı yakalattığı olayda irtikaba teşebbüs kabul edilmiştir." **Hakeri**, s.509.

<sup>107</sup> **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.45.

Yargıtay, 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla TCK'nın 250 ve 252. maddelerinde yapılan değişiklikten ve 257. maddesinin üçüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılmasından önce verdiği bu tür olaylarla ilgili çeşitli kararlarında, icbar suretiyle irtikap suçuna ve rüşvet suçuna ilişkin uzun tartışmalarda bulunduktan sonra, sonuç olarak her iki suçun da oluşmadığı ve genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu kanaatine varmaktaydı<sup>108</sup>.

<sup>108</sup> Rüşvet almak suçundan sanık, Halit'in TCK'nın 209/1, 227/2. maddeleri gereğince sonuç olarak iki sene dokuz ay on gün ağır hapis cezası ile tecziyesine, memuriyetten süresiz olarak yasaklanmasına ilişkin hükmü Özel Daire; 'irtikap, memurun mağdura karşı manevi baskı uygulayarak veya onu inandırarak kendisine veya başkasına ya da yanılığısından yararlanarak kendisine yasal olmayan çıkar sağlamasıdır.

İrtikapta suçun yapıcı davranışlarını gerçekleştiren, müteaddi 'saldırgan' durumda olan memurdur. Karşı taraf ise, 'mağdur'dur ve mağdurun rızası manevi zor ya da hile ile elde edilmiştir.

Rüşvet; memur 'rüşvet alan'ın karşı taraf 'rüşvet veren'le aralarında serbest iradenin ürünü olan ve karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşma 'rüşvet sözleşmesi' sonucunda yasadışı çıkar elde etmesidir.

Rüşvet suçunun söz konusu olabilmesi için, 'kişi' tarafından memura veya memur tarafından 'kişi'ye doğrudan ya da dolaylı bir öneri yapılması şarttır. Memurla kişinin serbest iradeleri ile rüşvet konusunda anlaşmaları (anında) suç tamam olur.

Rüşvette karşı taraf, 'mağdur' durumda olmayıp, 'suçlu'dur ve memura sağladığı çıkarın yasal olmadığı bilincindedir.

Dava konusu olaya gelince: SSK ... Hastanesi yönetimi ile ilgili genel nitelikteki şikayetler nedeniyle Kurum müfettişlerince soruşturma yapılırken, anılan hastane İç Hastalıkları Uzmanı sanığın işçilere para karşılığı istirahat verdiğinin ihbar edildiği; C.savcılığı kanalıyla görevlendirilen Komiser Muavini İzzet; Polis Memuru Necati (ve ayrıca) Müfettişler Ali ve Mehmet aracılığı ile temin edilen tanık Nuh'a durum ayrıntıları ile anlatılıp seri numaraları önceden tespit edilen paralar verilmek suretiyle Ankara Belediyesi temizlik işçisi Ali adına düzenlenmiş belgelerle sanığa gönderildiği; sanığın Belediye temizlik işçisi Ali olarak bildiği tanık Nuh'a isteği üzerine bir hafta istirahat verip karşılığında ... lira talep ettiği, bu para verilmezse raporu vermeyeceğini de bildirdiği, tanığın seri numaraları önceden saptanmış paralar ... lirayı sanığa verdiği, dışarı çıktığında önlem almış bulunan görevlileri haberdar ettiği ve yapılan aramada paranın sanığın üzerinde ele geçirildiği anlaşılmaktadır.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, tanık Nuh'un serbest iradesi ile sanıkla karşılıklı anlaşmaya dayalı bir 'rüşvet sözleşmesi' yapmış bulunması gerekir. Tanık Nuh'un görevlilerin talimatı doğrultusunda hareket etmiş olması karşısında, serbest iradesinin ürünü olan bir sözleşme yaptığının ve dolayısıyla, rüşvet suçunun varlığının kabulü mümkün değildir.

Diğer yönden, tanık Nuh, seri numaralı önceden tespit edilen paraları istediği takdirde sanığa vermek üzere odasına girmiş olup; görevlilerin sanığın oda kapısı önünde önlem aldıklarını da bilmektedir. Sanığın 'parayı vermezsen bende raporu vermem' biçimindeki sözünün, olayın açıklanan özelliği nedeniyle tanık üzerinde etkili olabilecek 'manevi baskı' olarak değerlendirilmesi de imkansızdır.

Bu durumda; olayda rüşvet ve manevi zorla irtikap suçlarının da kanuni unsurlarının oluşmadığı; sanığın fiilinin (765 s. mülga) TCK'nın 240. maddesine uygun görevi kötüye kullanmak suçu niteliğinde bulunduğu gerekçesiyle bozmuştur.

Bu konuda yerel mahkeme görüşünü şu şekilde özetlemiştir:

1) Sanık, Nuh'un hasta olduğundan bahisle karşısına geldiğinde muayenesini yapmış ve anjin hastası olduğunu tespit etmiştir. Ancak 'parayı vermezsen raporu alamazsın' dediğinde, Nuh'un sigortadan para aldıklarını hatırlatmasın rağmen, 'ya parayı verirsin, ya raporu alamazsın' demek sureti ile ... onun para vermesini temin için kesin tavrını mağdura bildirmiştir.



Bu tür olaylarda kamu görevlisi tarafından, kendisine maddi menfaat temin etmelerini sağlamak için kişilere karşı manevi cebir niteliğinde tutum ve davranışta bulunmaktadır. Bu tutum ve davranışlar, objektif olarak manevi cebir özelliğini taşımaktadır. Ancak, bu manevi cebir, kişi üzerinde etkili olmamıştır. Kişi sadece kamu görevlisini suçüstü yakalatmak için bu cebirden etkilenmiş gibi görünerek, kamu görevlisine menfaat temin etmektedir. Bu tip olaylarda, icbar suretiyle irtikap suçunun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir<sup>109</sup>.

2) Sanığın, mağdura raporu alması için parayı vermekten başka çıkar yolu olmadığını söyleyip, mağdurun bu sebeple verdiği parayı almasıyla; icrai hareketler ve hatta suç tamam olmuştur.

3) İrtikap suçlarında ‘kabul ediyorum’ diyerek istenen parayı veren mağdurun kafasından geçen psikolojik nedenleri aramak, her olayda mağdurların değişik kişisel ve sosyal yapılarına göre, mutlaka naçar kaldığı için teklifi kabul edip etmediği hususunu tespit etmek mümkün değildir. Bu keyfiyet ‘batını’, sübjektif bir durum olup, bunu tespit mahkemeleri yanılığa sevk edebilir ve benzer olaylar arasında bazen çelişkili kararlar çıkmasına neden olabilir. Nitekim buna benzer tehdit suçlarında da, sanık tarafından söylenen tehdit sözü veya yapılan hareket bitmiş ise; bu hareket ve sözün tehdit elfazı niteliği taşıyıp taşımadığını ve sanığın bu fiillerini ciddi niyetle yapıp yapmadığını mahkeme takdir etmekle yetinmektedir. Ayrıca mağdurun mutlaka o tehdit sözlerinde korkup korkmadığını araştırmaya girilemez. Bunun gibi irtikap suçlarında da, mahkemelerin tespit edeceği husus, sanıktan sadır olan icbar sözlerinin objektif olarak, yani normal bir insana söylediği zaman icbar edici nitelik ve derecede olup olmadığıdır.

Açıklanan sebeplerle, sanığın fiili icbar edici nitelikte ise, artık parayı verirken mağdurun başka düşünceleri de olup olmadığını aramaya veya mağdurun bir tertibin ajanı olup olmadığını tespite gerek bulunmadığı ve görevi kötüye kullanmak suçunun esasen irtikap suçunun içinde bir unsur olarak kanunda belirmiştir. gerekçesiyle önceki hükmünde direnmiştir.

<sup>109</sup> Ancak Yargıtay, benzer olayla ilgili başka kararında tamamlanmış icbar suretiyle irtikap suçunun oluştuğunu kabul etmiştir:

‘... devlet hastanesinde doktor olan sanığın hasta Ş’yi ameliyat etmek için kardeşi G ve yeğeni Z’den ... lira istediği ve adı geçenlerin herhangi bir vaade bulunmaksızın ayrılıp hastane başhekimine başvurdukları; paranın verileceği yolunda vaade bulunulması ve ameliyatın yapılmasından sonra yasal işlem yapılacağı bildirilmesi üzerin, sanığın yanına dönerek bu yolda hareket ettikleri ve ameliyatında yeni bir talep olmadan yapıldığı anlaşılmasına göre; icbarın belirli bir yoğunluğa erişerek ... lira istediği, bu parayı getirmediği takdirde ameliyat yapmayacağını ve taburcu edeceğini söylediği; bunun üzerine müştekinin damadı tarafından getirilen ... lira parayı hastanedeki muayene odasına alıp masa çekmecesine koyduktan sonra yapılan operasyonla polisler tarafından yakalandığı anlaşılmış olmasına göre; sanığın müştekinin ameliyatını geciktirmek ve kendisine para verilmediği takdirde ameliyat yapmayacağını söylemek ve bu şekilde görevini kötüye kullanmak suretiyle onu baskı ve tehdit altında tutarak kendisine para vermeye icbar ettiği nazara alındığında; eyleminde (765 s. mülga) TCK’nın 209/1. maddesindeki cebri irtikap suçunun tüm unsurlarının mevcut bulunduğu gözetilmeden; cebri irtikap yerine görevi kötüye kullanmaktan mahkumiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.’ 5. CD, 26.5.1993, 1975/2319; **Yaşar**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 468/469; **Erdurak** Yılmaz, Notlu-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1985, s.381/382.

Yukarıdan beri açıkladığımız gibi, bu olayda da icbar suretiyle irtikap suçu, teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Erman da bu durumda icbar suretiyle irtikap suçunun tamamlandığı yönündeki görüşe taraftardır: ‘Fail uygun illiyet bağı içerisinde olan hareketi yapmış ve istediği netice de gerçekleşmiştir. Bu neticenin mağdurun korkmuş veya olmamamsı sebebiyle gerçekleşmiş bulunması, failce yapılan ve sonuç doğuran hareketin değişik şekilde nitelendirilmesine yol açmaz. **Erman/Özek**, s 74. İlave edelim ki, bu gerekçenin kabul edilebilir bir yönü bulunmamaktadır.

İcbar ve ikna suretiyle irtikap bakımından gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Örneğin, failin karşı tarafı ikna etmeye yönelik çeşitli hileli hareketleri yapmaya başladıktan sonra karşı taraf henüz yarar sağlamadan veya yarar vaa-dinde bulunmadan kamu görevlisi kendi isteği ile eyleme son verebilir. Ancak bu ana kadar gerçekleştirdiği fiil başka bir suç oluşturuyorsa bu suçtan sorumlu olacaktır. Örneğin, karşı tarafı yanıltmak için sahte belge düzenlemişse bu suçtan sorumluluk devam edecektir<sup>110</sup>.

### B. İştirak

İrtikaba iştirak bakımından genel hükümler uygulanır. Ancak iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından irtikabın sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü bir suç olduğunu göz önünde bulundurmalıdır. TCK m. 40/2'ye göre özgü suçlarda özel faillik niteliğini taşıyan kişiler fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Buna göre irtikap fiillerini birlikte gerçekleştiren, yani fiil üzerinde müşterek hakimiyet kuran kamu görevlileri fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Suçun işlenişine azmettiren veya yardım eden olarak iştirak eden kamu görevlileri, sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır<sup>111</sup>.

### C. İçtima

İrtikap, görevin sağladığı nüfuz veya güven kötüye kullanılarak işlenmektedir. Dolayısıyla irtikap, görevi kötüye kullanma suçunun ayrıca düzenlenmiş özel bir şeklini oluşturur ve faile ayrıca görevini kötüye kullanma suçundan ceza verilmez.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından fiilin aynı kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla işlenmesi gerekmektedir (TCK m.43).<sup>112</sup> İrtikap suçu mağdur bakımından özellik gösteren bir suç tipidir. Bu suçta icbara ve iknaya yönelik hileli davranışlara maruz kalan kişilerin yanı sıra, kamu idaresinin ya da toplumu oluşturan herkesin de mağdur olacağı kabul edilmektedir<sup>113</sup>. Dolayısıyla aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda icbar veya iknaya yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı muhakkaktır. Zincirleme suç hükümleri mağduru belli bir kişi olmayan suç

<sup>110</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.970.

<sup>111</sup> Üzülmüş, s.294.

<sup>112</sup> “İrtikap suçunun mağdur adedince oluşacağı gözetilmeden Türk Ceza Kanunu 80. madde (5237 sayılı CK m.43) ile uygulama yapılması bozmayı gerektirir.” (5. C.D. 15.9.1987, 950/1834)

<sup>113</sup> Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.174.

tipleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır (TCK m.43). İrtikap, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen bir suç olduğundan, mağduru belli kişi olmayan suç tipleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik kişilere karşı gerçekleştirilen irtikap fiilleri bakımından da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır<sup>114</sup>.

Yargıtay, bu ayrımı göz ardı ederek, bazı kararlarında, ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturan her bir fiil dolayısıyla ayrı ayrı cezaya hükmedilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur<sup>115</sup>. Başka bir olayda aksi yönde karar vermiştir: “Kapıkule Gümrük Kapısındaki görevliler tarafından icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturan fiillerin suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ve mağdurların tespitindeki olanaksızlıklar gibi nedenlerle ayrı ayrı suç yerine TCK’nın 43. maddesiyle uygulama yapan mahkemenin bu kabul ve gerekçesinde bir isabetsizlik görülmemiştir<sup>116</sup>”.

Görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle aynı anda birden fazla kişinin icbar edilmesi halinde, aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Örneğin, kamu görevlisi hekimin iki hastaya birlikte icbar veya ikna etmesi ve ameliyat karşılığında bir yarar vaadini aynı anda alması durumunda aynı neviden fikri içtima söz konusu olacaktır. Zira TCK’nın 43. maddesinin 2. fıkrasına göre, icbar suretiyle irtikap suçunun “birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda” yine bir cezaya hükmedilecektir; ancak, bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır.

## V. BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

### A. Yağma ve İrtikap

TCK m.250/1’de düzenlenen icbar suretiyle irtikap suçu yağmaya benzetilmektedir. İrtikap suçunda failin kamu görevlisi olması zorunludur. Fail kamu görevlisi olsa dahi fiilde kullanılan cebir maddi ise yağma, manevi nitelikte ise irtikap suçu söz konusu olur. İcbar suretiyle irtikaptaki cebir, yağmadaki cebir kullanma ve malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağı beyanı ile tehdit boyutuna varmamalıdır. Mağdurun iradesini zorlayan bir etki olan icbarın cebir, şiddet veya tehdide dönüşmesi halinde eylem irtikap değil yağma suçunu oluşturur<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1004. Karşı görüş için bkz: Tezcan/Erdem/Önok, s.922.

<sup>115</sup> 5. CD, 19.11.2008, 11977/10063; Yaşar/Gökçen/Artuç, TCK V, s.7088.

<sup>116</sup> 5. CD, 26.12.2006, 9880/10661; Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.54.

<sup>117</sup> Çetin, Erol; Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.851

İrtikap suçunun unsurları: a) Failin kamu görevlisi olması, b) Görevinin sağladığı nüfuzu (etkileme gücünü) kötüye kullanması, c) İcbar veya İkna fiilinin gerçekleşmesi d) Mağdurun yarar sağlaması ya da bu yolda vaatte bulunması;

Yağma suçunun unsurları ise: a) Fiilin işlenmesi için tehdit veya cebrin kullanılması, b) Tehdit veya cebrin bir başkasına veya bu kişinin yakınına yönelik olması, c) Mağdurun malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılınması, şeklinde sıralanabilir<sup>118</sup>. İrtikap suçunu yağma suçundan ayıran unsurlar, failin sıfatı ve kullandığı icbarın tehdit veya maddi cebir aşamasına gelmemiş olmasıdır.

### **B. Dolandırıcılık ve İrtikap**

İrtikap suçunun ikna suretiyle işlenen şekli dolandırıcılığa benzemektedir. İkna suretiyle irtikap suçunda fail, gerçekleştirdiği hileli davranışlarla mağduru hataya sevk edip, kendisine veya başkasına yarar sağladığından veya bu yolda vaatte bulunulmasını temin ettiği için, failin kamu görevlisi olması hariç, dolandırıcılık suçundan bir farkı yoktur. Dolayısıyla ikna suretiyle irtikap, dolandırıcılıktan ayıran özelliğinin; failin kamu görevlisi olması ve eylemini görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmesi olduğu söylenebilir.

### **C. Rüşvet ve İrtikap**

Kamu görevlisi ile muhatap olan kişinin her ikisinin de gayri meşru zemin içinde olup olmadıkları, irtikap ile rüşvet suçunu birbirinden ayırmamıza yarayan en önemli konudur. Kamu görevlisi, özellikle yapılması gerekmeyen bir işi yapmak için bir menfaat karşılığı bu işi yaparsa, muhatap olan kişi de gayri meşru zeminde bulunduğu için eylem irtikap değil rüşvet suçunu oluşturur. Bir diğer ayırt edici nokta ise rüşvet suçunda karşılıklı iradi bir anlaşma söz konusu iken irtikap suçunda muhatapın kamu görevlisi tarafından icbar edilmesi veya ikna edilmesi en azından hatasından yararlanılması suretiyle iradesinin fesada uğraması söz konusudur.

### **D. Görevi Kötüye Kullanma ve İrtikap**

İrtikap, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir<sup>119</sup>. İrtikap suçunun koşulları oluşmadığı takdirde görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK m. 257,

<sup>118</sup> C.G.K. 17.04.1989, 6/93-147, *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s.964.

<sup>119</sup> Bu husus görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257/3'üncü maddesinde 'İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.' denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

genel bir hüküm olması sebebiyle uygulama yeri bulabilir.<sup>120</sup> İcbar belli bir yoğunluğa erişmezse, eylem irtikap değil görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir<sup>121</sup>.

## VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İRTİKAP SUÇU

Birleşik Devletler’de irtikap suçu (*extortion under color of official right*) Federal düzeyde “The Hobbs Act” ile (18 U.S.C. § 1951) düzenlenmiştir. Fakat bu yasadaki düzenlemenin niteliğinden dolayı irtikap kapsamına giren suçların rüşvet suçu olarak da sınıflandırılması mümkün olmaktadır<sup>122</sup>. Doktrinde ise irtikapın ayırıcı özellikleri nedeniyle (zor ve ikna unsuru, kamu görevlisinin aktif bir çaba içinde olması vb.) rüşvet suçundan farklı olduğu ve farklı kalması gerektiği yönündeki görüş, bu suçu da geniş anlamda rüşvet suçu kapsamında değerlendiren görüş karşısında azınlıkta bulunmaktadır<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> “Belediyesi E... Hastanesi'nde göz doktoru olarak çalışan sanığın, Emekli Sandığı'na tabi hastalara, sağlık karnelerini alarak hastanedeki resmi işlemlerini onlara gerek olmadan yaptırmak suretiyle kolaylık sağladığı intibamı yaratıp, bu şekilde gelen birçok hastayı, özel muayenehanesinde muayene ettikten sonra anılan hastanede gerekli kayıt işlemlerini yaptıran ancak hastaları muayene etmeden, daha önce yaptığı özel muayene sonuçlarına göre reçetelerini düzenleyerek resmi işlemlerini onlar olmadan yaptırmaktan ibaret eylemlerinin, **zincirleme** görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, Yasaya aykırı... hükmün bu sebepten bozulmasına...” 11. CD. 04.07.2007, 2005/8032 E. 2007/4647 K; YKD, 2008 1. Sayı.

<sup>121</sup> “Sanığın hasta Ş’yi ameliyat etmek için kardeşi G ve yeğeni Z’den 300.000 lira istediği ve adı geçenlerin herhangi bir vaatte bulunmaksızın ayrılıp hastane başhekim yardımcısına başvurdukları, paranın verileceği yolunda vaatte bulunulması ve ameliyatın yapılmasından sonra yasal işlem yapılacağı bildirilmesi üzerine sanığın yanına dönerek bu yolda hareket ettikleri ve hastanın ameliyatında yeni talep olmadan anlaşılmasına göre, icbarın belli bir yoğunluğa erişmediği ve vaadin de iradi olarak yapılmadığı dikkate alınarak eylemin irtikap suçunu oluşturduğu söylenemez. Eylem görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.” 5. C.D. 15.04.1992, 397/1114.

“Söz konusu ameliyatın yapılabilmesi için dışarıdan malzeme alınmasının tıbbi bir zorunluluk bulunmasına, sanığın aşamalarda aldığı paranın kullanılacak malzeme bedeli olduğunu savunmasına ve savunmanın kısmen iddia ve şahadetle doğrulanmış bulunmasına ve ayrıca sanığın iknaya yönelik herhangi bir davranışı tespit edilemediği gibi müştekinin kendisinden gereğinden fazla para istendiğini bildiğinin de anlaşılmasına göre eylemde cebri veya ikna suretiyle irtikap suçunun unsurlarının mevcut olmadığı ve eylemin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır. 5. C.D. 15.10.1987-3241/5342.

5. CD. 28.03.1996, 381/949 sayılı kararında, üroloji uzmanının, sünnet etmek için sevki gelen hastadan para alıp seri numarası tespit edilmiş paralarla yakalanması, yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için vaki anlaşmaya dayalı olarak basit rüşvet suçunu oluşturur. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.912. Bu içtihat sünnet olma tıbbi bakımdan zorunlu olmadığı için bu şekilde çıkmıştır. Ayrıca hekimi koruma düşüncesi hissettirmektedir. Kaldı ki eylem, 5237 sayılı TCK m.257/3’e uyan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.

<sup>122</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin irtikapı da geniş anlamda geleneksel rüşvet kavramının içinde değerlendiren önemli bir kararı için, *Evans v. United States* 504 U.S. 255 (1992)

<sup>123</sup> **Scally**, Greg, *Defining Corruption: A Comparison of the Substantive Criminal Law of Public Corruption in the United States and the United Kingdom*, Kingdom, Tuft Üniversitesi, Massachusetts, 2009, dl.tufts.edu/file.../tufts:UA015.012.075.00012, s.23. Çevr. İlhan Bulut.

Birleşik Krallık'ta irtikap suçu ile ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Aslında irtikap suçunu düzenleyen bir yasa önceden bulunmakla birlikte 1968'de yürürlükten kaldırılmıştır. 1998 Yasa Komisyonu bu durumun şantaj suçu kapsamına girdiğini değerlendirmişse de, bu değerlendirme şantajdaki zarar ile irtikap suçundaki zararın aynı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Doktrinde, mevcut durumda şantaj ve rüşvet suçları kapsamında soruşturulan irtikap fiillerinin, 1968'de kaldırılan irtikap suçunun yerine çıkarılacak yeni bir irtikap suçu yasası çerçevesinde cezalandırılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>124</sup>.

Yarar sağlama suçunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 331'e göre; *“Bir kamu görevlisi veya kamu hizmeti için özel olarak görevlendirilen kişi, görevi yerine getirmek için, kendisine veya başkasına yarar talep eder, vaat ettirir veya kabul ederse üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”*.

Rüşvet alma suçunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 332'ye göre; *“Bir kamu görevlisi veya kamu hizmeti için özel olarak görevlendirilen kişi, hizmet yükümlülüğünü ihlal ederek, yaptığı veya ilerde yapacağı bir görevle ilişkin olan bir işlemin karşılığı olarak, kendisine veya başkasına yarar talep eder, vaat ettirir veya kabul ederse altı aydan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”*.

Alman Ceza Hukuku'nda kamu görevlisinin fiili veya işlemi karşılığında menfaat temini konusu bu iki maddede genel itibariyle düzenlenmiştir. Maddelerin birbirinden ayrımı “görevin gereklerine aykırılık” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kamu görevlisinin kendisine veya üçüncü kişiye bir menfaat temin etme yönündeki talebi eğer yapması görevi gereği olan bir işi yapmak için ise m. 331 uygulanacaktır<sup>125</sup>. Kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmayı taahhüt etmesi durumunda ise m. 332 uygulama alanı bulacaktır. Görüldüğü üzere Alman Ceza Kanunu bakımından yarar sağlama fiili ile rüşvet almak fiili bu şekilde bir ayrıma tabi tutulmuştur<sup>126</sup>. Yarar sağlama (irtikap) fiili açısından cebir kullanma, ikna suretiyle gerçekleştirme gibi bir ayrıma gidilmemiştir. Bu iki maddede yarar sağlama ve rüşvet düzenlenmiştir<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Scally, s.46.

<sup>125</sup> Kindhauser Urs, Strafgesetzbuch Lehr und Praxiskommentar, Nomos, Bonn 2009, s.1238-1244.

<sup>126</sup> Wessels Johannes/Hettinger Michael, Strafrecht Besonderer Teil, C. F. Müller, Mainz 2011, 338.

<sup>127</sup> Fischer Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C.H Beck, München 2011, s.2326-2351.

## VII. YAPTIRIM VE MUHAKEME USULÜ

Kanun koyucu, icbar suretiyle irtikap için 5-10 yıl (TCK m. 250/1), ikna suretiyle irtikabın icrai davranışla işlenen şekli için 3-5 yıl (TCK m. 250/2), ikna suretiyle irtikabın ihmali davranışla işlenmesi hali için ise (TCK m. 250/3) 1-3 yıl hapis cezası öngörmüştür. Hatadan yararlanma suretiyle irtikap, ikna suretiyle irtikabın ihmali davranışla işlenmiş şekli olup daha hafif cezalandırılmıştır. 6352 sayılı Kanunla TCK'nın 250. maddesine dördüncü fıkra olarak eklenen hükme göre, "İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir". Bu indirim zorunlu olmayıp hakimnin takdirine bağlı bir husustur<sup>128</sup>.

Zimmet ve rüşvet suçlarında etkin pişmanlık, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir. İrtikap suçu bakımından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmemiştir. Bu husus madde gerekçelerinde de açıklanmamıştır. Aynı hukuki yararın korunmasına veya maddi unsuru birbirine benzeyen suçlarda etkin pişmanlığa yer verildiği halde irtikap suçunda yer verilmemesi bir çelişki yaratmaktadır, dolayısıyla bu suç bakımından da etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmelidir.

TCK m. 53 'teki "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" hükmüne göre, irtikap suçundan mahkum edilen kişi, mahkum olduğu hapis cezası tamamen infaz edilinceye kadar maddenin birinci fıkrasında sayılan hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır. Bunun için, uygulamanın aksine, mahkemenin karar vermesine gerek yoktur. Başka bir deyişle, bu hususla ilgili olarak hükümde bir açıklığın bulunması gerekli değildir. İcbar suretiyle irtikap suçunun işlendiğinden bahisle mahkumiyet kararı tesis eden mahkeme, kamu görevlisi fail hakkında, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullandığı için, 'ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar (belirleyeceği bir süre zarfında) bu hak ve yetkinin kullanılmasının (yani, yerine getirmeyi üstlenmiş olduğu kamu görevinin icrasının) yasaklanmasına karar' verecektir (TCK, m. 53/5)<sup>129</sup>.

Suçun konusunu oluşturan yararın bir ekonomik değerinin bulunması halinde, TCK m. 55/1-2 hükmü gereğince, bunun müsadere edilmeyip, mağdura teslim edilmesi gerekmektedir<sup>130</sup>. Çünkü icbar edilmesi sebebiyle kamu görevlisine menfaat temin eden kişi hakkında bu fiili dolayısıyla herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilemeyecektir. Aksine, irtikap edilen para ve sair malvarlığı değerine, mülkiyeti kime ait olursa olsun, delil olması itibarıyla ve hatta,

<sup>128</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.974.

<sup>129</sup> Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.58.

<sup>130</sup> Koca/Üzülmez, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.756.

suçun bilahare rüşvet olarak tavsifi ihtimaline binaen, soruşturma veya kovuşturma sürecinde mutlaka elkonulmalıdır<sup>131</sup>.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.12'ye göre, TCK m.250/1 ve 2'de düzenlenen irtikap suçları ağır ceza mahkemesinin, 250/3'te düzenlenen irtikap ise asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir.

Kamu görevlisi irtikap suçunu göreviyle ilgili olarak işlediğinden 4.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin de dikkate alınmalıdır. Ancak bu Kanunun 2/2. maddesinde "suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklı" olduğu belirtildiğinden, bu suç tipi bakımından 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. 3628 sayılı Kanunun 17. maddesine göre irtikap suçundan veya bu suça iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Kanuna göre en büyük mülki amirden izin alınarak değil, 3628 sayılı Kanuna göre genel hükümlere göre Cumhuriyet Savcılığı tarafından resen soruşturma yapılır. 3628 sayılı Kanunun 19. maddesine göre suç haberini alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlayacak, ancak durumu kamu görevlisinin mensup olduğu daireye haber verecektir<sup>132</sup>.

4.5.1990 tarih ve 3628 sayılı Kanunda sayılan suçların üniversite personeli bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde; bu kişiler hakkında 2547 sayılı YÖK Kanununun 53. maddesinde öngörülen usule göre soruşturma yürütülecek, soruşturmaya başlanabilmesi için Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden izin alınması gerekecektir.<sup>133</sup>

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İrtikap suçu ile korunan hukuki değer, halkın kamu görevlilerine duyması gereken inanç ve güven, kamu görevlilerinin dürüst davranmalarındaki devlet

<sup>131</sup> Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.59.

<sup>132</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1006; Gökcan, s.516.

<sup>133</sup> 2547 sayılı YÖK Kanunu m.53/6, ikinci cümle şöyledir: "1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun (bu kanunun yerini alan 3628 sayılı kanun) kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır."



menfaatidir. Bunların yanında kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanarak verecekleri zarara engel olmak ve kamu idaresinin itibarını korumak, vatandaşların kamu hizmetlerine eşit ve bedel ödemediği erişim hakları da irtikap fiilinin suç sayılması ile korunması amaçlanan hukuki değerler arasındadır.

İrtikap suçu; kamu görevlisinin, vatandaşın hizmet almak konusunda kamudan talepte bulunduğu bir durumda, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanarak kendisine veya üçüncü kişiye yarar sağlaması veya bu yolda vaatte bulunulması için kişileri icbar veya ikna etmesidir.

İrtikap suçu, icbar (zorlama), ikna suretiyle iki türlü işlenebilir. İkna suretiyle irtikap fiili, icra bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi kişide var olan hatadan yararlanmak suretiyle ihmal şeklindeki davranışla da gerçekleştirilebilir. Buradaki icbar (zorlama) fiilinden kasıt manevi cebirdir. İcbarın maddi bir niteliğe büründüğü durumlarda artık fail kamu görevlisi olsa da irtikap suçundan değil, yağma suçundan bahsedilecektir. Ancak icbarın belli yoğunlukta olması, mağdurun, baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gereklidir. Mağdurun bundan kurtulma olanağı olduğu halde işini gördürmek maksadıyla kamu görevlisine yarar sağladığı durumlarda rüşvet suçu oluşacaktır. İkna suretiyle irtikap fiili, kamu görevlisinin muhatabına karşı hile kullanarak onu yarar sağlamasına ikna etmesi (icrai) veya esasen muhatapta var olan hatadan yararlanarak onu hatasında uyarmayarak (ihmali) bir menfaati elde etmesi şeklinde gerçekleşir.

Manevi unsur olarak kastın varlığını gerekli kılan irtikap suçu, yarar sağlanması ile tamamlanacak neticeli bir suçtur. Ancak kanun koyucu suç siyaseti bakımından yarar sağlanması vaadinde bulunulmuş olması halinde de kamu görevlisi faili tamamlanmış fiilin cezası ile cezalandırmaktadır. Mağdurun esasen icbar veya ikna fiilinden etkilenmemesine rağmen etkilenmiş gibi davranarak failin yakalanmasını sağlaması hallerinde faili irtikap fiiline teşebbüsten sorumlu tutmak gerekir.

2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanununun 86. Maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 250. Maddesi 1. Fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Bu fıkraya; "Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir", hükmü eklenmiştir. Bu değişikliğin nedeni gerekçede; "*Haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temin edilmiş olmasının kamu görevlisi bakımından çoğu zaman icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmasına rağmen, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi yönünde uygulama ortaya çıkmış olması nedeniyle bu uygulamanın önüne geçmek*" olarak ifade edilmiştir. Bu değişiklik sonrası; kişinin, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışı karşısında kişinin

haklı bir işinin gereği gibi veya hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği herhangi bir kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, kamu görevlisi bakımından icbar suretiyle irtikap suçundan dolayı hüküm tesis edilmesi gerekecektir. Keza bu düzenlemeyle kamu görevlisine menfaat temin eden kişi hakkında bu eylemi dolayısıyla herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilemeyecektir.

5237 sayılı TCK'nın ilk halinde irtikap suçuna ilişkin nitelikli hal söz konusu değildi. 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanununun 86. Maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 250. Maddesine 4. Fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre; "İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Failin sıfatına bağlı olarak 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu Ek 11. Maddedekine benzer bazı kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmetin önemi dikkate alınarak cezayı artıran nitelikli hal düzenlemesi de yapılması gereklidir<sup>134</sup>. Örneğin, yargı görevini yerine getiren kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensubu kamu görevlileri bu tip bir nitelikli halin kapsamına alınabilir.

---

<sup>134</sup> Alman Ceza Kanununun 331. Maddesinin 2. Fıkrasında ve 332. Maddenin 2. Fıkrasında; hakim veya hakemlerin yargısal işlemleriyle ilgili olarak menfaat temini yoluna gitmeleri nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. **Yenisey/Plageman**, Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 438-440.

**KAYNAKÇA**

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Bakıcı Sedat**, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, Açıklamalı Zimmet, İrtikâp, Rüşvet Suçları, Ankara 1998.
- Çetin Erol**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- Dönmezer Sulhi**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984.
- Erdurak Yılmaz**, Notlu-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1985.
- Erem Faruk**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993.
- Erman Sahir/Özek Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.
- Fischer Thomas**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C.H Beck, München 2011
- Gökçen H. Tahsin**, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TCK m.247-266), Ankara 2008.
- Gözübüyük Abdullah Pulat**, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.: II, 5. Bası, İstanbul.
- Hakeri Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- İçel Kayıhan/Yenisey Feridun**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, İstanbul 1994.
- Kindhauser Urs**, Strafgesetzbuch Lehr und Praxiskommentar, Nomos, Bonn 2009.
- Koca Mahmut**, “Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı”, Prof. Dr. Önder Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C: II, İstanbul 2002.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Mahmutoğlu Fatih Selami**, TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanununun Tasarısı Hakkında Görüş, in: Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004.
- Malkoç İsmail**, Son Değişiklik ve İçtihatlarla Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C: II, Ankara 2002.
- Malkoç İsmail**, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc> (E.T. 27.5.2014)
- Malkoç İsmail/Güler Mahmut**, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu. Özel Hükümler, Ankara 1996.
- Önder Ayhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994.

- Özbek Veli Özer/Kanbur M. Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.
- Özen Mustafa**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Ankara 2010
- Özgenç İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Özgenç İzzet**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002.
- Özgenç İzzet**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Ankara 2012.
- Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık**, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C: II, Ankara 1999.
- Scally, Greg**, Defining Corruption: A Comparison of the Substantive Criminal Law of Public Corruption in the United States and the United Kingdom, Kingdom, Tuft Üniversitesi, Massachusetts, 2009, dl.tufts.edu/file.../tufts:UA015.012.075.00012, Çevr. İlhan Bulut.
- Soyaslan Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Taşdemir Kubilay/Özkepir Ramazan**, Türk Ceza Kanunu, Ankara 2009.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in: *Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar* (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013.
- Toroslu Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008.
- Üzülmez İlhan**, "Yeni Ceza Kanununda İrtikap Suçu", SÜHFD, C: 14, S: 2, Yıl: 2006, s.273-298.
- Wessels Johannes/Hettinger Michael**, Strafrecht Besonderer Teil, C. F. Müller, Mainz 2011.
- Yaşar Osman**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa**, Uygulamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C: 5 Ankara, 2011.
- Yenidünya A. Caner**, "2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme", *Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi*, 2005/5, s.121.
- Yenisey Feridun/Plageman Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

## SARHOŞLUĞUN HAREKET VE KUSUR YETENEĞİ ÜZERİNDE ETKİSİ

*Öğr. Gör. Ömer ÇELEN\**

### GİRİŞ

Alkol ve uyuşturucu maddeler insan bilinci üzerinde etkilidirler. Bu maddeleri kullanan kişilerin suç işlemleri halinde ceza sorumluluklarının kanunda belirlenmesi gerektiği açıktır. Sarhoşluk hali olarak isimlendirilebilecek olan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma Türk Ceza Kanununun (TCK) 34. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında “*İrade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye*” ceza verilmeyeceği düzenlendikten sonra, 2. fıkra ile “*iradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında*” birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Kişinin algılama ve irade yeteneği üzerinde etkili olan alkol ya da uyuşturucu maddeler, bu maddelerin etkisi altında iken işlenen fiilde mevcut kusurun faile yüklenebilmesi açısından önem arz etmektedirler. TCK m. 34’te yer alan hüküm bu tür maddelerin kullanılmasının isnat yeteneği üzerinde etkisini düzenlemektedir. Bu düzenleme ile alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma bakımından ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre sarhoş edici maddelerin iradi olarak alınması haline doktrinde “*iradi – ihtiyari sarhoşluk*”, irade dışında alınması hali de “*iradi olmayan – arızı*” sarhoşluk adı verilmektedir<sup>1</sup>.

Kişinin gerçekleştirdiği fiildeki kusurunun kendisine yüklenebilmesi için işlediği fiilin hukuki anlam ve neticelerini algılayabilmesi<sup>2</sup> ve davranışlarını bu

---

\* Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

<sup>1</sup> **Alacakaptan**, Uğur, Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezaî Mesuliyet, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 37; **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, 12. Bası, Beta, İstanbul, 1999, s. 190, kn. 897; **Apaydın**, Cengiz, Teoride ve Uygulamada Ceza Hukuku ve Adli Tıp Açısından Kusur Yeteneği, Adil Yayınevi, 1. Basım, Ankara, s. 50; **Erem**, Faruk, TCK Şerhi Genel Hükümler, C. I, Seçkin, Ankara, 1993, s. 616; **Kıyak**, Fahrettin, Sarhoşluk, Sarhoşlukta İtiyat ve Tekerrür, in: Ankara Barosu Dergisi, 1957-5, 184-189, s. 184.

<sup>2</sup> Burada algılamaktan kasıt, işlenen fiilin kanun ile suç olarak düzenlenip düzenlenmediğini bilme değil, yapmış olduğu hareketin içinde yaşadığı toplum bakımından etki ve önemini kav-

algılamasına göre yönlendirebilmesi gerekir. Suçun unsurlarının oluşmasından sonra, suç oluşturan fiilin faile bireysel isnadiyeti<sup>3</sup> için bulunması gereken isnat yeteneğinin aranacağı an, suç oluşturan fiilin gerçekleştirilmesi anıdır<sup>4</sup>. Alınmış olan alkol ya da uyuşturucu maddeler kişinin hareket kabiliyetini etkileyebileceği gibi, bilinci üzerinde de etkili olacaktır<sup>5</sup>. TCK'da yer alan düzenleme alkol ya da uyuşturucu maddenin kişinin sadece iradesi üzerindeki etkisi ile ilgilidir. Buna karşın bu maddelerin kas yapısı üzerindeki etkileri, dikkat dağınıklığı gibi sonuçları asıl olarak hareket kapsamında önem taşırlar. Bu durum genellikle kişinin taksirini ilgilendiren bir husus olup her olay bakımından alkol ya da uyuşturucu maddenin kişide dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturacak tarzda hareket etmesine neden olacak dereceye ulaşmış olup olmadığına incelenmesi gerekir<sup>6</sup>. Başka bir ifade ile sadece alkol ya da uyuşturucu madde kullanılmış olması taksirli davranıldığı kabulü için tek başına yeterli olmayacaktır.

Çalışmamızda alkol ya da uyuşturucu maddelerin hareket kabiliyeti açısından etkilerine kısaca değinilecek olmakla birlikte, asıl olarak bunların irade üzerinde oluşturdukları etkiler, alkol ve uyuşturucu maddeler ve doktrinde açıklanan sarhoşluk türleri kapsamında incelenecektir. Dolayısıyla çalışmanın ana konusunu, sarhoşluk halinin isnat yeteneğine ve bu kapsamda kusurluluğa olan etkisi oluşturacaktır.

Konunun anlatımında kolaylık sağlayabileceği düşüncesiyle öncelikle sarhoşluk kavramının ne olduğu üzerinde durularak, bu kapsamda ceza hukuku anlamında alınışındaki iradenin yokluğundan kaynaklanan istisnası dışında kusurluluğu kaldırmadığı kabul edilen sarhoş edici maddelerden alkol ve uyuşturucu maddelerin kapsamı ve etkilerine değinilecektir.

---

rayabilmektir. **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, (Hakeri, Genel Hükümler), s. 351; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, (Özgenç, Genel Hükümler), s. 371; **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2013, s. 297.

<sup>3</sup> **Ebert**, Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg, 2001, s. 104.

<sup>4</sup> **Ünver**, Yener, Sebepinde Serbest Hareketler Kuramı, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 801-888, s. 801; **Alacakaptan**, s. 10; **Dönmezer/Erman**, s. 153, kn. 853; **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 408.

<sup>5</sup> **Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 288; **Alacakaptan**, s. 4: "Diğer taraftan, alkolün, ferdin gerek psikik gerek organik yapısı üzerinde bir takım zararlı, bozucu tesirler icra eylediği inkâr kabul etmez bir gerçektir."

<sup>6</sup> **Alacakaptan**, s. 9: "Bunun için sarhoşluğun derecesini sadece bir sebebe, meselâ, içilen içkinin miktarına veya cinsine bağlamak doğru değildir. Filhakika, alkolün sebep olduğu psikik, asabi ve fizyolojik bozuklukların derece müddet ve sırası hakkında her hadisede doğru neticeler verebilecek bir kaide konulamaz. Bu sebeple modern psikiyatrinin analitik metodu seçmesi, başka bir deyişle, her sarhoşu ve sarhoşluk vak'asını ayrı ayrı incelemek yolunu takip etmesi zarureti vardır."

Dolandırıcılık, hırsızlık, yankesicilik gibi birçok suç tipinin failleriyle anormal cinsel dürtülere sahip olanların, kendilerini daha kararlı ve korkusuz kılması ve suça karşı hissettikleri itişisi kuvvetlendirmesi sebebiyle suç işlemekten evvel ekseriya alkol veya uyuşturucu madde kullandıkları görülmektedir<sup>7</sup>. Kişiler kimi zaman bu maddeleri ceza hukuku yaptırımlarından kurtulabilmek, kimi zamanda suçu işleme konusunda cesaret kazanabilmek maksadıyla alırlarken, bazen sarhoş edici maddeyi kullanmadan önce bir suç işleme niyetleri olmadığı halde, bu maddelerin etkisi ile içlerinde var olan bazı kötülüklerin ortaya çıkması sebebiyle ceza kanunu normlarını ihlal etmek durumunda kalmaktadırlar. Bunun yanında alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde sarhoşluk, suça meyilli olmayan kimselerde dahi şehvet, tamahkârlık, asabiyet, şiddete eğilim gibi duyguları ortaya çıkarabilmektedir<sup>8</sup>.

Kanunda yer alan düzenlemeye göre, alkol ya da uyuşturucu maddelerin isnat yeteneğine etkisi, bu maddelerin kullanılmasındaki iradeye göre belirlenmektedir. TCK m. 34'e göre sarhoş olma hali bir netice oluşturmaktadır. İradi ve iradi olmayan sarhoşluk halleri ayrımı sarhoş olma neticesine sebep olan alkol ya da uyuşturucu madde alma hareketine göre belirlenecektir. Kişinin alkol veya uyuşturucu madde alma kastıyla hareket etmediği, örneğin, kullandığının sarhoş edici bir madde olduğunu bilmediği ya da bilmesine karşın bu maddeyi kullanmaktaki isteğinin cebir, tehdit veya iradeyi sakatlayan herhangi bir nedenle etkilenerek, neticesinde sarhoş olmasının kişiye yüklenemeyeceği durumları ifade eden istemeyerek sarhoşluk halinde failin cezalandırılmayacağı öngörülmektedir. Buna göre istemeyerek sarhoş olan kişinin bu durumda iken ceza hukuku normlarından birini ihlal etmesi durumunda isnat kabiliyetini ortadan kaldıran hareketi kendi bilinçli davranışı ile gerçekleştirmediğinden, kusurunun bulunmadığı kabul edilerek, hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 223/3-a gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ancak bu kararın verilebilmesi için irade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisi ile sarhoş olan kişinin, fiili işlediği sırada bu sebeple, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ortadan kalkmış olması ya da bu fiille ilgili olarak davranışlarının yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olması gerekmektedir<sup>9</sup>. Bu bakımdan failin sorumsuzluğu yoluna gidilebilmesinde, sarhoşluk kavramı altında anlatılmış olan sarhoşluğun derecesinin tespiti önem arz etmektedir. Zira TCK m. 34/1 hükmünde aranan isnat kabiliyetinin bulunmaması durumu sarhoşluğun her derecesinde oluşmamaktadır.

Sarhoşluğun ikinci türü olarak kabul edilen isteyerek sarhoşluk halleri 'tasarlayarak sarhoşluk, kasıtlı sarhoşluk ve taksirli sarhoşluk' olmak üzere üç ayrı şekilde meydana gelebilmektedir. Bu durumların hareket yeteneğine etkisi bu-

<sup>7</sup> Alacakaptan, s. 20.

<sup>8</sup> Alacakaptan, s. 19.

<sup>9</sup> Dönmezer/Erman, s. 191, kn. 898

lunsa dahi kusur yeteneği üzerinde oluşturacağı etki ceza sorumluluğu bakımından önem arz etmeyecektir<sup>10</sup>. Bu nedenle yapılan bu ayırım sadece kavramsal bir değer ifade etmektedir. Bu ayırımın doktriner temelini, ‘kişinin bileyerek isteyerek gerçekleştirmiş olduğu alkol ya da uyuşturucu madde alma hareketinin neden olduğu sarhoşluk neticesine yönelik iradesi’ oluşturmaktadır.

Sarhoşluk hallerinin tespitinden sonra, sarhoşluk halinde gerçekleştirilen hareketlerin, ceza hukukunda kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranış olarak ifade edilen<sup>11</sup> fiil kavramının kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği inceleme konusu yapılacaktır. İnsan davranışının fiil olarak nitelendirilebilmesi için iradi olması şartı mevcuttur. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki sarhoş kişi suç teşkil eden hareketi gerçekleştirdiği sırada isnat kabiliyetine sahip olmayabilir. Bu durumda iken gerçekleştirilen fiilin kusurluluğa etkisi sorunu, *actiones liberae in causa* (sebebinden serbest hareket) ilkesi<sup>12</sup> gereği, daha önceden gerçekleştirdiği harekete dayandırılarak çözüme kavuşturulmaktadır. Hareket bakımından ise kişinin asıl olarak kusur yeteneğinin bulunmamasının, gerçekleştirdiği davranışının fiil niteliği kazanmasına engel teşkil etmeyeceği savunulmaktadır<sup>13</sup>. Kişi her ne kadar sarhoş iken irade yeteneğine sahip olmasa bile, hareket bakımından aranan irade, kusur yeteneğinde aranan iradeden farklıdır. Sarhoş yaptığı hareketin bilincinde ve dolayısıyla bu hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedir. Aynı bir akıl hastası ya da isnat yeteneğine sahip olmayan küçük yaşta bir çocuğun hareketi gibi. Burada hareket bakımından söz konusu olan isnat yeteneği değil, fiil ehliyetidir. Her insanda algılama kapasitesi ne olursa olsun fiil ehliyeti mevcuttur<sup>14</sup>.

Sarhoş kişi bu halde iken yaptığı hareketin farkında olmakla birlikte, bu hareketinin hukuki neticelerini algılayamamakta ya da bilmesine rağmen davranışlarını bu doğrultuda yönlendirememektedir. TCK’da kişinin yaptığı fiilin hukuki anlam ve neticelerini algılayamaması ya da davranışlarını algılamasına göre yönlendirememesi halinde kusur yeteneğinin yaş küçüklüğü (m. 31), akıl hasta-

<sup>10</sup> **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 366.

<sup>11</sup> **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 8. Bası, Ankara, 2014, s. 213.

<sup>12</sup> **Kühl**, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, Nördlingen, 2002, s. 391, kn. 6 vd; **Schmidt**, Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Bremen, 2004, s. 194.

<sup>13</sup> **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 228; **Özbek**, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt: 2, 3. Baskı, Ankara, 2006, s. 129.

<sup>14</sup> **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 142; **Özgenç**, Genel Hükümler, “*Fiil ehliyetine sahip bir yaratık olan insandan...*” demek suretiyle insanda yaradılış itibarıyla bu ehliyetin olduğunu belirtmektedir. s. 162.



lığı (m. 32), geçici neden ya da alkol veya uyuşturucu madde etkisi olma (m. 34) gibi nedenlerle kimi hallerde kalktığı kimi hallerde ise azaldığı kabul edilmiştir. Ancak alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında isnat kabiliyetinin ortadan kalkması TCK m. 34 hükmünde, kişinin, bu maddeleri iradesi olmadan kullanması hali ile sınırlı tutulmuştur. Aşağıda kişinin isteyerek veya istemeyerek sarhoşluğu hallerinde, bunun kusur yeteneğini ne şekilde etkileyeceği hususu üzerinde durulmuştur.

Buna göre istemeyerek sarhoşluk halinde sarhoşluğun derecesine göre bir değerlendirmenin gerekeceği, kişinin çevresinde olup bitenlerden haberdar olup iyi ile kötüyü ayırt edebildiği sarhoşluğun birinci derecesinde tam bir kusur yeteneğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık isteyerek sarhoşluk halinde ise failin sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmekle birlikte özellikle taksirli sarhoşluk halinde ne tür bir sorumluluk cihetine gidilmesi gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu başlık altında sorumluluğun türü bakımından ileri sürülen görüşler karşılaştırılmaya çalışılacaktır. Son olarak bir çeşit akıl hastalığı olarak kabul edilen kronik alkolikler ile uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki değerlendirmeler üzerinde durulacaktır.

#### A. Sarhoşluk Kavramı - Uyuşturucu Madde ve Alkol

Sözlük anlamı “*sarhoş olma durumu, esriklık, sermestlik, sermesti*”<sup>15</sup> olan sarhoşluk kavramı, “*alkollü ve uyuşturucu bir maddenin alınmasından doğan ve sinirlerde depresyon veya kısmi felçler yaratan bir durum*”<sup>16</sup> olarak tarif edilmektedir.

Alkolün tesirlerinin ceza hukuku açısından önem arz eden tarafı, psişik ve sinir sistemi üzerindeki etkileridir. Bu tesirlerin hafif ya da şiddetli hissedilmesinde rol oynayan çeşitli yan etkenler bulunmaktadır<sup>17</sup>. Özellikle taksirli sarhoşluk halinde kişinin taksirinin belirlenmesinde bu yan etkenler önem arz etmektedir. Kişinin sarhoş olmasında kullandığı içki miktarının yanında: içkinin alınış tarzı, cinsi, kişinin alkole olan alışkanlığı, bünye yapısı, içkinin konsantrasyonu, ferдин psiko - somatik yapısı<sup>18</sup>, hava sıcaklığı, yorgunluk gibi unsurlarda etkilidir.

Suçun işlenmesi sırasında sarhoşluğun hangi derecede bulunduğu tespitini özellikle istemeyerek sarhoşluk halinde büyük öneme sahiptir. Üç evrede incelenen<sup>19</sup> sarhoşluk halinin birinci evresi, alkolün beyin ve sinir sistemi hücreleri üze-

<sup>15</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.tdk.gov.tr, erişim: 19.06. 2014.

<sup>16</sup> **Alacakaptan**, s. 7.

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Alacakaptan**, s. 8 vd.

<sup>18</sup> **Alacakaptan**, s. 9–10: “*Bütün etkenler arasında sarhoşluğun derecesine en ziyade müessir olanlardan birisi ferдин psiko – somatik yapısıdır. Bu yüzden sujenin yaş, cinsiyet, vücut yapısı ve kendisine irsen intikal etmiş hususiyetleriyle birlikte böbrekler, karaciğer gibi iç organlarının ve sinir sisteminin sıhhat derecesinin de nazarı itibare alınması lazımdır.*”

<sup>19</sup> Sarhoşluğun evreleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Alacakaptan**, s. 12 vd.

rindeki tesiri neticesinde zahiri bir asabiyet belirtilerinin görünmesi ile başlar. Bu evrede insan, etrafında cereyan eden hadiselerden haberdardır, yaptığı hareketlerin şuuruna tam olarak sahip ve psişik muvazenesi yerindedir. İkinci evrede ise sarhoş, kendini kontrol imkânını kaybetmiştir. Hukukun ve vazifesinin icaplarına riayet etmediği gibi bu riayetsizliğinin farkında değildir<sup>20</sup>. Üçüncü evrede ise sarhoş uyuklamaya başlar; bir şuuruzluk hali oluşur. Bu evrede tamamen hareketsiz kaldığı için suç işlemesi, ihmali suçlar istisna olmak üzere, nerede ise imkânsız denilebilecek kadar zordur<sup>21</sup>. Tüm bu evreler dikkate alındığında ceza hukuku bakımından önem arz eden evrenin ikinci evre olması gerekir. Zira birinci evrede iken kişinin tam bir şuurla hareket etmesi nedeniyle, ister iradi ister iradi olmayan sarhoşluk söz konusu olsun, kişinin isnat yeteneği var kabul edileceğinden suç işlemesi halinde cezai sorumluluğunun mevcut olması gerekir. Üçüncü evrede ise sarhoşun uyuklamaya başlamış olması nedeniyle harekette bulunma şansı yoktur; dolayısıyla bu evrede iradi bir insan davranışından bahsedilemeyecektir.

Ancak bazı hallerde, örneğin suç işlemesinin verdiği bir şok, sarhoşluğun derecesi üzerinde hafifleme yönünde etki yapabilecektir<sup>22</sup>. Bu bakımdan kişinin sarhoşluk derecesinin tespitinde yakalandığı andaki değil, suç işlediği sıradaki durumuna göre bir belirleme yapılmalıdır. Durumun yanlış veya eksik tespiti, şok neticesinde sarhoşluk derecesi hafifleyen kişinin (istenmeyerek sarhoşluk halinde), haksız yere ceza almasına sebep olabileceği gibi suç işlediği sırada henüz sarhoşluğun birinci evresinde bulunan bir kişinin yakalandığı sırada ikinci evreye geçmiş olması halinde de cezasız kalması sonucunu doğurabilecektir. Bu bakımdan suç işlendiği andaki derecenin tespiti büyük önem arz etmektedir.

Uyuşturucu maddeler de kişide alkol gibi bir çeşit sarhoşluk durumu ortaya çıkarırlar. Kusur yeteneğini bir uyuşturucu madde etkisinde kaybeden kişinin durumunun tespitinde nelerin uyuşturucu madde sayılacağı hususu öne çıkmaktadır. Dönmezer, bir maddenin uyuşturucu madde niteliğinde olup olmadığı hususunun tespitinin münhasıran hâkimin takdirinde olduğu görüşündedir<sup>23</sup>. Uyuşturucu maddeler vücudun ve/veya beynin normal işleyişini etkileyen kimyasal maddelerdir<sup>24</sup>. Uyku ilaçları, yani veronal, kloral, sulfonal ve benzeri ter-

<sup>20</sup> Alacakaptan, s. 14.

<sup>21</sup> Alacakaptan, s. 16.

<sup>22</sup> Setti, Dell'imputabilita. Studio teorica pratico, op cit. 423 – 4: “Sarhoşluğun en ilerlemiş şekillerinde bile akli melekatta müşahede edilen bu çeşit gelip geçici berraklıkların failin suçu işlediği anda anlama ve isteme kabiliyetine sahip olduğu intibamı yarattıkları için tatbikattaki ehemmiyetleri büyüktür.” Alacakaptan, s. 16'dan naklen.

<sup>23</sup> Dönmezer, Sulhi, Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile İlgili Bazı Yönleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXXVI, Sayı 1–4, s. 2.

<sup>24</sup> Alacakaptan, s. 21. “Uyuşturucu maddeler, narkotik, yani genel itibariyle dokuların hayati hassalarına ve organizma içinde vazife gören kuvvetler üzerine müessir olan morfin, kokain, eroin, esrar gibi maddelerdir.”

kipler uyuşturucu madde sayılmazlar<sup>25</sup>. Buna göre bütün uyuşturucu maddeler yasa dışı olarak kabul edilmezler. Örneğin: nikotin, kafein ya da doktor reçetesi ile satılan ve uyuşturucu etkisi olan ilaçlar bu kategoridedir. Bunlar kişinin isnat kabiliyetini etkiledikleri oranda geçici nedenler olarak dikkate alınabilirler.

## B. Sarhoşluk Halleri

Sarhoşluk durumunu isteyerek ve istemeyerek sarhoşluk olarak iki ana başlık altında incelememiz mümkündür<sup>26</sup>. Kişinin sarhoş edici maddeleri kullanma kastıyla hareket etmediği durumlarda istemeyerek sarhoşluk; buna karşılık bu maddeleri bilinçli bir şekilde kullanarak sarhoş olduğu durumlarda ise isteyerek sarhoşluk söz konusudur. Bu ayrımı esas alarak düzenlenen TCK m. 34 hükmüne göre sarhoş edici maddelerin sadece irade dışı alınmış olması halinin kişinin ceza sorumluluğu üzerinde bir etkisi olacaktır. İsteyerek sarhoşluk halinde ise kişi alkol ya da uyuşturucu maddeyi bilerek kullandığından, TCK m. 34/2 hükmü gereği kusurlu kabul edilecektir. Bu nedenle aşağıda incelenecek olan isteyerek sarhoşluk hallerinin hiçbirisi açısından bir cezasızlık nedeninden bahsedilmez. Söz konusu ayırım doktriner bir değerlendirmeden ibaret olup, alkol ya da uyuşturucu maddelerin bilinçli bir şekilde kullanılması sonrası meydana gelen sarhoşluk neticesi bakımından bir incelemenin konusunu oluşturmaktadır. Bu ayırım sonucunda kişinin sarhoş olma hareketini gerçekleştirirken, sarhoş olma neticesini isteyip istememesi ve istediği neticenin arkasında sakladığı asıl gayenin incelenmesinden ibarettir. Buna göre taksirli, kasıtlı ve tasarlayarak sarhoşluk olmak üzere üç ayrı sarhoşluk hali ortaya çıkmaktadır.

### 1. İstemeyerek Sarhoşluk

Arızı sarhoşluk<sup>27</sup> olarak da ifade edilen bu tür sarhoşlukta ihtiyari olmayan, yani alkol veya uyuşturucu madde alma kastıyla hareket edilmeksizin – örneğin failin yanılarak ilaç sandığı bir içkiyi kullanması durumunda olduğu gibi – sar-

<sup>25</sup> Saltelli-Romano, Commento teorico del nuovo codica penale, Cilt 2, idem, (**Alacakaptan**, s. 21'den naklen.)

<sup>26</sup> **Alacakaptan**, s. 37-54; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 515 vd.; **Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 1997, s. 533: “*Kanun arızı ve ihtiyari sarhoşluk olmak üzere iki çeşit sarhoşluk kabul etmektedir.*”; **Özbek**, s. 436; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 395; **Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2006, (Özgenç, Gazi Şerhi), s. 452. Buna karşılık sarhoşluk, ayrıca derecesi bakımında yapılan bir ayrıma göre tam sarhoşluk ve tam olmayan sarhoşluk olarak iki başlık altında incelenmektedir. Kişinin isnat kabiliyetini mutlak surette ortadan kaldıran durumlarda tam sarhoşluk, buna karşılık isnat kabiliyetinin önemli ölçüde etkilenmediği durumlarda tam olmayan sarhoşluk mevcuttur. Kusurluluğun tespitinde asıl olarak sarhoş edici hareketin iradi olup olmaması hususuna bakılmaktadır. Buna karşılık istemeyerek sarhoşluk halinde failin kusurluluğu sarhoşluğunun tam olup olmamasına bağlıdır. **Alacakaptan**, s. 55-61;

<sup>27</sup> **Alacakaptan**, s.37; **Erem/Danışman/Artuk**, s. 533.

hoş olduğu durumlar kastedilmektedir. Bunun gibi kişiye zorla sarhoş edici maddelerin içirilmesi durumunda da istemeyerek sarhoşluk hali söz konusudur<sup>28</sup>.

TCK m. 34/1’de failin sarhoş olma hareketini kasıtlı olarak yapmış olma şartının gerçekleşmesi halinde hareketinin cezasızlığının söz konusu olmayacağı belirtilmektedir. Kast bakımından bilme ve isteme unsurunun her ikisinin de gerçekleşmesi gerekeceği dikkate alındığında<sup>29</sup> failin aldığı maddenin alkol veya uyuşturucu madde olduğunu bilmesi ve bunu isteyerek gerçekleştirmesi gerekir. Kullanma fiili iradi olduğu halde sarhoşluk arızı olabilir<sup>30</sup>. Bu bakımdan isteme unsuru, sarhoşluk meydana getiren fiilin gerçekleştirilmesinde değil, failin bu fiilin sarhoşluk meydana getireceğini bilmesine rağmen gerçekleştirilmesinde aranmalıdır. Örneğin kişi, ilaç sandığı veya arkadaşının içerisine alkol karıştırdığını bilmediği bir içeceği iradi olarak içtiği halde isteme unsuru alkölü içmek üzerinde bulunmadığında ihtiyari sarhoşluktan değil arızı sarhoşluktan bahsetmek gerekecektir. Bir arızı sebep olarak istemeyerek alkol veya uyuşturucu madde alınmasında failin taksirinin dahi bulunmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>31</sup>.

İstemeyerek alkol veya uyuşturucu madde alınması, kişiyi kendi fiilinin sonucu olabileceği gibi, başkasının fiilinden veya zaruret halinden de ileri gelebilir<sup>32</sup>. Sarhoş edici maddelerin cebir, tehdit ya da hile ile verilmesi sonucunda sarhoş olunması bir başkasının fiilinden, susuzluk sebebiyle başka içecek bulunmadığı için alkollü madde kullanılması ise zorunluluktan kaynaklanan arızı sarhoşluğa örnek oluşturur. Alacakaptan, arızı sarhoşluğu tesadüfün meydana getirdiği arızı sarhoşluk ve mücbir sebebin meydana getirdiği arızı sarhoşluk olmak üzere iki başlık altında incelemektedir. Tesadüfün meydana getirdiği arızı sarhoşluk<sup>33</sup> failin kastının veya taksirinin bulunmadığı bir hareketi neticesinde meydana gelmiş bir sarhoşluğu ifade eder. Buna göre örneğin, ilaç zannıyla sarhoş edici bir madde kullanılması, arkadaşlarının muzipliği veya düşmanlarının hilesi yüzünden alkollü olduğunu bilmediği bir içki içmek zorunda kalması, şarap mahzenine giren bir şahsın, mayalanma halinde bulunan bir şarabın çıkardığı buharı teneffüs ederek sarhoş olması gibi durumlar buna örnek olarak verilebilir<sup>34</sup>. Az miktarda alkol alındıktan sonra sıcak bir muhitten soğuk bir

<sup>28</sup> **Alacakaptan**, s. 37: “Arızı sarhoşluktan bahsedilebilmesi için failin şuur veya iradesinin veya her ikisinin sarhoşluğun sebebinin teşkil eden hadiselere yabancı kalmış olması gerekir.”. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 395; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 452.

<sup>29</sup> **Demirbaş**, s. 369; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 202.

<sup>30</sup> **Erem/Danışman/Artuk**, s. 533

<sup>31</sup> **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 395; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 452; **Soyaslan**, s. 424.

<sup>32</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 515.

<sup>33</sup> **Alacakaptan**, s. 38.

<sup>34</sup> Benzer örnekler için bkz. **Alacakaptan**, s.38.

muhite geçilmesi yüzünden meydana gelen sarhoşluk halinin de tesadüfün meydana getirdiği arızı sarhoşluk içerisinde değerlendirildiği görülmektedir<sup>35</sup>. Ancak bu durumda aşağıda incelenecek olan taksirli sarhoşluktan bahsedilmesi gerekeceği kanaatindeyiz. Örnekte arızı sarhoşluk için aranan bilmeme ya da istememe unsurlarının bulunmadığı açıktır. Fail kullandığı maddenin alkol olduğunu bilmekte ve buna rağmen bu maddeyi kullanmaktadır. İstememe unsuru sadece netice, yani sarhoş olma açısından mevcut değildir. Sarhoşlukta hareketi isteyip neticeyi istememe durumu ise taksirli sarhoşluk halini oluşturmaktadır.

İnsanda muayyen bir tarzda hareket etmek veya etmemek imkânının tamamen ortadan kaldıracak kadar şiddetli olan fiziki veya manevi bir kuvvetin etkisinde sarhoş olma durumunu “mücbir sebebin meydana getirdiği arızı sarhoşluk” olarak nitelendiren Alacakaptan, bir kimsenin başka türlü gidermek imkânını bulamadığı susuzluğunu bertaraf etmek veya soğuğu daha az hissetmek için alkollü madde kullanması halindeki ya da başkalarının tehdidi veya maddi cebir kullanması neticesinde içmek zorunda kalan kimsenin sarhoşluğunu, sarhoş edici buharların bulunduğu bir mahzenden çıkmak niyetinde olan bir kimsenin bir duvarın yıkılması sebebi ile orada kalarak sarhoş olması vb. halleri bu duruma örnek olarak göstermektedir<sup>36</sup>.

Sonuç olarak istemeyerek alınmış olan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde bir suç işlenmesi durumunda, TCK m. 34/2'nin zıt anlamından faildeki isnat kabiliyetinin ortadan kalkacağından faile ceza verilmeyeceğinin kabul edilmesi gerekecektir<sup>37</sup>. Ancak bir cezasızlıktan bahsedilebilmesi için irade dışı alınan sarhoş edici maddenin kişinin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği üzerinde olumsuz yönde bir etkisi bulunmalıdır. Bunun için faildeki isnat kabiliyetinin ne derecede azalmış olduğunun tespiti gerekecektir. Buna göre istemeyerek sarhoşluk halinde, kişinin aldığı alkol veya uyuşturucu madde, algılama veya irade yeteneğini tamamen ortadan kaldırmış ya da irade yeteneğini önemli derecede azaltmış ise failin kusur yeteneği artık mevcut değildir ve kendisine hiç ceza verilmeyecektir<sup>38</sup>. Buna karşılık sarhoşluk isnat kabiliyetini hiç etkilememiş veya bu etki önemli bir dereceye ulaşmamış ise isnat kabiliyetinin tam olarak bulunduğu kabul edilecektir; dolayısıyla istemeyerek sarhoş

<sup>35</sup> Alacakaptan, s. 40.

<sup>36</sup> Alacakaptan, 39 – 40.

<sup>37</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 516.

<sup>38</sup> Alacakaptan, s. 55 “Sarhoşluk, failin anlama ve isteme kabiliyetini tamamen yok edecek kadar ileri bir safhaya varmış ise tam sarhoşluk adını alır. Sarhoşluğa bu sıfat tanınırken, sebebi nazarı itibara alınmaz. Yani sarhoşluğun arızı veya ihtiyari oluşunun bu konuda ehemmiyeti yoktur. Tam sayılabilmesi için sarhoşluğun, letarji safhasına (3. evre) ulaşmış olması şartı aranmaz. Zira sarhoşluk bu safhaya varmadan evvel, failin anlama ve isteme kabiliyetini zaten bertaraf etmiş bulunur.”; Erem/Danışman/Artuk, s. 534; Hakeri, Genel Hükümler, s. 367; Özgenç, Genel Hükümler, s. 395; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 452.

olunmuş olsa dahi, bu durum failin cezai sorumluluğunun etkilemeyecektir<sup>39</sup>. Özgenç, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle failin kusur yeteneğinde önemli sayılmayacak ölçüde azalma meydana gelmiş olması halinde bu durumun sadece 61. maddenin birinci fıkrası hükmüne göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceğini belirtmektedir<sup>40</sup>.

İradi olmayan sarhoşluk halleri içerisinde kabul edilen alkol ya da uyuşturucu maddenin bir başkasının cebir, tehdit ya da hilesi ile alınması halinde sarhoş olan failin işlediği suçta, bu maddeleri veren kişinin sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususunun üzerinde durmak gerekir. Bu durumda işlenen suçun unsurlarını sarhoş olan kişi gerçekleştirmiş olacağından, suçun icrasına doğrudan katılmayan maddeyi veren kişi bakımından doğrudan ya da müşterek faillikten bahsedilemeyecektir. Burada maddeleri veren kişi için ancak, taksirli sorumluluk ya da dolaylı faillikten kaynaklanan sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Durumu, isteyerek sarhoşlukta olduğu gibi taksirli sarhoşluk, kasıtlı sarhoşluk ya da tasarlayarak sarhoşluk başlığı altında incelemek mümkündür. Kişi sarhoş edici maddeleri kullanma iradesi olmayan kimseye bu maddeleri verirken: sarhoş olmasını istemiyor ise (kolasına karıştırılan az miktarda alkolün, ömründe hiç alkol kullanmamış kişiyi sarhoş etmesi) taksirli sarhoş etme; sarhoş olmasını istiyor ise (ilaç olduğunu söylenerek ecstasy hapı ya da sigara olduğu söylenerek esrar içirilmesi) kasıtlı sarhoş etme; kişiye bir suç işletebilmek için sarhoş edici maddelerin verilmesi halinde ise tasarlayarak sarhoş etme sözkonusu olacaktır.

Sonuç açısından en problemsiz olanı tasarlayarak sarhoş etme halidir. Suç işlettirmek için sarhoş edilen ve sonrada suç işlettirilen kişi sarhoş edici maddesi iradi olarak almadığı için TCK m. 34/1 gereği cezalandırılmaz. Burada kişinin iradesi bir başkası tarafından ortadan kaldırılmıştır ve suçun işlenmesinde bu durum kullanılmaktadır. Dolaylı faillik, işlenmesi kastedilen suçta, kanuni tanımda yer alan fiilin bir başkasının araç olarak kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi (gerçekleştirilmesinin sağlanması) halini ifade eder<sup>41</sup>. Bu durumda kanuni tanımda yer alan fiili gerçekleştiren kişinin iradesi üzerinde bir hâkimiyet kurulmak suretiyle, fiil üzerinde kurulan bir hâkimiyet söz konusudur. İradesi ortadan kaldırılan kişinin bu durumundan faydalanarak bir suç işlettirilmesinde, sarhoş, işlenen suçta araç olarak kabul edilecektir<sup>42</sup>. Dolayısıyla işlenen

<sup>39</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 516; Dönmezer/Erman, s. 191, kn. 898; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 453.

<sup>40</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 395.

<sup>41</sup> TCK md 37/2: "Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur."

<sup>42</sup> Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, B. II, Verlag C.H. Beck, München, 2003, (Roxin, AT), s. 40, kn. 91-92.

bu suçta, kişiyi sarhoş eden kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Doğaldır ki bunun kabulü için kişinin bu duruma düşürülmüş olması gerekir<sup>43</sup>. Sarhoş edilen kişinin, işlettirilmek istenen suç dışında, kendini bu duruma düşüren kişinin kastını kapsamayan bir suç işlemesi halinde taksirli ya da kasıtlı sarhoş etme durumlarına göre hareket edilmelidir.

Taksirli ya da kasıtlı sarhoş etme durumlarında dolaylı faillikten bahsedilebilmesi için, sarhoş edici maddeleri veren kişinin bu maddeleri vermesindeki kusuru, dolaylı fail olarak kabul edilebilmesi için yeterli değildir. İşlenen suçtaki kusurunun ayrıca incelenmesi gerekir. Bunun için ise öncelikle kişinin sarhoş olduktan sonra işlediği suça katıldığını gösteren aktif bir hareketi bulunmalıdır. Zira ihmali suretle dolaylı faillik kabul edilmediğinden, fiil hâkimiyetinin kabulü için arkadaki şahsın aktif bir hareketi bulunmalıdır<sup>44</sup>. Örneğin A, içeceğine alkol karıştırarak B'nin sarhoş olmasına neden olur. B'nin restorandan tek başına ayrılmasına engel olmayan A, B tarafından işlenmiş olan suçtan, sadece alkol verme hareketi nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulamaz. Bu durumda ancak bir taksirli sorumluluktan bahsedilebilir. Bunun için ise taksirli sorumluk şartlarının incelenmesi gerekir. Restorandan ayrılan B'nin kendi arabası ile evine döndüğünü görmesine rağmen, kendi kusurlu davranışı ile sarhoş hale getirdiği B'nin araç kullanmasına sessiz kalan A bakımından; örneğin B'nin bir trafik kazası sonucunda birini yaralaması halinde taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hatta, B'nin sarhoşluk derecesine göre A için olası kasttan kaynaklanan bir sorumluluktan dahi bahsedilebilecektir.

## 2. İsteyerek Sarhoşluk – Actiones Liberea in Causa

İsteyerek sarhoşluk hali, kişinin alkol ya da uyuşturucu maddeleri kullanmasında var olan iradesine göre belirlenir. Kişi bu maddeleri iradi olarak kullanmış ise sarhoş olmayı isteyip istememesinin bir önemi bulunmaz. TCK m. 34'e göre:

*“Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.*

*İradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.”*

<sup>43</sup> Kişi isnat kabiliyetini kendi kusurlu davranışı ile kaybetmiş ve bu durum bir başkası tarafından kullanılıyorsa, ancak azmettirme ya da yardım etmeden kaynaklanan bir sorumluluğun doğacağı savunulmaktadır. **Herzberg**, Rolf Dietrich, Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, in: JuS 1974-4, 237-243, s. 241; Roxin, AT, B. II, s. 35, kn. 79; **Bloy**, René, Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Duncker&Humblot, Berlin, 1985, s. 351.

<sup>44</sup> **Roxin**, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, (Roxin, Tatherrschaft), s. 471.

Görüleceği üzere TCK m. 34/2 hükmünün ters yorumundan alkol ya da uyuşturucu maddenin iradi olarak alınması durumunda kişinin isnat kabiliyetinin var kabul edileceği anlaşılmaktadır. Bu hüküm ile vurgulanmak istenen, istenerek sarhoş olunması ya da uyuşturucu madde alınması hallerinde, bilahare isnat kabiliyetinin tam ya da az kalktığı ileri sürülerek, cezasızlık veya cezada indirim mümkün olmadığı hususudur<sup>45</sup>.

İradi sarhoşluk halinde, suçu işlediği sırada isnat kabiliyeti bulunmamasına rağmen kişinin cezalandırılmasının hukuki gerekçesinin ortaya konması gerekir. Kusur yeteneğinin suçun işlenmesi anına göre belirlenmesinin bir istisnasını oluşturan sarhoşluk hallerinde, bu durumun gerekçesi *actiones liberae in causa* (sebebinden serbest hareket) prensibi ile ortaya konulmaktadır.

#### *a. Actiones Liberae in Causa*

Kişi suçu işlediği sırada isnat kabiliyetine sahip olmalıdır. Sarhoş kişi suç teşkil eden hareketi gerçekleştirdiği sırada, isnat kabiliyetini kaybetmiş ya da bu yeteneğinde önemli ölçüde bir azalma meydana gelmiş olabilir. Bu durumda iken gerçekleştirilen fiilin kusurluluğa etkisi sorunu, *actiones liberae in causa* (sebebinden serbest hareket)<sup>46</sup> ilkesi gereği, daha önceden gerçekleştirdiği harekete dayandırılarak çözüme kavuşturulmaktadır.

Sebebinde serbest hareket, suçun kanuni tanımına uygun fiilin icra edildiği sırada, kişinin algılama yeteneği bulunmamasına rağmen, bu duruma kendi kusurlu davranışı ile düşmüş olması nedeniyle, isnat yeteneğinin ortadan kalkmasına sebep olan hareketteki kusuruna dayanarak failin sorumluluğu cihetine gidilmesi halini ifade eder<sup>47</sup>. Bu durumda birden fazla aşama mevcuttur<sup>48</sup>. Birinci aşamada kusur yeteneğine sahip olan kişi alkol ya da uyuşturucu madde kullanmaktadır. Bu maddelerin etkisi ile bu yeteneğini kaybettikten sonra gerçekleştireceği fiiller diğer aşamaları oluşturacaktır. Bir insan davranışının ceza hukuku manasında önem kazanabilmesi için iradi olması gerekmektedir. Sarhoşluk halinde kişinin fiili gerçekleştirdiği sırada isnat kabiliyeti bulunmadığından, iradi bir davranışından bahsedilse de<sup>49</sup> bu iradede bulunması gereken bilme ve isteme unsurunun kendisine yüklenememesi gerekir<sup>50</sup>. Zira kişinin kusurlu hareket etme yeteneği mevcut değildir. İşte sebebinde serbest hareket prensibi-

<sup>45</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s. 183.

<sup>46</sup> Kühl, s. 391, kn. 6 vd; Schmidt, s. 194.

<sup>47</sup> Özgenç, Gazi Şerhi, s. 451.

<sup>48</sup> Kühl, s. 391, kn. 6.

<sup>49</sup> Hareket bakımından ise kişinin asıl olarak kusur yeteneğinin bulunmamasının, gerçekleştirdiği davranışının fiil niteliği kazanmasına engel teşkil etmeyeceği daha önce anlatılmıştı. Demirbaş, s. 228; Özbek, s. 129.

<sup>50</sup> Erem, s. 613 vd.



nin söz konusu olduğu olaylarda, fiili gerçekleştirdiği sıradaki hareketindeki değil, kusursuz kabul edilmesi gereken duruma düşerken gerçekleştirdiği hareketinde mevcut kusuruna bakılır. Kişinin isnat kabiliyetini ortadan kaldıran hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması halinde kusurlu olduğu kabul edilecektir<sup>51</sup>. Fiilin işlendiği sırada isnat kabiliyetine sahip olunması prensibine bir istisna teşkil eden bu durum nedeniyle, failin isnat kabiliyetini yitirmesinde bulunan kusuruna bakılmaksızın cezalandırılacağını öngörme şeklinde ortaya çıkan istisna modeli, sarhoşluğu doğuran davranışın sorumluluğun tayininde değerlendirme dışı bırakılarak kast ve taksirin işlenen fiille bağlantısının inkarı sonucunu doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>52</sup>.

Sarhoşluğu doğuran hareketin esas alındığı tipiklik modelinde ise farklı görüşler mevcuttur<sup>53</sup>. Bir görüşe göre, kasıtlı veya taksirli sarhoşluk halinde işlenen suçlarda sadece taksirli bir sorumluluk vardır<sup>54</sup>. Çünkü ne kasti ne de taksirli sarhoşlukta fail suç teşkil eden neticeyi istemektedir. Neticenin öngörülebilirliği sadece failin taksirini ağırlaştırıcı bir rol oynar<sup>55</sup>. Buna göre kişi suç işlediği sırada sarhoşluk nedeniyle isnat kabiliyetine sahip değildir. Dolayısıyla ceza hukukunda geçerli bir iradenin varlığından bahsedilemez. Kişi sadece bu duruma düşmedeki kusurundan sorumlu tutulmalıdır. Bu sorumluluk ise ancak taksirli bir sorumluluk olabilir. Zira kişi sarhoş edici maddeleri kullanırken suç işleme niyet ve iradesinde değildir. Suçun işlenmiş olması sarhoşluk halinin bir neticesidir. Öyleyse kişi alkol ya da uyuşturucu maddeyi kullandığında isnat kabiliyetini kaybedeceğini ve bu durumda iken hukuken izin verilmeyen bir hareketi gerçekleştirebileceğini bilmesine, en azından öngörmesine rağmen, bu maddeleri kullanarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. Bu nedenle işlediği fiilden taksiri nedeniyle sorumlu olmalıdır<sup>56</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise failin sarhoşluk halinde işlediği suçta sorumluluğunu belirleyebilmek için isnat kabiliyetini yok eden hareketin ne şekilde gerçekleştirildiğine bakılacaktır<sup>57</sup>. Yani alkol ya da uyuşturucu madde alınması neticesinde taksirli sarhoş olunması taksirli sorumluluğu, kasıtlı sarhoş olunması ise kasten

<sup>51</sup> **Erem**, s. 614: “sarhoşluk halinde işlenen fiillerden sorumluluk, sarhoş olmadan evvel şuur ve iradeye sahip bulunmak, dolayısıyla bu hale düşmemek imkanı ile isah olunur. Sarhoşluktan evvelki serbest hal esas tutulmalıdır.”

<sup>52</sup> **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 394: “Kişi her ne kadar fiili işlediği sırada şuurunu yerinde değilse de, işlediği fiil dolayısıyla cezalandırılabilir. Bu model, kusursuz ceza olmaz ilkesine aykırılık arz etmektedir.”

<sup>53</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız **Alacakaptan**, s. 87–137.

<sup>54</sup> ‘Ricio, op. cit. 1230-1; Mezger, op. cit. 301; Alimena, B. Principi di diritto penale, c. 1, s. 662; Napoli, 1910’, **Alacakaptan**, s. 87’den naklen.

<sup>55</sup> **Alacakaptan**, s. 88.

<sup>56</sup> **Erem**, s. 621.

<sup>57</sup> **Alacakaptan**, s. 88; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 396.

sorumluluğu doğuracaktır. Bununla beraber bir suç işlemek için cesaret kazanmak ya da suç işlemekten kendini alıkoyan dürtülerden kurtulmak için sarhoş olunması halinde kişinin işlediği suçta kusur yeteneği var kabul edilecektir<sup>58</sup>.

Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarında istisna modelini değil, tipiklik modelini benimsediğini göstermektedir. Yargıtay bunu 10.10.1983 tarihli YCGK kararında “*iradi sarhoşluğa ilişkin yasa hükmünü, irade özgürlüğü esasına getirilen bir istisna değil, kusur yeteneği hakkında yasanın görüşünün bir uygulama şekli olarak anlamak uygun olur*” şeklinde ifade etmiştir<sup>59</sup>.

Alman Ceza Kanunu (StGB) §323a hükmünde sarhoşluk haline ilişkin özel bir suç tipi düzenlenmiştir. TCK’da yer almayan bu hükme göre “*Her kim kendisini alkollü bir içecek veya başka bir sarhoş edici madde sebebiyle kasıtlı veya taksirli bir şekilde sarhoşluk haline sokar da, bu halde iken hukuka aykırı bir fiil işlemesine rağmen bundan dolayı cezalandırılması, sarhoşluk sebebiyle kusursuz kabul edileceği için mümkün olmazsa beş yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.*” Bu hükme göre fail kasıtlı veya taksirli bir şekilde sarhoş olduktan sonra işlediği bir suçtan dolayı, kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilmesi gereken durumlarda cezalandırılmaması halinde, sadece sarhoş olması halinde suç teşkil edeceği öngörülmüştür. Söz konusu hükmün nedeni StGB’de, TCK’da yer alan m. 34’e benzer bir hükmün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Alman hukukunda sarhoşluk hali kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmekte ve StGB §20 ve 21 hükmü ile kişinin kusur yeteneğinin bulunmaması veya bu yeteneğinin azalması halinde nasıl davranılması gerektiği belirtilmektedir. Alman Ceza Kanununun §20 hükmüne göre failin, sarhoşluk durumu nedeniyle cezalandırılmasının mümkün olmaması halinde §323a maddesi uygulama alanı bulacaktır<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Alacakaptan, s. 88; Dönmezer/ Erman, s. 192, kn. 899; Özgenç, Genel Hükümler, s. 396. Özgenç, kasıtlı ya da tasarlayarak sarhoşluk hallerinde, kusur türünün işlediği suçtaki kusuruna göre belirleneceğini; taksirli sarhoşluk halinde ise ancak taksirli bir sorumluluğunun doğabileceğini belirtmektedir.

<sup>59</sup> Savaş, Vural/Mollamahmutoglu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Cilt: 2, 3. Baskı, Ankara, 1999, s. 867’den naklen. YCGK, 10.10.1983–9/332–530. “*Suçtu cesaretle işlemek düşüncesiyle isteyerek sarhoş olmak, yani tasarlanmış sarhoşluk dışında, ihtiyari sarhoşlukta iki durum söz konusu olabilir. Bunlardan birisi kasten sarhoşluktur ki, fail hem alkollü içkiyi, hem de sonucunda sarhoş olmayı ister, yani failin iradesi hem nedeni hem de sonucu kapsar. İkincisi ise taksirli sarhoşluktur. Bu gibi hallerde fail içki içmeyi ister fakat bünyesinin dayabileceğini düşünerek bunun sonucunda sarhoş olmayı istemez. İradesi nedene ilişkin ise de, sonucu kapsamamaktadır. Tasarlanmış sarhoşluk halinde actiones liberae in causa hükümleri uygulanacağından, bir sorun yoktur. Ancak isteyerek sarhoşluğun diğer iki halinde kusur yeteneğinin ne şekilde ve hangi nedene dayanarak kabul edileceği konusu ise tartışmalıdır. İradi sarhoşluğa ilişkin yasa hükmünü, irade özgürlüğü esasına getirilen bir istisna değil, kusur yeteneği hakkında yasanın görüşünün bir uygulama şekli olarak anlamak uygun olur*”.

<sup>60</sup> Bu nedenle Alman hukukunda sarhoşluk hali açısından sebebinde serbest hareket prensibinin uygulanması mümkün değildir. Tröndle/Fischer, §323a, kn. 10.

TCK m. 34 sebebiyle kanunumuzda böyle bir hükmün yer alması mümkün değildir. Söz konusu hükmün ancak istemeyerek sarhoşluk hali için uygulanması düşünülebilir. Zira 34. maddeye göre sadece isteyerek sarhoşluk halinde fail cezalandırılacaktır. Bu hükümde ise failin sarhoşluk nedeniyle cezalandırılmaması halinde sarhoşluk suçundan dolayı cezalandırılması öngörülmektedir. Ancak buna benzer bir hükmün TCK'da yer almasının pratik bir değeri olmayacaktır. Zira StGB §323a kapsamına girecek olaylarda, kişinin sarhoşluk haline düşmede kasıtlı veya taksirli bir hareketinin söz konusu olması gerekmektedir. Oysa istemeyerek sarhoşluk halinde, alkol ya da uyuşturucu madde alma noktasında ceza hukuku açısından geçerli bir irade mevcut olmadığından sarhoşluk neticesinden sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle StGB § 323a'da olduğu gibi bir düzenlemenin kanuna eklenmesi, ancak TCK m. 34/2 hükmünde yer alan düzenlemenin kanundan çıkarılması halinde bir anlam ifade edecektir.

#### ***b. İsteyerek Sarhoşluk Halleri***

İsteyerek sarhoşluk halleri üç başlık altında incelenmektedir<sup>61</sup>. İsteyerek sarhoşluğun ilk ve en yoğun halini tasarlanmış sarhoşluk oluşturur. Bu tür sarhoşlukta fail, bir suç işlemek için cesaret bulmak ya da işleyeceği suç için mazeret sebebi oluşturabilmek kastıyla hareket etmektedir. İkinci tür sarhoşluk hali olan kasıtlı sarhoşlukta, fail hem alkol ya da uyuşturucu madde almak hem de neticesinde sarhoş olmak istemektedir. İsteyerek sarhoşluğun son halinde ise fail alkol almayı istemekte ancak sarhoş olmayı istememektedir. Bu hal ise taksirli sarhoşluk olarak isimlendirilmektedir<sup>62</sup>.

Sarhoş edici maddeyi kullanma iradesi mevcut olsa da bu iradenin yoğunluğu, bir başka ifade ile kişinin alkol ya da uyuşturucu madde almada duyduğu isteğinin bedensel veya psikolojik olması bakımından itiyadi sarhoşluktan bahsetmek gerekir. İtiyadi sarhoşluk kronik alkolizm ve uyuşturucu madde bağımlılığından farklıdır<sup>63</sup>. Tekerrür ederek alkole karşı alışkanlık doğuran sarhoşluk halini ifade eden itiyadi sarhoşluk<sup>64</sup> halinde, kişi, bu maddeyi kullanma hususunda aşırı bir istek duysa da, bu bağımlılık fiziksel bir bağımlılık değil, psikolojik bir bağımlılık oluşturduğu için kişinin alkol kullanmada zayıf da olsa iradesi mevcuttur<sup>65</sup>. Kronik alkolizm ise itiyadi sarhoşluktan farklıdır. Alkol ve uyuşturucu madde zehirlenmesi olarak ifade edilen kronik alkolizm bir çeşit

<sup>61</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 516 vd.; Dönmezer/Erman, s. 192 vd.; Erem/Danışman/Artuk, s. 538 vd.; Hakeri, Genel Hükümler, s. 366; Özgenç, Genel Hükümler, s. 95; Koca/Üzülmez, s. 344.

<sup>62</sup> Alacakaptan, s. 42 vd.

<sup>63</sup> Kronik alkolizm ve kronik zehirlenme kavramlarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Alacakaptan, s. 172 vd.

<sup>64</sup> Erem/Danışman/Artuk, s. 540.

<sup>65</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 398.

akıl hastalığı gibidir ve kronik alkoliklerin suç işlemleri halinde akıl hastalarına ilişkin TCK m. 32 hükmünün uygulanması gerekir<sup>66</sup>. Zira bu tip alkoliklerin hareketlerini yönlendirme yeteneği bulunmamaktadır. İtiyadi sarhoşluktan farklı olarak kişide, alkol ya da uyuşturucu madde almaması halinde yoksunluk sendromları görülür ve bu tip maddelerin alınmadığı hallerde akli melekelerinde sürekli bir bozukluk söz konusudur.

Sarhoşluğun hareket ve kusur yeteneği üzerinde etkisini incelemeye geçmeden önce doktrinde özellikle taksirle sarhoşluk halinde görüş farklılıkları bulunması bakımından isteyerek sarhoşluk hallerinin üzerinde durmak faydalı olacaktır. Aşağıda doktrinde kabul edilen isteyerek sarhoşluk hallerinin neler olduğu anlatıldıktan sonra, bu durumların hareket ve kusurluluğa olan etkileri incelenecektir.

#### aa. Tasarlayarak sarhoşluk

Tasarlayarak sarhoşluk, kişinin işlemeğe karar verdiği suçta bir mazeret veyahut cezasızlık nedeni sağlamak, almış olduğu suç işleme kararının icrası hususunda cesaret kazanmak, yani kastettiği bir suçu işleyebilmek için alkol ya da uyuşturucu madde kullanılması durumunu ifade eder<sup>67</sup>. Bu tip sarhoşlukta fail, sarhoş edici hareketi gerçekleştirmeden önce bir suç işleme kararı alır ve bu suçu serbestçe işlemek, suç işleme kararından korku vs. sebebiyle dönmek için cesaret kazanmak veya kendisine bir mazeret sağlamak amacıyla sarhoş olduktan sonra, almış olduğu suç işleme kararını icra eder<sup>68</sup>.

Doktrinde tasarlayarak sarhoşluk hali üzerinde herhangi bir görüş ayrılığı bulunmaması sebebiyle bu durum üzerinde yüzeysel bir açıklamanın yeterli olacağı kanısındayım. Zira bu halde kişinin, daha irade yeteneğini kaybetmeye başlamadan evvel suç işleme kastı mevcuttur. Her ne kadar fail suçun işlendiği anda, alkol ya da uyuşturucu madde etkisi sebebiyle kasten hareket etme yeteneğine sahip değilse de, bu hale kendisini kasten soktuğu sırada isnat kabiliyeti bulunduğundan, sebebinde bağımsız olan hareketinden dolayı cezai sorumluluğu cihetine gidilecektir<sup>69</sup>.

Sarhoş edici maddelerin kullanılması hareketinin icrai davranış içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu hareketlerin icra başlangıcı sayılarak

<sup>66</sup> Dönmezer/Erman, s. 173, kn. 873; Erem/Danışman/Artuk, s. 540; Özbek, s. 438: “Bu kişilerin ceza sorumluluğu bulunmaz ise tümüyle yaptırimsız bırakmak doğru olmayacağından haklarından Türk Ceza Kanunu md. 57/7’ye göre güvenlik tedbirine hükmedilmelidir.”; Özgenç, Genel Hükümler, s. 398; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 455.

<sup>67</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 516; Erem/Danışman/Artuk, s. 539; Hakeri, Genel Hükümler, s. 366; Özbek, s. 438.

<sup>68</sup> Dönmezer/Erman, s. 192, kn. 899.

<sup>69</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 516.

failin teşebbüsten dolayı sorumluluğunun gerektiğinin kabul edilmesi halinde, suç işlemek amacıyla sarhoş olup; neticesinde henüz suçu işlemeyen sızıp kalan bir kişinin cezalandırılmasına sebep olacaktır. Bu ise kabul edilemez<sup>70</sup>. Zira kişinin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilmesi için işlemeği kastettiği suçun icrasına doğrudan doğruya başlamış olması gerekir. Oysa sarhoş edici maddelerin kullanılması aşamasında henüz işlemek istenen suçun oluşabilmesi için kanuni tanımda yer alan failin icrasına yönelik bir hareket mevcut değildir. Bu nedenle tasarlanmış sarhoşluk halinde, suç işlemek için sarhoş olmak failinin işlenecek olan suçta hazırlık hareketi olarak kabul edilmesi gerekir.

#### bb. Kasıtlı sarhoşluk

İsteyerek sarhoşluğun ikinci halini kasten sarhoşluk oluşturmaktadır. Bu durumda kişi herhangi bir suç işlemeyi kastetmediği halde alkol veya sair bir uyuşturucu madde kullanmayı istemektedir<sup>71</sup>. Failin iradesi hem sarhoş edici maddeyi kullanmaya hem de sarhoş olmaya yöneliktir.

Kanun ihtiyari sarhoşlukta manevi sorumluluk yerine kanuni sorumluluk kuralını benimsemektedir<sup>72</sup>. Bu görüşe göre tam sarhoşluk halinde bulunanların manevi sorumlulukları söz konusu olmayacağından bu kimselerin cezai sorumluluklarının taksire dayanan sorumluluğun özel bir şekli olarak kabulü kanunda mevcut olmayan bir şeyi söylemektir<sup>73</sup>. Gerçekte TCK m. 34'e göre failin kusurunun ortadan kalkmasında aranan tek kıstas sarhoş olma hareketini gerçekleştirirken kendisinde bulunan ya da bulunmayan isteme unsurudur. Bu nedenle failin isteyerek sarhoş edici maddeyi kullanmış olması, isnat yeteneğinin varlığının kabulü için yeterlidir<sup>74</sup>. Kanunda sarhoşluk halinde sorumluluğun türü için herhangi bir şekilde alternatif durumlar zikredilmemiş, sadece iradi olarak alınan alkol ya da uyuşturucu madde etkisiyle suç işleyen kişinin cezai sorumluluğunun etkilenmeyeceği belirtilmekle yetinilmiştir. Bu nedenle iradi olarak sarhoş edici maddeleri kullanan kişinin normal kişiler ile aynı şekilde cezai sorumluluğa sahip olduğunun kabulü gerekir.

<sup>70</sup> **Erem/Danışman/Artuk**, s. 540: “Suç işlemek için sarhoş olan ve sonuçta sızan bir kişinin, yalnız bu amaçla sarhoş olduğu için cezalandırılması lazım gelecektir ki. Bu haklı görülemez. Böyle bir durumun hazırlayıcı fiil sayılması daha doğrudur.”

<sup>71</sup> **Erem/Danışman/Artuk**, s. 538; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 366.

<sup>72</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 517. **Erem/Danışman/Artuk**, s. 538: “Sarhoşluk halinde bulunan bir kimsenin durumu kanunun kasti suç saydığı bir fiili işlerken normal bir insanın içinde bulunduğu psikolojik durumun aynı değildir; yine açıktır ki, sarhoşluk halinde bulunanın, kanunda taksirli sayılan bir suç işlerken içinde bulunduğu durum da normal bir kimsenin taksirli suç işlerken içinde bulunduğu duruma benzemez. O halde, böyle açık psikolojik gerçeklere rağmen, kanunun sarhoşlukta ceza sorumluluğunu kabul etmesi, ancak kanuni bir sorumluluk ölçüsü ile açıklanabilir.”

<sup>73</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 517; **Erem/Danışman/Artuk**, s. 538;

<sup>74</sup> **Koca/Üzülmez**, s. 345.

### cc. Taksirli sarhoşluk

Sarhoşluğun bu halinde fail alkol veya uyuşturucu maddeyi almak istese de, sarhoş olmayı veya isnat kabiliyetini kaybetmeyi istememektedir<sup>75</sup>. Özgenç, taksirle sarhoşluk halini farklı yorumlamaktadır. Yazara göre kişi alkol veya uyuşturucu madde almak kastıyla hareket etmemiştir. “*Ancak gerekli dikkat ve özeni göstermediği için, şuurunu etkileyecek nitelikte olan maddeyi yanlışlıkla almıştır*”<sup>76</sup>.

İki ifade tarzında şöyle bir farklılık bulunmaktadır. Birincisinde taksir hareket bakımından değil, netice bakımından söz konusudur. Kişi sarhoş edici hareketi istemekte; ancak neticeyi istememektedir. Burada şöyle bir çıkarım yapılabilecektir. Failin sadece alkol veya uyuşturucu madde alma kastıyla hareket ederek, sarhoş olmayı istemediği halde, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi neticesinde, örneğin, alkolün dozunu ayarlayamayarak fazla içmesi veya vücudunun alkolü kaldırmaması halinde sarhoş olması gibi, isnat kabiliyetini kaybetmesi durumunda taksirle sarhoş olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık ikinci durumda taksir failin hareketinde aranmaktadır. Kişi alkol veya uyuşturucu maddeyi almak istemese de dikkatsizlik ve özensizliği nedeniyle alkol ya da uyuşturucu madde almakta ve neticesinde sarhoş olmaktadır. Bu durumun asıl olarak istemeyerek sarhoşluk olarak kabul edilmesi gerekir. Zira doktrindeki genel kabule göre isteyerek sarhoşluk ile istemeyerek sarhoşluk halleri arasındaki ayırım, failin alkol veya uyuşturucu madde alma hareketini cebir, tehdit veya iradeyi sakatlayan bir neden olmadan ya da herhangi bir mücbir sebep söz konusu olmadan özgür iradesi ile gerçekleştirmesinde kendini göstermektedir. Bu bakımdan fail her ne kadar içme hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştiriyor olsa da bilme ve isteme unsuru içilen madde üzerinde söz konusu değildir. Bu yüzden içtiğinin alkol veya uyuşturucu madde olduğunu bilmeyen failin hareketini istemeyerek gerçekleştirdiği kabul edilmelidir<sup>77</sup>.

## C. Sarhoşluğun Hareket ve Kusurluluk Üzerinde Etkisi

### 1. Sarhoşluğun Hareket Üzerinde Etkisi

Ceza hukukunu ilgilendiren yanı ile fiil, kasten veya taksirle işlenen, ihmali veya icrai bütün haksızlıkların esasını teşkil etmektedir<sup>78</sup>. Bu manada, kişinin

<sup>75</sup> Hakeri, Genel Hükümler s. 366.

<sup>76</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 395.

<sup>77</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 518: “Fail her ne kadar sarhoş olmayı istememiş ise de, alkol ya da uyuşturucu madde kullanmak suretiyle kusurlu davranmıştır. Oysa sarhoşluğun istenmemiş sayılabilmesi, failin kusurlu bir hareketinden doğmamış olmasına bağlıdır. Böylece taksirli sarhoşluk hakkında geçici nedenlere (arzi sarhoşluğa) ait hükümlerin tatbiki mümkün olmadığından taksirli sarhoşluk istenmiş sarhoşluktur.” Aynı Yönde görüş için bkz. Alacakaptan, s. 125.

<sup>78</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 165.

iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranışa fiil adı verilir<sup>79</sup>. Böylece dış âlemde bir hareketle belirmeyen, bir fiil şeklinde ortaya çıkmayan fikir veya niyet, ne kadar kötü olursa olsun ceza hukukunun inceleme alanı dışında kalır ve suç teşkil etmez<sup>80</sup>. İnsan davranışına fiil özelliği kazandıran, bunun bir irade ürünü olması ve belli bir amaca yönelik olarak gerçekleştirilmesidir<sup>81</sup>.

Buna göre dış dünyada değişiklik yapan hareketin sadece bir insan davranışı olması yeterli değildir. Ayrıca bu insan davranışının iradi olması da gerekir. Ancak bu irade, kusurluluk ve dolayısıyla sorumluluk için aranan irade değildir<sup>82</sup>. Bu itibarla örneğin zorunluluk hali altında, bir tehlikenin varlığının meydana çıkardığı mecburiyetle yapılan hareketler, failin cezalandırılmaması sonucunu doğuracak olsalar da fiil vasfına haizdirler. Yalnız her insan davranışını fiil olarak nitelendiremeyiz. Mutlak bir kuvvet neticesinde (vis absoluta) iradenin mutlak bir şekilde devre dışı kaldığı durumlarda insan davranışları fiil vasfını kaybederler<sup>83</sup>. Örneğin, yolda giderken çığ düşmesi sonucunda aracı bir kişinin üzerine devrilip ölmesine neden olan bir sürücünün davranışı, şiddetli bir rüzgarın etkisi ile dengesini kaybederek bir başkasının üzerine düşüp yaralanmasına neden olan kişinin davranışı fiil niteliğine sahip değildir.

Hareketin, insanın serbest iradesinin sonucu fiil niteliği kazanabileceği dikkate alındığında, reflex hareketlerinin, uyku halinde ya da bir ilaç etkisi altında, mesela narkozlu iken, gerçekleştirilen davranışların fiil niteliğinde bulunmadığı; dolayısıyla maddi unsurun oluşması için yetersiz kabul edileceği ve faile ceza verilmemesi sonucunu doğuracağı açıktır. Ancak bu gibi hallerde önceki bir harekete dayanılarak sebebinde serbest hareket prensibi çerçevesinde cezalandırmanın mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Örneğin, Yorgunluk ve uyku belirtilerine rağmen durup dinlenmeden aracı kullanmaya devam eden ve yolda uykuya dalıp kaza yapan bir şoför meydana gelen ölüm neticesinden taksiri nedeniyle sorumlu olacaktır. Buradaki taksir oluşturan davranış, uykuda araba kullanmak değil, uykulu bir şekilde araba kullanmaya devam etmektir<sup>84</sup>. Örnekte de görüleceği üzere kazanın gerçekleştiği esnada uyuyor olması nedeniyle, iradi olarak hareket etmesi beklenemeyecek olan şoför, bu duruma kendi

<sup>79</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 213; Hakeri, Genel Hükümler, s. 135.

<sup>80</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s. 117.

<sup>81</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 213; Hakeri, Genel Hükümler, s. 142; Leipziger Kommentar StGB, Yazar, Band 1, § 1–31, 12. Bası, De Gruyter, Berlin, 2006 (LK), vor § 13, kn. 35; Köhl, § 2, kn. 4; Özgenc, Türk Ceza Hukuku, s. 162.

<sup>82</sup> Demirbaş, s. 228.

<sup>83</sup> Özgenc, Genel Hükümler, s. 162; Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara, 1985, s. 202.

<sup>84</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s. 147.

bilinçli en azından taksirli hareketi ile neden olduğu için neticeden sorumlu tutulmaktadır. Yalnız buradaki taksirli sorumluluğunun nedeni uykuya taksirli bir şekilde dalmış olmasından değil, yapmış olduğu hareketin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış nedeniyle neticeye sebebiyet vermesinden kaynaklanmaktadır.

Aynı şekilde insan davranışının fiil niteliği taşıyabilmesi için davranışı gerçekleştiren kişinin mutlaka kusur yeteneğine sahip olması gerekmez<sup>85</sup>. Bu itibarla, örneğin bir akıl hastasının gerçekleştirdiği hareket tipe uygundur ve fiil niteliğine sahiptir.

Bu açıklamalar ışığında alkol ve uyuşturucu madde olarak sarhoş olmuş kişinin, bu durumda iken gerçekleştirmiş olduğu davranışın, yani sarhoşluk halinin harekete etkisinin değerlendirilmesi nasıl yapılacaktır. Alkol neticesinde sarhoşluk ya da yukarıda belirtildiği üzere bir çeşit sarhoşluk hali meydana getiren uyuşturucu madde etkisinde irade yeteneğinin kaybı durumunda, sarhoşluğun birinci evresi bakımından bir problem bulunmamaktadır. Zira kişi bu evrede yaptığı hareketlerin tamamen bilincindedir. Kendinin ve başkalarının kıymetinin müdrik olup iyiyi kötüden ayırmaya muktedirdir<sup>86</sup>. Peki, sarhoşun kendini kontrol imkânını kaybettiği ikinci evre ile uyuklamaya başladığı ve çevrede olup bitenlerin hiç farkında dahi olmadığı üçüncü evre aşamasına ulaşmış sarhoşluk halinde gerçekleştirilen fiillerde durum ne olacaktır? Gerçekten bu aşamalarda fail yapmış olduğu hareketin bilincinde değildir. Bu halde yukarıda verilen kamyon şoförü örneğinde olduğu gibi failin bu duruma düşmeden önceki davranışına geri gitmek gerekecektir. Ancak bu hal asıl olarak kusurluluk kavramı ile ilgili olduğundan o başlık altında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

Burada önemli olan sarhoşun isnat yeteneğinin bulunmadığı sırada gerçekleştirdiği davranışın ceza hukuku anlamında fiil sayılarak, suçun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli olup olmadığı sorudur. Yukarıda da belirtildiği gibi kişi her ne kadar sarhoş iken irade yeteneğine sahip olmasa bile, hareket bakımından aranan irade kusur yeteneğinde aranan iradeden farklıdır. Sarhoş yaptığı hareketin bilincinde ve dolayısıyla bu hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedir; aynı bir akıl hastası ya da isnat yeteneğine sahip olmayan küçük yaşta bir çocuğun hareketi gibi. Burada hareket bakımından aranan isnat yeteneği değil, fiil ehliyetidir. Her insanda algılama kapasitesi ne olursa olsun fiil ehliyeti mevcuttur<sup>87</sup>. Sarhoşluk halinde yapmış olduğu harekette sarhoş, örneğin, elindeki silah olduğunu bilmekte, ateş ettiğinin de farkındadır. Farkında olmadığı tek şey bunun suç teşkil ettiği ya da bu hareketi yapmaması gerektiği hususudur. Yani yaptığı

<sup>85</sup> Demirbaş, s. 228; Özbek, s. 129; Özgenç, Genel Hükümler, s. 163.

<sup>86</sup> Alacakaptan, s. 12.

<sup>87</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 164.



hareketin farkındadır; ancak bu hareketin hukuki neticelerini bilmemekte ya da bilmesine rağmen davranışlarını bu bilgisi doğrultusunda yönlendirememektedir. Bu durum ise aşağıda kusur kavramı altında incelenecektir.

Ancak sarhoşluğun üçüncü evresinde bulunan kişi için aynı şeyi söylememiz mümkün değildir. Zira kişi bu evrede uyuklamaya başlamaktadır. Bir icrai harekette bulunması mümkün değildir. Burada sadece failin ihmali bir hareketinden bahsedilebilir. Örneğin, otelin havuzunda yüzmekte olan çocuğunu izlerken almış olduğu yüksek dozda alkol sebebiyle otelin balkonunda uyuklamaya başlamış olan bir annenin hareketi–hareketsizliği, o sırada çocuğunun boğulması durumunda TCK m. 83 anlamında ihmali bir hareket kabul edilecek midir? Kişinin neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, neticeyi önlemesinin dolayısıyla kendisine yüklenmiş olan icrai bir harekette bulunmasının beklenebilir olması gerekecektir<sup>88</sup>. İcrai harekette bulunma imkânı olmayan bir kişinin ihmali bir hareketinden bahsedilemez. Bu nedenle uyku hali nedeniyle icrai hareket şansı olmayan bir kişinin hareketsiz kalması ihmali bir harekete vücut vermeyecek ve alkolün veya uyuşturucu maddenin şiddeti nedeniyle uykuya dalmış bir kişinin bu hali hareketsizlik dolayısıyla ihmali bir hareket olarak kabul edilmeyecektir. Bu durumda anne açısından sadece taksirli bir sorumluluktan bahsedilmesi gerekir. Zira uykuya dalmış olması nedeniyle ceza hukuku için geçerli kabul edilecek bir iradesinden bahsedilemeyen kişinin icrai bir davranışı söz konusu olamayacağından, hareket gerçekleştirilme şeklindeki davranışı da hareketsizliğine dayanarak ihmalden dolayı sorumluluk doğurmamalıdır. Buradaki sorumluluğu ancak, alkol almasına rağmen çocuğunun havuza girmesine izin vermek ya da çocuğun havuzda olmasına rağmen alkol almak şeklindeki dikkat ve özen yükümlülüğüne dayanan taksirinden kaynaklanabilir<sup>89</sup>.

Sonuç olarak sarhoşluğun üçüncü evresi hariç fiil ehliyetine sahip olan failin hareketi, davranışlarını yönlendirebilme kabiliyeti kendisinde var olmasa bile hareket vasfına haizdir. Bu nedenle hareketin sarhoş iken yapılmış olması suçun maddi unsuru üzerinde bir etki doğurmayacak ve tipik hareketin yapıldığı sonucuna varılacaktır. Üçüncü evrede ise icrai bir hareket gerçekleştirilmeyeceği için icrai şekilde işlenen suçlardan dolayı bir sorumluluğu doğmayacaktır. Garantörsel ihmali suçlar açısından ise uyuklama sebebiyle önlemekle yükümlü olduğu neticenin gerçekleştiği sırada, neticenin meydana geldiğini algılayabilecek durumda olmaması nedeniyle bir icrai harekette bulunması beklenemez. Sadece bu duruma düşmedeki kusuru, meydana gelen netice açısından dikkatsizlik veya özensizlik olarak nitelendirilebilir. Bu ise taksirli sorumluluğuna yol açacaktır.

<sup>88</sup> **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin, Ankara 2003, (Hakeri, İhmal Kavramı), s. 217; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 149 vd.

<sup>89</sup> **Hakeri**, İhmal Kavramı, s. 247.

## 2. Sarhoşluğun Kusurluluk Üzerinde Etkisi

Kişi kusur yeteneğine<sup>90</sup> suçun işlendiği anda sahip olmalıdır<sup>91</sup>. Suç hareketi yapıldığı, teşebbüs halinde kalan suçlara son icra hareketini yapıldığı, zincirleme suçlarda son suçun işlendiği, kesintisiz suçlarda ise kesintinin gerçekleştiği anda işlenmiş sayılır. Kişinin cezalandırılabilmesi için, fail suç işleme amacıyla hareketi gerçekleştirdiği anda kusur yeteneğine sahip olmalıdır. Bu bakımdan suçun işlenmesinden sonra kusur yeteneğinin ortadan kalkmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Sarhoş bir kişinin sorumluluğunun tespitinde hem sarhoşluğunun türünün hem de derecesinin önemi bulunmaktadır. Zira TCK m. 34/1’de kendi isteği ve iradesi dışında sarhoş olma hareketini gerçekleştirerek bu duruma düşen kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve neticesini algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde azalması halinde cezalandırılmayacağı öngörülmektedir. Buna göre faile ceza verilmemesi için sadece irade dışı sarhoş olma yeterli olmayıp failin sarhoşluk neticesinde isnat kabiliyetini kaybetmiş olması da gerekmektedir. Bu bakımdan sarhoş kişinin suçu işlediği anda sarhoşluğun hangi evresinde bulunduğu tespitini önemli olacaktır<sup>92</sup>. Zira suç işlerken henüz sarhoşluğun birinci evresinde olan bir kişi daha sonra örneğin, soğuk havanın etkisiyle kullandığı alkol ya da uyuşturucu maddenin tesirinin şiddetlenmesi sonucu 2. evreye ulaşmış ya da tam tersi işlediği suçun meydan çıkardığı şok neticesinde sarhoşluk derecesi hafiflemiş olabilir<sup>93</sup>. Bu bakımdan failin yakalandığı andaki değil, suçu işlediği andaki sarhoşluk derecesinin tespiti gerekir.

Aynı şekilde failin sarhoş iken birden fazla suç işlemesi halinde de her suç tipi için gerekli hareketin yapıldığı andaki durumun tespiti gerekir. Zira ilk suçu işlediği sırada sarhoşluğun henüz birinci evresinde bulunan bir kişi, diğer suçları sarhoş edici maddenin etkisinin şiddetlendiği daha ileri sarhoşluk aşamalarında işlemiş olabilir.

<sup>90</sup> YCGK, 24.10.1983, 1983/6-215 E, 1983/358 K: “İsnad yeteneğini, bir fiilin bir kimsenin üstüne atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin tümü, bir başka deyişle anlayabilme ve isteyebilme gücü olarak tanımlamak mümkündür. Bu unsur, fiilin unsurunu değil, failin kişisel niteliklerini ilgilendirir bir kavram olduğu ve adeta fiilin unsurunu teşkil eden kusurluluğun ön şartını oluşturduğu görülmektedir. Bu anlayabilme ve isteyebilme gücü belirli çevrede ve belirli zamanda geçerli olan sosyal değerlere göre belirlenmektedir. Günümüzde yaygın olan sosyal değerlere göre zihni melekeleri sağlam veya fizyolojik bakımdan tamamiyle gelişmiş kimselerin bu yeteneğe sahip oldukları kabul olunmakta...” (http://legalbank.net, erişim, 20.06.2014)

<sup>91</sup> Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Beck’sche kurz Kommentare, Verlag C.H.Beck, München, 2004, §20, kn. 12a; Özbek, s. 437: “Kusur yeteneği icra hareketlerinin yapıldığı anda mevcut olmalıdır. Bu kuralın istisnası iradi olarak alınan alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde işlenen fiiller bakımındandır.”

<sup>92</sup> Alacakaptan, s. 35.

<sup>93</sup> Bkz. ‘Sarhoşluk Kavramı – Uyuşturucu Madde ve Alkol’ başlığı altındaki açıklamalar.

Sarhoşluğun derecesi dışında sarhoşluk türünün de kusurluluğa etkisi bulunmaktadır. İstemeyerek sarhoş olan kimsenin işlediği bir suçtan dolayı cezalandırılmayacağı hususunda doktrinde herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır<sup>94</sup>. Ancak bu halde failin fiili işlediği sırada isnat kabiliyetinin bulunmaması gerekmektedir<sup>95</sup>. Bu bakımdan failin bu halinin tespitinin titizlikle yapılması önemlidir. Çoğu zaman suç işleyen failerin hemen yakalanamaması sebebiyle sarhoşluk halinin tespiti güçleşmektedir. Böyle durumlarda tanık ifadeleri büyük önem kazanacaktır<sup>96</sup>. Sarhoşluk halindeki bir kişinin davranışlarına göre isnat kabiliyetinin belirlenmesi uzmanlık gerektiren bir husus olduğundan, hâkimin tanığı dinlerken bir uzmanı yanında bulundurması ve durumun daha kolay tespitini sağlamak bakımından bilirkişinin tanığa sorular sormasına imkân sağlaması yerinde olacaktır. Zira sadece dosyadaki tanık ifadelerinden uzmanın durumu tespiti güç olabilecektir. Ayrıca sarhoşluğun evresinin tespiti açısından, sadece alkolmetre ile yapılan ölçümle yetinilmemeli, düz bir çizgi üzerinde yürütme, el yazısı ile yazı yazdırma gibi daha sonra adli tıp incelemesinde kullanılabilen yöntemlere de başvurulmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

İsteyerek sarhoşluk halinde özellikle kasıtlı ve taksirle sarhoşluk hallerinde failin ne tür bir sorumluluğunun olacağı hususunda değişik görüşler mevcuttur. Tasarlayarak sarhoşluk bakımından bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır<sup>97</sup>. Sarhoşluğun bu halinde failde, henüz isnat kabiliyetini yitirmesine neden olan sar-

<sup>94</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 516; **Erem/Danışman/Artuk**, s. 534; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 367; **Özbek**, 436.

<sup>95</sup> **Erem/Danışman/Artuk**, s. 534, Yazarlar arızı sarhoşluk halinde sarhoşluğu tam ve tam olmayan sarhoşluk durumlarına göre cezai sorumluluğun tespiti gerektiği görüşündedirler. Buna göre: “*tam sarhoşluk halinde şuurunun veya hareket serbestisinin tam olarak kaldırılmış olması sebebiyle failin ceza görmemesi; buna karşılık arızı tam olmayan sarhoşlukta faile şuur ve iradesinin etkilenmesi oranında ceza verilmesi gerekecektir.*” Kanaatimce yazarların tam olmayan sarhoşluk ile ilgili görüşünün 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 47. maddesinin, 5237 sayılı TCK’da yer almaması nedeniyle tatbiki artık mümkün değildir. İstemeyerek sarhoş olan bir kimsenin önemli derecede olmasa da isnat kabiliyetinin azalmış olduğu durumlarda hâkimin önünde bulunan tek imkân cezaya hükmederken Türk Ceza Kanunu md. 61/1-f’e göre alt limitten hükmetmek ve 62. maddeye göre şartlarının oluşması halinde cezada indirim yoluna gitmek olacaktır.

<sup>96</sup> **Alacakaptan**, s. 60: Yazar “*sarhoş edici maddelerin tesirlerinin gerek ferdin yapılışı ile ilgili, gerek hariçten gelen sebeplere ve nihayet kullanılan maddenin cins ve miktarına göre değişecek olması, sarhoşluk mevzuunda şahadetten delil olarak istifade imkânını çok azaltmıştır. Buna mukabil adliyenin fenni vasıtalara sahip ve iyi yetişmiş olan bir bilirkişi kadrosu ile takviyesi zaruretini doğurmuştur.*” demek suretiyle tanık ifadelerinden faydalanmanın yeterli olmayacağını belirtmektedir. Ancak adli makamlar fenni yönden ne kadar ileri vasıtalara sahip olsalar da bu tek başına suçlunun fiili işlediği sıradaki sarhoşluk halini tespiti yeterli olmayacaktır. Bu bakımdan yazarın ifade ettiği gibi iyi yetişmiş bir bilirkişi kadrosu ile tanık ifadelerine dayanarak durumun tespitine çalışılması uygun olacaktır.

<sup>97</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 516; **Erem/Danışman/Artuk**, s. 540; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 367; **Özbek**, 437; **Özgenç**, Genel Hükümler, 396.

hoş edici hareketi gerçekleştirmeden önce suç işleme niyeti mevcuttur. Fail, kendisine bir mazeret sebebi bularak cezadan kurtulmak ya da işlemeye karar verdiği suçu işleme konusunda cesaret bulmak amacıyla sarhoş olduğundan, burada sarhoşluğun derecesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Fail isnat kabiliyetini sarhoş edici maddelerin etkisi ile kaybetmiş olsa bile bu duruma kendi bilinçli hareketi ile düştüğü sarhoşluğunun, kusurluluğu üzerinde olumlu ya da olumsuz bir etkisinden bahsedilemeyecek ve failin ceza sorumluluğu tam kabul edilecektir<sup>98</sup>.

Kasıtlı sarhoşluk halinde failin sorumluluğu konusunda değişik görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, kanunda iradi ifadesi kullanıldığı dikkate alınırca sarhoşluğun kasten, tasarlayarak ya da taksirli olmasının önemi yoktur. Üç şekilde de ‘iradi olarak’ sarhoş olunduğu kabul edilerek bu durumun failin cezai sorumluluğuna bir etkide bulunmaması gerekecektir<sup>99</sup>. Bu görüşü savunanlara göre sorumluluğunun somut olaya göre tespiti gerekir. Bu durumda kasten sarhoşluk halinde taksirli bir suç işlenmiş ise faili taksirli sorumluluğu; kasıtlı bir suç işlenmiş ise kasıtlı sorumluluğu yoluna gidilecektir<sup>100</sup>. Bir başka ifade ile failin kusur türünün tespitinde sarhoş olma hareketindeki değil, suç oluşturan fiili gerçekleştirilmesi sırasındaki hareketindeki kusuru dikkate alınacaktır<sup>101</sup>.

Diğer bir görüş sorumluluğun tespitinde TCK m. 21’den hareket ederek, failin suç oluşturan fiili gerçekleştirdiği sırada sarhoşluk sebebiyle işlediği fiilin hukuki anlam ve neticelerini algılama veya en azından hareketlerini buna göre yönlendirme yeteneğinden yoksun bulunmasından dolayı kasti davranması mümkün değildir. Burada sadece kişinin sarhoş olarak bir suç işleyebileceğini düşünmesi gerekirken bunu yapmayarak dikkatsizliği nedeniyle taksirli hareket ettiğinin kabulü ile taksirli sorumluluğunun söz konusu olması gerekir<sup>102</sup>. Bu görüş, sarhoşluk halinde kişinin iradi olarak hareket etme yetenekleri olmadığı için taksirli sorumluluklarının kabulünün mümkün olamayacağı gerekçesiyle

<sup>98</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 516; Erem/Danışman/Artuk, s. 540; Hakeri, Genel Hükümler, s. 367; Özbek, 437; Özgenç, Genel Hükümler, 396; Dönmezer/Erman, s. 192, kn. 899.

<sup>99</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 518: “Kanunumuzun 34. maddesinin 2. fıkrası, ihtiyari sarhoşluğun tesiri ile işlenen suçların, sadece kişiye isnat edilebilir olduğunu bildirmekle yetinmiş, ona yüklenecek sorumluluğun biçiminden söz etmemiştir. Diğer bir deyişle, Türk Ceza Kanunu, kasti ya da basit ihtiyari sarhoşluk halinde failin kusur yeteneğine haiz olduğu hükmünü koymuştur.” Hakeri, Genel Hükümler, s. 366; Özbek, S. 437: “Her üç durum da netice bakımından bir değişiklik göstermez; failerin cezai sorumluluğu tamdır.”

<sup>100</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 518; Dönmezer/Erman, s. 192, kn. 899; Hakeri Genel Hükümler, s. 184; Özbek, s. 438.

<sup>101</sup> Koca/Üzülmez, s. 345: “Burada failin sarhoşluğu gerçekleştirme şekli ile bu durumda iken işlenen suçların manevi bakımdan işleniş şekilleri birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir.”

<sup>102</sup> Taner, Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953, s. 382 vd.

eleştirilmiştir<sup>103</sup>. Zira sarhoşluk halinde kişinin sorumluluğunun ‘manevi sorumluluk’ esasına göre değil ‘kanuni sorumluluk’ esasına göre belirlenmesi gerekir<sup>104</sup>. Gerekçesine katılmamakla birlikte bu eleştiriyi haklı buluyoruz. Bu görüşte, kişinin taksiri sarhoş olduktan sonra gerçekleştirdiği hareketine değil, sarhoş olma hareketine dayandırılmaktadır. Dolayısıyla eleştirinin gerekçesi sarhoşken taksirli bir davranışından bahsedilemeyeceği savına dayanmamalıdır. Aynı şekilde kusur yeteneği kaybedilmiş olsa da kişinin iradi olmayan bir davranışından bahsedilemez. Zira mesele iradesinin bulunup bulunmaması değil, bu davranışındaki iradesinin kendisine yüklenip yüklenemeyeceği ile ilgili bir husustur. Sebebinde serbest hareket prensibi gereğince failin suç işlediği andaki iradesine bakılacak; burada bir kusurunun tespiti halinde ise failin kendisine isnat edilememesine dayanak oluşturan nedenin ortaya çıkmasında kusurlu olup olmadığı incelenecektir. Kusurun suç işlenmesi sırasında sarhoş olunması nedeniyle isnat kabiliyetinin olmadığı kabul edilerek, sadece taksire dayandırılması, taksirli hali kanunda düzenlenmemiş olan suçlar bakımından ciddi problemlerin ortaya çıkmasına neden olacaktır.

Taksirle sarhoşluk halinde işlenen fiillerde failin sorumluluk türü bakımından farklı görüşler mevcuttur. Savunulan bir görüşe göre taksirli sarhoşluğun ihtiyari sarhoşluk olarak kabul edilmemesi gerekir<sup>105</sup>. Zira istenmemiş sonuçları ihtiyari saymak mümkün değildir. Bu görüşe göre TCK m. 22/1’de yer alan taksirli sorumluluğun söz konusu olabilmesi için kanunda açıkça yazılmış olması şartı dikkate alındığında, m. 34/1’de taksirle sarhoşluk hali açık bir şekilde belirtilmediği için bu durumun arızı sarhoşluk olarak kabulü gerekir. Bu nedenle taksirli sarhoşluk halinde istenmeyen sarhoşluk hükümlerinin uygulanarak faile TCK m. 34/1 sebebiyle ceza verilmemesi gerekir. Diğer bir görüşe göre ise fail sarhoş olmayı istememiş olsa da alkol veya uyuşturucu maddeyi bilerek ve isteyerek kullandığı için kusurludur<sup>106</sup>. Bu bakımdan taksirli sarhoşluğun istenmiş sarhoşluk olarak kabulü daha yerinde olacaktır.

Taksirle sarhoşluğun iradi sarhoşluk olduğunu kabul eden görüşler arasında da bu halde sorumluluğun türü açısından görüş farklılıkları mevcuttur. Bir görüşe göre kişinin alkol ya da uyuşturucu madde kullanmayı istemesine rağmen

<sup>103</sup> Erem/Danışman/Artuk, s. 538.

<sup>104</sup> Erem/Danışman/Artuk, s. 538: “Tam sarhoşluk halinde bir kimsenin manevi sorumluluğu da söz konusu olamaz. ... O halde kanunun sarhoşlukta ceza sorumluluğunun kabul etmesi, ancak kanuni bir sorumluluk ölçüsü ile açıklanabilir.”

<sup>105</sup> Erem/Danışman/Artuk, s. 539.

<sup>106</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 519; Dönmezer/Erman, s. 191, kn. 897: “Sarhoş olmak istemeyen bir kimse, fazla miktarda içki alsın ve bunun sonucunda sarhoş olsa, sarhoşluk isteyerek değil ise de, onun nedeni olan içki içmek isteyerek olmuştur ve bu sebeple ortada taksirli sarhoşluk vardır ve istemeyerek sarhoşluğa ait hükümlerin uygulanması imkân dışıdır.”; Hakeri, Genel Hükümler, s. 366; Özbek, s. 437.

sarhoş olmayı istemediği, ancak neticesinde sarhoş olduğu durumlarda taksirli sarhoşluk hali mevcuttur. “*Bu durumda kişinin işlediği suç taksirle işlenmiş bir suç olarak kabul edilmeli ve ancak taksirli işlenen suçlar bakımından cezai sorumluluğu cihetine gidilmelidir*”<sup>107</sup>. Bu görüşte, sarhoş olma hareketi taksirle gerçekleştiğinden, failin işlediği suçun da taksirle işlendiğinin kabulü gerekecektir<sup>108</sup>. Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise taksirli sarhoşluk halinde, sarhoş olmak istemeyen kimse alkol ya da uyuşturucu madde kullanma sonucunda sarhoş olduğundan, sarhoşluk isteyerek değilse de, onun sebebi olan içki içmek isteyerek olmuştur ve isteyerek sarhoşluğa ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir<sup>109</sup>. Bu görüşü savunanlara göre iradi olarak sarhoş olan failin kusurluğunun şekli sarhoş olmadaki hareketine göre değil, işlediği suçtaki hareketine göre tespit edilmelidir<sup>110</sup>. Özbek bu durumu şöyle ifade etmektedir<sup>111</sup>: “*Failin sarhoşluğu gerçekleştirme şekli ile sarhoşluk halinde işlediği suçtaki kusurluluk şekli birbirinden bağımsız ele alınmalıdır. Zira kusur yeteneği ile kusurlu davranışın ortaya koyduğu kusurun şekli başka konulardır.*” Buna göre sarhoş olan kişi, örneğin bir trafik kazası neticesinde bir kişinin ölümüne neden olmuşsa hareketinin sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturması halinde taksirinden; buna karşılık kastı bir suç işlemesi halinde ise kastından dolayı sorumluluğu cihetine gidilecektir.

Kanaatimize göre failin kusurluluğunun türünün işlediği suçtaki hareketine göre tespiti daha yerinde olacaktır. Birinci görüşün uygulanması halinde taksirle sarhoş olan failin kanunda taksirli şekli cezalandırılmamış bir suç işlemesi halinde TCK m. 22/1 nedeniyle cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda, örneğin, hırsızlık suçu bakımından, haksız uygulamalar ortaya çıkabilecektir. Yukarıda açıkladığımız gibi TCK’da Alman Ceza Kanunu’nda yer alan m. 323a benzeri bir düzenleme bulunmadığı için, taksirle sarhoş olan bir kimse hırsızlık yapması halinde cezasız kalacaktır. Bu halde çoğu kimse hırsızlık yapmaya çıkmadan önce alkol alarak bu imkândan faydalanma yoluna gidecektir. Bu durum her ne kadar tasarlayarak sarhoşluk olarak kabul edilse de sanığın

<sup>107</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 396; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 453.

<sup>108</sup> İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Fusun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoglu, Fatih S./Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul, 2004, s. 227.

<sup>109</sup> Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1992, C. II, (Önder, Genel Hükümler), s. 286. Hakeri, Genel Hükümler, s. 366: “*Bu durumda kişi isteyerek alkol ya da uyuşturucu madde aldığına göre, sonuçta sarhoş olmayı istemese dahi, isnat kabiliyeti var kabul edilmelidir.*”

<sup>110</sup> YCGK, 24.10.1983, 1983/6-215 E, 1983/358 K; “Görülüyor ki failin kasten veya taksirle cezalandırılması için sarhoşluğun kasıtlı veya taksirli olması önemli değildir. Sarhoşken yapılan hareketin kasıtlı veya taksirli olup olmadığı araştırılmalıdır.” (<http://legalbank.net>, erişim, 20.06.2014).

<sup>111</sup> Özbek, s. 437.

mahkemede taksirli bir şekilde sarhoş olduğunu iddia etmesi halinde, sanığın ispat yükümlülüğünün olmaması ve aksinin ispatın nerede ise imkânsız olması nedeniyle şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği cezasız kalacakları açıktır. Bu bakımdan taksirle sarhoşluk halinde diğer isteyerek sarhoşluk hallerinden ayrılmayarak aynı şekilde tam sorumluluğa hükmetmek yerinde olacaktır. Tabi ki bu durumda hâkimin somut olaya göre cezanın belirlenmesinde, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını dikkate alarak TCK m. 61 hükmüne göre alt sınıra yaklaşma ve m. 62 hükmüne göre takdiri indirimi uygulama imkânının mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.

#### D. Alkol veya Uyuşturucu Madde Bağımlılarının Kusur Yeteneği

Son olarak bağımlılık derecesinde alkol ve uyuşturucu madde kullanma durumunda olan kişiler üzerinde durmak istiyorum. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında<sup>112</sup> failin uyuşturucu madde bağımlısı olmaması nedeniyle cezai sorumluluğunun etkilenmeyeceğini belirtmiştir. Kararın ters yorumundan bağımlılık halinde ceza sorumluluğunun etkilenmeyeceğinin kabulünün gerekeceği anlaşılmaktadır.

Yukarıda bahsedildiği gibi itiyadi sarhoşluk ile kronik alkolizm farklı kavramlardır. İtiyadi sarhoşlukta kişinin zayıfta olsa iradesinin mevcut olması sebebiyle<sup>113</sup>, hareketlerini yönlendirme yeteneği var kabul edilmekte ve sorumlulukları somut olaya göre tespit edilmektedir. Ancak kronik alkolizm bir çeşit akıl hastalığı olarak mütalaa edilmektedir<sup>114</sup>. Bu tip alkoliklerin hareketlerini yönlendirme yeteneği bulunmamaktadır. Zira kişide alkol ya da uyuşturucu madde almaması halinde yoksunluk sendromları görülmekte ve bu tip maddelerin alınmadığı hallerde akli melekelerinde sürekli bir bozukluk söz konusu olmaktadır. Bu nedenle alkol veya uyuşturucu zehirlenmesi<sup>115</sup> olarak ifade edilen kronik alkolizm halinde iken failin suç işlemesi halinde TCK m. 32 hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>116</sup>.

Buna göre kişinin, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli de-

<sup>112</sup> Y1.CD, 20.09.1994, 1994/1979 E, 1994/2858 K: “Uyuşturucu bağımlısı olmayan, zaman zaman uyuşturucu kullanan sanığın, olay zamanı uyuşturucu almış olsa dahi TCK'nın 48/2. maddesinde tarifini bulan bu ihtiyari durumu cezai sorumluluğunu etkilemez.” (<http://legalbank.net>, erişim, 20.06.2014)

<sup>113</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 398.

<sup>114</sup> Dönmezer/Erman, s. 173, kn. 873; Erem/Danışman/Artuk, s. 540; Özbek, s. 438; Özgenç, Genel Hükümler, s. 399.

<sup>115</sup> Alacakaptan, s. 29, s. 172 vd.; s. 455.

<sup>116</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, Suç Teorisi, s. 229; Özgenç, Genel Hükümler, s. 398; Kıyak, s. 185.

recede azalmış olması halinde kendisine bir ceza verilmeyecek; ancak, işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği sadece önemli sayılmayacak derecede azalmış ise cezasında indirim yoluna gidilecektir. Doğal olarak bu kişiler hakkında m. 34'ün yollaması ile TCK m. 57/7 hükmünün uygulanarak akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine başvurulacağı açıktır<sup>117</sup>.

## SONUÇ

TCK'da kabul edilen iki çeşit sarhoşluk hali bulunmaktadır. Doktrin tarafından isteyerek ve istemeyerek sarhoşluk olarak ifade edilen bu sarhoşluk halleri farklı kanuni neticelere bağlanmaktadır.

Kişinin kullandığı maddenin alkol ya da uyuşturucu madde olduğunu bilmediği, bilmesine rağmen karşı koyamayacağı bir tehdit, cebir ya da iradeyi sakatlayan bir etki altında bu maddeleri kullandığı ya da zorunluluk hali altında alkol alma mecburiyetinde kaldığı halleri kapsayan istemeyerek sarhoşluk halinde TCK m. 34/1'e göre failin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Bu halde kişinin cezasızlığı için kanunumuz isnat yeteneğinin kaybedilmiş olması şartını aramaktadır. Buna göre, sarhoşluk neticesinde işlediği fiilin hukuki anlam ve neticelerini algılayamaması ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması halinde, fail hakkında CMK m. 223/3-a hükmü gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, alkol ya da uyuşturucu madde olduğunu bilmeden bu maddeyi kullanan kişinin bu hareketinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir hareket olarak kabul edilebildiği durumlarda istemeyerek sarhoşluk değil, taksirli sarhoşluk hali mevcuttur. Bu durumda kişi biraz dikkat ve özen göstermiş olsaydı aldığı alkol ya da uyuşturucu madde olduğunu anlayabilecek idi ise kişinin taksirinden söz edilecektir. Bu durumda iken kişinin bir suç işlemesi halinde taksirli sorumluluğu yoluna gidilecek ve işlediği suç kanunda taksirli şekli cezalandırılan bir suç ise sorumluluğu söz konusu olacaktır. Farklı bir görüşe göre ise failin sarhoş olma taksiri hareketinde değil neticesinde aranmalıdır. Bu nedenle failin aldığı alkol ya da uyuşturucu madde olduğunu bilmemesi taksirinden kaynaklanıyor olsa da bunun istemeyerek sarhoşluk olarak kabulü gerekir. Biz ikinci görüşe katılıyoruz. Kişinin cezalandırılmasının gerekçesi sarhoş olması değil, suç işlemesidir. Dolayısıyla sarhoş edici maddeleri kullanmada mevcut dikkatsizliğin işlenen suça yüklenmesi nedensellik bağının istenilmeyen ölçüde genişletilmesi sonucunu doğuracaktır.

Sonuç olarak istemeyerek sarhoşluk halinde kişinin sarhoş hale düşmesinde kusursuz olduğunu kabulü gerekir. Ancak bir cezasızlık nedeninden bahsedilebilmesi için, failin suçu işlediği sırada isnat yeteneğinin ne ölçüde etkilendiği-

<sup>117</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 519; Özbek, s. 438; Soyaslan, s. 424.



nin, bu bakımdan sarhoşluk derecesinin tespiti gerekir. Kişinin çevresinde olup bitenlerden haberdar olup iyi ile kötüyü ayırt edebildiği sarhoşluğun birinci derecesinde isnat kabiliyetinin bulunduğu kabul edildiğinden, tam bir kusur yeteneğine sahip olan fail bakımından, sadece alkol ya da uyuşturucu maddeyi istemeyerek kullanması sebebiyle bir cezasızlık nedeninden bahsedilmeyecektir. Buna karşılık sarhoşluğun ikinci ve üçüncü evresine ulaşmış fail bakımından herhangi bir cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Failin sorumluluğu açısından fiili işlediği andaki durumunun önemli olması sebebiyle uygulamada güçlüklerle karşılaşılacaktır. Zira kimi hallerde fail sarhoşluğun etkisi kalktıktan sonra yakalanabilmekte veya teslim olmakta ve bu halde suçun icrası sırasında isnat kabiliyeti hakkında kesin bir kanaate ulaşmak zorlaşmaktadır. Bu bakımdan tanık anlatımları önem kazanacaktır. Tanık anlatımlarından sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için tanıkların bilirkişinin hazır bulunduğu otumlarda dinlenmesi ve bilirkişilerin de bunlara soru sorma imkânının sağlanması gerekir. Ayrıca yakalanma anı ile suç işleme anı arasındaki zaman diliminin sarhoşluğun derecesi üzerinde oluşturabileceği muhtemel etkilerin göz önünde bulundurulması maddi gerçeğe ulaşabilmek açısından faydalı olacaktır. Bu kapsamda sadece alkolmetrede tespit edilen oranla yetinilmeyerek, kişinin düz bir çizgi üzerinde yürütülmesi, el yazısı ile bir şeyler yazmasının sağlanması gibi yöntemler ile teknik incelemeye elverişli ek deliller sağlanmaya da çalışılmalıdır

İsteyerek sarhoşluk halleri ‘tasarlayarak sarhoşluk, kasıtlı sarhoşluk ve takirle sarhoşluk’ olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir. Kişinin işleyeceği suçta bir cezasızlık nedeninden faydalanmak ya da cesaret kazanmak maksadıyla sarhoş olduğu durumları ifade eden tasarlayarak sarhoşluk halinde failin cezai sorumluluğunun tam olduğu hususunda herhangi bir problem bulunmamaktadır. Zira burada kişi sarhoş edici hareketi gerçekleştirmeden evvel içinde bir kötülük barındırmakta ve hareketini sadece kötülüğünü gerçekleştirmek amacıyla yapmaktadır.

Kasıtlı sarhoşluk halinde ise üç farklı görüş mevcuttur. Failin suç oluşturan fiili gerçekleştirdiği sırada sarhoşluk sebebiyle işlediği failin anlam ve neticelerini algılama veya en azından hareketlerini buna göre yönlendirme yeteneğinden yoksun bulunması sebebiyle, bu kişinin kasti davranması mümkün olmadığı şeklindeki birinci görüş kanaatimizce yerinde değildir. Zira kişinin sarhoşluk hali kastının varlığına engel değildir. Mesele kastın bulunmaması değil bu kastın kendisine yüklenip yüklenememesi ile ilgilidir. Burada sadece kişinin sarhoş olarak bir suç işleyebileceğini düşünmesi gerekirken bunu yapmayarak dikkatsizliği nedeniyle taksirli hareket ettiğinin kabulü ile taksirli sorumluluğunun söz konusu olması gerektiği savunulmaktadır. Bu gerekçenin kabul edilmesi halinde tasarlayarak sarhoşluk halinde de kişinin ancak taksirli şekilde sorumlu tutulması sonucu doğmalıdır. Mademki kişi sarhoş iken kasıtlı hareket etme yeteneğine sahip değildir; öyleyse sarhoş olmadan önceki niyetinin suç işleme anındaki

iradesine bir etkisi olmamalıdır. Sarhoş olmamış olsaydı bu niyetinden vazgeçebilme ihtimali mevcuttu. Sarhoş olarak algılama yeteneğini kaybettiği için düşünme aşamasındaki niyeti kendisine yüklenmemelidir.

Diğer bir görüşte ise sarhoşluk halinde kişinin iradi olarak hareket etme yetenekleri olmadığı için taksirli sorumluluklarının kabulünün mümkün olamayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüş savunucularına göre sarhoşluk halinde kişinin sorumluluğunun ‘manevi sorumluluk’ esasına göre değil ‘kanuni sorumluluk’ esasına göre belirlenmesi gerekir. Bu durumda sarhoşluk halinde bulunanların cezai sorumluluğunun taksire dayalı sorumluluğun özel bir şekli olarak kabulü kanunda mevcut olmayan bir şeyin ifadesi olup kabul edilemez. Bu konuda savunulan üçüncü görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bu görüşe göre ise kanunda yer alan irade dışı alınan ifadesi sebebiyle sarhoşluğun kasten, tasarlayarak ya da taksirle olmasının önemi bulunmamaktadır. Üç şekilde de ‘iradi olarak’ yani isteyerek sarhoş olunduğu kabul edilerek bu durumun failin cezai sorumluluğuna bir etkide bulunmaması gerekecektir. Kanun iradi olma şartını alkol ve uyuşturucu madde alınmasında aramaktadır. Bu şartın gerçekleşmesi halinde sorumluluğun türü açısından bir ayırım yoluna gitmemiş ve bu nedenle üç hal için de sorumluluğun tam olacağını belirtmiştir. Kanun koyucunun aksi yönde bir iradesinin mevcut olması halinde bunu açık bir şekilde belirtmesi gerekirdi.

Taksirle sarhoşluk halinde ise sorumluluğun ne şekilde olacağı konusunda iki ayrı görüş mevcuttur. İlk görüşe göre fail taksirli bir hareketi nedeniyle sarhoş olduğu için bu halde iken işleyeceği suçtan dolayı ancak taksirli bir sorumluluğu söz konusu olabilir. Diğer bir görüşe göre ise bu durumda da fail alkol ya da uyuşturucu maddeyi iradi olarak almıştır. Failin sarhoş edici hareketi iradi olduğu için sarhoş olmayı istememesi, tasarlayarak veya kasıtlı sarhoşluk hallerinden ayrılmayı gerektirecek bir gerekçe oluşturamaz. Zira kanun bu maddelerin alınmasında irade şartını aramıştır. Taksirle sarhoşluk halinde de bu şart mevcuttur. Kişinin kastının hareketi kapsamı yeterli olacaktır. Sadece netice açısından taksirin bulunması isteyerek sarhoşluk hükümlerinden ayrılmayı gerektirmez. Çünkü kanun sarhoşluğun oluşmasındaki kastı, harekette aramaktadır. Bu bakımdan taksirli sarhoş olunması halinde de kişinin cezai sorumluluğunun tam olması gerekecektir.

Ayrıca ilk görüşün kabul edilmesi halinde kanunda taksirli şekli düzenlenmemiş suçların, taksirle sarhoş olan kişilerce işlenmesi halinde cezasız kalması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Bu açıdan iradenin değerlendirilmesinde neticenin değil, hareketin göz önünde bulundurulduğu görüşün kabulü sorunun çözümüne fayda sağlayabilecektir. Gerçekten neticeye göre bir değerlendirme yoluna gidilmesi durumunda sarhoşların bu halde iken taksirle işlenen bir suçta icra etmesi sonucu yapılan yargılaması sırasında taksirli sarhoş olduğundan

bahisle ceza almaması mümkün olabilecektir. Buna karşılık iradenin harekete göre tespiti halinde failin sarhoş olmayı istememesine rağmen alkol alması hali isteyerek sarhoşluk olarak değerlendirilecektir. Zira kişi kullandığının alkol ya da uyuşturucu madde olduğunu ve bunların sarhoşluğa neden olabileceğini bilmektedir. Bu durumda ise netice bakımından en azından olası kastı mevcuttur. Bu halde kişinin iradi sarhoş olduğunun kabulü gerekir.

Tüm bu görüşler çerçevesinde kişinin iradi sarhoş olması halinde kusurunu türünün sarhoş olma şekline göre değil, suç oluşturan fiile göre belirlenmelidir. Kanunun bu hali ile sarhoşluğun tek başına taksirli sorumluluk doğurmasına gerekçe olması mümkün değildir. Buna karşın StGB § 323a'da olduğu gibi bir düzenlemenin kanuna eklenmesi düşünülebilir. Ancak bu durumda TCK m. 34/2 hükmünde yer alan düzenlemenin kanundan çıkarılması gerekecektir.

**KAYNAKÇA**

- Alacakaptan**, Uğur, Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961
- Apaydın**, Cengiz, Teoride ve Uygulamada Ceza Hukuku ve Adli Tıp Açısından Kusur Yeteneği, Adil Yayınevi, 1. Basım, Ankara,
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 8. Bası, Ankara, 2014
- Bloy**, René, Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Duncker&Humblot, Berlin, 1985
- Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013
- Dönmezer**, Sulhi, Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile İlgili Bazı Yönleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXXVI, Sayı 1-4
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, 12. Bası, Beta, İstanbul, 1999
- Ebert**, Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg, 2001
- Erem**, Faruk, TCK Şerhi Genel Hükümler, C. I, Seçkin, Ankara, 1993
- Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 1997
- Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet, Ankara, 2013 (Hakeri, Genel Hükümler)
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin, Ankara 2003, (Hakeri, İhmal Kavramı)
- Herzberg**, Rolf Dietrich, Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, in: JuS 1974-4, 237-243
- İçel**, Kayıhan/**Sokullu-Akıncı**, Füsün/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoğlu**, Fatih S./**Ünver**, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul, 2004
- Kıyak**, Fahrettin, Sarhoşluk, Sarhoşlukta İtiyat ve Tekerrür, in: Ankara Barosu Dergisi, 1957-5, 184-189
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2013
- Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, Nördlingen, 2002
- Leipziger Kommentar StGB, **Yazar**, Band 1, § 1-31, 12. Bası, De Gruyter, Berlin, 2006 (LK)
- Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, B. II, Verlag C.H. Beck, München, 2003, (Roxin, AT)

- Roxin**, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, (Roxin, Tatherrschaft)
- Savaş**, Vural/**Mollamahmutoğlu**, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Cilt: 2, 3. Baskı, Ankara, 1999
- Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1992, C. II, (Önder, Genel Hükümler)
- Özbek**, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt: 2, 3. Baskı, Ankara, 2006
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2006, (Özgenç, Gazi Şerhi),
- Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, (Özgenç, Genel Hükümler)
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2012
- Schmidt**, Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bremen, 2004
- Taner**, Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953
- Tröndle**, Herbert/**Fischer**, Thomas, Beck'ische kurz Kommentare, verlag, C.H.Beck, München, 2004, (Tröndle/Fischer),
- Ünver**, Yener, Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 801-888
- Yüce**, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara, 1985



## TÜRK CEZA HUKUKUNDA SAPMA

*Öğr. Gör. Duygu MERKİ\**

### ÖZET:

Sapmada, fail, kastettiği suçu işlemek üzere icra hareketlerini tamamladığı halde netice, istenilmeyen bir konu veya istenilenle birlikte istenilmeyen bir başka konu üzerinde daha gerçekleşmektedir. Bunun sebebi ise failin işlemek istediği suç sayılan fiili gerçekleştirmede yeterli bir beceriye sahip olmaması veya farklı birtakım olayların daha ortaya çıkmasıdır. Sapmanın ‘tek neticeli sapma’ ve ‘çok (çift) neticeli sapma’ olarak anılan görünüş biçimlerinde, failin ne şekilde cezalandırılacağını gösteren açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ceza kanununun gerekçesinde suçların içtimaina gönderme yapılıyorsa da çözümün kusurluluk konusu içerisinde araştırılması gerektiği kanısındayız. Bu sebeple sapma halinde, fail kast veya taksirine göre cezalandırılması gerektiğine ilişkin bilgiler vereceğiz.

**Anahtar Kelimeler:** Sapma, Hata, Kusurluluk.

### ABSTRACT:

Transferred intent is caused when the intention to harm one individual inadvertently causes a second person to be hurt or another object to get harm instead. In some cases both intended and the inadvertently caused effects can committed. The cause of this situation can be the perpetrators lack of skill or the emergence of different events. There is no clear provision in the criminal code showing how the perpetrators transferred intent should be punished. Preamble of the criminal law is pointing at the Joinder of Offenses for this. But in our opinion assessing the criminal liability should be carried out within the framework of culpability.

**Keyword:** Transferred Intent, Mistake on Victim, Culpability.

---

\* Atılım Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

## GİRİŞ

Ceza hukukunda, failin kasıtlı olarak gerçekleştirdiği hareketi sonucunda, istediği neticenin değil de bir başka neticenin meydana geldiği veya istediği neticeyle birlikte istemediği bir başka neticenin daha meydana geldiği durum, sapma olarak anılmaktadır. Failin ceza sorumluluğunun belirlenmesi anlamında oldukça önemli bir konu olan sapma halinde uygulanacak kurallar bakımından, Türk Ceza Hukuku'nda bir belirsizlik hakimdir. Bu konuya ilişkin tatbik edilecek olan esasların kanun tarafından gösterilmemiş olması, yargının farklı kararlar vermesine sebep olmaktadır. Aynı zamanda öğretilerde de yazarların tek bir görüş üzerinde birleşmemiş oldukları dikkati çekmektedir.

Hazırlamış olduğumuz bu çalışmada, sapma halinde failin cezai sorumluluğunun ne şekilde belirlenmesi gerektiğine ışık tutacak esasları belirlemeyi amaçladık. Çalışmamızda, hangi hallerde sapmadan bahsedildiği, bunların örnekleri, yazarların bu konulardaki fikirleri ve yargı kararlarına yer verdikten sonra konuyla ilgili görüşümüzü belirttik. İncelememizi, failin kasıtlı ve sağlıklı iradesi ile gerçekleştirdiği hareket sonucunda ortaya çıkan istenmeyen netice hali (tek neticeli sapma) ve istenen netice ile birlikte istenmeyen bir neticenin daha ortaya çıkması hali (çok-çift neticeli sapma) ile sınırlı tuttuk. Yazarlar tarafından 'illiyet bağında sapma' olarak ele alınan konuyu, failin istediği neticeyi gerçekleştirmesi fakat bununla birlikte istemediği başka herhangi bir neticenin daha ortaya çıkmamış olması sebebiyle çalışmamızdan ayırık tuttuk.

## I. SAPMA KAVRAMI

### A. Genel Olarak

Sözlükte, inhiraf, başka bir yöne meyiletmek<sup>1</sup> anlamına gelen sapma, ceza hukukunda, failin işlemek istediği suç sayılan fiili gerçekleştirmede yeterli bir beceriye sahip olamaması veya farklı birtakım sebeplerle, kastettiğinden farklı olarak ortaya çıkan neticeye<sup>2</sup> ilişkin sorumluluğunun incelendiği konuyu anlatan terimdir<sup>3</sup>.

Başka bir anlatımla sapma, kullanılan araçların yetersizliği veya yetenekli bir şekilde kullanılmaması ya da başka herhangi bir sebeple, failin amaçladığı neticeden başka veya amaçladığı neticeyle birlikte bir başka neticeyi daha gerçekleştirmesi durumunda söz konusu olur<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> www.tdk.gov.tr.

<sup>2</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010 s. 323.

<sup>3</sup> Latince karşılığı ise 'aberratio ictus' (LOEWENHEIM, Ulrich, "Error in Obiecto ve Aberratio Ictus", (Çev. İÇEL, Kayıhan), İHFM, C. 36, S. 1-4, s. 425).

<sup>4</sup> DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1986, s. 339; ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008, s. 265; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hüküm-



Sapma, esas itibariyle, failin iradesi ile gerçekleşen netice arasındaki farkın, kusurluluk üzerindeki etkisini belirlemeyi gerektiren bir konudur<sup>5</sup>. Bunun sebebi ise, ceza hukukunun kusur temeli üzerine kurulmuş olmasıdır<sup>6</sup>. Bu sebeple failin gerçekleştirmeyi irade ettiği neticeden başka bir neticenin meydana gelmesi veya irade ettiği netice ile birlikte bir başka neticenin daha meydana gelmesi durumunda, failin sorumluluğu manevi unsura göre belirlenecektir.

Fakat belirtmek gerekir ki, sapma halinde failin iradesi sağlıklı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Failin hataya düşmesi veya bilmemesi söz konusu değildir<sup>7,8</sup>. Sapma halinde bilerek ve isteyerek yapılan hareket sonucunda ya kastedilen neticeden başka bir netice meydana gelmekte ya da kastedilen neticeyle birlikte bir başka netice daha meydana gelmektedir. Dolayısıyla failin sağlıklı iradesi sonucunda ortaya çıkan neticelerin kusur çeşitleriyle bağlantısı kurularak failin sorumluluğunu belirlemek gerekmektedir.

Bununla birlikte dikkat edilmelidir ki, sapmadan söz edebilmek için failin kasıtlı olarak hareket etmiş olması gerekir. Fail, kastettiği suçu işlemek üzere icra hareketlerini tamamladığı halde netice, istenilmeyen bir konu veya istenilenle birlikte istenilmeyen bir başka konu üzerinde daha gerçekleşmektedir. Dolayısıyla taksirli suçlarda sapmadan bahsedebilmek mümkün değildir<sup>9</sup>. Taksirli suçlarda failin irade ettiği, istediği bir neticeden bahsedebilmek imkanı olmadığından, bunlar üzerinde sapma gerçekleştiğinden de söz edilemez.

Sapma konusu, temelde kusurlulukla bu şekilde ilişkili olunca, birçok yazar<sup>10</sup> tarafından, kusurluluk çeşitleri olan kast ve taksirle birlikte incelenmiştir. Ceza hukukunda çoğunlukla bağımsız bir konu olarak kabul edilmeyen sapmanın, yazarların çoğunluğu<sup>11</sup> tarafından, kusurluluk konusu içerisinde, kusurlulu-

---

ler, Ankara 2005, s. 452; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 192; ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, Nihat- BACAĞSIZ, Pınar- DOĞAN, Koray- TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 414.

<sup>5</sup> DÖNMEZER – ERMAN, s. 339-440.

<sup>6</sup> ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1989, s. 343.

<sup>7</sup> HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, s. 323; ZAFER, Hamide, s.192.

<sup>8</sup> İradenin gerçekleşmesi aşamasında meydana gelerek irade ve netice arasında bir fark oluşturan sapma ile iradenin oluşumu aşamasında ortaya çıkan ve iradenin düzgün bir şekilde oluşmasını engelleyen hatanın farkları aşağıda ele alınacaktır.

<sup>9</sup> DÖNMEZER – ERMAN, s. 351.

<sup>10</sup> ÖNDER, s. 342 vd.; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009, s.234 vd.; ZAFER, s. 192 vd; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, 392 vd.

<sup>11</sup> DÖNMEZER – ERMAN, s. 339 vd.; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, s. 323; İÇEL, Kayıhan – EVİK, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2007, s.221 vd.; ÖZTÜRK – ERDEM, s.265 vd.; SOYASLAN, s.452 vd; CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s.431 vd; ÖZBEK-KANBUR- BACAĞSIZ- DOĞAN – TEPE, s. 414 vd.

ğu kaldıran sebepler başlığı altında incelendiği de görülmektedir. Bazı yazarlar<sup>12</sup> ise, suçların içtimai konularıyla birlikte sapma konusunun ele alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Fakat bunların yanı sıra sapmanın bağımsız bir konu olarak ele alındığı<sup>13</sup> da görülmektedir.

## B. Şahısta Hata ve Sapma

765 sayılı kanun, şahısta hata ve sapmayı aynı hükme tabi kıldığından, aynı nitelikte görülmekteydiler. Bu iki konunun yazarlar tarafından birlikte ele alınmasının sebebi olarak bunu görmek mümkündür. Ancak şahısta hata ve sapmanın<sup>14</sup> birbirinden ayrıştığı noktalar da oldukça belirgindir. Bu sebeple, bu iki konunun benzer yönleri ve birbirlerinden ayrıldıkları noktaları ortaya koymak yerinde olacaktır.

İki konunun birbirlerine benzedikleri yön şudur: Her iki halde de fail, suçu gerçekleştirmek istediği kişi veya şey üzerinde işleyememekte; fakat başka bir kişi veya şey üzerinde netice meydana gelmektedir. Örneğin şahısta hata halinde (A), (B)'yi kaçırmak isterken (B) zannıyla (C)'yi kaçırmaktadır. Sapma halinde ise (A) öldürmek üzere (B)'ye ateş ettiği halde netice (C) üzerinde meydana gelmektedir<sup>15</sup>.

Şahısta hata ve sapmanın birbirlerinden farkını oluşturan özellikleri ise şudur: Hata halinde fail, icra hareketlerini başlangıcından sonuna kadar, suçu hangi konu üzerinde gerçekleştirmek istiyorsa gerçekten o konu üzerinde gerçekleştirdiğini sanmaktadır. Sapmada ise fail, suç sayılan fiilin hareketlerini gerçekten istediği konu üzerinde gerçekleştirmek üzere harekete geçmektedir; fakat birtakım sebeplerle bir başka konu üzerinde netice meydana gelmektedir<sup>16</sup>. Yani hata failin kastının oluşumu anından itibaren etkisini göstermektedir; fakat sapma halinde kastın oluşumundan sonra ortaya çıkan bir başka sebep neticenin farklı bir konu üzerinde gerçekleşmesine neden olmaktadır<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 518 vd.; KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 454 vd.

<sup>13</sup> HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 438 vd.

<sup>14</sup> Şahısta hata ve sapma konusunda bkz. LOWENHEIM, s. 422-438.

<sup>15</sup> ÖNDER, s. 351; HAKERİ, s.341; DEMİRBAŞ, s.393.

<sup>16</sup> ÖNDER, s. 352; TOROSLU, s.235.

<sup>17</sup> DÖNMEZER – ERMAN, s. 349; ÖNDER, s. 352; SOYASLAN, s. 453; HAKERİ, s. 341; DEMİRBAŞ, T., s. 393; GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s.96.

*"Suçun, failin istediği kimseden başka bir kişi aleyhine işlenmesi iki biçimde oluşabilir. Bunları "kişide hata" ve "hedefte hata" olarak belirtmek gerekir.*

*a- Kişide hata: Bu halde fail mağdurun şahsında hataya düşmektedir. Örneğin, öldürmek istediği kimsenin yerine bir başka kişinin öldürülmesi gibi...*

Görüldüğü gibi şahısta hata ve sapma birbirlerine benzemekle birlikte esasında birbirinden ayrı olarak ele alınması gereken farklı iki konudur. Hata durumunda hem iradenin oluşumu hem de gerçekleştirilmesi süreci etkilenmektedir<sup>18</sup>. Sapma halinde ise yalnızca neticenin gerçekleşmesinde bir farklılık oluşmaktadır. Bu iki durumun failin kusurluluğu üzerindeki etkisi ayrı ayrı ortaya koyulmalıdır.

## II. SAPMAYA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER

Sapma halinde failin ne şekilde cezalandırılacağına ilişkin problemin çözümlüne her zaman kanunlarda yer verilmediği görülmektedir. Çoğu yabancı kanunda sapma konusuna ilişkin bir düzenlemeye rastlanamamaktadır<sup>19</sup>. Türk hukukunda ise, 765 sayılı kanunda, dolaylı da olsa, bu konuya ışık tutan 52. maddenin bulunduğu; 5237 sayılı kanunda ise bu hususta bir hükme yer verilmediği görülmektedir.

765 sayılı kanunun 52. maddesinin<sup>20</sup> metnine bakıldığında, kanun koyucunun aynı madde içerisinde hem şahısta hatayı hem de sapmayı düzenlediği görülür. Maddede yer alan “*bir hata*” şahısta hatayı, “*sair bir arıza*” ise sapmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu şahısta hata ve sapmayı aynı nitelikte görmekte ve aynı hükme tabi kılmaktadır<sup>21</sup>.

## III. SAPMA ÇEŞİTLERİ

Sapmayı, istenilen neticeden başka bir neticenin gerçekleştiği sapma hali ve istenilen netice ile birlikte bir başka neticenin daha gerçekleştiği sapma hali olarak ikiye ayırarak incelemek ve bu iki durumun özelliklerini ayrı ayrı ele almak daha doğru olacaktır. Fakat bir yöntem olarak ilk durumu ifade etmek üzere ‘tek neticeli sapma’, ikinci durumu ifade etmek üzere de ‘çok (çift) neticeli sapma’ terimlerini kullanmak da mümkündür.

---

*b- Hedefte hata: (isabetle hata): Fiil, failin işlemeyi kastettiği kimseden başka bir kişi üzerinde sonuç doğurabilir. Örneğin, fail öldürmek için (A) isimli mağdura ateş eder, fakat kurşun herhangi bir arıza nedeniyle (B) isimli kişiye isabet ederse hedefte hata söz konusu olur.*

*Hedefte hata hali, kişide hatadan tamamiyle ayırdır. Burada fail kişiyi karıştırmamıştır. Hedefleri sapan, failin iradesi değil eylemdir.”* CGK, E.1990/1-310, K.1990/333, (www.kazanci.com).

<sup>18</sup> GÜNGÖR, s. 88, 96.

<sup>19</sup> ÖNDER, s. 343, 350.

<sup>20</sup> *Madde 52 - Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faille tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlemiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffifeden istifade eder.*

<sup>21</sup> ÖNDER, s. 351.; DÖNMEZER, – ERMAN, s. 349.; TOROSLU, s. 235.

### A. İstenilen Neticeden Başka Bir Neticenin Gerçekleştiği Sapma Hali (Tek Neticeli Sapma)

Failin kastettiği neticeden başka ve aynı zamanda failin istemediği bir neticenin meydana gelmesi durumunda söz konusu olan sapma çeşididir. Örneğin (A), (B)'yi silah ile vurup öldürmek isterken kurşun (C)'ye isabet ederek onu öldürmüşse bu çeşit sapmadan söz edilebilir<sup>22</sup>. Fakat sapmadan söz edebilmek için failin, mağdurun kimliğinde herhangi bir hataya düşmemiş olması gerekir. Neticenin bir başka kişi üzerinde gerçekleşmesine ise bu örnekte, failin elinin titremesi veya mağdurun kendini korumuş olması ya da mağdurun mermi yoluna atılmış olması sebebiyet vermiş olabilir<sup>23</sup>. Örneğin fail (A)'yı öldürmek isterken (A) kendini sakınmak için eğilmişse ve arkasında duran (B) isabet alarak ölmüşse, (B)'nin ölümü şeklinde ortaya çıkan istenmeyen netice, mağdur (A)'nın kendini koruması sebebiyle ortaya çıkmıştır. Fail, (A)'ya bıçak darbesi vuracağı esnada (B), kavgayı ayırmak için araya girmişse ve bıçak darbesi (B)'ye gelmişse, bu durumda da sapma (B)'nin failin önüne atılmasından kaynaklanmaktadır<sup>24</sup>. Yukarıda verdiğimiz örneklerde, meydana gelen netice bakımından nitelik farkı bulunmamaktadır. Aynı netice, kastedilen kişiden başkası aleyhine gerçekleşmiştir.

Bu çeşit sapma halinde kastedilen suç ile istenilmediği halde işlenmiş olan suç, nitelik bakımından birbirinden farklı da olabilir<sup>25</sup>. Örneğin (A), elindeki

<sup>22</sup> **DÖNMEZER – ERMAN**, s. 349; **TOROSLU**, s.237; **SOYASLAN**, s. 453; **İÇEL – EVİK**, s. 221.

<sup>23</sup> **DÖNMEZER – ERMAN**, s. 349; **SOYASLAN**, s. 453; **CENTEL – ZAFER - ÇAKMUT**, s. 431; **DEMİRBAŞ**, s. 393; **ARTUK**, Mehmet Emin – **GÖKÇEN**, Ahmet – **YENİDÜNYA**, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 695.

<sup>24</sup> **ZAFER**, s. 193;

“Maktül Murat'ın, maktül Nezaket'i üç gün alıkoyup, ırzına geçmesi nedeniyle Nezaket'in dedesi olan sanığın, maktül Murat'a; "kızı alarak namusunu temizlemesini" söylediği ve yolda her üçü bir arada iken bu tartışma anında sanığın tüfeği maktül Murat'a yöneltip ateş edeceği sırada; "yapma dede" diye araya giren maktüle Nezaket'in, vurularak aldığı yara sonucu öldüğü, sanığın bundan sonra da maktül Murat'ı hedef alarak, yeniden yaptığı atışla maktül Murat'ı da öldürdüğü şeklinde mahkemenin oluşan uygun olan kabulünde, sanığın maktül Murat'a yaptığı ilk ateşinde araya giren maktül Nezaket'in vurulmasından ötürü TCK'nun 52. maddesi delaletiyle 448-51/2. maddeleri ile maktül Murat için ikinci defa atışını yenilemesi suretiyle TCK. nun 448-51/2. maddeleri uygulanarak ceza verilmesi gerekirken, aynı sebep ve saik altında iki kişiyi öldürme kastı olması halinde TCK'nun 450/5. madde ve fıkrasının uygulanması koşulları bulunmadığının dikkate alınmayarak, yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırı olup...”, 1. CD, E: 1996/3923, K: 1997/373, (www.kazancı.com);

“Sanık Muammer'in mağdur Sami'yi bıçaklamak için hamle yaptığında, Sami'nin aradan çekilmesi üzerine bıçağın mağdur Tahir'in sırtına saplandığı olayda; 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesi hükmüne göre sanığın mağdur Sami'yi kasten yaralamaya teşebbüs, mağdur Tahir'i olası kastla yaralama suçlarını işlediği dikkate alındığında; sanığın her bir eylemi yönünden uygulamanın denetime olanak verecek şekilde ayrı ayrı gösterilmesi, lehe olan yasanın tesbiti gerekirken...”, 1. CD, E.2207/7283, K.2007/7266, (**DEMİRBAŞ**, s. 394 dn.).

<sup>25</sup> Suçların nitelik bakımından birbirinden farklılığını ortaya koyan görüşler için bkz **GÜNGÖR**, s. 100 vd.

sopayla (B)'ye vurmak isterken, sopanın yukarı kaldırıldığı esnada (C)'ye ait mağazanın camını kırması<sup>26</sup> halinde yine bu çeşit sapma söz konusu olmaktadır. Bu örnekte istenilen netice ile istenilmediği halde gerçekleşen netice birbirinden nitelik olarak farklıdır. Doktrinde<sup>27</sup> bu durumun suçta sapma olarak da anıldığı görülmektedir.

### **B. İstenilen Netice ile Birlikte Bir Başka Neticenin Daha Gerçekleştiği Sapma Hali (Çift-Çok Neticeli Sapma)**

Failin kastettiği suç ve netice ile birlikte istemediği başka netice veya neticeleri gerçekleştirmesi halinde bu çeşit sapmanın oluştuğundan bahsedilecektir. Tek neticeli sapmadan farklı olarak burada fail kastettiği neticeyi gerçekleştirmektedir ve fakat istemediği bir başka netice daha meydana gelmektedir. Örneğin (A)'nın (B)'yi öldürmek üzere attığı kurşun, (B)'yi öldürdükten sonra vücudundan çıkıp yanında bulunan (C)'ye isabet edip onu yaralayacak veya öldürecek olursa, sapmanın bu çeşidi meydana gelmiş olacaktır<sup>28</sup>. Tek neticeli sapmada olduğu gibi, çok neticeli sapma halinde ortaya çıkan suçlar aynı nitelikte olabileceği gibi farklı nitelikte de olabilirler.

## **IV. SAPMA HALİNDE FAİLİN CEZAİ SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ**

### **A. 765 Sayılı Kanunun Çözümü**

Daha önce kısaca değindiğimiz gibi 765 sayılı kanunun 52. maddesinde sapma konusuna yer verilmekteydi.

765 sayılı kanunun 52. maddesinde kanun koyucunun bir prensip koyduğu ve bu prensip içerisinde bir varsayım kurduğu dile getirilmektedir<sup>29</sup>. Buna göre, fail bir suç işlemeyi kastettiği halde istediği netice, sapma sebebiyle bir başka kişi üzerinde gerçekleşmektedir. Bu durumda, ortada yalnızca tek bir netice ve tek bir suç vardır<sup>30</sup>. Fakat kanunun 52. maddesi yalnızca tek neticeli sapmayı ve bu çeşit sapmanın da istenilen netice ile ortaya çıkan neticenin nitelik bakımından aynı olduğu hali kapsamaktadır. Bu sebeple, kastedilen fakat gerçekleşmeyen netice ile istenilmeyen fakat gerçekleşen netice nitelik bakımından farklı ise veya çok neticeli sapma gerçekleşirse ve ortaya çıkan neticeler nitelik bakımından farklı ise

<sup>26</sup> DÖNMEZER – ERMAN, s. 351; TOROSLU, s. 237; İÇEL – EVİK, s. 222.

<sup>27</sup> DÖNMEZER – ERMAN, s. 351; TOROSLU, s. 237; SOYASLAN, s. 454; GÜNGÖR, s. 99.

<sup>28</sup> DÖNMEZER – ERMAN, s. 362; TOROSLU, s. 237; ZAFER, s. 193; DEMİRBAŞ, s. 394.

<sup>29</sup> DÖNMEZER – ERMAN, s. 350.

<sup>30</sup> DÖNMEZER – ERMAN, s. 350-351; ÖNDER, s. 355; ÖZTÜRK – ERDEM, s. 265; CENTEL – ZAFER - ÇAKMUT, s. 432; İÇEL – EVİK, s. 222.

bu maddenin sınırları dışında kalmaktadır. 52. maddenin sınırları dışında kalan haller ise genel kast ve taksir kurallarına göre çözümlenmektedir.

### B. 5237 Sayılı Kanunun Çözümü

5237 sayılı kanunda sapmayı düzenleyen herhangi bir madde bulunmamakla<sup>31</sup> beraber hata konusunun düzenlenmiş olduğu 30. maddenin gerekçesinde<sup>32</sup> sapma konusunun, suçların içtimaı ve özellikle fikri içtima ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Fikri içtimanın düzenlenmiş olduğu 44. maddenin gerekçesine<sup>33</sup> bakıldığında ise, sapma halinde failin tek bir fiiliyle birden fazla suç işlemesi sebebiyle fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğinden bahsedilmiştir.

Maddenin gerekçesinin gösterdiği şekilde, sapma ve suçların içtimaı konuları arasında irtibat kurulmaya çalışıldığında, suçların içtimaı başlığı altında karşımıza çıkan ilk konu 42. maddede yer alan bileşik suç olmaktadır. Fakat bileşik suçun, sapma konusu ile bir bağlantısının olmadığı çok açıktır<sup>34</sup>.

43. maddedeki zincirleme suç bakımından ele alacak olursak, 1. fıkrada belirtilen “bir suç işleme kararı” ve “bir kişiye” koşulları sapma bakımından gerçekleşmediğinden zincirleme suç ile sapma arasında da bir ilişki kurulamayacaktır. Kaldı ki 43. maddenin son fıkrasında kasten öldürme ve kasten yaralama suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı da belirtilmiştir<sup>35</sup>. Bununla birlikte, 43. maddenin 2. fıkrasının, uygulanma yasağı bulunan

<sup>31</sup> Güngör, 5237 sayılı kanunda, sapmayı düzenleyen bir hükme yer verilmemiş olmasını temel bir eksiklik olarak görmektedir. (GÜNGÖR, s. 96).

<sup>32</sup> “Keza, hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimaı hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim, uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimaı ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır.”

<sup>33</sup> “Gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda da fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hâkimdir. Bu nedenle, kanuni düzenlemede hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir. Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silâhtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir.”

<sup>34</sup> TOROSLU, s. 236; GÜNGÖR, s. 94.

<sup>35</sup> TOROSLU, s. 236; ZAFER, s. 193; GÜNGÖR, s. 94.

suçlar haricindeki suçlar için, failin lehine olacak bir yorum yoluyla, çok neticeli sapma hallerinde, neticelerin aynı nitelikte olması durumunda uygulanması gerektiği bazı yazarlar<sup>36</sup> tarafından savunulmaktadır.

44. maddede düzenlenmiş olan fikri içtima<sup>37</sup> ile olan ilişkisine gelince, yazarların bu konuda farklı görüşlere sahip oldukları görülmektedir. Fikri içtimadan bahsedebilmek için, kanuni tanıma göre, failin tek bir fiili ile birden fazla ve farklı suçu işlemesi gerekir. Sapma ve fikri içtima konularının ilişkisi bakımından farklı görüşlerin oluşmasına sebebiyet veren durum ise 44. maddede yer alan fiil terimine verilen farklı anlamlardır. Başka bir anlatımla, hangi koşullar altında fiil tekliliğinden bahsedildiği meselesi fikri içtimanın uygulanması açısından farklı görüşleri ortaya çıkarmaktadır.

Fiili, suçun maddi unsuru olarak ele alan ve fiilin tekliliği için, neticeye üstünlük veren görüş<sup>38</sup> kabul edildiğinde, kanunun gerekçesinde verilen örneğin aksine, sapma halinde birden fazla netice bulunması sebebiyle birden fazla fiil var olduğundan, fikri içtima oluşmamaktadır<sup>39</sup>. Fikri içtima bakımından 765 sayılı mülga ceza kanununda da 5237 sayılı kanundakine benzer bir düzenleme mevcuttu<sup>40</sup> ve bu düzenlemede yer alan ‘bir fiil’ terimi yine tartışmalara sebep olmakta idi. Doktrinde ‘fiil’ kelimesinin, ‘netice’ anlamında kullanılmakta olduğu kimi yazarlar tarafından savunulmaktadır<sup>41</sup>. Netice sayısının fiil sayısını belirliyor olmasının kabulünün sonucu olarak, sapma halinde ortaya çıkan birden fazla neticeler fikri içtimanın uygulanmasını imkansız kılmaktadır. Yargıtay’ın da “*Tek atışla birden çok kişinin yaralanması halinde, av tüfeğiyle yapı-*

<sup>36</sup> İÇEL – EVİK, s. 223-224; ÖZBEK – KANBUR – BACAĞSIZ – DOĞAN – TEPE, s. 414 – 415.

<sup>37</sup> “*Madde 44- (1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*”

<sup>38</sup> İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul 1972, s. 32-34.

<sup>39</sup> HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, s. 380; İÇEL – EVİK, s. 224.

<sup>40</sup> Özgenç, iki düzenlemenin birbirinden farklı olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, suç oluşturan fiil davranış normlarına aykırılıktır, yani ceza kanununu ihlal eden veya ceza kanununa aykırı bir fiil değildir. Bu sebeple ancak kanundaki tanıma uygun olduğu takdirde suç teşkil eder. (ÖZGENÇ, s.528-529).

<sup>41</sup> Kunter, mehaz, 1889 tarihli İtalyan ceza kanununda fatto kelimesinin farklı anlamlarda kullanıldığını ve fikri içtimayı düzenleyen maddede netice anlamında kullanıldığını savunmuştur. (KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s.6); Kunter, bu sonuca mehaz kanunun son tasarısı hakkında Mebuslar Meclisi Komisyonu’nun hazırladığı gerekçeden varmaktadır. Gerekçe şöyledir: “*Tasarımın hareket yerine fiil kelimesini ikame eden bugünkü şekli her türlü tereddüde nihayet vermiştir... Tek ceza verilmesinin fiilin, yani suçun husule gelen maddi neticesinin tek olmasına bağlı olduğu aşikardır. Tek ceza verilmesi artık eskisi gibi sübjektif hareketin tek olmasına bağlı değildir. Bir hareket bir tek netice meydana getirebildiği gibi, birden fazla hareket gibi birden fazla cürmi netice de meydana getirebilir.*” (KUNTER, Nurullah, “Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi”, İHFM, C.14-15, S.1-2, 365 ve 366); DÖNMEZER – ERMAN, s. 416.

lan atış tek olmakla birlikte, değişiklik ve netice iki tanedir. Ortada bir fiil yoktur ve fikri içtima söz konusu edilemez<sup>42</sup> diyerek bu kararında neticeye önem verdiği anlaşılmaktadır.

Fakat bazı yazarlar<sup>43</sup> ise, 44. maddede yer alan fiil tekliğinden hareket tekliğinin anlaşılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu sebeple sapma halinde, birden fazla farklı suçun oluşması durumunda bunun fikri içtima kuralları ile çözümleneceğini belirtmektedirler<sup>44</sup>. Fiilin sayısını belirlerken harekete önem veren bu görüşte, iradi kararın sonucu olarak gerçekleştirilen bedeni davranışların sayısı esas alınmaktadır. Doğal anlamda hareket tekliği olarak anılan bu anlayışta neticelerin sayısının önemi yoktur. Doğal anlamda birden fazla hareketin hukuki nedenlerle birlik olarak değerlendirildikleri durumlarda da hukuki anlamda hareket tekliğinin söz konusu olduğu savunulmaktadır<sup>45</sup>. Bu şekilde harekette oluşan teklik fiil açısından da teklik anlamına gelir ve örneğin failin silahından çıkan tek bir kurşun ile birden fazla kişinin öldürülmesi durumunda fikri içtima hükümleri uygulanır. Ancak çok neticeli sapma çeşidinde olmasa da, tek neticeli sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanabileceğinin savunulduğu da görülmektedir. Bunun gerekçesi olarak ise, fikri içtima hükmünün uygulanabilmesi ise tek neticenin bulunması gerektiği, tek neticeli sapmada tek netice söz konusu iken çok neticeli sapmada netice sayısının tek olmadığı görüşü ileri sürülmektedir<sup>46</sup>. 765 sayılı kanun döneminde verilen “*Cevat ve Cevdet’i ateş ederek yaraladığı, bu sırada ve olayla hiçbir ilişkisi bulunmayan yakınan Cavit’i seken bir kurşunla yaraladığı kabul edilen sanığın, TCY’nin 79’uncu maddesi gözetilmeden ... karar verilmesi yasaya aykırıdır*”<sup>47</sup> şeklindeki

<sup>42</sup> YCGK, 18.10.1982-4-296/365, SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu I, Ankara 1999, s. 1371.

<sup>43</sup> KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 451; ÖZTÜRK – ERDEM, s. 311; ZAFER, s. 144; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, s. 688; Yargıtay’ın da aynı görüş doğrultusunda verdiği kararlara rastlanmaktadır. “*“Tek fiil” veya “bir fiil”den ne anlaşılması gerektiğine gelince, doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmaktadır ise de, hukuki anlamda hareketin tekliği ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun yasal tanımında yer alan hukuksal anlamdaki “tek bir fiil” oluşturmaktadır.*”, CGK, E.2010/8-51, 2010/162, (www.kazanci.com).

<sup>44</sup> KOCA, – ÜZÜLMEZ, s. 459; ÖZTÜRK – ERDEM, s. 265; CENTEL – ZAFER-ÇAKMUT, s. 433; ZAFER, s. 193; AKIN, Mustafa, “Teşebbüs, İştirak, İçtima”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, İstanbul 2008, s. 178-179; DEMİRBAŞ, s. 394; ÖZBEK – KANBUR – BACAKSIZ – DOĞAN – TEPE, s. 415; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, s. 688.

<sup>45</sup> KOCA, – ÜZÜLMEZ, s. 436; ÖZBEK – KANBUR – BACAKSIZ – DOĞAN – TEPE, s. 527; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, s. 688-689.

<sup>46</sup> HAKERİ, s. 342-344.

<sup>47</sup> 4. CD, 4714/5644, (OSMAN, Yaşar, Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Ankara 2000, s. 1198).



Yargıtay kararında yüksek mahkemenin sapmayı fikri içtima kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. 765 sayılı kanun dönemindeki karar örneklerinde<sup>48</sup> olduğu gibi 5237 sayılı kanun döneminde Yargıtay'ın sapma hallerinde fikri içtima kurallarını uyguladığı kararları<sup>49</sup> yine mevcuttur.

### C. Görüşümüz (Genel Kast ve Taksir Kurallarının Uygulanması)

Kanaatimiz, sapma halinde, suçların içtimaı hallerinin hiçbirinin uygulanamayacağı şeklindedir. Bileşik suçun şartlarının zaten sağlanamadığı açıktır. Zincirleme suçun ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan şeklinin sapma halinde uygulanabileceği görüşüne de katılmıyoruz. Bunun sebebi ise, maddede aranan 'bir suç işleme kararı' şartının ancak kasten işlenen suçlarda sağlanabileceğidir. Sapma halinde ise istenmeyen suç çoğunlukla taksirle işlenmektedir. Olası kast veya kastla işlenmesi durumunda ise 'bir suç işleme kararı' şartının dışına çıkmış olacaktır<sup>50</sup>. Bu sebeple zincirleme suç hükümleri sapma halinde uygulanamayacaktır.

Fiil sayısının netice sayısına bakarak belirlenmesi gerektiği yönündeki görüşü kabul ediyor olduğumuzdan, özellikle çok neticeli sapma halinde birden fazla netice ve birden fazla fiil bulunduğu kanısındayız. Bunun yanı sıra fikri içtimadan bahsedebilmek için tek fiilden kaynaklanan suçların farklı suçlar

<sup>48</sup> “Mağduru öldürmek için bulunduğu yere birden çok ateş ederken mermilerden birisinin vitrin camını kırdığı, diğerinin saklanmak isteyen mağdura isabet ederek yaraladığı, diğer bir merminin de olayla ilgisi bulunmayan üçüncü kişiye isabet ederek onu yaralamış olduğuna göre sanık hakkında TCY'nin 79. maddesi uygulanmalıdır.”, (1.CD, 2271/3516), (İÇEL – EVİK, s. 224 dn);

“Sanığın, hasmı mağdur Hüseyin Arpat'a tevcih ederek sıktığı kurşunlardan birinin hedefte hata sonucu aynı istikamette yürümekte olan mağdur Melahat'a tesadüf eseri isabetle, onu da yaralamış olması ve TCK'nın 52. ve 79. maddelerinin sarahati karşısında, direnme hükmünde isabet görülmemiştir. Nitekim TCK'nın kaynağı olan İtalyan Ceza Kanunu'nun açıklayıcısı Majno, bu konu ile ilgili olarak şu görüşü belirtmiştir: “Aynı şahsa tevcih müteaddit kurşunlardan bazısının o şahsı, bir kısmının da tesadüfen diğer bir kimseyi yaralaması halinde, 78. (TCK'nın 79) maddeye tevfikeyen ağır ceza ile cezalandırılacak bir tek cürüm fiilinin mevcudiyetine hükmolunmuştur” ...Olayın açıklanan işleyiş tarzına ve TCK'nın 52. ve 79. maddeleri hükümlerine, kanun koyucunun amacına ve yukarıda belirtilen teytedici görüşlerine göre; sanığın eyleminin tek suç teşkil ettiği gözetilmeden, iki ayrı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırı olduğundan... hükmün bozulmasına karar verilmelidir”, CGK, T.10.11.1975, E.4/259, K.278, (DEMİRBAŞ, s. 394 dn.).

<sup>49</sup> “Mağdur Ali'ye isabet eden mermi çekirdeğinin onun vücudunu terk ederek olay yeri yakınında bulunan ve olayla ilgisi bulunmayan mağdur Mehmet'e isabet ederek yaralanmasına neden olduğu olayda, sanığın bu mağdura yönelik eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturduğu ve 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi uyarınca sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin ... karar verilmesi” 1. CD, 5592/8365, (ARTUK, Emin – GÖKÇEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Caner, TCK Şerhi, Genel Hükümler, C. II, Ankara 2009, m. 44).

<sup>50</sup> TOROSLU, s. 237.

olması da gerekmektedir. Fakat sapma halinde, ortaya çıkan suçlar aynı nitelikte de olabilmektedirler<sup>51</sup>. Tüm bu sebeplerle sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna<sup>52</sup> varmaktayız.

Sapma halinde suçların içtimaı kuralları uygulanamayacağına göre, failin her bir neticeden doğan sorumluluğu, kastı veya taksirine göre ayrı ayrı tespit edilmelidir.

Öncelikle, tek neticeli sapma halini ele alalım. Neticeler nitelik bakımından ister aynı ister farklı olsun, bu sapma çeşidinde doğrudan hedef alınan sonuç gerçekleşmemektedir. Kastedilen suç teşebbüs halinde kalmakta, istenilmeyen bir başka netice ise gerçekleşmektedir. Bazı yazarlar tarafından, kastedilen fakat gerçekleşmeyen neticenin yani teşebbüs halinde kalan suçun cezalandırılmaması gerektiği savunulmaktadır. Failin kasıtlı bir suç işlemek istediği ve o kasıtlı suçun da farklı bir konu üzerinde de olsa gerçekleştirildiği; bu sebeple sadece kastedilen suç sebebiyle failin ceza alması gerektiği dile getirilmektedir<sup>53</sup>. Fakat 5237 sayılı kanunun suça teşebbüsün düzenlendiği 35. maddesinin<sup>54</sup> 2. fıkrasına bakıldığında görülecektir ki, fail tarafından meydana getirilen zarar veya tehlike cezalandırılır. Bu çeşit sapmada failin hedef alıp da gerçekleştiremediği sonuç pekala bir tehlike oluşturmaktadır ve 35. maddeye göre bu tehlike ağırlığına göre cezalandırılmalı-

<sup>51</sup> TOROSLU, s. 236-237; GÜNGÖR, s. 95.

<sup>52</sup> 5237 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce, tasarı üzerinde yaptıkları eleştirilerinde, sapma ve fikri içtima arasında ilişki kurulmaması gerektiği ve yeni kanunun sistemine konuya ilişkin kurallar yerleştirilmesi gerektiği şeklindeki beklentiler şu şekilde açıklanmıştır: “*Fikri içtimada, uygulamada kuşkular uyandıran kanunlar ihtilafı, çok neticeli hata halleri ile bağlantılar ve farklılıkların tasarıya konulmamış olması büyük bir eksiklik, çünkü, pek çok Yargıtay içtihadında çok neticeli hata, fikri içtima olarak kabul edilmektedir.*”, (YARSUVAT, Duygun - BAYRAKTAR, Köksal - YÜZBAŞIOĞLU, Nemci - BÜLBÜL, Erdoğan - KOCASAKAL, Ümit - AKSOY, Eylem - MEMİŞ, Pınar - KURT, Gülşah - TANSUĞ, Çağla - YILMAZ, Didem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu, C. II, Ankara, 2004, s. 301).

<sup>53</sup> HAKERİ, s. 343;

“*Sanık Şerif’in babası Abdulhavit’in küfürlü konuşması üzerine mağdur Recep’in onu engellemeye çalıştığı esnada sanık Şerif’in tabancasını mağdur Recep’e yönelterek bir el ateş ettiği, ancak belediye başkanı olan mağdur Recep’in koruması mağdur Ali’nin sanığın üzerine atlaması üzerine mağdur Ali’nin yaralandığı... olayda, sanığın yakın mesafeden mağdur Recep’e ateş ettiğinde, Recep’in yanında bulunan mağdur Ali’ye de isabet edebileceğini öngörmesi gerektiğinden, neticeden sorumlu olması gerektiği ve eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu...*”, (1.CD, T.13.11.2207, K.8365), (HAKERİ, s. 343).

<sup>54</sup> “**Madde 35-** (1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

dır. Dolayısıyla failin kastettiği neticeden başka ve failin istemediği bir neticenin meydana gelmesi durumunda, ortaya çıkan neticenin failin kast veya taksirine göre cezalandırılmasının yanı sıra failin kastettiği ama teşebbüs aşamasında kalan fiili için de teşebbüse ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

Çok neticeli sapma halinde, fail meydana gelen iki netice sebebiyle cezalandırılacaktır. Çünkü kastettiği netice gerçekleşmiştir, bir de bunun yanında failin istemediği bir başka netice daha gerçekleşmiştir. Tek neticeli sapmadan farkı failin doğrudan hedef aldığı neticeyi gerçekleştirmiş olmasıdır. Bu sebeple kasten işlediği suçtan cezalandırılacak bunun yanı sıra hedef alınmamış olmasına rağmen gerçekleşen netice bakımından ise fail kast veya taksirine göre cezalandırılacaktır.

Her iki sapma çeşidinde de, failin istememesine rağmen meydana gelen neticeden failin sorumluluğu kastına veya taksirine göre belirlenecektir. Şunu da belirtelim ki, kasten işlenen suçun yanında zorunlu olarak gerçekleşecek neticeler bakımından failin kastının varlığı kabul edilmektedir. Ancak eğer faile bu netice bakımından bir kusur atfedilemiyorsa, fail cezalandırılmayacaktır. Fail, istediği neticelerin yanında başka neticelerin de gerçekleşebileceğini öngörmüş ve kabullenmişse olası kastının bulunduğu bahsedilir<sup>55</sup>. Başka neticelerin de gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmüş; fakat istenmemişse bilinçli taksirinin varlığından bahsedilir. Son olarak, başka neticelerin gerçekleşebileceğinin fail tarafından öngörülebilir olmasına rağmen dikkat ve özen yükümlülüğüne uymaması sebebiyle öngöremediye, basit taksiri sebebiyle sorumlu olur. Fakat failin taksirli olarak sorumlu olabilmesi, elbette işlenen suçunun taksirli halinin kanunda mevcut olmasına bağlıdır.

## SONUÇ

5237 sayılı kanunda, hakkında doğrudan hüküm bulunmayan sapma konusunda uygulanacak kanun hükümleri, görüşler doğrultusunda farklılık göster-

<sup>55</sup> “Hasım telakki ettiği kişiden başka kimselerin de var olduğu lokantaya girerek önceden tartışmış olduğu Yüksel'e tevcihen tabancasını dört el ateşleyen, Yüksel'in yanı ve arka bölümünde bulunan kişileri de görmesi nedeniyle onlardan biri veya birkaçının isabet alıp ölebileceğini öngörür durumda atışlarını tevali ettirerek maktül Fatih'in isabet almasına ve ölmesine neden olan sanığın, eyleminin, Yüksel'i öldürmeye eksik kalkışmak ve Fatih'i gayrimuayyen kasıtlı öldürmek olduğunda kuşku bulunmadığı...” 1. CD, E.2003/3799, K.2004/364, (www.kazanci.com);

“Mağdur Durmuş'un gündüzleyin dere kenarında çamaşır yıkamakta olan sanığın annesine hakaret edip onu kovması üzerine, sanık İdris'in hafif tahrik altında mağdura muhtelif atışlar yaptığı sırada mağdurun yakınında bulunan ve hiçbir haksız davranışı olmayan eşi maktuleyi yaraladığı, maktulenin aldığı tek isabet ile öldüğü oluş ve kabulden anlaşılmalı gerek ölüm ve gerekse öldürmeye karışmanın sanıkça öngörülebilir olması nedeniyle, maktuleyi öldürmekten TCK 448 ve mağdur Durmuş'u öldürmeye kalkışmaktan TCK 448 ve 62. maddeleriyle cezalandırılması gerektiği...”, (1.CD, T. 14.05.2002, K.830), (HAKERİ, s. 342).

mektedir. Bu farklılık failin cezalandırılması aşamasında da kendini göstermekte ve bunun uygulamaya taşınması ile birlikte birbiriyle kıyaslandığında oldukça adaletsiz sonuçların ortaya çıktığı görülmektedir.

Yaptığımız bu çalışmada, fiil sayısının netice sayısına göre belirlenmesi gerektiği şeklindeki görüşümüzü ortaya koyduk ve 5237 sayılı kanunun gerekçesinin yönlendirmesinin aksine suçların içtimaı hükümlerinin hiçbirinin sapma halinde uygulanamayacağını savunduk. Sonuç olarak da hem tek neticeli sapma hem de çok neticeli sapma halinde failin cezai sorumluluğunun kast ve taksirine göre belirlenmesi gerektiğini belirttik.

Ceza hukukçuları tarafından üzerinde görüş birliğine varılamamış, uygulamanın da çelişik kararlar vererek tartışmaları ilerlettiği konularda kanun koyunun daha net kurallar koyarak yoruma açık belirsizlikleri gidermesi en uygundur.

**KAYNAKÇA**

- AKIN, Mustafa, “Teşebbüs, İştirak, İçtima”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, İstanbul 2008, s.148 – 191.
- ARTUK, Emin – GÖKÇEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- ARTUK, Emin – GÖKÇEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Caner, TCK Şerhi, Genel Hükümler, C.II, Ankara 2009.
- CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1986.
- GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.
- HAFIZOĞULLARI, ZEKİ – ÖZEN, MUHARREM, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- İÇEL, Kayıhan – EVİK, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 2007.
- İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul 1972.
- KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, Ankara 2009.
- KUNTER, Nurullah, “Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi”, İHFM, C.14-15, S.1-2, s. 359-379.
- KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954.
- LOEWENHEIM, Ulrich, “Error in Obiecto ve Aberratio Ictus”, (Çev. İÇEL, Kayıhan), İHFM, C. 36, S. 1-4, s. 422-438.
- OSMAN, Yaşar, Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Ankara 2000.
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989.
- ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Nihat – BACAKSIZ, Pınar – DOĞAN, Koray – TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008.
- SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu I, Ankara 1999.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009.

YARSUVAT, Duygun, BAYRAKTAR, Köksal, YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, BÜLBÜL, Erdoğan, KOCASAKAL, Ümit, AKSOY, Eylem, MEMİŞ, Pınar, KURT, Gülşah, TANSUĞ, Çağla, YILMAZ, Didem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu, C.II, Ankara, 2004, s.285-318.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

## **ANAYASA YARGISININ İŞLEVLERİ\***

*Arş. Gör. Dr. Ferhat USLU\*\**

### **ÖZET:**

Anayasa yargısı demokratik hukuk devletinde çok önemli işlevler üstlenmektedir. Bu işlevler: anayasanın üstünlüğünü sağlamak, demokrasiyi korumak ve geliştirmek, hukuk devleti ilkesini korumak ve geliştirmek, hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, yasama sürecine bireylerin katılımını sağlamak olarak sıralanabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısının İşlevleri, Anayasanın Üstünlüğünü Sağlamak, Demokrasiyi Korumak, Hukuk Devleti İlkesini Korumak, Hak ve Özgürlükleri Korumak, Yasama Sürecine Bireylerin Katılımını Sağlamak.

### **ABSTRACT:**

Judicial Review undertakes very important functions in the democratic constitutional state. These functions: ensuring the supremacy of the constitution, protecting and improving of Democracy, protecting and improving of the Principle of the rule of law, protecting and improving of the rights and freedoms, ensuring the participation of individuals to the legislative process.

**Keywords:** Judicial Review, Functions of Judicial Review, Ensuring the Supremacy of the Constitution, Protecting of Democracy, Protecting of the Principle of the Rule of Law, Protecting of the Rights and Freedoms, Ensuring The Participation of Individuals to the Legislative Process.

---

\* Bu makale “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu Işığında Türk Anayasa Mahkemesi” adlı yüksek lisans tezi, s. 22-40 arasındaki metin güncellenerek ve genişletilerek hazırlanmıştır. Ne var ki, yapılan güncelleme ve genişletme sonucu anılan tezin aynı başlığı taşıyan ilgili yeri ile bu makale metni arasındaki oldukça fazla farklılaşma söz konusu olmuştur. Bu farklılıklar için bkz.: Ferhat Uslu, **Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu Işığında Türk Anayasa Mahkemesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 22-40.

\*\* Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

## GİRİŞ

Anayasa yargısı günümüzde çok karmaşık ilişkiler ağı haline gelmiş devlet<sup>1</sup> için son derece önemli işlevler üstlenmektedir. Anayasa yargısının, özellikle seçimle işbaşına gelen ve dolayısıyla meşruluğunu doğrudan doğruya seçmenlerin iradesinden alan yasama organının işlemlerini denetlemesi ve onun yetkilerini sınırlandırması bağlamında kimi meşruiyet tartışmaları ortaya çıkabilmektedir<sup>2</sup>. Ayrıca aynı tartışmalarda anayasa yargısının gerekliliği de söz konusu olabilmektedir. Ancak en başta anayasa yargısının, meşruiyetini, büyük ölçüde yerine getirdiği işlevlerden alması<sup>3</sup>, bunları, anayasa yargısının meşruiyeti ve bu kurumun gerekli olup olmadığı tartışmalarında eksen bir konu haline getirmektedir. Her birisi ayrı birer makale yazılabilecek genişlikte olan anayasa yargısının meşruluğu ve anayasa yargısının bir hukuk sisteminde gerekliliği konularında sağlıklı bir sonuca varabilmek için, anayasa yargısının işlevlerinin açıklığa kavuşturulmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan, anayasa yargısının işlevleri sadece anayasa metni ile sınırlı kalmayıp<sup>4</sup>, anayasal ve siyasi sisteme büyük ölçülerde etki edebilmektedir. Dolayısıyla anayasa yargısının işlevleri hem hukuki alanda hem de siyasi alanda gözlenebilir<sup>5</sup>. Ancak bu makalede böyle ikili bir ayırım yapılmadan anayasa yargısının işlevleri bütünlükçü bir yaklaşımla anlatım konusu yapılacaktır.

## I. ANAYASA YARGISININ İŞLEVLERİ

Anayasa yargısı ile ilgili yapılan bir tanımlamada anayasa yargısının kapsamına giren konular; kanunların anayasa uygun olup olmadıklarına karar vermek, özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak bireylerle devlet arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak ve devlet organları arasında çıkabilecek uyuşmazlıklara bakmak olarak sayılmıştır<sup>6</sup>. O halde anayasa yargısının işlevleri şöyle sıralanabilir<sup>7</sup>:

<sup>1</sup> Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 128.

<sup>2</sup> **A.e.**, s. 216.

<sup>3</sup> İbrahim Özden Kaboğlu, **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Basım, Ankara, İmge Kitabevi, 2007, s. 123.

<sup>4</sup> Mehmet Tefik Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 82.

<sup>5</sup> **A.e.**, s. 79.

<sup>6</sup> Rod Hague, Martin Harrop and Shaun Breslin, **Comparative Government and Politics**, 4th Edition, England, MacMillan Press Ltd., 1998, p. 158 vd. "Anayasa yargısının başlıca işlevi norm denetimi ve temel hak ve hürriyetlerin korunması olmakla birlikte, buna ek olarak, anayasa mahkemelerine devlet kurumlarının yetki alanlarının belirlenmesi ve işleyişinin sağlanması, yüce divan görevleri ve siyasi partilerin denetimi gibi alanlarda da görev verilebilmektedir." Yavuz Atar, "Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması", **Anayasa Yargısı**,



Anayasanın üstünlüğünü sağlamak,  
Hukuk devleti ilkesini korumak ve geliştirmek,  
Devlet erkleri arasındaki uyumsuzluklarda arabulucu görevi üstlenmek,  
Demokrasiyi korumak ve geliştirmek,  
Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek,

Bu sayılanlara ek olarak, yasama sürecine bireylerin aktif katılımını sağlamak da anayasa yargısının işlevleri arasında sayılabilir.

### A. Anayasanın Üstünlüğünü Sağlamak

Kuşkusuz, anayasanın üstünlüğü ilkesi, anayasa yargısının en önemli esaslarından birisini oluşturmaktadır<sup>8</sup>. Bu ilkenin yaşama geçirilmesinin başlıca yolu da, anayasallık denetimidir<sup>9</sup>. “Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı anayasaya uygunluk denetimini, o da anayasa yargısını gerektirmiş ve bunu sağlamak üzere anayasa mahkeme(leri)si kurularak kararlarına bağlayıcı nitelik kazandırılmıştır”<sup>10</sup>. Anayasa yargısı olarak kurgulanmış “hukuksal/pragmatik mekanizma”, yetki ve sınırı önceden belirlenmiş bir alanda, devlet içerisindeki hukuk düzeninde anayasanın üstünlüğünü yasama organı iktidarı karşısında sağlama işlevini yerine getirmektedir<sup>11</sup>.

Anayasanın üstünlüğü ilkesi, Avrupa’da on dokuzuncu yüzyıl boyunca anayasanın daha çok siyasi üstünlüğünü ifade etmiştir. Anayasanın hukuki üstünlüğü ise, ancak yirminci yüzyılda AYM’lerin kurulması ile güvence altına alınmıştır. ABD’de ise, bu özellik, Avrupa’dan yüz yıldan biraz fazla bir zaman önce; on dokuzuncu yüzyıl başından itibaren ortaya çıkmaya başlamıştır<sup>12</sup>.

---

S. 25, Ankara, AYM Yayınları, 2008, s. 96, dn. 14. “Anayasa Mahkemelerinin günümüz demokrasilerinde önde gelen görevleri arasında demokratik istikrarın, hukukun üstünlüğünün, birey ve yurttaş haklarının güvence altına alınması gelmektedir.” Seada Palavrić, “Yargı Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu”, *Anayasa Yargısı*, S. 27, Ankara, AYM Yayınları, 2010, s. 24.

<sup>7</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 9. Basım, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2012, s. 107 ve 108.

<sup>8</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 12. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 464.

<sup>9</sup> Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 84.

<sup>10</sup> AYM, 11.4.1994, E. 1994\43, K. 1994\42-1, R.G., 15.4.1994, S. 21906, (Çevrimiçi) [http://www.Anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2249&content=](http://www.Anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2249&content=), 15 Haziran 2013.

<sup>11</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, “Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, AYM Yayınları, S. 24, 2007, s. 529.

<sup>12</sup> İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Güncellenmiş 6. Basım, İstanbul, Legal Kitabevi, 2010, s. 6.

Devlet gücünü sınırlandırma işlevini yerine getiren en önemli araçlardan olan erkler ayrılığı ilkesi, demokratik hukuk devleti ilkesi, normlar hiyerarşisi ilkesi vs. büyük ölçüde, anayasaların düzenleyici normlarının içinde yer alırlar. Ancak tüm bu ilkelerin gerçek yaşama uygulanması; hepsinden önemlisi de anayasanın korunması, anayasanın üstünlüğü ilkesinin sağlanmasını gerekli kılar. Anayasanın üstün norm olma özelliğini kazanması ise, yasama organının işlemleri üzerinde yargısal denetimin kabul edilmesi ile olanaklı olmuştur<sup>13</sup>.

Devlet içindeki bütün kurum, kuruluş ve diğer idari birimlerin anayasaya uygun hareket etmelerini sağlamak, anayasanın üstünlüğünü kabul etmekle ve bunu devam ettirecek mekanizmaların gerçekleştirilmesi ile sağlanabilir<sup>14</sup>. Bu mekanizmalardan en önemlisi kuşkusuz anayasa yargısıdır. Anayasa hâkimleri tarafından yorumlanmadan ve anlamlandırılmadan önce birer ölü metin olan anayasalar, anayasallık bloku içerisindeki konumlarını yine anayasa hâkiminin faaliyetleri sonucu güçlendirmişlerdir. Anayasa hâkiminin, kendilerine kurucu iktidarlar tarafından verilen yetki çerçevesinde ve yaptıkları yorumlama faaliyetleri ile etkinlik alanlarını genişleterek kendilerini denetlemeye yetkili gördükleri hukuki işlemlerin anayasallığını değerlendirirken, her zaman öncelikle anayasayı referans almaları, anayasaların şekli anlamda üstünlüğünü güçlendirmesi yanında, maddi anlamda üstünlüğünü de güçlendirmiştir.

Bir temel kurallar bütünü olarak, önce siyasi iktidarı ya da devleti düzenleme konusu yapan, giderek insan hak ve özgürlüklerini de doğrudan kendi içinde düzenleme konusu yapan anayasa, üstün norm olma özelliğini içtihadî anayasa hukuku ile kazanmıştır<sup>15</sup>.

Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in kurduğu normlar hiyerarşisi<sup>16</sup> hukuk düzenine göre, anayasa, normlar piramidinin en üstünde yer alır. Anayasanın bu konumu onun katı anayasa olma niteliğiyle de yakından ilgilidir. Anayasanın üstünlüğü ilkesinin teorik anlamı aşarak, pratik bir anlam ifade edebilmesi, anayasanın üstünlüğünü sağlayacak, bu durumu devam ettirip koruyacak donanım-

<sup>13</sup> Teziç, **a.g.e.**, s. 215 vd.

<sup>14</sup> Levent Gönenç, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar**, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2010, s. 5.

<sup>15</sup> Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 38.

<sup>16</sup> “Normlar Hiyerarşisi, yürürlükte bulunan hukuk kurallarının farklı değer sırasına ve düzeylere göre yapılanması; alt normların, üst normlara uygunluğunu öngören ve kademelenmede yukarıdan aşağıya doğru inildiği ölçüde (en soyuttan en somuta) hukukun somutlaştırılmasını sağlayan bir hukuk düzeninin kuruluşu olarak tanımlanabilir.” Kaboğlu, **Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye**, s. 14. Normlar hiyerarşisi ile ilgili ayrıca bkz.: Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, Trans. by Anders Wedberg, The Lawbook Exchange, LTD., Clark, New Jersey, 2007, pp. 123-135; Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight, Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange LTD., 2005, pp. 221-224.

ların varlığı ve etkinliği ile doğru orantılıdır<sup>17</sup>. Tarihsel sürece bakıldığında, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin soyut bir ilke olmaktan çıkarılarak, siyasi ve toplumsal yaşamda gerçekleştirilmesi, anayasa yargısı kurumlarının oluşturulması ile olanaklı olduğu gözlemlenir.

Gerçekten, AYM'ler, anayasalarda yer alan genel ilkeler ışığında bir yandan yasama organı tarafından yapılan kanunların, anayasaya uygunluğunu denetleyerek, bir yandan da bu genel ilkeleri genişletici yorumla geliştirerek, anayasanın üstünlüğü ilkesinin hukuksal yöntem ve araçlarla korunması işlevini yerine getirmektedir. Bu işlev anayasa yargısının varlık nedenini ve meşruiyet temelini oluşturmaktadır. Hukukun genel ilkeleri ve anayasa kurallarıyla bağdaşmayan işlem ve eylemler ile yasama tasarruflarının AYM'lerce çeşitli hukuksal yaptırımlara bağlanması, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Kuşkusuz tersi durumda, anılan ilke sadece şekli olarak anayasada yer almış olacak; ancak, gerçekte bu ilkenin uygulamaya yönelik bir faydası olmayacaktır.

## B. Demokrasiyi Korumak ve Geliştirmek

Bir yönetim biçimi olarak kökeni M.Ö. 5. yüzyıla kadar dayanan demokrasi, iki bin beş yüz yıllık zaman diliminde, uygulandığı döneme ve yere göre farklı anlamlara bürünmüştür<sup>18</sup>. Ancak bir yönetimin demokratik olarak nitelendirilebilmesi için gerekli şartlar konusunda genel bir uzlaşıdan söz edilebilir. Bu bağlamda demokratik olduğu iddiasında olan bir yapının, sahip olması gereken şartlar şöyle sıralanabilir:

- Öncelikle belirli kişi ya da grubun değil ve fakat halk egemenliğine dayalı bir yönetim,
- Herkesin kanun önünde eşit olduğunun kabulü,
- Halkın iradesini tam ve doğru yansıtan düzenli aralıklarla yapılan özgür ve adil seçimler,

<sup>17</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 464.

<sup>18</sup> Demokrasi, eski Yunanca'daki demos (halk) ve kretein ya da kratos (yönetmek ya da hükmetmek) kelimelerinin bileşiminden oluşmaktadır. Ne var ki, demos kelimesinin halk anlamının yanında "yoksullar" anlamı da bulunmaktadır. Türkçe'de demosun bu anlamına karşılık gelebilecek bir kelime olarak "avam" düşünülebilir. Sözelimi Birleşik Krallık'ın demokratikleşmesi "avam"ın (commons) temsilcisi olan Avam Kamarası'nın yetki bakımından Kral ve aristokratların temsilcisi olan Lordlar Kamarası'nın yerini almasıyla gerçekleşmiştir. Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 235. O halde eski Yunan'da demokrasiden anlaşılan para, entelektüel birikim ve soyluluk bakımından "eksik" olan avamın ya da yoksul çoğunluğun yönetimidir. Diğer taraftan demokrasi çeşitleri ve bunların anlamları üzerine bkz.: Hasan Tunç, "Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı", **GÜHFD**, C. 12, Y. 2008, S. 1-2, s. 1117-1131; Osman Nuri Özalp, "Türkiye Demokrasilerin Neresinde? Demokrasi Tiplemeşi Işığında Türkiye Örneğine Yeni Bir Bakış Denemesi", **İÜHFİM**, C. 66, S. 2, 2008, s. 136-144.

- Bu nitelikleri haiz seçimlerle temsilcilerin belirlenmesi,
- Bu temsilcilerin de halkın iradesine büyük ölçüde uygun hareket etmesi,
- Halkın siyasi ve sosyal hayata aktif katılımı,
- Herkes için (yabancı-vatandaş ayrımı olmaksızın) insan haklarının sağlanması ve
- Özellikle yönetenler açısından hukukun üstünlüğünün göz önünde bulundurulmasıdır.

Ancak demokrasi, salt çoğunluğun yönetimi anlamına gelmemekte ve fakat çoğulculuğu ifade etmektedir. Özellikle anayasal demokrasilerde, oyunun kuralları gereği yönetenler, çoğunluk tarafından belirlenmesine karşın, bu yönetim azınlığın hakları ile sınırlıdır.

Diğer taraftan demokrasi ve hukuk devleti genellikle bir arada kullanılan kavramlar olmakla birlikte, bunlar birbirinden farklı anlamlar taşımaktadır. Demokrasilerde, devlet iktidarının kaynağı doğrudan halktır ve hukuk devleti ilkesi iktidarın kaynağından bağımsız olarak çoğunluğun iradesini ve tercihlerini en başta sınırlandırmayı gerekli kılar<sup>19</sup>.

On sekizinci yüzyıl anayasacılık hareketlerine bakıldığında, anayasanın biri hukuki, diğeri de siyasi olmak üzere iki anlamının olduğu gözlenir. Anayasa yalnızca bir devletin hukuki statüsü olamayıp aynı zamanda devlet içinde siyasi iktidarı toplum içinde devlet iktidarını sınırlayan bir belgedir. Anayasanın devlet iktidarını sınırlayan, kişi haklarını güvenceye alan bir belge olması, aynı zamanda bir siyasi tercihi de yansıtır. Çünkü anayasanın devletin statüsü olması hukuki bir niteliğidir. Buna karşın devlet iktidarını sınırlaması, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi md. 16'daki düzenleme, anayasanın siyasi niteliğini ortaya koymaktadır<sup>20</sup>.

Ancak genel olarak ve gittikçe yaygınlaşan bir şekilde, yönetme hakkının, yani meşruiyetin demokrasiden geldiği yönündeki görüş kabul görmektedir. Genel kabul gören bu anlayışa göre, siyasi anayasanın işlevi demokrasiyi kurmak ve korumaktır<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Adnan Küçük, "Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke ve Siyasî Bir İdeal**, Haz. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 360.

<sup>20</sup> Teziç, **a.g.e.**, s. 4. Anılan beyanname md. 16 şöyledir: "Haklarını teminat altına alınması sağlanmamış, kuvvetlerin ayrılığı tâyin edilmemiş olan cemiyetler Anayasaya asla sahip değildir." Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 854.

<sup>21</sup> Ronald Myles Dworkin, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", **Anayasa Yargısı**, S. 28, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2011, s. 28.

İyi işleyen bir anayasa yargısı usule ilişkin kuralları koruyarak demokrasiyi pekiştirir<sup>22</sup>. Esasen demokrasi halkın katılımıyla iktidarın kullanılması; anayasacılık ise iktidarın sınırlanması ve dolayısıyla da çoğunluğun iradesinin ve tercihlerinin sınırlanması ile ilgili olduğundan anayasacılık ile demokrasi arasında bir çatışma ve bağdaşmazlık söz konusu olabilir<sup>23</sup>.

Demokrasi yalın anlamı ile çoğunluğun yönetimidir. Demokratik devlet ile anayasal devletin sentezini oluşturan anayasal demokrasi<sup>24</sup> aynı zamanda, azınlığın haklarının da korunduğu bir rejimi ifade eder. Çoğunlukçu demokrasi anlayışında önemli olan kolektif kararların çoğunluk tarafından alınmasıdır. Anayasal demokrasi anlayışında da kolektif kararlar siyasi kurumlarca alınmaktadır. Ancak, siyasi kurumlar bu kararları alırken toplumu oluşturan bireylerin her birine, birey olarak eşit ilgi ve saygı gösterir<sup>25</sup>.

Temsili rejimin anayasal demokrasiye doğru evrim geçirmesinde, genel oy, parlamentoculuk, siyasi partiler, oranlı temsile neden olan seçim sistemlerinin yanı sıra, yirminci yüzyılın ikinci yarısında yaygınlaşmış bulunan anayasa yargısının yasama işlemleri üzerinde yaptığı denetim de etkili olmuştur. Bu kapsamda, ulusun temsilcilerinin kabul ettiği kanunların ancak anayasaya saygı gösterilmesi şartı ile geçerli olduğu göz önünde bulundurulduğunda, temsilcilerin ortaya koydukları iradenin artık, egemen olmadığı ve fakat kurucu iktidarın iradesine diğer deyişle anayasayı kabul eden ulusun kendisine saygı göstermek zorunda oldukları kuşkusuzdur<sup>26</sup>.

Anayasa yargısı ya da AYM'lerin demokrasiyi koruyup onu geliştirirken yerine getirdiği işlev<sup>27</sup>, aynı zamanda, devlet içinde yer alan normlar arasında hiyerarşinin olduğu, örgütlenmesi erkler ayrılığı ilkesine göre şekillendiği ve bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvencelendiği bir devlet yapısını ifade eden hukuk devleti<sup>28</sup> açısından da çok önemlidir. Anayasa hâkimleri, görev ve yetkileri çerçevesinde hem hukuk devletinin kurucu öğeleri olarak işlev görmekte, hem de hukuk devletini gerçekleştirme ve koruma mekanizması işlevini yerine getirmektedirler<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 86.

<sup>23</sup> Gerçekten de demokrasi, iktidarın kaynağına ve iktidarın genişletilmesine vurgu yaparken; anayasacılık, bu iktidarın sınırlandırılmasına vurgu yapar. Bkz.: Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5. Basım, Ankara, Orion Kitabevi, 2009, s. 102.

<sup>24</sup> Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 26.

<sup>25</sup> Mehmet Turhan, "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu", **Anayasa Yargısı İncelemeleri-1**, Haz. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Ankara, AYM Yayınları, 2006, s. 51.

<sup>26</sup> Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 182-186.

<sup>27</sup> Bülent Yavuz, **Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 65.

<sup>28</sup> Kaboğlu, **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, s. 13.

<sup>29</sup> **A.e.**, s. 28.

Sözgelimi merkezileşmiş denetim sistemini benimsemiş olan İtalya'da AYM, Cumhurbaşkanı ile birlikte İtalya Anayasası'nın koruyuculuğu işlevini üstlenmiştir. AYM, İtalya'da üç önemli işlev yerine getirmektedir. Bu işlevlerden birincisi, İtalya Ceza Kanunu'nun demokratikleştirilmesi ve çağdaştırılması işlevidir. İtalya'da İkinci Dünya Savaşı sonrasında Anayasa değiştirilmiş; ancak, faşist dönemi yansıtan İtalya Ceza Kanunu değiştirilmemişti. AYM, 1960'lı yıllardan sonra verdiği kararlar ile İtalya Ceza Kanunu'nu faşist hükümlerden arındırmıştır. AYM'nin ikinci etkisi ya da işlevi, Kanunları yeniden yorumlayarak onları, yapılması sırasında öngörülme-yen; ancak, uygulanmaları sırasında ortaya çıkan uyumsuzluklara uygun olarak anlamlandırmak olmuştur<sup>30</sup>. Üçüncü olarak İtalya'da AYM, doğrudan demokrasi kurumlarından birisi olan halkoylamalarının anayasallığını denetlemektedir<sup>31</sup>. İtalya'da 1947 Anayasası md. 75'e göre beş yüz bin seçmenin ya da beş bölge konseyinin talep etmesi üzerine Kanunun tümüyle veya kısmen yürürlükten kaldırılması konusunun açıklığa kavuşturulması için yapılan halkoylamasının Anayasa'ya uygunluğunun ön incelemesi, AYM tarafından yapılmaktadır<sup>32</sup>. İtalya AYM özellikle halkoylamasına götürülebilecek konuları denetleyerek, İtalya Anayasası'nda temel bir hak olarak yer verilen kadınların oy kullanma hakkının halkoylamasına götürülmesini engelleyebilecektir.

Anayasanın bekçisi olarak Federal Almanya AYM, kanunları yorumlayarak Almanya'da demokrasinin pekişmesine yardımcı olmuştur<sup>33</sup>. AYM'nin, birisi 1952 yılında sosyalist Reich Partisi, diğeri 1956 yılında Almanya Komünist

<sup>30</sup> İtalya'da "Anayasa Mahkemesi, kanunları ve özellikle faşist dönemden kalma büyük İtalyan kodifikasyonlarındaki güç ve siyasal bakımından patlayıcı düzenlemeleri iptal etmekle, pratik güçlükler doğuran kanun boşlukları ortaya çıkarmak problemiyle karşı karşıya bulunmaktadır. Bu kanun boşluklarının doldurulması ise, anayasaya aykırı düzenlemelere on yıllar boyunca itirazsız gözyummuş ve çok sayıda âcil kanun koyucu görevleriyle başa çıkamayan bir kanun koyucudan hemen hemen hiç beklenemez. Bu nedenle İtalyan Anayasa Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi gibi fakat ondan çok daha sık olarak, anayasa hukuku bakımından kuşku verici düzenlemeleri tamamen anayasaya aykırı ilân etmektense, anayasaya uygun tarzda yorumlama imkânını kullandı. Sadece yaptığı bu işle bile İtalyan Anayasa Mahkemesi, kanunu yorumlamak ve *sentenze interpretative* denilen kararları vermek hakkına sahip çıkmaktadır: karar gerekçelerinde yorum yoluyla anayasaya uygun telâkki edilebilecek belirli bir kanun muhtevası ortaya çıkarılmaktadır. Bunun sonucu olarak, Anayasa Mahkemesi'ne sevk kararında ileri sürülen anayasaya uygunluk sorunu haksız bulunmakta ve anayasaya aykırılığına karar verilme için bir vesile görülmemektedir." Dian Schefold, "Anayasa Yargısı ve Yüksek Yargı", Çev. İrfan Yazman, AÜHFD, C. 31, S. 1-4, Ankara, AÜHFY, 1974, s. 135. Ne varki, İtalya AYM'nin bu tutumu İtalya Yargıtay'ının büyük direnişiyle karşılaşmış ve anılan kararların etkinliğini belirli ölçüde azaltmıştır. Bkz.: A.e., s. 135 ve 136.

<sup>31</sup> Pasquale Pasquino, "Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü: Eski ve Yeni Demokrasiler, Demokrasi ve Yargı Sempozyumunda Sunulan Tebliğ", **Demokrasi ve Yargı**, Sempozyum, 4-6 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005, s. 157 ve 158.

<sup>32</sup> Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 188.

<sup>33</sup> Christof Görisch, "Alman Anayasası Altında Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü", **Demokrasi ve Yargı**, Sempozyum, 5 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005, s. 196.

Partisi olmak üzere günümüze dek sadece iki siyasi parti için kapatma kararı vermiş olması<sup>34</sup> da, yüksek mahkemenin demokrasiye, örgütlenme özgürlüğü başta olmak üzere kişi hak ve özgürlüklerine verdiği önemi yansıtmaktadır.

Fransa'da Anayasa Konseyi, geçen elli yıl boyunca Fransa'nın hukuk devleti olmasında temel taşlardan birisi olmuştur. Anayasa Konseyi bireylerin temel haklarının gelişiminde, normlar hiyerarşisinin güvence altına alınmasında, maddi ve şekli hukuk devletinin gelişiminde anahtar bir rol oynamıştır. Bu bağlamda Konsey, devlet başkanı seçimini, Yasama ve senato seçimlerini ve halkoylamasına gidilmesini denetlemektedir<sup>35</sup>. Ayrıca 1982'den bu güne kadar, Desantrilizasyonunun İkinci Kanunu olarak bilinen yerel demokrasinin uygulanmasında itici bir güç olmuştur<sup>36</sup>. Konsey, 2 Eylül 1992 tarihinde verdiği bir kararla, uluslararası antlaşmaları da referans normlar arasına sokmuştur<sup>37</sup>. Diğer taraftan, Konsey, 1971 yılından bu yana verdiği kararlarda, Beşinci Cumhuriyet Anayasası olan 1958 Anayasası'nın Başlangıç kısmına, orda sözü edilen 1789 FİYHB'ne ve 1946 Anayasası'nın başlangıç maddesinde ifadesini bulan 'insan haklarına' dayanmaktadır. Anılan hükümlerin hâkimlere çok geniş bir takdir yetkisini kullanma olanağı vermesi ve hâkimlerin bu takdir hakkını olabildiğince kullanmaları, Anayasa Konseyi'nin daha geniş bir anayasallık bloku oluşturmaya ve Fransa'da daha etkin bir konuma gelmesine yol açmıştır<sup>38</sup>. Kuşkusuz anılan bütün bu etkenler Fransa'da demokrasinin ve insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde itici rol oynamıştır<sup>39</sup>.

1998 yılında kurulan Azerbaycan AYM faaliyetlerinin ilk yıllarında, mevzuatın demokratikleşmesini güçleştiren eski düzenlemelerin belirlenmesi, hak

<sup>34</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, "Parti Kapatmada Evrensel İlkeler Neler?", Zaman Gazetesi, 20 Mart 2008, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=666871>, 9 Haziran 2008.

<sup>35</sup> Fransa'da halkoylaması yasama faaliyetleri açısından önemli bir araçtır. Bkz.: Cem Eroğul, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2001, s. 172 ve 173.

<sup>36</sup> Alain Pariente, "Fransa'da Demokrasinin Pekişmesinde Anayasa Konseyi'nin Rolü", Çev. Esin Özbilgin, **Demokrasi ve Yargı**, Sempozyum, 5 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005, s. 207.

<sup>37</sup> Bakır Çağlar, "Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı**, S. 12, Ankara, AYM Yayınları, 1995, s. 313.

<sup>38</sup> Erdal Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara, 2003, s. 128 ve 129.

<sup>39</sup> Başkanlık hükümet sistemi ile parlamenter hükümet sisteminin uzlaştırılmasından ortaya çıkmış yarı başkanlık hükümeti sisteminin uygulandığı Fransa'da denetim ve denge düzeneği ABD sistemindeki gibi sağlam temellere dayanmamaktadır. Yasama yetkisi, ulusal meclis ve senatodan oluşan parlamentoya ait olmakla birlikte, yasama organının kanuni düzenleme yetkisi anayasa tarafından sınırlandırılarak, onun her konuda kanun yapması önlenmiştir. Belli şartlarda yürütme organının bile yasama işlevi bulunmaktadır. Ayrıntılar için bkz.: Eroğul, **a.g.e.**, s. 157-166; Giovanni Sartori, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme**, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 161-166.

ve özgürlüklerin altını dolduran standartların anayasal açıdan yorumlanması ve bireylerin sosyal haklarının korunması konularına yoğunlaşmıştır<sup>40</sup>.

Polonya AYM, yorumcu yargısal yetki aşımına eğilimi ile Anayasa'daki hukuk devleti ilkesinden yola çıkarak, Polonya Anayasası'nda açıkça düzenlenmeyen kimi birey haklarının tanınmasını sağlamıştır. Çek Cumhuriyeti AYM verdiği kararlar ile olağan yargı organları üzerinde yerel geleneklerden kaynaklanan pozitivist şekilciliğin baskısını azaltmaya çalışmıştır. Slovak AYM ise, otoriter yönetim tehlikesinin en fazla ortaya çıktığı 1994 ve 1998 yılları arasında kabul edilen kanunların yüzde atmışını kısmen ya da tamamen iptal ederek, Slovakya'da demokrasinin korunmasına büyük katkılarda bulunmuştur<sup>41</sup>.

Cezayir Anayasa Konseyi, Avrupa hâkiminin yöntem ve kavramlarını kullanarak, Cezayir Devleti'nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeleri de anayasallık bloku içine sokmuştur. Sovyetler Birliği Anayasal Denetim Komitesi'nin, aynı çizgiyi takip ederek Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) taraf olduğu insan hakları ile ilgili antlaşma ve uluslararası belgelere Anayasal değer tanınması<sup>42</sup>, kuşkusuz, uzun yıllar demokrasi ilkeleriyle bağdaşmayan bir yönetim altında yaşamak zorunda kalmış olan anılan ülke bireylerinin hak ve özgürlüklerinin gelişmesinde itici güç olduğu kadar, bu ülkede demokrasinin gelişimine de önemli katkılarda bulunmuştur.

Türkiye'de AYM, siyasi istikrarsızlıkların ve siyasi karışıklıkların önlenmesinde rol oynamaktadır. Anayasa yargısı ise, "anayasal demokratik düzeni, insan haklarına dayanan tüm çağdaş nitelikleriyle gerçek bir hukuk devleti yapmak göreviyle demokrasinin en içtenlikli, en yürekli koruyuculuğunu yapmak" yönünde işlev üstlenmiştir<sup>43</sup>. Ülkemizde AYM, anayasallık denetimi yolu ile anayasal düzenin beççiliğini yapmanın yanı sıra, siyasi iktidarın yetki sınırlarını belirlemektedir. Böylece siyasi iktidarın meşruluğu da dolaylı da olsa pekişmiş olmaktadır. Sistemin bütünlüğünü korumaya yönelik olan anayasallık denetimi, hızla değişen yasa organı çoğunlukları karşısında istikrar unsuru işlevi görmektedir<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Khanlar Hajiyev, "Demokrasinin Pekışmesinde Yargının Rolü", Çev. Ersoy Kntacı, **Demokrasi ve Yargı**, Sempozyum, 6 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005, s. 228.

<sup>41</sup> Radoslav Prochazka, "Polonya, Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti'nde Anayasa Yargısı", Çev. Ozan Ergül, **Demokrasi ve Yargı**, Sempozyum, 5 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005, s. 314-316.

<sup>42</sup> Bakır Çağlar, "Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", **Anayasa Yargısı**, S. 8, Ankara, AYM Yayınları, 1991, s. 19.

<sup>43</sup> Yekta Güngör Özden, "34. Kuruluş Yıldönümü Töreni Açış Konuşması", **Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşmaları (1996-2006)**, Ankara, AYM Yayınları, s. 2.

<sup>44</sup> Artun Ünsal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, Ankara, AÜSBFY, 1980, s. 28 ve 29.



Diğer taraftan demokrasi siyasetin bir ürünüdür<sup>45</sup>. Yayla'nın da belirttiği gibi<sup>46</sup>, siyaset, ortak varoluştan kaynaklanan kimi sorunların çözülme yöntemlerinden birisidir. Ancak, siyasetin bütün toplumsal hayatı kapsamaması da yararlı olmadığı gibi bu durumun zararlı olduğu bile söylenebilir. Siyasetin, devletin zor kullanma yetkisiyle tamamen toplumsal uzlaşma ile alınmamış kimi kararların uygulanmasını gerektirmesi, onun toplumsallaşmasını tehlikeli hale getirir. Bu bağlamda siyasetin demokratik niteliğe sahip olup olmaması da durumu değiştirmez. Sözelimi azınlığın, bir otoriter monarkın veya bir demokratik çoğunluğun kararıyla hak yoksunluğuna maruz kalması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. İşte anayasa yargısı demokratik siyasetin kurallarına göre yürüyüp yürümediğinin bekçiliği gibi önemli bir işlevi yerine getirerek her demokraside var olan azınlığın haklarını korur.

Anayasa yargısının anılan işlevini yerine getirmesinde ölçüt olabilecek en önemli konulardan birisi siyasi partilerin kapatılması ya da yasaklanması rejimidir. Gerçekten de, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan önceki, başta Almanya ve İtalya olmak üzere özellikle Avrupa'daki siyasi gelişmeler demokratik bir sistemde siyasi partilerin işlevlerinin daha iyi anlaşılmasını sağlamıştır. Günümüz çağdaş demokratik sistemlerde siyasi partiler, bireylerin meşru zeminde siyaset yapabilecekleri en temel kurumlardan birisi olarak kabul edilmektedir. Bireyler gerek yerel yönetimlerin belirlendiği seçimlerde, gerekse de devletin genel siyasetinin belirlendiği ve yürütüldüğü organların (yasama ve yürütme) belirlendiği genel seçimlerde siyasi partiler aracılığıyla siyasi hayata katılabilmektedir. Siyasi partilerin kapatılması ve yasaklanması rejimi, onların hem demokrasinin işlemesi hem de bireylerin örgütlenme özgürlüğünün gerçekleştirilmesi bağlamındaki öneminden dolayı ayrıntılı düzenlenmesi gereken bir alandır.

Nitekim Hukuk Yoluyla Demokrasi Avrupa Komisyonu ya da Venedik Komisyonu, 10-11 Aralık 1999 tarihinde kabul ettiği "Siyasi Partilerin Kapatılması ve Benzer Yaptırımlar Rehberi" adlı raporda, bir siyasi partinin kapatılması veya yasaklanmasına ilişkin kimi temel ilkeler belirlemiştir. Bu ilkelere göre<sup>47</sup>, siyasi partilerin kapatılması veya yasaklanması AYM veya ona benzer dü-

<sup>45</sup> Ali Yaşar Sarıbay, "Millet, Milliyetçilik, Demokrasi", Star Gazetesi, 17 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://haber.stargazete.com/acikgorus/millet-milliyetcilik-demokrasi/haber-705040>, 17 Kasım 2012.

<sup>46</sup> Atilla Yayla, "Liberaller, Siyaset ve Siyasî Partiler", Zaman Gazetesi, 23 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/yorum/liberaller-siyaset-ve-siyasi-partiler/2019584.html>, 23 Kasım 2012.

<sup>47</sup> European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), "Guidelines On Prohibition and Dissolution Of Political Parties and Analogous Measures", Adopted by the Venice Commission at its 41st Plenary Session, (Venice, 10 – 11 December, 1999), (Çevrimiçi) [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-INF\(2000\)001-e.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-INF(2000)001-e.aspx), 23 Ocak 2013, p. 4 and 5.

zeyde bir üst mahkemenin açıklık, adil yargılanma ve diğer temel ilkelere uygun şekilde gerçekleştireceği yargılama sonucunda alınacak karar üzerine olanaklıdır. Avrupa Komisyonu'na üye devletler herkesin, siyasi parti çatısı altında örgütlenme hakkının olduğunu kabul etmelidirler. Anılan hak, siyasi görüş sahibi olmayı ve resmi makamların herhangi bir müdahalesi ve sınırlandırması olmaksızın bilgi edinme ve aktarma hakkını da kapsar. Temel kişi hak ve özgürlüklerine siyasi partilerin faaliyetleri yoluyla getirilecek her türlü sınırlandırma, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmelere uygun olmalıdır. Siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılmaya zorlanması, şiddet kullanılmasını teşvik eden veya anayasayla güvencelenen hak ve özgürlükleri ihlâl ederek demokratik anayasal düzeni yıkmak amacıyla şiddete başvuran partiler için söz konusu olabilir. Bir siyasi parti bütün olarak, parti tarafından siyasi/kamusal çerçevede parti faaliyetlerinde yetkilendirilmemiş üyelerinin işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulamaz. Geniş kapsamlı bir tedbir olarak siyasi partilerin yasaklanması ve kapatılması yoluna, azami sınırlamayla başvurulmalıdır. Yetkili makama yasaklanma veya kapatılma için başvuruda bulunulmadan önce, hükümet ve diğer devlet kurumları, sözkonusu devlet koşullarını da dikkate alarak, partinin hür demokratik düzene ve hak ve özgürlükler için gerçek bir tehlike olup olmadığını ve eğer tehlike oluşturuyorsa bu durumun daha başka bir tedbirle giderilip giderilemeyeceğini değerlendirmelidirler. Dolayısıyla bir siyasi partinin kapatılması ya da yasaklanması “en son çare” olarak uygulanacak yaptırımdır. Bir siyasi partinin kapatılması veya kendisini feshetmeye zorlanması ancak yetkili mahkemenin anayasaya aykırılık sebebiyle, orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak bu yönde vereceği bir kararla olanaklıdır. Bu karar, parti üyelerinin değil ve fakat partinin kendisinin işlem ve eylemleriyle anayasaya aykırılığı oluşturduğu konusunda yeterli delil bulunması durumunda verilebilir.

Günümüzde çağdaş demokratik devletlerin tamamına yakınında siyasi partilerin kapatılması veya yasaklanması yaptırımının, anayasallık denetiminde içtihat birliğini de sağlayan yüksek mahkeme ya da anayasallık denetimi için özel olarak oluşturulmuş AYM tarafından uygulanması esası kabul edilmiştir. İHAS'a taraf devletlerdeki siyasi parti yasaklarının, parti kapatma ve yasaklama kararlarının İHAS'a uygunluğu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından denetlenmekte ve gerektiğinde devletler açısından ihlâl kararları verilebilmektedir<sup>48</sup>.

Anayasa yargısının demokrasinin korunması ve geliştirilmesi yönündeki işlevi kapsamında değerlendirilecek diğer bir işlevi ise, yüce divan yargılamasında ortaya çıkmaktadır. Kimi devletlerde, demokrasinin işlemesinde rol oynayan belirli organların başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan yargılanması

<sup>48</sup> Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Hüseyin Özcan ve Murat Yanık, **Siyasi Partiler Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2007, s. 152-161.

anayasallık denetiminde içtihat birliğini sağlayan yüksek mahkemeler ya da AYM'ler tarafından yerine getirilmektedir<sup>49</sup>.

Son olarak, İngiliz siyasetçi Winston Leonard Spencer Churchill'in (30 Kasım 1874-24 Ocak 1965) söylediği gibi, "(b)u günah ve acı dolu dünyada pek çok yönetim biçimi denendi ve denenecek. Demokrasinin kusursuz ya da tamamıyla bilgece olduğunu kimse iddia etmiyor. Aslında, zaman zaman denenmiş olan tüm diğer biçimler dışında, demokrasinin en kötü yönetim biçimi olduğu söylenmektedir." Ne var ki, yaşadığımız yüzyılda hemen bütün dünyada erdemleri konusunda bir ittifakın olduğu demokrasiden daha iyi bir yönetim sistemi de bulunabilmiş değildir.

Nitelikli ve iyi işleyen bir demokrasi, sürekli ve düzenli olarak yapılan seçimlerin yanında, hukuk devleti ilkesine saygı gösterilmesini de gerektirir<sup>50</sup>. Bundan dolayı anayasa yargısının diğer bir işlevi olarak, hukuk devleti ilkesini korumak ve geliştirmekten sözedilebilir.

### C. Hukuk Devleti İlkesini Korumak ve Geliştirmek

Hukuk devleti ilkesi, anayasanın üstünlüğü ilkesiyle birlikte anayasa yargısının dayandığı esaslardan birisini oluşturmaktadır<sup>51</sup>. Doktrinde kimi yazarlar, yasama organının bazı işlemlerinin ve özellikle kanunların yargısal denetiminin olmaması durumunda demokrasi ve hukuk devletinden bahsedilemeyeceği kanaatinde dirler<sup>52</sup>. Ancak, demokratik bir hukuk devleti olduğundan kuşku duyulmayan Hollanda Krallığı yazılı bir anayasaya sahip olmasına rağmen, hukuk sisteminde anayasa yargısına yer vermeyen devletler arasında bulunmaktadır<sup>53</sup>. Yine gelişmiş demokrasiler arasında sayılan ve yazılı ya da anayasa adı altında bir araya getirilmiş resmi belgelerin tamamını ifade eden şekli anlamda bir anayasaya sahip olmamakla<sup>54</sup> birlikte, maddi anlamda bir anayasası olan Birleşik Krallık'ta da anayasa yargısı bulunmamaktadır<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Murat Yanık, **Yüce Divan**, İstanbul, Derin Yayınları, No. 119, 2008, s. 54-65.

<sup>50</sup> Levent Gönenç, "Türkiye'de Reform Sürecinin Geleceği", *Radikal* 2, 20 Şubat 2005, (Çevrimiçi) <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalEklerDetayV3&ArticleID=872320&CategoryID=42>, 21 Haziran 2012.

<sup>51</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 464.

<sup>52</sup> Hasan Tunç, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997, s. 32; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 465-467.

<sup>53</sup> Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2010, s. 428.

<sup>54</sup> Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 17. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 4. Teamüli ya da maddi anlamda anayasaya sahip olan Birleşik Krallık'ta, anayasal konularla ilgili kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. Bunların başlıcaları şunlardır: 1215 Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı), 1628 Petition of Rights (Haklar Dilekçesi), 1679 Habeas Corpus Act, 1689 Bill of Rights (Haklar Bildirisi), 1701 Act

Ancak esasında, anayasa yargısı ya da AYM'lerin demokrasiyi koruyup onu geliştirirken yerine getirdiği işlev, aynı zamanda, devlet içinde yer alan normlar arasında hiyerarşinin olduğu, örgütlenmesi erkler ayrılığı ilkesine göre şekillendiği ve bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvencelendiği bir devlet yapısını ifade eden hukuk devleti<sup>56</sup> açısından da çok önemlidir. Kanunların anayasa-ya uygunluğunun yargısal denetimi temelinde, devletin bir hukuk devleti olarak işlemesi amacına hizmet etmektedir<sup>57</sup>. Anayasa hâkimleri, görev ve yetkileri çerçevesinde hem hukuk devletinin kurucu öğeleri olarak işlev görmekte, hem de hukuk devletini gerçekleştirme ve koruma mekanizması işlevini yerine getirmektedirler<sup>58</sup>.

Hukuk devleti ilkesi, anayasacılığın bir unsuru olarak batı demokrasilerinde iki yüz yıldan beri normlar hiyerarşisi mekanizması ile değişik ölçülerde uygulamaya geçirilmiştir. Ne var ki, milli egemenliği temsil ve ifade eden yasama organı önünde takılıp kalmış, anayasa ve üstün kurallar düzeyine çıkamamıştır. Yirminci yüzyılın ilk çeyreğinde anayasa yargısının uygulamaya geçmesi ile hukuk devleti ilkesi, devletin işleyişi içerisinde bütün olarak gerçekleşme olanağı bulmuştur<sup>59</sup>.

“Hukukla sınırlanmış devlet”i ya da yönetilenlerin bağlı oldu gibi yönetenlerin de hukukla bağlı olduğu devleti ifade eden hukuk devletinin, bu niteliğini korumasında anayasa yargısı önemli işlevler üstlenmiştir<sup>60</sup>. Yine hukuk devletinin vazgeçilmez gerekleri arasında yer alan, âdil yargılanma hakkı<sup>61</sup>,

---

of Settlement, 1911 Parliament Act, 1947 Crown Proceedings Act, 1949 Parliament Act, 1986 Representation of the People Act, 1998 Human Rights Act, 1999 House of Lords Act ve 2005 Constitutional Reform Act.

<sup>55</sup> Şekli anlamda bir anayasaya sahip olmayan Birleşik Krallık'ta, “...anayasanın ruhunun var olduğu ve bu görünmez anayasanın kendisini çıkarılan kanunlarda, devlet organlarının hareketlerinde hissettirdiği genel bir kabuldür.” Alper Bilgili, “Pozitivizme İmanın Esasları”, Star Gazetesi, 16 Ocak 2012, (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/acikgorus/pozitivizme-imanin-esaslari-haber-415831.htm>, 6 Şubat 2012. Diğer taraftan Lesotho Krallığı ve Libya Cumhuriyeti, hukuk sisteminde anayasa yargısına yer vermeyen devletlerdendir. **Constitutional - Judicial Review**, (Çeviriçi) <http://www.concourts.net/tab/tab1.php?lng=en&stat=1&pri=0&srt=0>, 1 Haziran 2013

<sup>56</sup> Kaboğlu, **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, s. 13.

<sup>57</sup> Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 84.

<sup>58</sup> Kaboğlu, **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, s. 28.

<sup>59</sup> Lütfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısı’nın İşlevi ve Konumu”, **Anayasa Yargısı**, S. 1, Ankara, AYM Yayınları, 1984, s. 57.

<sup>60</sup> Mutlak monarşilerde olduğu gibi, otoriter ve/veya totaliter diktatörlüklerde de hukuk ya da kanun bulunmamaktadır. Birer kanun devleti olarak nitelendirilebilecek anılan devletlerin hiçbirisi maddi anlamda hukuk devleti olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Mustafa Erdoğan, “Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, **Doğu Batı**, Hukuk ve Adalet Üstünü, Y. 4, S. 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-01, Ankara, Felsefe Sanat ve Kültür Yayınları,

- aynı zamanda demokrasinin de temel şartlarından olan mahkemelerin ve/veya hâkimlerin siyasi organlar karşısında bağımsızlığı ve tarafsızlığı<sup>62</sup>,
- suçsuzluğu isbat edilene kadar kişilerin masum olduğunu ifade eden masumiyet karinesi,
- yargılamaların aleniliği,
- sanıkların kötü muamele görmemesi,
- delillerden sanıklara gidilmesi,
- yargılamanın en hızlı şekilde tamamlanması,
- herkesin kanun önünde eşitliğine<sup>63</sup> ilişkin temel ilkelerin korunması ve gerçek yaşama uygulanması konusunda anayasa yargısının işlevleri yadsınmaz.

#### D. Erkler Arasında Arabuluculuk Yapmak

Erkler ayrılığı ilkesi, devlet iktidarının sınırlandırılması aracı olarak, kurumsal, yaptırımli, ancak özgürlükçü, birey kaynaklı bir seçenek sunmaktadır. Egemenlik Tanrı'dan ve monokratik iktidardan bireylere aktarıldığında, bireyler için özgürlük ve sınırlı iktidar vazgeçilmez olmuştur. Özgürlük ve sınırlı iktidarı gerçekleştirmek için egemen erkten kaynaklanan kamu yetkilerinin dengeli, uyumlu ve ılımlı çalışması için ayrı ayrı organlarda toplanması uygun görülmüştür<sup>64</sup>. Bu bağlamda anayasa yargısının demokratik hukuk devletindeki en önemli varlık nedenlerinden birisi, devlet organlarının yetki ve sınırlarının; eş deyişle anayasal güç dengesinin korunmasıdır. Anayasallık denetimi yapan mahkemeler ve AYM'ler anılan işlevi, yasama organının kabul ettiği kanunları, anayasada öngörülen şekliyle erkler ayrılığı ilkesine uygun bir devlet örgütlenmesinin sağlanması açısından denetlemek suretiyle yerine getirmektedir<sup>65</sup>.

---

2000, s. 53. Anılan devletlerde, yönetilenler hukukla bağlı olmasına rağmen, aynı durum yönetenler açısından geçerli değildir.

<sup>61</sup> Atilla Yayla, "Hukukun Hâkimiyeti ve Ergenekon Yargılamaları", Zaman Gazetesi, 5 Nisan 2013, (Çevrimiçi) [http://www.zaman.com.tr/yorum\\_hukukun-hakimiyeti-ve-ergenekon-yargilamalari\\_2074163.html](http://www.zaman.com.tr/yorum_hukukun-hakimiyeti-ve-ergenekon-yargilamalari_2074163.html), 5 Nisan 2013.

<sup>62</sup> Ergun Özbudun, "Hükümet Sistemi Tartışmaları (1)", Zaman Gazetesi, 8 Nisan 2013, (Çevrimiçi) [http://www.zaman.com.tr/yorum\\_huk-met-sistemi-tartismalari1\\_2075165.html](http://www.zaman.com.tr/yorum_huk-met-sistemi-tartismalari1_2075165.html), 8 Nisan 2013.

<sup>63</sup> Adnan Küçük, "TSK'daki Emeklilikler, Askeri Vesayetten Demokrasiye Bir Adım", Hürfikirler, 30 Temmuz 2011, (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/konular/yazdir.php?id=1827>, 10 Haziran 2012.

<sup>64</sup> Mustafa Kutlu, **Kuvvetler Ayrılığı Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletin Kökenleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001, s. 100 ve 101.

<sup>65</sup> Hakyemez, "Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması", s. 529.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik duyarlılık devlet içerisinde yatay erkler ayrılığının sağlanmasında; demokrasinin bütün kuram ve kurallarıyla işlemesine yönelik demokratik isteklerin karşılanmasına yönelik duyarlılık dikey erkler ayrılığının sağlanmasında teşvik edici unsur olmaktadır. Günümüzde, bütün iktidarın tek merkezde toplandığı merkezî devletler büyük ölçüde yerlerini, devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında paylaşıldığı devlet yapılarına bırakmıştır<sup>66</sup>. Egemenlik anlayışındaki değişim ve dönüşüm, sadece yatay ve dikey erkler ayrımına göre örgütlenmiş devletlerde kendisini göstermemiştir. Özellikle egemenlik kavramının son yüzyılda büründüğü anlam, devlet içerisinde yatay ve dikey erkler ayrımına bağlı örgütlenmenin yanında kimi bağımsız idari otoriteler ve/veya özerk<sup>67</sup> kuruluşların ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>68</sup>.

Anayasacılığın bir unsuru olan federalizm<sup>69</sup>, dikey erkler ayrımına bağlı olarak federal devlet-federe devletler ayrımının ortaya çıkardığı bir olgudur<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Günümüzde yatay erkler ayrılığı denilince yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerden daha çok, yargının bu anılan iki erkten bağımsızlığı anlaşılmaktadır. Bkz.: Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı**, Çev. Ahmet Mumcu, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2002, s. 234.

<sup>67</sup> Grekçe ‘auto’ (kendi) ve ‘nomos’ (kural, kanun) sözcüklerinin bir araya gelmesiyle oluşan ‘autonomous’, sözcüğü ‘kendi kanunu kendisi yapan’ anlamına gelmektedir. Anılan sözcüğün Türkçe karşılığı olarak ‘özerklik’ kullanılmaktadır. Prof. Mümtaz Soysal’ın söylediği gibi, “erkinin özünden alan” olarak da ifade edilebilir. Levent Köker, “Özerklik”, Zaman Gazetesi, 4 Ekim 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=1353835&title=ozerklik>, 5 Ekim 2012.

<sup>68</sup> Türkiye’de bağımsız idari otoriteler ya da düzenleyici kuruluşların “...mision ve amacının, yeni teknolojilerin ve mali enstrüman ve manüpülasyonların bazı temel hak ve özgürlükleri ve ekonomik düzeni tehdit ve ihlâllere karşı koruma olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir işlev ve ereğin gerçekleştirilmesi için kamusal ve özel güçlerden gelebilecek söz konusu tehlike ve zararları önleme ve yaptırımlara bağlama yetkisine sahip organların oluşturulması ve görevlendirilmesi gereği açık ve kesindir. Siyasal iktidarın ve ekonomik güç odakları karşısında ancak bağımsız ve güvenli otoriteler temel hak ve özgürlükler ile piyasa mekanizmalarının düzgün işleyişini, bunların müdahale, baskı ve etkileri olmadan sağlayabilir ve güvence altına alabilir.” Lütfi Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 30, S. 1, Mart 1997, s. 4. Diğer taraftan özellikle ülkemizde son yıllarda düzenleyici kurullar enflasyonu yaşamaktadır. Anılan kurullar yeniden gözden geçirilerek, geçmişteki işlevselliği de dikkate alınarak, işlevsel olmayanların varlığına son verilmelidir. Varlığına devam etmesine karar verilen düzenleyici kurullarda, düzenleyici kurulun görev alanına giren iş alanlarının temsilcilerinin de yer alması esasının benimsenmesi daha yararlı olur. Ramazan Çağlayan, “Yeni Anayasa ve İdarî Teşkilât”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 81.

<sup>69</sup> Atilla Yayla, “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 14.

<sup>70</sup> “Federal sözcüğü Latince anlaşma, sözleşme anlamına gelen “foedus” tan gelir. Yani federalizm çeşitli grupların işbirliği yapma üzere bir birlik oluşturmasını ifade eder. Federalizm kuramcılarına göre federalizm devletin değil toplumun bir özelliğidir. Livingston’a göre eğer farklılıklar belirli coğrafi bölgelerde kümelenmişler ise toplumun federal yapılı olduğundan söz edilebilir. Kısacası federalizm farklı ulusları ve etnik kimlikleri tek bir devlet çatısı altında

Federal devlet-federe devletler ayrımına ek olarak özerk bölge yönetimlerinin tanınması, merkezî iktidarın yetkilerini en azından ulusal altı düzeyde büyük ölçüde zedelemektedir. Egemenliğin, devleti meydana getiren bu kurum, kuruluş ve erkler arasında paylaştırılma biçimi büyük ölçüde anayasalarda düzenlenmektedir. Dahası her bir kurum, kuruluş ve erklerin yetkilerinin sınırları anayasalarda çizilmektedir. Ancak, örgütlenmesi gittikçe karmaşık ilişkiler ağı haline gelmiş kurumlar kurumu olan devleti<sup>71</sup> oluşturan iktidar merkezleri arasında, yetki, görev ve diğer bir takım konularda çeşitli anlaşmazlıklar çıkabilir.

Devlet organları arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda anayasa yargısının arabulucu işlevi, federal devletlerin önemli özelliklerinden olmakla birlikte<sup>72</sup>, AYM'ler sadece federal devlet-federe devletler şeklinde örgütlenmiş devletlerde, anılan iki yönetim birimi arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda arabulucu rolü üstlenmemişlerdir. Bunun yanında bölgelere farklı derecelerde özerklik vermiş devletlerde de anılan işlevi yerine getirmektedirler. Bölgeler, devletlerin yönetim kademelenmesinde merkezî yönetimden sonra gelen ve yerel kademeye merkez arasında konumlanan bir idari bölüm olarak tanımlanabilir. Bu kademe sadece mülki bir kademe olabileceği gibi, hem mülki hem de il ve belediye yerel yönetimlerinin üstünde yer alarak yerel yönetim kademesi şeklinde yapılandırılmış olabilir. Bölge, kimi zaman mülki yönetim kademesi olarak düşünülmeyen salt yerinden yönetim kademesi olarak da uygulanabilmektedir. Dünyadaki her üç tür yapılanmaya da rastlanabilmektedir<sup>73</sup>.

Diğer taraftan Parlak'ın da belirttiği gibi<sup>74</sup>, bölge yönetimleri ile federal devletlerdeki eyaletler arasında bazı farklarda bulunmaktadır. Federal devletlerde yer alan eyaletler siyasi yerinden yönetime göre bir devlet niteliğinde yapılanmış federe yönetim bütünlüğünü ifade ederler. Ancak bölge yönetimleri veya bölgesel yerinden yönetim birimleri idari yerinden yönetim anlayışıyla örgütlenen devlet veya alt devlet olma niteliği bulunmayan, ayrı yasama ve yürütme organları olmayan yerel yönetim biçimleridir. Bu açıdan bakıldığında genellikle

---

tutabilmenin en uygun yolu olarak benimsenen bir yönetim şeklidir.” Ufuk Coşkun, “Çoğulcu Yönetim Modeliyle Huzurlu Yaşam Mümkün!”, Milliyet Gazetesi, 29 Mart 2013, (Çevrimiçi) <http://gundem.milliyet.com.tr/cogulcu-yonetim-modeliyle-huzurlu-yasam-mumkun-gundem/gundem-yazardetay/29.03.2013/1686624/default.htm>, 29 Mart 2013.

<sup>71</sup> Fransız düşünür ve kamu hukukçusu Maurice Hauriou. Belirten: Teziç, **a.g.e.**, s. 129.

<sup>72</sup> Hans-Heinrich Vogel, “Constitutional Review and Democracy – Constitutional Courts and the Legislative Process”, **Seminar on “Strengthening of the principles of a democratic state ruled by law in the Republic of Belarus by way of constitutional control”**, Place and Date: Strasbourg, 15 July 2003, CDL-JU, 2003, 25, p. 3.

<sup>73</sup> Bekir Parlak, “Anayasa Tartışmaları ve Bölgesel Yönetim”, Star Gazetesi, 2 Temmuz 2012, (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/acikgorus/Anayasa-tartismalari-ve-bolgesel-yonetim/haber-626308>, 2 Temmuz 2012.

<sup>74</sup> **A.e.**

kimi tek yapılı devletlerde buldukları; bazı federal devletlerde de eyalet yönetimi kapsamında farklı yapı ve işlevleriyle var olabildikleri gözlemlenir. Federal devlet şeklinde örgütlenmiş olan ABD'deki 'Special District'ler okul yönetimi, orman, çevre, su havzası yönetimi ve hizmetleri gibi belirli kamu hizmetlerini yerine getirmek amacıyla kurulmuş bulunan, diğer yönetim sınırlarını aşan ya da bu sınırlara uymayan bölgesel ölçekli yerel yönetim birimleri buna örnek verilebilir. Tek yapılı devletlerde yer alan bölge yönetimleri ise çok farklı sistemler sergileyebilmektedirler. Kuşkusuz devletlerin kendilerine özgü nitelik ve özellikleri idari ve siyasi yapılanmalarında da etkili olmaktadır. O halde bölge, geniş anlamda merkezî yönetimin denetimine tabi bir alt kademe; dar anlamda ise anayasal statüsüne bağlı olarak farklılık göstermekle birlikte "bölgesel yerel yönetim birimi" olarak tanımlanabilir. Esasında bölgeliğin dayandığı bölge fikri insani, kültürel, dilbilimsel ve diğer özellikler bütününe bir arada bulunmasının, az çok özerkliğe sahip bir siyasi varlığı meşru kıldığı fikrini savunur. Günümüzde bölgeler küresel ekonomik ve teknolojik güçlerin ve ulusal gerçekliklerin kesişme noktalarında şekillenmektedirler. Fiziksel bölgeler temel olarak devlet tarafından denetlenen coğrafi, askeri ve ekonomik alanlara gönderme yaparlar. İşlevsel bölgelerse kültür ve pazar gibi coğrafi olmayan ve sıklıkla devlet dışı unsurların denetim alanında olan etmenler tarafından tanımlanırlar. Sözelimi, etnik bir grup kültürel bir bölge oluşturmak isteyebilir ve bunu bağımsız bir siyasi topluluğu destekleme için kullanabilir Her şeyden önce bölge bir alandır yerel ilişkilerden daha geniş bir coğrafyayı ifade eder. Bölge, tanımı ölçü alınan kıstasa göre değişmekle birlikte, doğal, sosyal, kültürel, ekonomik, güvenlik, seçim çevresi, belli kamu hizmeti alanı gibi farklı değişkenlerin az çok üst üste çakıştığı bir alanı ifade eder ki bu olgu da, bu tür alanların uzun dönemde bölge olarak tanımlanmalarını meşrulaştırabilir. Bölge, her şeyden önce bir idari yapı olsa da kuşkusuz onun her bakımdan sınırlarını çizen, sosyal sistemdir. İnsan grupları arasında yerel ötesi ilişkilerden oluşmuş, yerleşmiş ağların varlığına işaret eder. Bölgeleri öncelikle coğrafya belirlemekle birlikte kimi fiziki engeller, sınırların oluşmasını sağlar.

İtalya ve İspanya'da dikey erkler ayrılığı çerçevesinde anayasalarca özerklik tanınmış olan bölge yönetimlerinin bu özerklik hakkı, AYM'ler tarafından korunmaktadır<sup>75</sup>. Diğer taraftan, özerk bölge yönetimlerine (sınırlı da olsa) yasama faaliyetinde bulunma hakkının verilmiş olması durumunda, AYM'ler bu yasama faaliyetleri sonucu yapılan kanuni düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetleyerek, devletin birliğinin korunmasını da sağlamaktadır<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> İspanya'da on yedi özerk bölge bulunmaktadır. Ahmet Yıldız, "Federasyon Neden Çözüm Olmaz", Star Gazetesi, 6 Ekim 2012, (Çevrimiçi) <http://haber.stargazete.com/acikgorus/federasyon-neden-cozum-olamaz/haber-695025>, 8 Ekim 2012.

<sup>76</sup> Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 156-160.



İtalya’da hükümet, özerk bölge kanunlarının, özerk bölgelere tanınan yetkinin dışına taşıdığı iddiası ile anılan kanun hakkında AYM’ye başvurabilir. Aynı şekilde, bir özerk bölge de, ulusal bir kanunun, kendilerine tanınan alan içine taşan bu tür bir düzenlemenin bir başka özerk bölgenin kanunu ile gerçekleştiği iddiası ile AYM’ye başvurabilir<sup>77</sup>. Bölgelere siyasi karar alma yetkilerinin tanındığı ya da federal örgütlenme tarzını benimsemiş diğer bütün Avrupa devletlerinde de farklı ulusal kamu iktidarları, ulusal düzey ve bölgeler, federe devletler veya özerk topluluklar arasında yetki dağılımı ve dengesi AYM’ler tarafından sağlanmaktadır<sup>78</sup>.

Türkiye’de bölgesel yönetim kademesi mülki ve yerel yönetim anlamında bulunmamaktadır. Ancak Any. md. 126-3’te yer alan, “Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla birden çok ili içine alan merkezî idare teşkilâtı kurulabilir. Bu teşkilâtın görev ve yetkileri kanunla belirlenir.” hükmü karşısında, anayasal sistemimizin illerin üstünde bölge idarelerinin kurulmasını yasaklamadığı gibi, tersine bunların oluşturulmasına uygun olduğu anlaşılmaktadır. Esasında 4 Ekim 1983 tarih ve 71 sayılı Bölge Valiliği Hakkında KHK, ülkemizde bölge valilikleri kurmuştu. Ancak anılan KHK TBMM’de yapılan oylamada reddedilmiş ve yürürlükten kalkmıştır. Diğer taraftan 10 Temmuz 1987 tarihli 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında KHK, İçişleri Bakanlığına bağlı olarak, bölgesinde güvenliği ve eşgüdümü sağlamakla görevli Olağanüstü Hal Bölge Valiliği kurulmasını düzenlemektedir. Ancak anılan bölge valiliğinin görev süresi sadece olağanüstü hal süresi ile sınırlı olduğundan ve şu anda da ülkemizin herhangi bir bölgesinde olağanüstü hal ilân edilmiş olmadığından olağanüstü hal bölge valiliği fiilen bulunmamaktadır.

Bu bağlamda Any. md. 127’de yer alan düzenlemeler özerklik önünde bir engel oluşturabilir. Any. md. 127’deki, “Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, ... idarî vesayet yetkisine sahiptir.” Bu fıkra katı bir merkezîyetçi yapıya zemin oluşturmaktadır. Ayrıca özerklik-meşruiyet ilişkisi bakımından zorunlu olan adem-i merkezîyetçilik için Any. md. 7’nin de değişmesi gerekmektedir. Anılan maddede yere alan, ‘Yasama Yetkisinin Devredilemezliği’ ilkesi yerine, merkezî devletteki yasama yetkisinin kapsamı açıkça belirtilerek adem-merkezî birimlerin yasama yetkisinin kurulması biçiminin anayasal temelleri düzenlenmelidir<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Onar, a.g.e., s. 124.

<sup>78</sup> Kaboğlu, **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, s. 173.

<sup>79</sup> Levent Köker, “Özerklik”, Zaman Gazetesi, 4 Ekim 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=1353835&title=ozerklik>, 5 Ekim 2012.

Türkiye açısından katı merkezîyetçi yapı yerine, gerektiğinde özerk idarî-siyasî birimler kurulmasına olanak sağlayacak idarî adem-i merkezîyetçi anlayışa uygun bir yapılanma uygun olacaktır<sup>80</sup>. Parlak'ın da belirttiği gibi<sup>81</sup>, özellikle bölge yönetimi bir 'yerinden yönetim birimi' olarak düzenlenebilir. Yerel yönetim seçimleriyle iş başına gelen organlara sahip olacak bu üst ölçekli yerel yönetim, seçilmiş bir meclis eliyle anayasa ve kanunlara uygun kararlar alarak, kendi içinden seçtiği ve yürütme organı sıfatını taşıyan meclis başkanı eliyle bunları yürütebilir. Temel işlevleri başta ekonomik kalkınma, idareler arası eşgüdüm, denetim ve mali ilişkiler, kültürel bütünleşmeye hizmet, kamusal görev ve hizmetlerde etkinliğin ve verimliliğin sağlanması, sosyal gelişmenin gerçekleştirilmesi ve merkez-yerel arasında köprü kurma konuları olabilecek bölge yönetimi bünyesinde ayrıca yürütmeye yardımcı bir encümen de görev alabilir. Bölge kapsamındaki belediyelerin belediye başkanları ve meclislerinden seçilen üyelerin yanı sıra bölge meclisi için seçilmiş üyelerin meydana getirdiği bu meclis, bölge yönetiminin genel karar organı olacaktır. Encümen, hem bölge meclisinin kendi üyeleri arasında seçtiği kişilerden hem de bölge yönetimi örgütlerinin ana birimlerinin yöneticilerinden kurulur. Bölge, bölge üstü ve bölge altı görev ve yetki paylaşımı bir kanun ile açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenebilir. Bu durumda Türkiye, 10-25 bölge yönetimi çerçevesinde yönetsel alanını yeniden düzenleyebilir. Diğer taraftan bölge yönetimlerinin yetki ve özerklik derecelerini yeknesak yapma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Fransa, İtalya, İspanya gibi kimi devletler bölge yönetimlerine tek düze bir konum belirlemek yerine, bölgenin özelliklerine göre farklı statüler tanımladılar. Esasen bölge yönetimi, merkezî yönetim yapılanması içine mülki bir kademe olarak ve/veya yerel yönetim yapılanmasının içine dâhil edilebilir. Eğer bölge, öncelikli olarak "bölge valiliği" biçiminde bir mülki kademe olarak planlanacaksa, bu durumda aynı ölçekte bir de bölge yerel yönetimi kurulabilir. Bu durumda "Bölge Valiliği" veya "Koordinasyon Valiliği" olmak üzere iki şekilde bölge ölçeğinde mülki yönetim kurmak mümkün olabilir. İlkinde il yönetiminin üst ölçeğinde birden fazla ili içine alan bir yönetim bölgesi meydana getirilir ve bu birim merkezî yönetimin taşra idaresine ait her türlü kamu hizmetinden sorumlu olur. İl ile merkez arasında yeni bir kademe oluşmuş olur. İkincisinde ise, işlevleri sınırlı daha çok eşgüdüm sağlayan ve iller arasında eşgüdüm merkezî olarak çalışan bir yönetim birimi söz konusu olabilir. Bu durumda yeni bir kademe oluşturulmadan bölge merkezindeki vali bölge valisi olarak görev yapmakla birlikte bölgenin salt bir mülki birim olarak da değil de aynı zamanda

<sup>80</sup> Mustafa Erdoğan, "Yeni Anayasa: Yol Haritası", **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 25.

<sup>81</sup> Bekir Parlak, "Anayasa Tartışmaları ve Bölgesel Yönetim", *Star Gazetesi*, 2 Temmuz 2012, (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/acikgorus/Anayasa-tartismalari-ve-bolgesel-yonetim/haber-626308>, 2 Temmuz 2012.

veya münhasıran bir yerel yönetim birimi olarak kurulması, demokratikleşme, yerinden yönetim, idari adem-i merkezîyet ve bölgesel kimliğin tanınması gibi talep ve beklentileri karşılayabilecektir.

Ayrıca anılan bölge valilikleri ile alt valilikler arasında ya da alt valiliklerin kendi arasında çıkabilecek görev ve yetkiye ilişkin uyumsuzlukları çözme görevi AYM'ye verilerek, olası sorunların hukuki olarak giderilmesi sağlanabilir<sup>82</sup>. Unutulmamalıdır ki, güçlü yerel yönetimlerin varlığı, demokrasinin işlerliğini sağlayan bir unsur olduğu kadar demokrasinin ayırt edici niteliklerinden de biridir<sup>83</sup>.

Esasında yerel yönetimlerin isimlerinin anayasada yer alması da gerekmez. Yasama organı günün şartlarına göre farklı isimlerde farklı biçimlerde yerel yönetim idareleri oluşturabilmelidir. Bu bağlamda tek tip yerel yönetim biçimi yerine, coğrafi ve diğer etkenler gözetilerek farklı yerel yönetim biçimleri öngörülebilir. Büyükşehir belediyesi olan yerlerdeki alt belediyeler, büyükşehir belediyesinin şubeleri hâline getirilmesi düşünülebilir. Böylece büyükşehir belediyeleri ile alt derece belediyeleri arasındaki görev ve yetki paylaşımına ilişkin uyumsuzluklar en az seviyeye indirilebilir. Büyükşehir olmayan iller bakımından il özel idareleri yerine “il belediyeleri” kurulabilir. Günümüzde il özel idarelerinin yaptığı görevler, il belediyesine verilebilir. Böylece iki ayrı yerel yönetim biçiminden “belediye” şeklinde tek bir biçim benimsenebilir. Diğer taraftan şehir meclisleri gibi yöntemlerle bireylerin yönetime ve karar alma süreçlerine etkin katılımı sağlanabilir<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Türkiye’de 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile büyükşehir belediye sayısı 29’a çıkarılmıştır. Ayrıca 29 il özel idaresi, bin 591 belde belediyesi ile 16 bin 82 köyün tüzel kişiliği sona erdirilmiştir. Büyükşehir sınırlarındaki beldeler mahalleleriyle; köyler ise mahalle olarak ilçe belediyelerine katılmaları sağlanmıştır. Ancak anılan kanun, bir bölge yönetimi, federasyon denemesi ya da siyasi özerklik hedeflemediği gibi, daha çok “yerelde merkezîyetçi idareler oluşturma” anlamı taşımaktadır. Kemal Görmez, “Yerelleşme-Merkezîleşme Geriliminde Büyükşehir Yasası”, Zaman Gazetesi, 18 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/yorum/yerellesme-merkezilesme-geriliminde-buyuksehir-yasasi/2017227.html>, 19 Kasım 2012. Diğer taraftan anılan kanun 1985 Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (European Charter of Local Self-Government) md. 5’e de aykırılık oluşturmaktadır. Md. 5, yerel yönetimlerin sınırlarında, mevzuatın izin verdiği durumlarda ve olanak oldukça bir halkoylaması yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan bir değişiklik yapılamaz düzenlemesi içermektedir. Şart için bkz.: Council of Europe, “European Charter of Local Self-Government”, (Çevrimiçi) <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/122.htm>, 19 Kasım 2012.

<sup>83</sup> Nigel Ashford, **Özgür Toplumun İlkeleri**, Çev. Can Madenci, Brommatryck & Brolins, 2009, s. 12.

<sup>84</sup> Ramazan Çağlayan, “Yeni Anayasa ve İdarî Teşkilât”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 80.

Örgütlenmesini yatay erkler ayrılığına göre ya da dikey erkler ayrılığına göre gerçekleştirmiş bir devlette anayasal dengelerin kurulması ve korunmasının hayati önemi vardır. Çünkü erkler ayrılığı, hukuk devleti ve insan hakları kuramlarının en önemli amaçları, yönetilenler lehine siyasi iktidarın sınırlandırılması ve iktidarın kötüye kullanılmasının engellenmesidir<sup>85</sup>. Erkler ayrılığı rejiminin geçerli olduğu devletlerde son sözü hâkimler söylemektedir<sup>86</sup>. “Anayasa yargısı, yasamanın ‘üstün gücüne’ karşı ‘anayasal denge aracı’ olarak getirilmiştir”<sup>87</sup>. Bu şekilde erkler arasında denge sağlanarak, aynı zamanda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması işlevi, yasama ve yürütmeye göre daha bağımsız ve tarafsız bir organ olduğu kabul edilen AYM’lere verilmiştir.

Günümüzde devletin toplum üzerindeki etkinliği ve buna paralel olarak toplum içinde yerine getirdiği görevler geçmişle karşılaştırılmayacak ölçüde artmıştır. Bundan dolayı devlet bu görevleri yerine getirebilmek için daha fazla sayıda kurum ve kuruluşa bünyesinde yer vermek zorunda kalmıştır. Bu durum yatay erkler ayrımına bağlı olarak örgütlenmiş bir devlette var olan yasama, yürütme ve yargı erklerinin yanında, idareden ayrı bağımsız idari otorite ya da özerk kuruluşların da anayasalarda yer bulmasına neden olmuştur. Anayasa yargısının en temel işlevlerinden birisi olan anayasal dengeleri korumak ve devlet erkleri arasındaki ilişkilerin istikrarlı, dengeli ve düzenli bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak işlevi<sup>88</sup> çerçevesinde yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki uyumsuzlukları ve bunlarla özerk kuruluşlar arasındaki uyumsuzlukları çözme görevi, aynı zamanda anayasallık denetimi yapmakla görevli olan yargı organları tarafından yerine getirilmektedir.

Son olarak anayasa yargısının görev alanının kapsamı ve dolayısıyla da anayasa yargısının işlevleri üniter yapıli devletler ile federal yapıli devletlerde aynı olmayabilir. Bu farklılıkta rol oynayan etkenler, “ülkenin siyasi rejiminin dengesi, yarışmacı siyasi sistemin varlığı, ülkenin yatay erkler ayrılığı sistemi, güçlü yargı bağımsızlığı geleneği ve siyasi hürriyetlerin derecesi<sup>89</sup>”dir.

<sup>85</sup> Sibel İnceoğlu, “Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı”, **Anayasa Yargısı**, S. 22, Ankara, AYM Yayınları, 2005, s. 232.

<sup>86</sup> Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 123.

<sup>87</sup> AYM, 11.4.1994, E. 1994\43, K. 1994\42-1, R.G., 15.4.1994, S. 21906, (Çevrimiçi) [http://www.Anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2249&content=15](http://www.Anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2249&content=15) Haziran 2012.

<sup>88</sup> Atilla Yayla, “Yasama ve Yargı Arasındaki İlişkiler Üzerine”, Yazarın 20 Nisan 2005 tarihinde TBMM’de yaptığı konuşma, (Çevrimiçi) <http://www.3hhareketi.org/basindanyazi.php?id=64>, 20 Ağustos 2012.

<sup>89</sup> Tunç, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları**, s. 34.

## E. Hak ve Özgürlükleri Korumak ve Geliştirmek

Yayla'nın da belirttiği gibi<sup>90</sup>, “(ö)zgürlük cazip bir değer, uygar ve müreffeh beşerî hayatın temeli. Ona sahip olmak ve onu korumak için ilk olarak mahiyetini anlamamız ve özünde insan-insan ilişkisiyle ilgili olduğunu kavramamız, ikinci olarak hoşumuza gitmeyen kimi toplumsal sonuçlarına bakarak onu keyfi şekilde budamaktan kaçınmamız gerekir. Devlet felsefesinde yapmamız icap eden şeyse, devleti bireylerden bireylere yönelecek özgürlük ihlallerini önleyebilecek ve faileri cezalandırabilecek kadar güçlü, kendisinin özgürlük ihlâlcisi olmasına imkân ve izin vermeyecek kadar küçük ve sınırlı tutmaktır”. Erklar ayrılığı ve hukuk devleti ilkeleri ile insan hakları anlayışı ve demokrasi, devletin bir taraftan özgürlüklerin koruyucusu olacak şekilde örgütlenmesinin sağlanmasına; diğer taraftan da bizzat özgürlüklerin ihlâlcisi olmasının engellenmesine yönelik mekanizmalardır<sup>91</sup>.

Ne var ki, demokrasinin, temel kamu politikalarını belirleme yetkisinin halka ve onun temsilcilerine ait olduğu rejimi ifade etmesi<sup>92</sup>, onun son tahlilde çoğunluğun söz sahibi olduğu bir yönetim şekli olmasına<sup>93</sup> neden olmuştur. Bu durum da, halkın çoğunluğunun bizzat özgürlüğe yönelik bir tehdit oluşturma olasılığını ortaya çıkarmaktadır. Fransız düşünür Alexis de Tocqueville'nin demokrasinin yarattığı en büyük tehdidin “çoğunluğu zulmünden” geldiğine yönelik uyarısından daha önce bahsedilmişti. İngiliz tarihçi Lord Acton, “(d)emokrasinin yaygın kötülüklerinden biri de çoğunluğun zulmü ya da, daha ziyade, çoğunluğa her zaman için sahip olmamakla birlikte, seçimleri güç ya da hile yoluyla kazanan partinin zulmüdür.”<sup>94</sup> sözleriyle demokrasinin benzer kusurlu yönüne dikkat çekmiştir.

<sup>90</sup> Atilla Yayla, “Özgürlük İmkânsızlık ve Belirsizlik midir?”, Zaman Gazetesi, 15 Haziran 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=1303960&title=ozgurluk-imbkansizlik-ve-belirsizlik-midir&haberSayfa=1>, 15 Haziran 2012.

<sup>91</sup> Günümüzde anayasacılığın iki ayağından biri olarak kabul edilen çağdaş erkler ayrılığı düşüncesi, cumhuriyetçi geleneğin yönetim biçimini ifade ettiği kadar, aynı zamanda demokrasinin sınırlandırılmasının aracıdır. İrfan Çelik, “Kuvvetler Ayrılığı: Bir İndirgemenin Dayanılmaz Sığılığı”, Hürfikirler, 21 Aralık 2012, (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/yazi/2876/dr-irfan-celik-kuvvetler-ayriligi-bir-indirgemenin-dayanilmaz-sigli.php>, 2 Ocak 2013.

<sup>92</sup> Mustafa Erdoğan, “Türkiye İçin Bir Demokratikleşme ve Sivilleşme Perspektifi”, **Özgür Toplumun Değerleri**, 2006, (Çevrimiçi) [http://www.ozgurtoplumundegerleri.Com/res/Mustafa\\_Erdogan\\_Turkiye\\_Icin\\_Bir\\_Demokratikleşme\\_ve\\_Sivilleşme\\_Perspektifi.pdf](http://www.ozgurtoplumundegerleri.Com/res/Mustafa_Erdogan_Turkiye_Icin_Bir_Demokratikleşme_ve_Sivilleşme_Perspektifi.pdf), 25 Haziran 2012, s. 4.

<sup>93</sup> Zühtü Arslan, “Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine”, Liberal Düşünce Topluluğu, (Çevrimiçi) <http://liberal.org.tr/incele.php?Kategori=MTg=&id=NjMx>, 19 Mart 2013.

<sup>94</sup> Belirten: Ashford, **a.g.e.**, s. 10.

Diğer taraftan Yalçın'ın da belirttiği gibi<sup>95</sup>, demokrasi, aynı zamanda çoğunluğun yanılabilirliğinin kabulü demek olan, azınlığa konuşma ve eleştirme haklarının verilmesiyle tanımlanabilecek bir sistemi de ifade etmektedir. Kuşkusuz bu durum, çoğunluğun kararlarına karşı, azınlığın bir veto hakkı bulunduğu anlamına gelmemektedir. Ancak gerçeğin araştırılması kapılarının açık tutulması, çoğunluğun hata yaptığıının ortaya çıkması halinde, geriye dönüş yollarının kapanmaması için, bir demokraside eleştirme özgürlüğü son derece önem arz etmektedir. Bu aynı zamanda, iktidarın, "çoğunluk istibdadına" kapılmaması bakımından da zorunluluktur.

Eleştirme ya da ifade özgürlüğünün anayasal bir demokrasinin temel değerlerinden birisi olması bir yana, kamusal eleştiri ya da kamu otoritelerinin alenen eleştirilmesi demokrasinin temel taşıını oluşturmaktadır. Demokratik kamusal tartışma ancak özgür eleştiri ve meşru muhalefet sayesinde olanaklı olabilir. Eleştiri yoksa meşru sayılan bir muhalefetten de söz edilemez. Liberal demokratik bir toplumda kimin haklı ve neyin doğru olduğuna karar vermenin tek meşru yolu, eleştirme ve sorgulama yoluyla herkesin herkesi denetlemesine dayanan bir kamusal tartışmadır. Eleştiri ise ancak her türlü ifadenin serbest olduğu yerde olabilir. Eleştirmenin ve özgür konuşmanın olmadığı yerde "ortak iyi"yi bulmanın olanaksızlığı bir yana, böyle bir ortamda "ortak iyi" diye bir sorundan söz etmek de anlamsızdır<sup>96</sup>.

Bundan dolayı bireylerin temel hak ve özgürlükleri içinde belki de en önemlilerinden birisi olan ifade özgürlüğünün demokratik bir sistemde yerine getirdiği son derece önemli işlevler karşısında, en üst düzeyde korunması gerektiği ortaya çıkmaktadır<sup>97</sup>. Anılan koruma işlevini yerine getirmek üzere ilk akla gelen kurum anayasa yargısıdır. Çünkü anayasa yargısının ya da AYM'lerin en temel varlık nedeni, bireyin devlet iktidarı karşısında sahip olduğu özgürlükleri güvence altına alan anayasa hükümlerini yasama organındaki çoğunluğa karşı

<sup>95</sup> Aydın Yalçın, "Faşizmin Doğuşu", **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 35, Ankara, Liberte Yayınları, Yaz 2004, s. 17.

<sup>96</sup> Mustafa Erdoğan, "Demokratik Bir Toplumda İfade Özgürlüğü, Özgürlükçü Bir Perspektif", **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 24, Ankara, Liberte Yayınları, Güz 2001, s. 8 ve 10.

<sup>97</sup> İfade özgürlüğünü sadece düşünce ve inançların sözlü ya da yazılı olarak dış vurumu olarak anlamamak gerekir. "En geniş anlamda ifade özgürlüğü bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının (izharının) veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması demektir... (B)irer özgürlük kullanma biçimi olarak korunması gereken pek çok ifade ve izhar biçimi vardır. Bu geniş anlamında ifade özgürlüğü sözlü ve yazılı anlatım, sanatsal gösterim, kişisel görünüm ve görüntü tercihi, gösteri, yürüyüş, toplantı yapma ve örgütlenme gibi özgürlüklerin hepsini içine alır. Örneklemek gerekirse, sadece kitap, makale, deneme, roman ve hikâye yazmak ve yayınlamak değil; fakat aynı zamanda bir resim veya heykel yapmak, bir oyun sahnelemek, belli bir kıyafeti giymek, bir gösteri yürüyüşüne veya bir toplantıya katılmak, bir dernek veya topluluk kurmak da kişisel veya toplu ifade biçimleridir." Erdoğan, "Demokratik Bir Toplumda İfade Özgürlüğü, Özgürlükçü Bir Perspektif", s. 8.

korumaktır<sup>98</sup>. Esasen anayasacılığın telosu<sup>99</sup>, bireylerin özgürlüklerini siyasi iktidar karşısında güvencelemektir. Bu bağlamda özellikle azınlıkların temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran kanunların etkisizleştirilmesi anayasa yargısının işlevleri arasındadır<sup>100</sup>. Anayasa yargısının anılan işlevi, liberal demokrasi-nin sınırlı bir demokrasi türü olması; çoğunluğun onayı alınarak kullanıldığında bile devlet iktidarını sınırlandırması yaklaşımı<sup>101</sup> ile uyum içindedir.

Anayasallık denetim yapan yargı organları, özellikle yorumlama faaliyetleri sonucunda özgürlükleri koruyan ilkeler geliştirmelerinin yanı sıra, anayasal değere sahip ilkeleri esas alıp norm yaratmak suretiyle insan haklarını zenginleştirirler. Bu bağlamda AYM'ler, salt yargı hakkını kullanan bir yargı yeri değil; aynı zamanda anayasanın bütünlüğünü koruyan, işlerliğini sağlayan, hukuk devletinin, temel hak ve özgürlüklerinin koruyucusu<sup>102</sup> ve demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin güvencesini oluşturmaktadır<sup>103</sup>. Anayasa yargısı, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini demokratik bir toplumda olması gerektiği biçimde koruma işlevini yerine getirmiyor ya da getiremiyorsa, meşruluk temelini kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya gelir<sup>104</sup>.

Esasında anayasallık denetimi yapmakla görevli yargı organlarının temel hak ve özgürlükleri koruma faaliyet ve işlevleri, hâkimin rolüne ilişkin geleneksel anlayışta meydana gelen büyük bir değişim ve dönüşümün sonucudur. Gerçekten de, on dokuzuncu yüzyıl hukuk anlayışında pozitivist anlayış hâkimdi. Bu anlayışta hâkimin görevinin sadece, kanunu önündeki somut olaya uygulamaktan ibaret olduğu kabul ediliyordu. Herhangi bir yargı organının, kanunun üstün bir hukuk kuralına uygunluğunu denetleyebilmesi düşünülebilecek bir olgu değildi<sup>105</sup>. Ne var ki, yasama organları, zaman içerisinde genel iradenin

<sup>98</sup> Hakyemez, “Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, s. 528.

<sup>99</sup> Aristoteles tarafından kullanılan bir terim olan “telos”, Türkçe’ye erek ya da amaç olarak çevrilebilirse de felsefede bir şeyin varlık nedeni ya da yapılma nedeni, varılacak son nokta olarak “tamamlanma”; ulaşılabilecek “hedef” gibi daha derinlikli anlamları vardır. Wikipedia The Free Encyclopedia, “Telos”, (Çevrimiçi) [http://en.wikipedia.org/wiki/Telos\\_\(philosophy\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Telos_(philosophy)), 1 Ağustos 2013.

<sup>100</sup> Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 86.

<sup>101</sup> Ashford, **a.g.e.**, s. 11.

<sup>102</sup> Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 283; Yayla, “Yasama ve Yargı Arasındaki İlişkiler Üzerine”, Yazarın 20 Nisan 2005 tarihinde TBMM’de yaptığı konuşma, (Çevrimiçi) <http://www.3hhareketi.org/basindanyazi.php?id=64>, 20 Ağustos 2012.

<sup>103</sup> Mehmet Merdan Hekimoğlu, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Ankara, Detay Yayıncılık, 2004, s. 5.

<sup>104</sup> Turhan, **a.g.m.**, s. 62.

<sup>105</sup> Onar, **a.g.e.**, s. 8. Hâkimin, kanunun ne söylediğini söyleyen dilden başkası olmadığı düşüncesi, erkler ayrılığı kuramındaki yargı ve hâkim düşüncesini, soylular sınıfının çıkarlarına

oluşumunda tek belirleyici olmaktan çıkmıştır. Kanunun sadece yasama organının faaliyetlerinin sonucu olduğu yönündeki ilk dönem anlayışın aşılması, anayasa yargısının hak ve özgürlükleri koruyucu işlevinin öne çıkmasında itici rol oynamıştır. Rousseau'nun söylediği gibi, "Normun, yönetici çoğunluğun tek iradesi ile üretildiği ve meşrulaştırıldığı bir siyasi sistemle, normun, çok sayıda iradenin mücadelesi ile üretilen ve meşrulaştırılan ve bu iradelere birinin insan haklarının üstünlüğünü ifade ettiği ve tanıdığı bir siyasi sistem karşısında, bir demokrat tercihiyle yanılmaz"<sup>106</sup>.

Bireyin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık alanı olan özgürlüklerin<sup>107</sup> hukuksal kaynakları, sadece yazılı anayasa, bildirgeler, uluslararası insan hakları hukuku ilkeleri değildir. Bunlara ek olarak, anayasa hâkiminin yarattığı hukukla birlikte bu dört kategori, 'özgürlükler anayasa hukuku'nu oluşturmaktadır<sup>108</sup>. Ancak hâkimin yarattığı hukukun, özgürlükler hukukunun bir kaynağı olabilmesi için, hâkimin, hukuk devletinin doğrudan bireyleri ilgilendiren yönünü oluşturan 'adalet devleti' olgusunun gerçekleşmesini sağlamakla görevli olduğu bilincini taşıması gerekir. Hâkim için hukuk, uyguladığı hukuk normunu kuru bir nesnellik içinde somut uyuşmazlıklara uyarlamak değildir. Hâkim kanunun sözlerini tekrarlamaktan başka bir iş yapmıyorsa, böyle bir durumda hâkimin önemsizleştiğinden söz edilir<sup>109</sup>. Kimi yazarlarca hâkimlerin kanunun ağız olması gerektiğine ilişkin söylemlerin<sup>110</sup> giderek marjinal bir hal aldığı kabul edilmektedir<sup>111</sup>.

Günümüzde hukuk devleti ilkesiyle birlikte egemenliğin mutlaklığını ya da sınırlanmazlığını ortadan kaldırmış olan insan hak ve özgürlükleri düşüncesi<sup>112</sup>, ulusal iradeye paralel ve onu sınırlayacak biçimde siyasi meşruiyetin kaynağını oluşturmaktadır. İnsan hak ve özgürlüklerini tanımayan ya da onları sistematik olarak ihlâl eden devletler ulusal iradeye dayansa bile, meşruluk krizi ile karşılaşabilirler<sup>113</sup>.

---

hizmet eden içerikte tasarlayan ve böylece, soylular sınıfının oligarşik çıkarlarını koruma amacı güden Montesquieu tarafından da ifade edilmiştir. Bkz.: Kutlu, **a.g.e.**, s. 114 ve 115.

<sup>106</sup> Belirten: Çağlar, "Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", s. 62.

<sup>107</sup> Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 224.

<sup>108</sup> Bkz.: **A.e.**, s. 221-242.

<sup>109</sup> Kutlu, **a.g.e.**, s. 114.

<sup>110</sup> Kemal Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", **AÜSBFD**, S. 61/3, Ankara, AÜSBF Yayınları, Temmuz-Eylül 2006, s. 142 vd.

<sup>111</sup> Ozan Ergül, **Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 78.

<sup>112</sup> İnceoğlu, **a.g.m.**, s. 232.

<sup>113</sup> Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2005, s. 24 ve 25.



Günümüzde anılan meşruluk krizi ile karşılaşmak istemeyen demokratik devletler, bireyleri devlete karşı koruyan başlıca siper olan hak ve özgürlüklerin<sup>114</sup> bekçisi olarak hukuk sistemlerinde anayasa yargısına ya da AYM'lere yer vermektedir.

Nitekim Güney Kore AYM 1987 reformuyla birlikte, demokratikleşmenin kurucu unsuru olarak inşa edilmiş ve anılan yıldan bu yana demokratikleşme, çoğulcu kültürün oluşumu ve özgürlüklerin genişlemesi doğrultusunda hayati bir rol üstlenmektedir. Anılan mahkeme bir taraftan homojen Kore toplumunda çeşitliliği desteklerken farklılıkların özgürce kendini ifade etmesine olanak sağlamaktadır<sup>115</sup>. Federal Almanya AYM, temel hak ve özgürlükleri geliştirmek için, "hukuk yaratma yetkisini" kendinde görmüş ve Federal Anayasa md. 2\1'den, md. 1\1 ile bağlantılı olarak genel kişilik haklarının varlığı sonucuna varmıştır<sup>116</sup>. Yine, Anayasa'da öngörülmemesine rağmen adil yargılanma hakkı gibi yeni hakların varlığını kabul etmiş; anayasada tanınan yaşama hakkının çevre hakkını da kapsadığı sonucuna varmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, Anayasa'da yer almamasına karşın, kişi özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, bilgi edinme özgürlüğü ve dil özgürlüğü gibi, hak ve özgürlükleri tanımıştır. Fransa Anayasa Konseyi norm yaratma yetkisini kullanarak, anayasal değerde ilkeler geliştirmiş ve anayasada bulunmamasına karşın eşitlik hakkı, grev hakkı ve dernek özgürlüğü gibi, hak ve özgürlüklerin varlığını kabul etmiştir. İtalya AYM ise, Anayasa md. 2'deki 'ihlâl edilemez haklar' deyiminden 'onur hakkı, özel yaşam hakkı' gibi, yeni haklar çıkarmıştır<sup>117</sup>. Türkiye AYM ise, çocukların babalarından alacakları miras payında evlilik içi doğmuş olma ve evlilik dışı olma ayrımı yapan, yürürlükten kalkan 743 sayılı Medeni Kanun md. 443'ü Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve miras hakkına aykırılığı sebebiyle iptal etmiştir<sup>118</sup>. Yine, AYM, evli erkeğin zinasından doğan çocuğun babası tarafından tanınmasını engelleyen 743 sayılı Kanun md. 292'yi eşitlik ilkesine aykırı gördüğü kararında konuyu, Any. md. 12'de belirtilen herkesin, yalnız insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı, kendisinin bile vazgeçemeyeceği kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu yönünden

<sup>114</sup> Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 1.

<sup>115</sup> Osman Can, "Bir Başkanlık Sistemi Örneği Güney Kore", 16 Mayıs 2012, Star Gazetesi, (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/yazar/osman-can/politika/bir-baskanlik-sistemi-ornegi-guney-kore/yazi-575931>, 7 Haziran 2012.

<sup>116</sup> Hekimoğlu, **a.g.e.**, s. 1 ve 2.

<sup>117</sup> Bkz.: İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, Ankara, İmge Kitabevi, 2002, s. 66-68.

<sup>118</sup> AYM, 11.9.1987, E. 1987/1, K. 1987/18, R.G. 29.3.1988, S. 19769, (Çevrimiçi) [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=772&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=772&content=), 18 Şubat 2013.

de ele almıştır<sup>119</sup>. AYM, başka bir kararında da, Anayasa'da açıkça yer almasına karşın, 'direnme hakkı'nı tanımıştır<sup>120</sup>.

### F. Yasama Sürecine Bireylerin Katılımını Sağlamak

Erkler ayrılığı ilkesine göre, yasama yetkisi konusunda yasama organları bir tekele sahiptir. Yasama organları ister tek meclisten oluşsun isterse iki meclisten oluşsun bütün demokratik sistemlerde bir ya da iki dereceli seçimlerle belirlenmektedir. Doğrudan demokrasinin günümüz şartlarında uygulanmasının imkânsızlığı karşısında<sup>121</sup>, seçmen topluluğu yasama konusundaki egemenlik haklarını temsili demokrasi ilkelerine uygun olarak temsilcileri aracılığıyla kullanmaktadır.

Ancak günümüzde Kaboğlu'nun belirttiği gibi<sup>122</sup>, yasama ve yürütme erkeleri arasındaki yarışmacı ilişkiler zinciri, kanun yapma konusunda yasama organının sahip olduğu tekeli büyük ölçüde örselemiştir. Yasama organı üyelerinin yoğun çalışma koşulları gereği meclis çalışmalarına çok sık katılamaması, kanun yapmada yasama organının yürütmenin lehine güç kaybetmesi, yasama inisiyatifinin zayıflamasına ve böylece yasama organının gerilemesine neden olmuştur. Günümüz şartlarında, görüşmeler, ziyaretler ve diğer faaliyetler yoğunluk içerisinde bulunan yasama organı üyeleri, yasama organı çalışmalarına katılım konusunda yetersiz kalabildikleri gibi, kanun tasarı ve teklifleri üzerindeki çalışmalara da engel olabilmektedir. Yine özellikle parlamenter hükümet sisteminde yürütmenin yasamanın içerisinde çıkması ve dolayısıyla yürütmenin yasamanın içerisindeki çoğunluğa hâkim olması olguları karşısında yürütmenin istediği kanun tasarı ve tekliflerini kanunlaştırma konusunda geniş bir yetki sahibi olmasına neden olmuştur. Aynı şekilde yürütmenin kanunlaşmasını

<sup>119</sup> AYM, 28.2.1991, E. 1990/15, K. 1991/5, R.G. 27.3.1992, S. 21184, (Çevrimiçi) [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=930&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=930&content=), 18 Şubat 2013.

<sup>120</sup> AYM, parti programında 'direnme hakkı'na yer verilmiş olmasını, siyasi partilerin kapatılması sebebi olarak kabul etmemiştir. Bkz.: AYM, 8.12.1988, E. 1988/2, K. 1988/1, R.G. 16.5.1989, S. 20167, (Çevrimiçi) [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2148&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2148&content=), 18 Şubat 2013.

<sup>121</sup> Yöneten/yönetilen farklılığının olmadığı doğrudan demokrasi sisteminde, kanunların yapılması dâhil kamu gücüne ilişkin kararlar bizzat (çoğunluk içinde oldukça az sayıdaki) özgür bireyler tarafından alınıyordu. Böyle bir sistemde kanun yapmak için oluşturulmuş bir yasama organı bulunmamaktadır. Eski Yunan'da, özellikle Atina ve Isparta, doğrudan demokrasi uygulamalarına rastlanmaktadır. Atina demokrasisinin kurumları ile ilgili Bkz.: Oktay Uygun, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2003, s. 27-51. Günümüzde doğrudan demokrasi uygulamaları 26 Kantondan oluşan İsviçre'nin sadece Appenzell, Glaris ve Unterwalden kantonlarında rastlanmaktadır. Bu kantonlarda belirli niteliklere sahip bireyler, yılın belirli döneminde bir araya gelerek kanunları oylamakta ve bu kanunları uygulayacakları seçmektedirler. Teziç, **a.g.e.**, s. 140. Böylelikle hem yasama işlevi hem de yürütme işlevi doğrudan seçmen kitlesi tarafından yerine getirilmiş olmaktadır.

<sup>122</sup> Kaboğlu, **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, s. 209-227.

istemediği kanun önerilerinin de kanunlaşması mümkün değildir. Bütün bu anlatılanlara ek olarak günümüzde Türkiye dâhil birçok Avrupa devleti yürütmeye yasama alanında düzenleme yetkisi tanımaktadır. Anılan yetki hükümet, devlet başkanına veya her ikisine birlikte verilebilmektedir. Özellikle Türkiye’de, yürütmeye verilen KHK çıkarma yetkisi, yürütmenin yasama alanına girmesi sonucunu doğurmuştur. Yürütmeye düzenleme yetkisi veren ülkeler arasında İtalya, İspanya, Fransa, Portekiz gibi devletler sayılabilir.

Bütün bu anlatılanlardan da anlaşılacağı gibi, günümüzde kanun yapma işlevinin sadece yasama organının tekelinde bulunmadığı kabul edilmektedir. Özellikle “realist yorum teorisine<sup>123</sup>”, göre artık yasama erki, yasama, yürütme ve AYM’lere başvurma hakkına sahip kişi ve otoriteler ile AYM’ler arasında paylaşılmıştır. Bundan dolayı, bu anlayışta kanun sadece halk tarafından ya da sadece halkın seçtiklerince yapılmamakta ve fakat AYM’ler kanun yapım sürecine dâhil olmuşlardır<sup>124</sup>.

Diğer taraftan anayasalar büyük ölçüde toplumun gereksinimleri doğrultusunda ortaya çıkan bir belgelerdir. Anayasalar aynı zamanda saygı duyulan ve bunun sonucunda uyulması herkes için zorunlu ve bağlayıcı toplumsal sözleşmelerdir<sup>125</sup>. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüyle, anayasanın bireyler arasındaki uzlaşmanın sağlanmasıyla yapılmış olması arasında, doğru orantı bulunmaktadır. Kuşkusuz, anayasaların toplumu oluşturan farklı kesimlerden tamamının tercihlerini ve beklentilerini karşılaması, bütün farklı görüş ve düşünceleri yansıtması ideal olandır. Bu durum anayasanın meşruiyetinin de temelini oluşturur. Ancak, anayasa toplumun bütün renklerini içinde barındırma ereğiyle yapılmış olsa bile, toplumu oluşturan bireylerin tamamının görüş ve düşüncelerini yansıtması olanaklı olmayabilir. Siyaset biliminde “bölünmüş toplumlar” (divided societies) olarak anılan, yani derin etnik, dilsel, dinsel, mezhepsel vb. çizgilerle farklı kesimlere ayrılmış toplumlarda, uzlaşmanın sağlanması oldukça zordur<sup>126</sup>. Türkiye toplumu gibi, “bölünmüş” ya da “çoğulcu” bir toplumda<sup>127</sup> toplumu oluşturan bireyler arasında etnik, kültürel ve

<sup>123</sup> Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s. 253-264.

<sup>124</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 469.

<sup>125</sup> Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 20.

<sup>126</sup> Ian Lustick, “Stability in Deeply Divided Societies: Consociationalism versus Control”, **World Politics**, Vol. 31, No. 3, April, 1979, p. 325

<sup>127</sup> “...çağdaş Türkiye toplumunun, milletlerarası literatürdeki tanımına uygun “bölünmüş” (divided) veya “çoğulcu” (plural) bir toplum olduğu gerçeğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekten, günümüz Türkiye toplumunun, etnik (Türk-Kürt), mezhepsel (Sünnî-Alevî) ve dinsel/ideolojik (militan lâiklik-dinî muhafazakârlık) çizgileriyle derinden bölünmüş bir toplum olduğunda şüphe yoktur. Bu durum, anayasa yapımında, devletin insan unsurunun ve ona bağlı olarak vatandaşlığın tanımlanması, anadilde eğitim, yerel özerklik ya da yerinden yönetim, Diyanet İşleri Başkanlığının statüsü, din eğitimi gibi birçok temel (foundational) sorun

dinsel çeşitliliklerin fazlalığı, diğer konularda olduğu gibi anayasa üzerindeki uzlaşmayı neredeyse imkânsız hale getirmektedir.

Ayrıca, kanun yapım sürecine toplumu oluşturan bütün bireylerin katılımı eşit ölçüde olmayabileceği gibi, kanun üzerindeki uzlaşmanın tam olarak sağlanması da oldukça zor görünmektedir. İşte AYM'ler, anayasayı yorumlama gücü ile hem anayasaların toplumu oluşturan bütün bireylerin etnik, kültürel, dinsel farklılıklarını yansıtmalarını sağlamakla kalmayıp, kanun üzerindeki uzlaşmanın tam olarak sağlanamadığı durumlarda, kanun yapım sürecinde bütün bireylerin onaylarının alınmamasından kaynaklanan sakıncaları da giderebilirler.

AYM'ler bu işlevini, iptal davası, anayasaya aykırılık itirazı ve anayasa şikâyeti kurumu aracılığı ile yerine getirirler. Kelsen, bir kanunun iptalinin, onun yapılması ile aynı nitelikte olduğunu, kanun iptalinin genel bir norm koymak olduğunu ve dolayısıyla da kanunu iptal etme yetkisine sahip bir mahkemenin aynı zamanda yasama yetkisine sahip bir organ olduğunu belirtmektedir. Ne var ki, Kelsen, AYM'yi pozitif yasayıcı olan yasama organından ayırarak, ona, negatif kanun koyucu (negative legislators) ya da olumsuz yasayıcı demektedir<sup>128</sup>. Gerçekten de, iptal davaları meclisteki muhalefetin, muhalefet yapmada kullandığı araçlardan biri konumuna gelmiştir<sup>129</sup>. Özellikle mecliste çoğunluğun kabul ettiği kanuna yeterli ölçüde muhalefet gösterememiş azınlık, iptal davası yolu ile muhalefet etme hakkını demokratik çerçevede kullanmış olmaktadır.

Bilindiği gibi, demokrasilerde kanun yapmakla görevli yasama organları belli aralıklarla yapılan seçimler sonucu bireylerin özgür oylarını alarak göreve gelirler. Bu anlamda, doğrudan bireylerin iradesine dayanan yasama organları, diğer devlet organları karşısında meşruluğu en az tartışmalı olan devlet organıdır. Ancak, bireylerin sadece seçim dönemlerinde yasama organı üyelerini seçerek demokratik haklarını kullanıp, bir sonraki seçime kadar bu haklarından yoksun kalmaları çoğulcu demokrasi ilkelerine aykırıdır<sup>130</sup>. Anayasal demokrasinin kurulması ve sürdürülmesi için yasama organı üzerindeki uzlaşmanın kesintisizliği sağlanmalıdır.

---

üzerinde oydaşmacı çözümlere ulaşılmasını çok güçleştirmektedir.” Ergun Özbudun, “Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem”, *Yeni Türkiye*, S. 50, 2013, s. 197.

<sup>128</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Trans. by Anders Wedberg, The Lawbook Exchange, LTD., Clark, New Jersey, 2007, p. 268 and 269. Ayrıca bkz.: Allan Randolph Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, General Report for the XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Washington July 26-30, 2010, p. 3-10.

<sup>129</sup> Turhan, *a.g.m.*, s. 43. Sözelimi, 1.1.2006 ile 31.12.2012 tarihleri arasında TBMM'deki muhalefet tarafından AYM'de açılan iptal davalarının toplam sayısı 165'tir. Bkz.: AYM, “Yargısal İstatistikler”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=44&lang=0&c=1>, 15 Temmuz 2013.

<sup>130</sup> Seçimlerle egemenlik hakkını seçilmişlere devreden seçmen kitlesinin, iki seçim dönemi arasında karar alma yetkisi geçici olarak askıya alınmış olmaktadır. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye*, s. 240 ve 241.

Diğer taraftan, toplumun büyük kesimlerinin desteğini alarak, yasama organını oluşturan üyeler üzerindeki uzlaşma sonraki seçim dönemi gelmeden yok olmuş olabilir. Böyle bir durumda, yasama organının iki seçim dönemi arasında kanun yapma konusunda yetkisi tam olduğundan kural olarak istediği kanunu yapabilir. Diğer bir olasılık da, bireylerin yasama organı üzerindeki uzlaşmasında bir değişiklik olmamakla beraber, yasama organının kabul ettiği kanun, toplumun büyük kesimleri tarafından benimsenmemiş olabilir. İşte bu olasılıklarda, yasama organları tarafından çıkarılan kanunların, bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal etmesi nedeniyle dayanılarak, bu kanunlara karşı AYM'lere başvurularak muhalefet edilebilir. Aynı şekilde anayasaya aykırı kanunlara dayanılarak verilen yargı kararlarının bireylerin haklarını ihlal etmesi durumunda ise, bu kararlara karşı AYM'lere anayasa şikâyeti yolu ile başvurularak, birey iradesinin sadece seçim dönemlerine hapsedilmesi önlenmektedir.

Anayasal sistemde anayasa şikâyeti kurumuna yer verilmemiş olması ya da yer verilmiş olmakla birlikte bu kurumun sağlıklı işletilmesi sağlanamamış olması durumunda, kanunun oluşumu, daha çok siyasi partilerin siyasi onayına bırakılmış olmaktadır. Oysa genişletilmiş ya da sürekli demokrasi kanunun oluşumuna bireyi da katarak sağlanabilir<sup>131</sup>.

Yönetilenler olarak bireylerin, kanun yapım sürecine dolaylı da olsa katılması, bir yandan hukukun demokratik meşruiyetini sağlamakta; bir yandan da, hukuksal kurallara itaati, başkasının iradesine itaatten ayırt etmektedir<sup>132</sup>. Diğer deyişle, bireyler yapım süreçlerine katıldıkları kanunlara uyarken, aynı zamanda kendi iradeleri doğrultusunda hareket etmiş olmaktadır. Bireyler hiçbir şekilde yapım sürecine katılmadıkları kanuna uydukları takdirde, bir başkasının iradesi olan kanuna; dolayısıyla da, bir başkasının iradesine uymuş olmaktadır. Bu durum, bireylerin yapılmasına belli şekilde katıldıkları kanunlara uyma bilincini artırmaktadır. Hukuka uyma bilincinin yoğun olduğu bir toplumdaki huzur ve barış ortamının, hukuka uyma bilincinin daha düşük ölçülerde olduğu bir toplumdaki huzur ve barış ortamına tercih edileceği kuşkusuzdur. Hukuka uyma bilincinin yoğunluğu ile toplumdaki huzur ve barış arasında var olan doğru orantı, bu tercihin yapılmasında rol oynamaktadır.

## SONUÇ

Yukarıda ayrıntılı olarak anlatıldığı gibi anayasa yargısı ya da anayasallık denetimi yapan yargı organları demokratik hukuk devletinde; anayasanın üstünlüğünü sağlamak, demokrasiyi korumak ve geliştirmek, hukuk devleti ilkesini

<sup>131</sup> Kutlu, *a.g.e.*, s. 168.

<sup>132</sup> Zühtü Arslan, "İki Anayasa İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasası ve Türk Anayasası Üzerine Notlar", *Anayasa Yargısı*. S. 22, Ankara, AYM Yayınları, 2005, s. 367.

korumak ve geliştirmek, hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, yasama sürecine bireylerin katılımını sağlamak gibi çok önemli işlevler yerine getirmektedirler.

Anayasallık denetimi yapan yargı organlarının, anılan işlevleri en iyi şekilde yerine getirmeleri, demokratik hukuk devletinin ya da anayasal demokrasinin kurulması ve kurumsallaşması açısından son derece önemlidir. Günümüz demokratik sistemlerde, anılan işlevlerin yerine getirilmesi konusunda anayasa yargısı organlarına güvenmekten başka bir çözümler tarzı bulunabilmiş değildir. Anayasa yargısı organlarının işlevlerini en iyi şekilde yerine getirebilmeleri için yasal ve anayasal düzeyde gerekli düzenlemelerin yapılması kuşkusuz yasama organlarına ait bir görevdir.

**KAYNAKÇA**

- Arslan, Zühtü: “İki Anayasa İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasası ve Türk Anayasası Üzerine Notlar”, **Anayasa Yargısı**, S. 22, Ankara, AYM Yayınları, 2005, s. 363-372.
- Arslan, Zühtü: “Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine”, *Liberal Düşünce Topluluğu*, (Çevrimiçi) <http://liberal.org.tr/incele.php?Kategori=MTg=&i d=NjMx>, 19 Mart 2013.
- Ashford, Nigel: **Özgür Toplumun İlkeleri**, Çev. Can Madenci, Brommatryck & Brolins, 2009.
- Atar, Yavuz: “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, **Anayasa Yargısı**, S. 25, Ankara, AYM Yayınları, 2008, s. 93-115.
- Brewer-Carías, Allan Randolph: “Constitutional Courts as Positive Legislators”, **General Reports of the XVIII th of the Congress International Academy of Comparative Law**, Ed. By Karen B. Brown and David V. Snyder, London, Springer, 2012, pp. 549-570.
- Can, Osman: “Bir Başkanlık Sistemi Örneği Güney Kore”, 16 Mayıs 2012, *Star Gazetesi*, (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/yazar/osman-can/politika/bir-baskanlik-sistemi-ornegi-guney-kore/yazi-575931>, 7 Haziran 2012.
- Coşkun, Ufuk: “Çoğulcu Yönetim Modeliyle Huzurlu Yaşam Mümkün!”, *Milliyet Gazetesi*, 29 Mart 2013, (Çevrimiçi) <http://gundem.milliyet.com.tr/cogulcu-yonetim-modeliyle-huzurlu-yasam-mumkun-/gundem/gundemyazardetay/29.03.2013/1686624/default.htm>, 29 Mart 2013.
- Council of Europe, “European Charter of Local Self-Government”, (Çevrimiçi) <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/122.htm>, 19 Kasım 2012.
- Çağlar, Bakır: “Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, S. 8, Ankara, AYM Yayınları, 1991, s. 13-62.
- Çağlar, Bakır: “Farklı Bir Mekânda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, S. 12, Ankara, AYM Yayınları, 1995, s. 311-317.
- Çağlayan, Ramazan: “Yeni Anayasa ve İdarî Teşkilât”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 77-82.
- Doehring, Karl: **Genel Devlet Kuramı**, Çev. Ahmet Mumcu, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2002.
- Duran, Lütfi: “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, **Anayasa Yargısı**, S. 1, Ankara, AYM Yayınları, 1984, s. 57-87.
- Duran, Lütfi: “Türkiye’de Bağımsız İdarî Otoriteler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 30, S. 1, Mart 1997, s. 3-10.
- Dworkin, Ronald Myles: “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, **Anayasa Yargısı**, S. 28, Ankara, AYM Yayınları, 2011, s. 27-39.

- Erdoğan, Mustafa: “Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, **Doğu Batı**, Hukuk ve Adalet Üstünü, Y. 4, S. 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-01, Ankara, Felsefe Sanat ve Kültür Yayınları, 2000.
- Erdoğan, Mustafa: “Demokratik Bir Toplumda İfade Özgürlüğü, Özgürlükçü Bir Perspektif”, **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 24, Ankara, Liberte Yayınları, Güz 2001, s. 8-13.
- Erdoğan, Mustafa: “Yeni Anayasa: Yol Haritası”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 23-30.
- Erdoğan, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5. Basım, Ankara, Orion Kitabevi, 2009.
- Erdoğan, Mustafa: **Anayasal Demokrasi**, 9. Basım, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2012.
- Ergül, Ozan: **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- Eroğul, Cem: **Çağdaş Devlet Düzenleri**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2001.
- European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission): European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), “Guidelines On Prohibition and Dissolution Of Political Parties and Analogous Measures”, Adopted by the Venice Commission at its 41st Plenary Session, (Venice, 10 – 11 December, 1999), (Çevrimiçi) [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-INF\(2000\)001-e.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-INF(2000)001-e.aspx), 23 Ocak 2013, pp. 1-24.
- Gönenç, Levent: “Türkiye’de Reform Sürecinin Geleceği”, **Radikal** 2, 20 Şubat 2005, (Çevrimiçi) <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalEklrDetayV3&ArticleID=872320&CategoryID=42>, 21 Haziran 2012.
- Gönenç, Levent: **Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar**, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2010.
- Görisch, Christoph: “Alman Anayasası Altında Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü”. **Demokrasi ve Yargı**. Sempozyum, 4-6 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005, s. 184-198.
- Görmez, Kemal: “Yerelleşme-Merkezleşme Geriliminde Büyükşehir Yasası”, **Zaman Gazetesi**, 18 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/yorum/yerellesme-merkezilesme-geriliminde-buyuksehir-yasasi/2017227.html>, 19 Kasım 2012.
- Gözler, Kemal: “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **AÜSBFD**, C. 61, S. 3, Temmuz-Eylül 2006, s. 131-166.
- Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2010.
- Gözler, Kemal: **Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.
- Gözübüyük, Şeref: **Anayasa Hukuku**, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 17. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.



- Gülsoy, Mehmet Tevfik: **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Hague, Rod, Martin Harrop and Shaun Breslin: **Comparative Government and Politics**, 4th Edition, England, MacMillan Press Ltd., 1998.
- Hajiyev, Khanlar: “Demokrasinin Pekışmesinde Yargının Rolü”, Çev. Ersoy Konaç, **Demokrasi ve Yargı**, Sempozyum, 4-6 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005. s. 226-234.
- Hakyemez, Yusuf Şevki: “Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, **Anayasa Yargısı**, S. 24, Ankara, AYM Yayınları, 2007.
- Hakyemez, Yusuf Şevki: “Parti Kapatmada Evrensel İlkeler Neler?”, Zaman Gazetesi, 20 Mart 2008, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=666871>, 9 Haziran 2008.
- Hekimoğlu, Mehmet Merdan: **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Ankara, Detay Yayıncılık, 2004.
- İnceoğlu, Sibel: “Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı”, **Anayasa Yargısı**, S. 22, Ankara, AYM Yayınları, 2005, s. 231-251.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, İstanbul, Legal Yayınları, 2011.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Basım, Ankara, İmge Kitabevi, 2007.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: **Özgürlükler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, Ankara, İmge Kitabevi, 2002.
- Kelsen, Hans: **General Theory of Law and State**, Trans. by Anders Wedberg, Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange, Ltd., 2007.
- Kelsen, Hans: **Pure Theory of Law**, Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight, Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange, Ltd., 2005.
- Köker, Levent: “Özerklik”, Zaman Gazetesi, 4 Ekim 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=1353835&title=ozerklik>, 5 Ekim 2012.
- Kutlu, Mustafa: **Kuvvetler Ayrılığı Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletinin Kökenleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001.
- Küçük, Adnan: “Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti”, **Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke ve Siyasî Bir İdeal**, Haz. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, Ankara, Adres Yayınları, 2008.
- Küçük, Adnan: “TSK’daki Emeklilikler, Askeri Vesayetten Demokrasiye Bir Adım”, Hürfikirler, 30 Temmuz 2011, (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/konular/yazdir.php?id=1827>, 10 Haziran 2012.

- Lustick, Ian: "Stability in Deeply Divided Societies: Consociationalism versus Control", **World Politics**, Vol. 31, No. 3, April, 1979, pp. 325-344.
- Onar, Erdal: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara, 2003.
- Özalp, Osman Nuri: "Türkiye Demokrasilerin Neresinde? Demokrasi Tiplemesi Işığında Türkiye Örneğine Yeni Bir Bakış Denemesi", **İÜHFMD**, C. 66, S. 2, 2008, s. 136-144.
- Özbudun, Ergun: "Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem", **Yeni Türkiye**, S. 50, Ocak-Şubat 2013, s. 196-198.
- Özbudun, Ergun: "Hükümet Sistemi Tartışmaları (1)", Zaman Gazetesi, 8 Nisan 2013, (Çevrimiçi) [http://www.zaman.com.tr/yorum\\_huk-met-sistemi-tartismalari1\\_2075165.html](http://www.zaman.com.tr/yorum_huk-met-sistemi-tartismalari1_2075165.html), 8 Nisan 2013.
- Özcan, Hüseyin ve Murat Yanık, **Siyasi Partiler Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2007.
- Özden, Yekta Güngör: "34. Kuruluş Yıldönümü Töreni Açılış Konuşması", **Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşmaları (1996-2006)**, Ankara, AYM Yayınları.
- Palavrić, Seada: "Yargı Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu", **Anayasa Yargısı**, S. 27, Ankara, AYM Yayınları, 2010, s. 23-26.
- Pariante, Alain: "Fransa'da Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü", Çev. Esin Özbilgin, **Demokrasi ve Yargı**, Sempozyum, 4-6 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005, s. 198-211.
- Parlak, Parlak: "Anayasa Tartışmaları ve Bölgesel Yönetim", Star Gazetesi, 2 Temmuz 2012, (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/acikgorus/Anayasa-tartismalari-ve-bolgesel-yonetim/haber-626308>, 2 Temmuz 2012.
- Pasquino, Pasquale: "Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü: Eski ve Yeni Demokrasiler, Demokrasi ve Yargı Sempozyumunda Sunulan Tebliğ", **Demokrasi ve Yargı**, Sempozyum. 4-6 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005, s. 152-159.
- Prochazka, Radoslav: "Polonya, Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti'nde Anayasa Yargısı", Çev. Ozan Ergül, **Demokrasi ve Yargı**, Sempozyum, 4-6 Ocak 2005, Haz. Ozan Ergül, Ankara, TBB Yayınları, 2005, s. 309-318.
- Sarıbay, Ali Yaşar: "Millet, Milliyetçilik, Demokrasi", Star Gazetesi, 17 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://haber.stargazete.com/acikgorus/millet-milliyetcilik-demokrasi/haber-705040>, 17 Kasım 2012.
- Sartori, Giovanni: **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme**, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Schefold, Dian: "Anayasa Yargısı ve Yüksek Yargı", Çev. İrfan Yazman, **AÜHFD**, C. 31, S. 1-4, Ankara, AÜHFY, 1974, s. 105-148.

- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (Son Değişikliklere Göre)**, 12. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.
- Teziç, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.
- Tunç, Hasan: “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”, **GÜHFD**, C. 12, Y. 2008, S. 1-2, s. 1117-1131.
- Tunç, Hasan: **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.
- Turhan, Mehmet: “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, **Anayasa Yargılaması İncelemeleri-1**, Haz. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Ankara, AYM Yayınları, 2006, s. 41-69.
- Uygun, Oktay: **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2003.
- Ünsal, Artun: **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, Ankara, AÜSBFY, 1980.
- Vogel, Hans-Heinrich: “Constitutional Review and Democracy – Constitutional Courts and the Legislative Process”, **Seminar on “Strengthening of the principles of a democratic state ruled by law in the Republic of Belarus by way of constitutional control”**, Place and Date: Strasbourg, 15 July 2003, CDL-JU, 2003, 25, pp. 1-11.
- Yalçın, Aydın: “Faşizmin Doğuşu”, **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 35, Ankara, Liberte Yayınları, Yaz 2004, s. 5-24.
- Yanık, Murat: **Yüce Divan**, İstanbul, Derin Yayınları, No. 119, 2008.
- Yavuz, Bülent: **Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Yayla, Atilla: “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara. Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 13-22.
- Yayla, Atilla: “Hukukun Hâkimiyeti ve Ergenekon Yargılamaları”, Zaman Gazetesi, 5 Nisan 2013, (Çevrimiçi) [http://www.zaman.com.tr/yorum\\_hukukun-hakimiyeti-ve-ergenekon-yargilamalari\\_2074163.html](http://www.zaman.com.tr/yorum_hukukun-hakimiyeti-ve-ergenekon-yargilamalari_2074163.html), 5 Nisan 2013.
- Yayla, Atilla: “Liberaller, Siyaset ve Siyasî Partiler”, Zaman Gazetesi, 23 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/yorum/liberaller-siyaset-ve-siyasi-partiler/2019584.htm> 1, 23 Kasım 2012.
- Yıldız, Ahmet: “Federasyon Neden Çözüm Olmaz”, Star Gazetesi, 6 Ekim 2012, (Çevrimiçi) <http://haber.stargazete.com/acikgorus/federasyon-neden-cozum-olamaz/> haber-695025, 8 Ekim 2012.



**KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI BAKIMINDAN  
TÜRK CEZA KANUNU HÜKÜMLERİNİN  
DEĞERLENDİRİLMESİ  
(Madde 135, 136, 137, 138)**

*Dr. Yavuz ERDOĞAN\**

**GENEL OLARAK**

Bilişim ağlarının, özellikle de internet ağının ulaştığı boyut dikkate alındığında kişisel verilerin korunması sadece ulusal değil uluslararası alanda da zorunluluk haline gelmiştir. Zira, bankacılık, sosyal güvenlik, sağlık, sigortacılık, pazarlama, elektronik haberleşme gibi alanlarda derlenmekte olan kişisel veriler artık kolaylıkla elde edilebildiği gibi, çok küçük araçlara hatta araç olmaksızın tamamen bilişim ortamında depolanarak başkalarıyla da kolayca paylaşılabilir.

Özel hayatın korunması bakımından<sup>1</sup> da son derece önemli olan kişisel verilerin korunmasına dönük ulusal ve uluslararası düzenlemeler 1970’li yıllarda başlamıştır. Bu alanda kabul edilen ilk önemli uluslararası belge, Avrupa Birliği’nin iki önemli organı olan Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin kabul ettiği, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Sürecinde Kişilerin Korunması ve Bu Verilerin Özgür Dolaşımına İlişkin Yönerge”dir<sup>2</sup>. Ayrıca vurgulamak zorundayız ki,

\* Ankara Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Daire Raportör Hakimi.

<sup>1</sup> Nitekim kişisel veriler kişinin karakter yapısına, sosyal ve ailevi durumuna, ekonomik durum ve yaşantısına dair bilgiler içermesi nedeniyle özel hayatı yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle özel hayatın korunması bağlamında incelenmektedir. Bu nedenle TCK’da da “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlıklı 9’uncu bölümde, 135 vd. maddelerde kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar düzenlenmiştir.

<sup>2</sup> 1995 yılında kabul edilen bu Yönergenin 1998 yılında yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Avrupa Birliğine üye devletlerin Yönergeyi bu tarihe kadar iç hukuklarına aktarmaları zorunlu kılınmış, iç hukuklarında yürürlükte olan yasaların Yönergede belirlenen ilkelere uyumlu hale getirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yönerge, kişilere ait verilerin nasıl elde edileceği, kaydedileceği, saklanacağı, kullanılacağı, yeniden düzenleneceği, aktarılacağı, işleneceği ve silineceği gibi hususları belirlemekte ve bu konularda nasıl bir denetim yapılacağını öngörmektedir. Avrupa Birliği bu Yönergenin yanı sıra spesifik alanları düzenleyen iki ayrı yönerge daha kabul etmiştir. Bunlardan ilki, 1997 yılında kabul ettiği “Telekomünikasyon Alanında Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Yaşam Hakkının Korunması Yönergesi”dir. Avrupa Birliğinin bu alandaki ikinci önemli yönergesi ise, 2002 yılında kabul ettiği “Elektronik Komünikasyon Alanında Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Yaşam Hakkının Korunmasına İlişkin Yönerge”dir (Songül Atak, “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Temel Özellikleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 59-60, s.201).

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın<sup>3</sup> 8'inci maddesi<sup>4</sup> kişisel verilerin korunması başlığını taşımaktadır. Avrupa Konseyi, daha sonra da çalışmalarını sürdürmüştür. Bu kapsamda “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması”na ilişkin 108 sayılı Sözleşme, 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılmış ve aynı tarihte diğer Konsey üyeleriyle birlikte Türkiye tarafından da imzalanmıştır<sup>5</sup>. Avrupa Birliği tarafından daha sonra, 1995 yılında 95/46/EC sayılı “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunması” konulu direktifi<sup>6</sup> hazırlanarak vatandaşlıkları söz konusu olsun olmasın bütün üye ülkelerdeki kişilerin, kişisel verilerinin korunması ve bu verilerin Avrupa Birliği sınırları içerisinde serbest dolaşımını sağlayacak kapsamda, güvenli bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır. 2002 yılında

<sup>3</sup> Şart, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi'nin C serisinin 364'üncü sayısında, 18 Aralık 2000 tarihinde yayımlanmıştır (OJ C 364, 18.12.2000).

<sup>4</sup> Madde 8

Kişisel verilerin korunması

1. Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir.

2. Bu veriler, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur. Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzeltirme hakkına sahiptir.

3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenir.

(Türkçeye tercüme metin Devlet Planlama Teşkilatı tarafından yapılmıştır. <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf> 05.03.2013)

<sup>5</sup> Sözleşme daha sonra 1986'da yürürlüğe girmiştir. 108 No.lu Sözleşme kişisel verilerin korunması konusunda genel ilkeleri tespitle yetinmektedir. Sözleşme'nin uygulanabilmesi için ayrıntıların taraf devletler iç hukuklarında yapılacak düzenlemelerle mümkün olacaktır. Türkiye henüz bir “*Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun*” yürürlüğe koymuş olmadığından bu Sözleşme'ye taraf olamamıştır.

108 No.lu Sözleşme gerçek kişilerin korunmasını amaçlar. Taraf devlet topraklarında bulunan yerli yabancı herkes kişiliğini ilgilendiren, kendi ismine bağlı veya isim belirtilmemiş olsa bile kendisinin belirlenmesini sağlayabilecek her türlü verinin otomatik işleme tabi tutulmasında güvencelere sahiptir... (Tekin Akıllıoğlu, “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm> 26.03.2013.)

<sup>6</sup> Burada kişisel verilere ilişkin olarak 8 ilke benimsenmiştir. Bunlar;

- Adil ve yasalara uygun biçimde işlenmelidir.

- Sınırlı amaçlarla işlenmelidir.

- Yeterli ve ilgili olmalı, gereğinden fazla olmamalıdır.

- Doğru olmalıdır.

- Gerektiğinden uzun süre tutulmamalıdır.

- Veri öznesinin haklarına uygun biçimde işlenmelidir.

- Güvenli olmalıdır.

- Yeterli korumanın bulunmadığı ülkelere aktarılmamalıdır. (Jonathan Cooper, “Kolluk Hizmetleri ve İnsan Hakları”, Ceza Adalet Sisteminde Suçla Mücadelede Yeni Yaklaşımlar Projesi; “İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme” Semineri, Ankara, 17.10.2008 Sunum Metni, s.34).

ise “Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması”na ilişkin 2002/58/EC sayılı direktif kabul edilmiş ve 1995 tarihli direktifin, bilişim teknolojilerinin hızlı gelişmesi karşısında yetersiz kalmasının önlenmesine çalışılmıştır.

Dünyada kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal anlamda yapılan ilk kanun İsveç’te “Veri Koruma Kanunu” adıyla 1973 yılında yürürlüğe konulmuştur. Ancak ulusal boyutta olmayan ilk düzenleme ise, 1971 yılında “Kişisel Veri Koruma Kanunu” adı altında Almanya’nın Hessen Eyaletinde yapılmıştır<sup>7</sup>. Bu kapsamda ülkemize baktığımızda herhangi bir özel yasal düzenlemenin bulunmadığını<sup>8</sup>, korumanın genel kanunlarla sağlanmaya çalışıldığını görmekteyiz. Bu koruma yollarını kısaca belirtmemiz gerekirse;

- 1982 Anayasa’sının (AY) 2’nci kısmının 2’nci bölümünde “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığı altında yer alan 20, 21 ve 22’nci maddeler temelde özel hayatı korumakla birlikte kişisel verileri de korunmaktadır. Özellikle 20’nci maddeye 2010 yılında 5982 sayılı kanunla eklenen 3’üncü fıkra<sup>9</sup> doğrudan kişisel verilerin korunmasına ilişkindir. Bu nedenle kişisel verilerin korunmasına ilişkin hakkın (ülkemiz açısından) doğrudan anayasal bir hak olduğu ve temel haklar arasında kabul edilmesi gerektiği söylenebilecektir.
- Özel hukukta kişilik haklarını hukuki işlem yoluyla saldırılara karşı koruyan Medeni Kanun’un (TMK) 23’üncü maddesi ile, hukuki işlem dışı saldırılara karşı koruyan 24’üncü maddenin kişisel verilerin korunması bakımından da uygulanabilmesi mümkündür<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Muammer Ketizmen, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.189.

<sup>8</sup> Ülkemizde kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak 2003 yılında “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı” hazırlanmış, 2008 yılında meclise gönderilmiştir (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>). Ancak aradan geçen uzun zamana rağmen yasalaşmamıştır.

<sup>9</sup> IV. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

A. Özel Hayatın Gizliliği

Madde 20 - ...

(Ek fıkra: 07/05/2010-5982 S.K./2. md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

<sup>10</sup> İnternet ortamında kişilik haklarının ihlalinin özel hukuk bakımından değerlendirmesi için bknz. Habip Oğuz, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.115 vd.

- Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 135'inci maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesi, 136'ncı maddesinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi, 138'inci maddesinde de verilerin yok edilmemesi suç olarak düzenlenmiştir.
- Ayrıca TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme, 244'üncü maddesinde sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçlarıyla da (doğrudan kişisel veriler hedeflenmese de) verilerin korunduğu kabul edilmelidir.
- Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) 63'üncü maddesiyle de, bu kanun kapsamında çalışan kimselerin kişisel verileri ifşasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.
- Kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından hazırlanan ve 24.07.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik ile de kişisel veriler korunmaktadır.
- Ayrıca belirtmeliyiz ki, AY'nin 90'ıncı maddesi gereği iç hukukun da parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8'inci maddesinde de herkesin özel ve aile hayatına, meskenine ve muhaberatına saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle kişisel verilerin AİHS'nin 8'inci maddesiyle de iç hukukta korunduğu söylenebilecektir<sup>11</sup>.

Ulusal ve uluslararası düzenlemeleri birlikte değerlendirdiğimizde herkesin kişisel verileri konusunda manevi varlığını koruyacak tedbirlerin alınmasını talep etme hakkının bulunduğu, ayrıca kişisel verilerinin kimlerde hangi amaçlarla bulundurulabileceği ve kimlere açıklanabileceği konusunda tercih hakkının bulunduğu sonucuna ulaşmaktayız. Ancak ulaştığımız sonuçla birlikte genel olarak tüm mevzuatımıza baktığımızda ülkemizde kişisel verilerin Anayasal güvencesine rağmen kişisel veri güvenliğinin yeterince sağlanmadığını, hatta mevzuatımızda Anayasaya aykırı hükümler bulunduğunu görmekteyiz. Örneğin 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un içeriğinde basit bir spor müsabakasını izlemek için dahi kişisel verilerin toplandığını; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda kişisel verilerin veri sahibinin kontrolü dışında paylaşılmasına ortam sağlandığını görmekteyiz.

<sup>11</sup> AİHM, Leander- İsviçre, Kopp – İsviçre ve Amann – İsviçre davalarında; kamu merciinin bir bireyin özel hayatıyla ilgili bilgileri saklamasının AİHS'nin 8'inci maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu belirtirken, aynı kararlarda bu saklanan bilgilerin daha sonra kullanılıp kullanılmamasının buna etkili olmayacağına da karar vermiştir. <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=79&t=11078&p=18179&hilit=ki%C5%9Fisel+veri#p18179> 25.03.2013.



Biz suçta ve cezada kanunilik ilkesine rağmen veri, kişisel veri ve bilgi kavramlarının ülkemizdeki kullanımında kavram kargaşasının yaşandığını ve hatta bu kargaşanın kanuni düzenlemelere de yansıdığını düşündüğümüzden kişisel verilerin TCK’da ki durumunu incelemeye karar verdik. İncelememizi yaparken öncelikle kavramların tanımını yapıp akabinde klasik yöntem çerçevesinde suçları tek tek inceledik. İncelememiz sırasında korunan hukuki değeri, suçun unsurlarını, suçun özel görünüş hallerini ve soruşturma usulü ile yaptırımını ayrı başlıklar halinde değerlendirdik. Değerlendirmelerimizi yaparken AİHM ve Yargıtay (Yarg.)<sup>12</sup> uygulamalarını da kısaca ele aldık.

Kişisel verilerin korunması hakkındaki değerlendirmelerimize geçmeden önce kısaca belirtmeliyiz ki;

İnceleme konularımızdan olan TCK’nın 135’inci maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkrada hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi suç kılınırken; ikinci fıkrada kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi suç kılınmıştır. Birinci fıkrada genel olarak kişisel verilerin kaydı suç kılındıktan sonra ikinci fıkranın niçin kaleme alındığının tartışılması gerekmektedir. Biz çalışmamızın içeriğinde yeri geldikçe bu tartışmalara da değineceğiz.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak TCK’nın 136’ncı maddesinde yer alan düzenlemeyle de, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi yaptırım altına alınmıştır.

TCK’nın 137’nci maddesinde ise özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenip TCK’nın 132-136’ncı maddeleri arasında düzenlenen suçlar bakımından suçların nitelikli halleri kaleme alınmıştır.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak TCK’da yer alan üçüncü suç kişisel verilerin yok edilmemesidir. TCK’nın 138’inci maddesiyle, yasal süresi dolmasına rağmen kişisel verileri sistem içinden yok etmekle görevli olan kişilerin bu görevlerini yerine getirmemeleri durumu suç haline getirilmiştir. Ancak bu suç kaleme alınırken madde başlığı olarak “Verileri Yok Etmeme” kullanıldığı gibi, metinde de “kişisel veriler” kavramı yerine “veri” kavramının kullanılmasını hatalı bulmakla birlikte, bu husustaki açıklamalarımızı da TCK’nın 138’inci maddesini değerlendirirken yapacağız.

Bireysel ve toplumsal olarak belli ihtiyaçlara hizmet etmesi nedeniyle kişisel verilerin kaydedilmesinin, kullanılmasının meşru kabul edilebileceğini; ancak bu kayıtların sınırsız olamayacağını ve süresiz olarak da tutulamayacağını vurgulayarak çalışmamıza başlıyoruz.

<sup>12</sup> Askeri Yargıtay’ın konuya ilişkin kararının bulunup bulunmadığının tespiti maksadıyla Türk Silahlı Kuvvetleri’nin intranet sistemi üzerinden Askeri Yargıtay sayfasında arama yapıldığında Askeri Yargıtay’ın konuya ilişkin kararının bulunmadığı tespit edilmiştir.

## 1. KAVRAM SORUNU (BİLGİ - VERİ – KİŞİSEL VERİ)

Kişisel verileri kaydetme suçu Kanun'da düzenlenirken veri kavramına suçun maddi unsurları arasında yer verilmiş olunmasına karşın; Türk hukuk sisteminde veri ve bilgi kavramlarının kullanımında karışıklık yaşandığını, bu kullanım hatalarının kanun koyucuya kadar yansıdığını düşündüğümüzden çalışmamızın başlangıcında kavramların değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Öncelikle karışıklığın sebebinin tercüme hatası olduğunu belirtmeliyiz. İngilizce'den dilimize hem “data” sözcüğü hem de “information” sözcüğü eş anlamlı şekilde “bilgi” olarak çevrilmiştir. Oysaki “data” sözcüğü bilişim alanındaki bilgileri ifade ederken, “information” sözcüğü somut dünyada yaşadığımız ve karşılaştığımız her türlü bilgiyi ifade etmektedir.

Bilgi ve veri, suyun katı, sıvı ve gaz halinde olması gibi özünde aynı ancak şekilde farklı kavramlardır<sup>13</sup>. Nasıl ki, tabii ortamda sıvı halde bulunan suyun buhar makinesinde fonksiyon görebilmesi için gaza dönüştürülmesi gerekiyorsa, bilgilerinde elektronik ortamda fonksiyon görebilmesi için veriye dönüştürülmesi gerekmektedir. Şekildeki farklılık ile özdeki aynılık kanun koyucu tarafından da karıştırılmıştır<sup>14</sup>.

Bilişim suçlarından olan ve TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen “*Bilişim Sistemine Girme*” suçunun gerekçesinde “*sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkarda geçen veri teriminin kapsamındadır*” denilerek veri kavramının genel çerçevesi çizilmiştir. 5651 S. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2- (1) k) maddesinde ve 5651 S. Kanun'a dayanarak çıkarılan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in tanımları açıklayan 3 (1) p) maddesinde ve ayrıca 01.11.2007 tarihinde yayınlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar Hakkındaki Yönetmelik'in tanımları belirleyen 3 (1) m) maddesinde veri; “*bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer*” şeklinde tanımlanmıştır.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde (AKSSS) veri; “*bilgisayar sisteminin herhangi bir işlevi gerçekleştirmesine neden olan programı da içermek üzere olgu, enformasyon ya da kavramların bilgisayar sistemleri içerisinde işlenmeye uygun bir biçimde temsili*” olarak tanımlanmıştır<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s.48.

<sup>14</sup> Levent Kurt, Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s.38.

<sup>15</sup> Aysun Dalkılıç, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Bilişim Suçları”, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Proje Yöneticisi Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s.203.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde<sup>16</sup> ve Bilişim Terimleri Sözlüğü'nde<sup>17</sup> bilişim hukuku anlamında veri, “*olgu, kavram ya da komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli, biçimsel ve uzlaşımsal gösterimi*” olarak tanımlanmıştır.

Hukuk doktrini incelendiğinde de verinin çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Örneğin:

Eralp; “*bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değerdir*”<sup>18</sup>.

Koca; “*bilgilerin belli bir formata dönüştürülmüş şeklidir*”<sup>19</sup>.

Schjolberg; “*veriler, olguların ya da talimatların biçimsel temsilleridir*” şeklinde tanımlama yaptıktan sonra “*verilerin iki yönü vardır; onlar insanlar için potansiyel bilgilerdir ya da bilgisayarlara yapılan talimatlardır*” şeklinde açıklamalarına devam etmiştir<sup>20</sup>.

Yazıcıoğlu; “*veri, bilgilerin belirli bir formata dönüştürülmüş halidir. Başka bir ifade ile veriler bilgisayarın çalıştığı bilgilerdir*”<sup>21</sup>.

Yenidünya – Değirmenci; “*bir bilişim sisteminde saklanan her şey (bir yazı, bir resim, bir program) veridir*”<sup>22</sup>.

Walden; “*herhangi bir olgunun sunumu, bir bilişim sisteminin çalışmasını sağlayacak programlar da dahil olmak üzere, bilişim sisteminde işlem için uygun bir formda bulunan kavramlar ya da bilgidir*”<sup>23</sup>.

Kanaatimizce veri, bilişim araçlarının üzerinde işlem yaptığı her türlü sayısal değerdir.

<sup>16</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 30.03.2011.

<sup>17</sup> Aydın Köksal, Bilişim Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s.82.

<sup>18</sup> Özgür Eralp, Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü, Ankara, Avbil Yayınları, 2007, s.139.

<sup>19</sup> Mahmut Koca, “Hukumumuzda TCK'nın 244'üncü maddesi Kapsamında Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu”, 9-10 Ekim 2008 Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı, Ankara, Yargıtay Başkanlığı Yayını, 2009, s.94.

<sup>20</sup> Stein Schjolberg – Amanda M. Hubbard, “Harmonizing National Legal Approaches on Cybercrime”, International Telecommunication Union WSIS Thematic Meeting on Cybercrime Geneva 28 June- 1 July 2005, s.10.

<sup>21</sup> Recep Yılmaz Yazıcıoğlu, Bilgisayar Suçları: Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutları İle, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1997, s.29, 30.

<sup>22</sup> Ahmet Caner Yenidünya –Olgun Değirmenci, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul, Legal Yayınevi, 2003, s.47-48.

<sup>23</sup> Lan Walden, “Harmonising Computer Crime Laws In Europe”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol.12/4, 2004, Koninklijke Brill Printed, Netherlands, s.328.

Doktrindeki tanımları ve kişisel kanaatimizi belirttikten sonra bu konuda vurgulanması gereken nokta, verilerin sadece bilgisayarda değil, her türlü bilişim aracında bulunabileceğidir. Dolayısıyla “bilgisayar verisi” olarak nitelendirme yerine sadece “veri” kelimesinin kullanılması daha uygun bir nitelendirme olacaktır.

Bilgi ise, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde “1. İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat. 2. Öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek, malumat, vukuf. 3. İnsan zekâsının çalışması sonucu ortaya çıkan düşünce ürünü, malumat, vukuf. 4. Genel olarak ve ilk sezi durumunda zihnin kavradığı temel düşünceler. 5. Doğa bilgisi. 6. (bl.) Kurallardan yararlanarak kişinin veriye yönelttiği anlam.” şeklinde tanımlanırken, 5651 s.Kanun’a dayanarak çıkarılan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in tanımları açıklayan 3 (1) ç) maddesinde ve 01.11.2007 tarihinde yayınlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar Hakkındaki Yönetmelik’in tanımları belirleyen 3 (1) b) maddesinde “Verilerin anlam kazanmış biçimini ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu durumda bilgi kavramı ile veri kavramına ilişkin tanımları karşılaştırdığımızda özünde her ikisinin aynı olduğu görülmektedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere özdeki aynılığa karşılık şekilde farklılık vardır. Bu nedenle kanaatimizce “data” kelimesi yerine veri, “information” kavramı yerine de bilgi kavramını kullanmalıyız. Hızla ilerleyen bilişim sektöründeki ilerleme nedeniyle özdeki aynılık yeterli olamayabilecektir. Kanaatimizce gelişmekte olan ve henüz başlangıcında bulunduğumuz bilişim teknolojilerinin kavramlar nedeniyle sorun çıkarması beklenmeden kullanım yerleri düzeltilmelidir. Günümüz itibarıyla bu karışıklığın yaşandığı sadece birkaç tane mevzuat vardır (ki buna Anayasa’da dahildir). Bu mevzuatın gözden geçirilip, kavramların düzeltilmesi zor bir uğraş değildir. Ancak hızla ilerleyen bilişim ortamını düzenleyen mevzuat geliştikçe bu karmaşanın boyutu da artacaktır. Bu nedenle en kısa sürede kavramların tanım ve kullanımları netleştirilmelidir.

Her ne kadar hatalı olduğunu düşünsek de Kanun’da “veri” kavramı kullanıldığından biz de çalışmamızda “veri” kavramını kullanacağız. Ancak bu “veri” kavramını esasında somut dünyadaki bilgilerle, bilişim alanındaki verileri kapsar şekilde kullandığımız unutulmamalıdır.

Kişisel veri kavramına gelince; kişisel veri, İngilizce “personal data” kavramından gelmekle birlikte, Türkçe karşılığı orijinal kaynakla tam olarak örtüşmemektedir<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.552.

Kişisel veri kavramı da hukuk doktrininde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bunları kısaca belirtmemiz gerekirse;

Donay; “*kişiyi diğer şahıslardan ayırabilecek tüm bilgilerdir*”<sup>25</sup>.

Hafizoğulları – Özen; “*kişinin kendi nefesine ait her çeşit bilgidir*”<sup>26</sup>.

Malkoç; “*belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ait bütün verilerdir*”<sup>27</sup>.

Şen; “*bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgidir*”<sup>28</sup>.

Avrupa Birliği 95/46 Sayılı Veri Koruması Direktifi’nde (md.2.a) “*Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin herhangi bir bilgidir*”<sup>29</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

2004 yılında yapılan Türkiye Bilişim Şurası’nın sonuç raporunda ise kişisel veri “*genel anlamıyla veri öznesinin, yani ilgili ve tanımlanabilir gerçek kişinin tanımlanması için kullanılacak her türlü bilgidir*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>30</sup>.

TCK’nın 135’inci maddesinin gerekçesinde ise kişisel veri, “*gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır. Gerekçenin devamında, “*Çağımızda kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamlarına geçirilip muhafaza edilmesi uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır; hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alış*

<sup>25</sup> Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.215.

<sup>26</sup> Zeki Hafizoğulları - Muharrem Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 4, Güz 2009, s.20.

<sup>27</sup> İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2013, s.2198.

<sup>28</sup> Ersan Şen, Yorumluyorum, Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış, Seçkin Yayıncılık, s.221.

<sup>29</sup> Leyla Keser Berber - Mahir M. Ülgü - Cüneyd Er, Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Karakter Color A.Ş. Basımı, Basım Yılı Yok, s.120.

<sup>30</sup> Kişisel veri, genel anlamıyla veri öznesinin, yani ilgili ve tanımlanabilir gerçek kişinin tanımlanması için kullanılacak her türlü bilgidir. Nitekim kişiliğin sosyal, fiziksel, duygusal ve hatta ekonomik boyutuna dair bilgiler kişisel verilerimizi ifade etmektedir. Kişisel bilgilerin geçmişe oranla daha fazla önem arz etmesi, zamanımızda söz konusu olan gelişmiş BT’nin ve son derece kolaylaşmış görsel, işitsel ve veri transferi sağlayan iletişim araçlarının varlığının doğal sonucudur. Artık kişi salt fiziksel görünümü ile yaşadığı kısıtlı çevrede tanınmamakta, en basitinden ismi ve soy ismi, doğum yeri, tarihi, kimlik numarası ve burada teker teker sayılması mümkün olmayan daha birçok ayırt edici özelliği ile çok daha geniş bir alanda tanımlanabilmektedir (Türkiye 2. Bilişim Şurası Sonuç Raporu, 10-11 Mayıs 2004, Ankara, s.283).

veriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, böylece tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler” ifadesine yer verilmiştir<sup>31</sup>.

Kişisel Verilerin Korunması Yasa Tasarısı'nın 3 (1) a) maddesinde kişisel veri “belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrindeki tanımlamalara baktığımızda kişisel verinin, bireyi tanımlayan, bireye ait olan, birey tarafından kullanılan, bireye işaret eden, vücut bütünlüğü dahil her şeyi ifade ettiği kabul edilmelidir. Bu kapsamda bireyin vücut ölçüleri, göz/ten rengi, kan grubu, kan tahlili sonuçları, kullandığı telefon numaraları<sup>32</sup>, iş ve ev adresleri, mensubu olduğu dernek ve vakıflar dahil olmak üzere kişi hakkında bilgi veren tüm unsurları “kişisel veri” olarak değerlendirmek gerekmektedir<sup>33</sup>.

## 2. KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ SUÇU (m. 135)

### 2.1. Korunan Hukuki Değer

Korunan hukuki değer, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Örneğin; suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir<sup>34</sup>; toplumun ceza hukuku tarafından korunan yaşamsal değerleridir<sup>35</sup>; beşeri bir ihtiyacı gidermeye yarayan veya en azından böyle kabul edilen bireysel, kamusal ve toplumsal her çeşit şeydir<sup>36</sup>; ceza kuralı ile korunan ve bir suçun ihlal ettiği (zarar verdiği veya tehlikeye maruz bıraktığı) menfaattir; (ferdi, toplumsal, maddi veya maddi olmayan menfaat)<sup>37</sup> şekillerinde tanımlanmıştır.

İnceleme konumuz olan kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda korunan hukuki değer özel hayatın gizliliği ve korunması olduğu noktasında fikir birli-

<sup>31</sup> Ketizmen, s.229.

<sup>32</sup> Yarg. kişisel verilerin yayılması suçuna ilişkin 4.C.D. 13.12.2010 gün ve 2010/19559-20604 E.K sayılı ilamında telefon numaralarının da kişisel veri olduğunu belirtmiştir (Dülger, s.590).

<sup>33</sup> Şen, Yorumluyorum, s.221.

<sup>34</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s.25.

<sup>35</sup> Mahmut Koca – İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, s.134

<sup>36</sup> Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, U-S-A Yayıncılık, 2008, s.225.

<sup>37</sup> Kurt, s.148.

ği bulunmakla birlikte doktrinde bazı yazarlar<sup>38</sup> 135'inci maddenin düzenlendiği yerin TCK'nın "Özel Hükümler" başlığını taşıyan ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan dokuzuncu bölümü olmasından yola çıkarak (diğer bir deyişle, TCK'daki düzenleme yerinden yola çıkarak) bu suçla korunan hukuki değerın genel olarak kişinin özel hayatı ve hayatın gizli alanı olduğunu, özel olarak ise, kişisel veriler olduğunu belirtmelerine karşın; bazı yazarlar da<sup>39</sup>, TCK'nın 135'inci maddesinin dayanağının AY'nin 20'nci maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği olduğunu belirterek, 135'inci maddeyle kişinin özel hayatının korunduğunu belirtmektedir. Buna karşılık bir başka grup yazar<sup>40</sup> bu maddenin düzenleme yerine ya da AY'daki dayanağına atıf yapmaksızın maddede kişisel verilerin gizliliğinin (veri mahremiyetinin) korunduğunu, bu nedenle özel hayatın korunduğunu belirtmekle yetinmektedirler.

Kanaatimizce burada özel hayatın gizliliği korunmakla birlikte bu değer üst değerdir. Bunun altında korunan kişisel verinin niteliğine göre kişinin tüm haklarıdır. Örneğın hastane kayıtlarına ilişkin verilerin kaydedilmesi engellenerek kişinin sağlık ve mahremiyet hakkı; ticari hayatına ilişkin verilerin kaydedilmesi engellenerek ekonomik hakları korunmaktadır<sup>41</sup>. Bu noktada vurgulamalıyız ki, burada her ne kadar özel hayatın gizliliği korunmakta ise de; bu kişisel verilerin sır olması gerekmemektedir. Dolayısıyla özel hayatın korunması istenirken kişisel sınırların korunduğu sonucuna varılmamalıdır.

<sup>38</sup> Dülger, s.561.

<sup>39</sup> Ali Karagülmez, Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.248; Emine Gülnihal Şener, Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 39, Ocak 2010, s.74.

<sup>40</sup> Muharrem Özen – İhsan Baştürk, Bilişim – İnternet ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.122; Veli Özer Özbek – Mehmet Nihat Kanbur – Koray Doğan – Pınar Bacaksız – İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.524; Şaban Cankat TAŞKIN, Bilişim Suçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.98; Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.1284; Burak Çekiç, İnternet Aracılığıyla İşlenen Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.137; Esra Yayıcı, "Bilişim Suçları" Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Usul Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s.123.

<sup>41</sup> Bu suçun kişilik haklarından özel hayatın gizliliğini ihlal etmeme ilkesi ile ilgisi olduğu kadar ayrıca kişilerin ekonomik hakları ile de ilişkisi olduğuna dair görüş ve açıklamalar için bkz. Gürsel Öngören, İnternet Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, Yayın No: 1, İstanbul, 2006, s.63.

Donay'da bu hususta "Bu maddeyle bir yandan Anayasal güvence altında olan ayrımcılık engellenmiş olunmakta, diğer yandan da kişisel ve iş yaşamları korunmaktadır" şeklinde açıklama yapmaktadır (Donay, s.215).

## 2.2. Suçun Unsurları

### 2.2.1. Maddi Unsurlar

#### 2.2.1.1. Fiil ve Netice

TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesidir. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, doktrinde<sup>42</sup> veri hırsızlığı / kimlik hırsızlığı olarak da isimlendirilmektedir<sup>43</sup>.

Madde metninde ya da gerekçede buradaki kaydetmenin ne anlama geldiğine ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak gerekçede<sup>44</sup> kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım bulunmadığı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kaydetmek Türk Dil Kurumunun Sözlüğü'nde<sup>45</sup> "1. Yazmak, bazı önemli noktaları tespit etmek. 2. Herhangi bir şeyi bir yere mal etmek, bir şeyin tarih, numara veya adını bir deftere geçirmek 3. Hatırlamak için yazmak, not etmek 4. Belirtmek, söylemek: Şunu kaydedeyim ki... 5. Sesi veya resmi manyetik bant üzerine geçirmek. 6. Olumlu sonuç almak: Başarı kaydetmek. Gol kaydetmek. 7. Sıcaklık, basınç gibi bir niceliğin değişkenliğini tespit etmek. 8.. Elektronik veya sayısal araçlarda bilgiyi korumaya almak" şeklinde tanımlanmıştır.

Gerekçedeki ifade ve sözlük anlamı birlikte değerlendirildiğinde, inceleme konusu suçun oluşumu için kaydın şart olduğu, kişisel bir veriye yasa dışı bir şekilde bakılması, dinlenmesi ve/veya ezberlenmesi halinde, kayıt etme unsuru bulunmadığından, TCK'nın 135'inci maddesindeki suçun oluşmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>46</sup>. Kanaatimizce, bu gibi hallerde TCK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen kişisel verilerin ele geçirilmesi suçunun tatbiki söz konusu olabilecektir.

<sup>42</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.68.

<sup>43</sup> Kimlik hırsızlığı kavramı sadece bu suç için değil aynı zamanda TCK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen suç içinde kullanılmaktadır. Ancak kanaatimizce, buradaki hırsızlık kavramı Türk ceza hukuku bakımından karışıklıklara yol açabileceğinden kullanılmamalıdır. Zira, TCK'ya göre hırsızlık suçunun konusu taşınabilir mallardır. Kişisel verilerin ise her zaman taşınabilir nitelikte olması mümkün değildir. Hatta bilişim ortamındaki kişisel verinin taşınabilirliği bir yana var olup olmadığı dahi tartışılabilir.

<sup>44</sup> "...Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır..." (madde gerekçesinden).

<sup>45</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 15.03.2013.

<sup>46</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.527; Artuç, s.1286; Malkoç, s.2198.



Doktrinde<sup>47</sup> kaydetmenin herhangi bir şekilde yapılabileceğinden bahisle, bu suç tipinin serbest hareketli bir suç olduğu yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce madde metninde açıkça kaydetme şeklinde hareketin belirlenmiş olunması nedeniyle suç bağı hareketli bir suçtur. Kaydetmenin herhangi bir şekilde yapılabilmesi bu suçu serbest hareketli bir suç haline getirmemektedir<sup>48</sup>. Bu yönüyle TCK'nın 135'inci maddesi 136 ve 138'inci maddelerinden ayrılmaktadır. Ancak suçun oluşabilmesi için kayıt etme yeterli olup, kaydın nasıl yapıldığı önemli değildir. Kayıt etme fiili bir bilişim sisteminde veri olarak bulunmayan bir bilginin sisteme girilmesi şeklinde olabileceği gibi, yazılı olarak bulunmayan bir bilginin herhangi bir ortamda (bilişim sistemine ya da deftere) yazılı hale getirilmesi şeklinde de olabilecektir. Buradaki kaydın kalemle yapılması ya da elektronik ortamda tarama yapılarak (scan) elde edilmesi arasında bir fark yoktur. Ayrıca kayıt pekala sesli ya da görsel nitelikte de olabilecektir. Örneğin kişisel verilerin verilmesi sırasında CD ya da kasete gizlice kayıt yapılması, ya da kişisel verilerin bulunduğu bilgisayar ekranı veya kağıdın fotoğrafının çekilmesi suretiyle yapılabilecektir<sup>49</sup>.

İnceleme konusu suç, neticesi harekete bitişik suç şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle fiil kişisel verilerin hukuka aykırı kaydedilmesi ile tamamlanır<sup>50</sup>.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda açıkça fiili bir hareket (kaydetme) arandığından ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir<sup>51</sup>.

İnceleme konusu suçun neticesine gelince; kişisel verilerin kaydedilmesinde suçun oluşumu için hukuka aykırı kayıt yeterli olup<sup>52</sup>, bu kişisel verilerin daha sonra başkalarıyla paylaşılması, yayınlanması, alenileştirilmesi, kullanılması ya da bunlardan menfaat sağlanması<sup>53</sup> gerekmemektedir.

Netice bakımından ayrıca belirtmeliyiz ki; suçun tamamlanmış sayılması için kişisel verinin kaydedilmesi yeterlidir; bundan bir zarar doğması şart değildir. Bu nedenle kişisel verilerin kaydedilmesi suçu tehlike suçudur<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> Dülger, s.565.

<sup>48</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.527.

<sup>49</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.249; Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız –Tepe, s.527; Dülger, s.565; İsmail Ercan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2012, s.149.

<sup>50</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.527.

Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.

<sup>51</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.

<sup>52</sup> Benzer görüş ve açıklama için bkz. Karagülmez, s.249.

<sup>53</sup> Yarar sağlamanın şart olmadığına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Artuç, s.1287.

<sup>54</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.527. Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Dülger, s.249.

Her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak kaydı TCK'nın 135 (1) maddesinde suç olarak düzenlendikten sonra, TCK'nın 235 (2) maddesinde bir takım kişisel veriler zikredilerek yeni suçlar yaratılması, bu yapılırken de ikili bir ayrıma gidilmesi nedeniyle TCK'nın 135 (2) maddesinin özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. TCK'nın 135 (2) maddesine göre:

- Kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse ilk fıkra hükmüne göre cezalandırılacaktır.
- Kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileriye hukuka aykırı olarak kişisel veri olarak kaydeden kimse ilk fıkra hükmüne göre cezalandırılacaktır.

Bu durumda baktığımızda kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgiler konusunda yapılacak kayıtlarda uygulanacak kanun maddesi ikinci fıkra olduğu anlaşılacak birlikte, bunlar ayrıca belirtilmese dahi zaten ilk fıkra uyarınca cezalandırılacaklarından neden tekrar kaleme alındıklarının tartışılması gerekmektedir. Madde gerekçesine<sup>55</sup> baktığımızda bu hususta herhangi bir açıklama bulunmadığını görmekteyiz. Doktrinde ise, bizim de katıldığımız üzere, söz konusu verileri ayrıca belirtmenin yasa yapma tekniği açısından bir anlam ifade etmediği belirtilerek<sup>56</sup> eleştiriler yapıldığı gibi, düzenlemeyi isabetli bulan görüşler de<sup>57</sup> bulunmaktadır.

TCK'nın 135'inci maddesinin birinci fıkrasında hiçbir ayırım gözetilmeksizin tüm kişisel veriler için hukuka aykırılık unsuru vurgulanmışken ikinci fıkrada kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi halinde hukuka aykırılık halinin neden aranmadığı hususu da akla gelmektedir. Bu hususta da madde gerekçesinde bir

<sup>55</sup> “...Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda almak, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bunlardan kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır...” (madde gerekçesinden).

<sup>56</sup> Dülger, s.567.

<sup>57</sup> Kanaatimizce ikinci fıkra bir bakıma isabetli olmuştur. Çünkü yine kanun koyucu maddenin birinci fıkrasında “kişisel veriler” kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymayarak ve kavrama soyut olarak yer vererek “suçta kanunilik” prensibini ihlal etmiştir. Bireyin rızasıyla vermiş olduğu bilgilerin kaydedilmesinde veya işin gereği olarak bireyin bilgisi dahilinde veya kanunun açık hükmü gereği veri tespiti ve kaydı yapılmasında bir hukuka aykırılık söz konusu olacaktır (Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.601).

açıklama bulunmamaktadır. Şüphesiz ki, bir eylemin suç olarak kabul edilebilmesi için hukuka aykırı olması gerekmektedir. Kanun koyucunun madde metninde hukuka aykırılık unsuruna özel olarak yer vermesi halinde bu duruma doktrinde hukuka özel aykırılık hali denilmektedir. Bu hususu biz ileride hukuka aykırılık başlığı altında değerlendireceğimizden şimdilik tartışma konusu yapmıyoruz. Ancak vurgulamamız gerekir ki, bu durumda yani hukuka aykırılık unsuruna madde metninde yer verildiği hallerde hakim suçun bütün unsurlarının tam olduğunu tespit etse bile, ayrıca failin eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilip bilmediği, hukuka aykırı davranma bilinciyle hareket edip etmediğini araştırması gerekmektedir. Dolayısıyla failin cezalandırılabilirliği açısından ilave unsurların aranması gerekmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu kişilerin siyasi, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine ilişkin verilerin diğer kişisel verilerden çok daha önemli olduğu düşüncesiyle ve ülkemiz uygulamalarında fişleme tabir edilen kamusal uygulamaların önüne geçebilmek amacıyla bu kişisel verilere üstünlük tanımış ve bunlar bakımından özel hukuka aykırılık halini aramamıştır. Ancak doktrinde bu verilerin hiçbir şekilde kaydedilemeyeceğine, işlenemeyeceğine ve bunu mümkün kılan bir hukuk kuralı yaratılamayacağına dair görüş<sup>58</sup> de bulunmaktadır. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, TCK üst norm olmayıp diğer kanunlara göre üstünlüğü de bulunmamaktadır. Kanun koyucu pekala çıkaracağı bir kanunla kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine ilişkin bilgilerin kaydedilmesine imkan sağlayabilecektir. Bu durumda bu Kanun uyarınca yapılacak kişisel veri kayıtları kanun hükmünün yerine getirilmesi olacağından suç teşkil etmeyecektir. Bu tür kişisel verilerin kaydına imkan sağlayan yasal düzenlemelerin insan hakları bakımından değerlendirilmesi, ayrı bir çalışma konusu olacaktır.

Kanaatimizce TCK'nın 135 (2) maddesinde belirtilen haller doğrudan mevcut haliyle değil, suçun nitelikli hali olarak ve cezada artırımı gerektirecek şekilde kaleme alınmalıydı<sup>59</sup>. Nitekim, meclis alt komisyonu tarafından kabul edilen tasarıda bu nitelikli kişisel verilerin suçun konusu oluşturması hali ağırlatıcı bir neden olarak öngörülmüştü. Ancak adalet komisyonu tarafından genel kurula gönderilen ve genel kurulda kabul edilerek yasalaşan metinde nitelikli kişisel verilerin suçun konusunu oluşturmasının ağırlatıcı hali kaldırılmıştır<sup>60</sup>.

Almanya Anayasa Mahkemesi, ırk ya da diğer kategorilere göre hazırlanan profillere karşı açılan bir davada, bu türden faaliyetlerin ancak Alman Federas-

<sup>58</sup> Bu bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesinin, her zaman, mutlak olarak, hukuka aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.526; Hafızoğulları – Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20; Ercan, s.79.

<sup>59</sup> TCK'nın 135 (2) maddesinin nitelikli hal olması gerektiğine dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.2198.

<sup>60</sup> Dülger, s.567.

yonu'nun varlığı ve güvenliği ya da belirli bir kişinin hayatı gibi yüksek koruma gerektiren hakları bakımından “somut” bir tehlikeyle karşı karşıya bulunulduğunda söz konusu olabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu kayıt tutmanın Alman Temel Kanun’unda yer alan Alman insan hakları güvenceleri ile uyumlu olması gerektiği de vurgulanmıştır. Diğer bir deyişle, Mahkeme, kişi ya da devletin karşı karşıya bulunduğu somut ve tespit edilebilir bir tehlike olmadıkça (tehdit genel bir düzeyin ötesinde belirli olmalı ve gerçek terörist saldırılarının hazırlığı ya da meydana getirilmesiyle ilişkilendirilmelidir) ırk temelli profil çıkarılmasının yasak olduğunu belirtmiştir<sup>61</sup>.

Son olarak belirtmeliyiz ki, kanaatimizce ikinci fıkrada yer alan “... bilgileri kişisel veri olarak kaydeden...” şeklindeki ifade hatalı bir ifadedir. Zira, kurulan cümleye dilbilgisi kuralları bakımından bakıldığında sanki bu sayılan unsurlar kişisel veri değilmiş de kanun koyucu kişisel veri olarak kabul etmiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysaki, burada sayılan unsurların tamamı zaten kişisel veridir ve birinci fıkra kapsamındadır<sup>62</sup>.

#### 2.2.1.2. Fail

Her suçun mutlaka bir faili vardır ve fail sadece insandır. Suç failinin insan olması kuralının istisnası yoktur<sup>63</sup>. TCK’nın 20’nci maddesinde de cezaların kişiselliği ilkesi benimsenmiştir. Bu nedenle tüzel kişiler suçun faili olamazlar. Nitekim TCK’nın 20’nci maddesinin gerekçesinde “*Sadece gerçek kişiler suçun faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir*” denilerek; kim hakkında ceza müeyyidesine hükmedilebiliyorsa, ancak o kimşenin fail olabileceğine işaret edilmiş olunmaktadır<sup>64</sup>. Bu nedenle inceleme konusu suç bakımından da tüzel kişilerin fail olması mümkün değildir. Ancak şartlarının bulunması halinde (TCK’nın 140’ıncı maddesi gereği) tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunabilecektir<sup>65</sup>.

Ceza kanunlarında veya suç ve ceza içeren kanun hükümlerinde tanımlanan suçlar, kural olarak herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Kanuni tanımda faille bağlantılı olarak “...kişi...”, “...kimse..” “bir kimse...”, “her kim...” veya hükmün sonunda “... işleyenler”, “...yapanlar” gibi genel ifadelerin kullanıldığı suçlar bu nitelikte suçlardır. Buna karşılık kanuni tarifte faille ilgili olarak her-

<sup>61</sup> Cooper, s.37.

<sup>62</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.525.

<sup>63</sup> Hafizoğulları – Özen, s.393.

<sup>64</sup> Hafizoğulları – Özen, s.395, 396.

Benzer açıklamalar için bkz. Artuk - Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.216.

<sup>65</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.

hangi bir insan olmasının ötesinde belli özel veya objektif vasıfların zikredildiği suçlara, özgü (mahsus) suç denmektedir. Bir başka deyişle, ancak belirli sıfat veya nitelikleri taşıyan kimselerce işlenmesi kabil olup, bunların dışındaki kişilerce işlenmesi mümkün olmayan suçlar özgü suçlardır. Bu suçlarda suç failinin, belirli bir sıfat ve niteliğe haiz olması, suçun bir unsuru veya ön şartıdır<sup>66</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde TCK'nın 135'inci maddesine baktığımızda, madde metninde "... kaydeden kimseye..." şeklinde ifade kullanıldığından fail bakımından herhangi bir özellik aranmadığı, dolayısıyla bu suçun herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğu sonucuna ulaşmaktayız<sup>67</sup>.

Ancak bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde TCK'nın 137'nci maddesi gereğince cezada artırım yapılacaktır. Bu haller aşağıda suça etki eden sebepler başlığı altında değerlendirileceğinden burada tartışma konusu yapılmamıştır.

### **2.2.1.3. Mağdur**

Mağdur konusuna girmeden önce, konumuz açısından önemli olması ve davaya katılma hakkı olan kişiler belirlenirken CMK'nın 237'nci maddesinde anılması nedeniyle, mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca TTK'nın 62'nci maddesinde suç şikayete tabi kılınırken CMK'nın 234 ve TCK'nın 73'üncü maddelerinde de şikayetçi kavramı kullanıldığından bu kavramın da açıklanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Mağdur, suç tanımıyla korunan hak ve menfaatin sahibi olan kişidir; yani, suçtan doğrudan doğruya etkilenen kişidir<sup>68</sup>. Bu kişi, suçun olumsuz etkilerini doğrudan doğruya üzerinde hisseder. Suç tanımıyla korunan hak ve menfaatin dışında kalan hak ve menfaatlerin ihlal edildiği hallerde, bu hak ve menfaatin sahipleri ise dolaylı olarak suçtan zarar görenler olarak adlandırılır. Şikayetçi ise TCK'nın 73'üncü maddesi uyarınca takibi şikayete bağlı suçlarda suçtan zarar gören kişidir<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Aydın, 2008, s.56.

<sup>67</sup> Bu suçun herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğu şeklindeki benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.526; Dülger, s.563; Artuç, s.1284; Çekiç, s.138; Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.

<sup>68</sup> Mağduru "*suçtan doğrudan zarar gören kişi*" olarak tanımlayan Kunter – Yenisey – Nuhoğlu suçtan zarar göreni de "*işlenen suçtan zarar gören mağdur dışındaki kişiler*" olarak tanımlamaktadır (Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009, s.341).

<sup>69</sup> Nur Centel - Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s.806, 807.

Doktrinde ceza hukuku bakımından tüzel kişilerin mağdur olamayacağı, yalnızca suçtan zarar gören olabileceği yönünde görüşler<sup>70</sup> bulunmakla birlikte tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceğine dair görüşlerde bulunmaktadır<sup>71</sup>. Biz genel bakış açısı itibarıyla bazı suçlarda tüzel kişilerin de mağdur olabileceğini kabul etmekle birlikte<sup>72</sup>, inceleme konusu suç bakımından korunmakta olan temel unsurun özel hayatın gizliliği olduğunu kabul etmemiz, tüzel kişilerin korunması gereken bir özel hayatlarının bulunmaması nedeniyle tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağını ancak suçtan zarar gören olabileceklerini değerlendiriyoruz<sup>73</sup>. Nitekim madde gerekçesinde<sup>74</sup> suçun konusunun kişisel veriler olduğu belirtilirken bu verilerin gerçek kişilere ait olması gerektiği de vurgulanmıştır. Ancak doktrinde<sup>75</sup> inceleme konusu suçun mağdurunun hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler olabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Sonuç olarak biz kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda tüzel kişilerin mağdur olamayacağını, sadece gerçek kişilerin mağdur olabileceğini kabul etmekteyiz. Ancak bu noktada vurgulamamız gerekir ki, madde metninde mağdur bakımından özel bir nitelik aranmadığından tüm gerçek kişiler bu suçun mağduru olabilecektir<sup>76</sup>.

#### 2.2.1.4. Suçun Konusu

Üzerinde suçun meydana geldiği, yasada belirtilen hareketin yönelik olduğu eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi suçun konusunu oluşturmaktadır. Suçun konusu ile korunan hukuki değer arasındaki farka da işaret etmek gerekirse; suçun konusu kısaca hareketin yönelik olduğu ve ceza normunda belirtilen kişi ya da şey iken, korunan hukuki değer suç tipinin ihdas edilmesiyle korunmak istenen değerdir.

---

Ancak Kunter – Yenisey – Nuhoğlu şikayetçi kelimesini dar anlamda anlayıp sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarla sınırlı tutmanın CMK'nın 234'üncü maddesinde tanımlanan birçok hakkı şikayetçiden alma sonucunu doğuracağından eleştirmektedir (Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, s.341).

<sup>70</sup> Örneğin bkz. Artuk - Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.307; Koca-Üzülmez s.133.

<sup>71</sup> Mağdurun en kolay tanımının suçtan zarar gören kişi olduğunu belirten Ünver ve Hakeri suçtan zarar görenin de gerçek ve tüzel kişi olabileceğini belirterek, tüzel kişilerin de mağdur olabileceğini kabul etmiş olmaktadır (Yener Ünver – Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet yayınevi, 2010, s.304).

<sup>72</sup> Örneğin banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunda (TCK m.245) olduğu gibi

<sup>73</sup> Tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özen –Baştürk, s.123; Şener, s.76.

<sup>74</sup> “Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir” (madde gerekçesinden).

<sup>75</sup> Çekiç, s.139; Artuç, s.1284; Dülger, s.563.

<sup>76</sup> Mağdurun herkes olabileceğine dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.526.

TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen ve inceleme konumuz olan suçun konusu, kişisel verilerdir<sup>77</sup>. Ancak kavram sorunu başlığı altında belirttiğimiz üzere, buradaki kişisel verilerden anlaşılması gereken sadece bilişim sistemlerindeki veriler değildir; burada kastedilen kişisel bilgilerdir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde açıkça belirtilmiş ve gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin, kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Ancak maddenin ilk fıkrasında suçun konusunu her türlü kişisel veriler oluştururken, ikinci fıkradaki suçun konusunu yalnızca fıkarda sayılmış olan kişisel veriler oluşturmaktadır. İkinci fıkrada sayılan kişisel veriler ise, siyasî, felsefî veya dinî görüşler, ırkî kökenler, ahlâkî eğilimler ve ayrıca cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerdir. Bu durumda kişisel veriyi kaydeden faile uygulanacak hükmün belirlenmesi sırasında, öncelikle ikinci fıkraya bakılacaktır. Kaydedilen kişisel veri ikinci fıkrada sayılan kişisel verilerden ise, fail ikinci fıkra uyarınca cezalandırılacaktır. Şayet kaydedilen kişisel veri ikinci fıkrada sayılan kişisel verilerden değilse, faile birinci fıkra tatbik edilecektir.

Madde metninde kişisel verilerin tanımlanmamış olunması nedeniyle AY'nin 38 (3) ve TCK'nın 2'nci maddelerinde yer alan suçta kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine dair görüş<sup>78</sup> bulunmakta ise de; bizim de katıldığımız diğer görüşe<sup>79</sup> göre, kanun koyucunun bazı kavramları tanımlamayıp, içeriğinden ne anlaşılması gerektiğinin öğretisi ve uygulamaya bırakması doğal karşılanmalıdır. Ceza kanunları kazuistik yöntemle kaleme alınamayacağından suç tiplerinde değerlendirici unsurlara yer verilmesi olağandır. Ceza hukukunda yorum ser-

<sup>77</sup> Bu suçun konusunun kişisel veriler olduğuna dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, Ankara, 2005, s.868; Karagülmez, s.247; Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.524; Ercan, s.149; Donay, s.215; Şener, s.74.

<sup>78</sup> Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s.602.

Nitekim Yarg. 12. C.D.nin 15.05.2012 gün ve 2011/15747 - 2012/12099 E.K. sayılı ilamın görüşülmesi sırasında karara muhalif kalan üyeler öncelikle AY'a aykırılık iddiasında bulunmuşlardır. Buradaki muhalefet gerekçesi "...2-Anayasanın 38/3 ve Türk Ceza Kanun'un 2. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. TCK'nın 2. maddesi "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez" hükmünü içermektedir. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi fiilin kanunda suç olarak gösterilmesi yetmez, bunun açık bir biçimde belirlenebilir olması gerekir. Suçların ve cezaların kanunda önceden açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi gerekir ki insanlar neyin suç olduğunu önceden kolayca bilebilsin ve davranışlarını buna göre ayarlayabilsinler. Bu haliyle de TCK'nın 135 ve 136. maddeleri Anayasanın 38/3. maddesinde aykırıdır. Öncelikle bu husus da düşünülüp maddelerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmalı ve bekletici mesele yapılması gerekir. Şu aşamada ne kadar uygulayıcı ve bilim adamı varsa herkes kendine göre farklı bir kişisel veri tanımı yapmakta olduğundan sanığın eylemini suç kapsamında değerlendirip cezalandırmak gerekir..." şeklindedir.

<sup>79</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.524; Şener, s.74.

besttir. Asıl olan kıyas yasağıdır. Tipte yer alan değerlendirici unsurun ne anlama geldiği kıyas yasağını ihlal etmeden yorum yoluyla ortaya konulabilecektir.

Fiil başlığı altında belirttiğimiz üzere bu kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde bulunmasının önemi yoktur<sup>80</sup>. Bu yönüyle TCK'nın 135'inci maddesindeki düzenleme ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzaladığı "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin ilgili hükümleri iç hukuka da taşınmış olmaktadır<sup>81</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz ancak bu noktada özellikle vurgulamamız gereken bir diğer husus, kişisel verilerin sır niteliğinde olmasının gerekmediğidir. Nitekim kanun koyucu 765 sayılı TCK'yı kaleme alırken beşinci faslında düzenlenmiş olan "Sırrın Masuniyeti Alanında Cürümler" başlığındaki cürümlerde, kişinin "sır" niteliğindeki bilgilerinin açıklanmasını, bu nitelikteki belgelerin ortadan kaldırılmasını, resmi bir göreve ilişkin sırrın açıklanmasını yaptırırma bağlamışken, 5237 sayılı TCK'nın da 135'inci maddeyi kaleme alırken böyle bir unsura yer vermemiştir.

Sonuç olarak, TCK'nın 135'inci maddesiyle düzenlenen kişisel verilerin kaydı suçunun konusu kapsamına, gerçek kişinin tanımlanması için kullanılacak her türlü bilgi dahil edilmiştir. Bu nedenle çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Neredeyse kişiyi diğer kişilerden ayıran tüm özellikler bu kapsamdadır<sup>82</sup>.

#### 2.2.1.5. Suça Etki Eden Sebepler

Suçu etkileyen haller olan cezayı hafifletici veya ağırlaştırıcı nedenler, suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen sebeplerdir. Suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da cezanın artırılıp indirilmesini gerektirirler. Ancak, bulunmamları halinde suçun varlığına zarar vermezler. Buldukları zamanda suçun hukuki niteliğinin değişmesine yol açmazlar<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> TCK'nın 135'inci maddesinin gerekçesinde belirtilmese de ses, görüntü veya biyometrik veriler gibi bilgilerde veri olarak kabul edilip maddenin korunması altında kabul edilmelidir (Özen-Baştürk, s.123).

<sup>81</sup> "...Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayrım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır..." (madde gerekçesinden).

Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. İsmail Ergün, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de durum, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.114; Taşkın, s.100.

<sup>82</sup> Artuç, s.1285. Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Dülger, s.564.

<sup>83</sup> Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 593.



Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun düzenlendiği TCK'nın 135'inci maddesine bakıldığında daha fazla ya da daha az ceza almayı gerektiren bir hal düzenlenmediği görülmektedir. Ancak devamı maddelerden olan TCK'nın 137'nci maddesine baktığımızda cezada artırım yapılmasını gerektiren hallerin (özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçların tamamı bakımından "ortak nitelikli haller"<sup>84</sup> olarak) düzenlendiği görülmektedir. Buna göre kişisel verileri kaydetme suçunun;

Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya

Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

Bu nitelikli halleri ayrıntılarıyla incelememiz gerekirse;

**a. Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Hali**

Bu halin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin nedeni, kamu görevlisinin kamu otoritesini temsil etmesi, kamu otoritesinden sağladığı güç ile suçu kolaylıkla işleyebilmesi ve işlediği suçla kamu otoritesine duyulan güvenin de sarılmasına sebep olmasıdır<sup>85</sup>.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olmasının yanı sıra suç sayılan fiili görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlemiş olması gerekmektedir. Nitekim Yarg. 12. C.D. 16.05.2012 gün ve 12221/12232 E.K. sayılı kararında "*Katılanların görevli olduğu okulda hizmetli olarak çalışan sanığın bayan öğretmenlerin kullandığı tuvalete görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle gizli kamera yerleştirildiği anlaşılmasına rağmen sanık hakkında TCK'nın 137/1-b maddesinin tatbik edilmemesi...*" demiştir<sup>86</sup>.

Burada dikkat edilmelidir ki, failin görevi sırasında suçu işlemesi şart olmayıp, görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılmış olması yeterlidir. Diğer bir deyişle failin eylem sırasında kamu görevlisi olması ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanması yeterli olup, fiil anında görevi başında olması şart değildir. Şayet eylem kamu görevlisinin görev alanına girmiyorsa bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir.

<sup>84</sup> Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçların, kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmiş olması TCK'nın 132-136'ncı maddeleri arasında yer alan suçların tamamı bakımından uygulama alanı bulacaktır (Fatih Birtek, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.274).

<sup>85</sup> Hamide Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.125.

<sup>86</sup> Malkoç, s.2204.

Görevlinin ne zaman yetkisini kötüye kullanmış olduğunun tespiti noktasında ise, idare hukuku esasları çerçevesinde göreve ilişkin mevzuat değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır<sup>87</sup>.

Kamu görevlisi kavramından ne anlaşılması gerektiği TCK'nın 6'ncı maddesinin "c" bendinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre "bir kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" kamu görevlisidir. Bu durumda bir kimşenin kamu görevlisi sayılması için aranan kriterler;

- Yapılan faaliyetin kamusal bir faaliyet olması ve
- Yürütülen bu kamusal faaliyete failin atama, seçilme ya da herhangi bir suretle katılması gerekmektedir.

Failin kamu görevlisi sıfatını kazanmasında kamusal faaliyete sürekli, süreli veya geçici katılmasının ya da bu faaliyet nedeniyle ücret alıp almamasının etkisi yoktur.

Kamusal faaliyetten ne anlaşılması gerektiği TCK'nın 6'ncı maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. Gerekçeye göre, kamusal faaliyet, "Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir hizmetin kamu adına yürütülmesi"dir.

Açıklamalarımızın sonucunda anlaşıldığı üzere, TCK kamu görevlisi kavramı ile geniş anlamda tüm kamu görevlilerini (memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yanında kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılan asli ve sürekli diğer çalışanlar da dâhil) kapsamına almaktadır. Bu nedenle, mesleklerin icrası bakımından avukat, bilirkişi, tanık veya tercüman da kamu görevlisi kavramına dâhildir<sup>88</sup>.

#### **b. Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Hali**

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin icra etmekte olduğu belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak kişisel verileri kaydetmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, failin yaptığı meslek ve sanatın kişisel verilerin kaydedilmesi konusunda faille bir kolaylık sağlaması ve failinde bu kolaylığı kullanarak suçu işlemesi gerekmektedir. Buradaki meslek ve sanatın kamusal ya da özel olmasının suçun oluşumuna etkisi yoktur. Ayrıca unutulmamalıdır ki, buradaki nitelikli halin TCK'nın 137 (1) a) bendine girmesi de mümkündür. Bu durumda hakim birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi nedeniyle cezayı belirlerken (takdiren) alt sınırdan uzaklaşabilecektir.

<sup>87</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkzn. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.528, 529.

<sup>88</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.546.

Meslek ve sanat kavramlarından ne anlaşılması gerektiği 137'nci madde metninde açıklanmadığı gibi madde gerekçesinde<sup>89</sup> de açıklanmamıştır. Bu nedenle öncelikle meslek ve sanat kavramlarını açıklamamız gerekmektedir.

Meslek kavramı Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde<sup>90</sup> “*Belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak doktrinde<sup>91</sup> isabetli olarak belirtildiği üzere, bir işin meslek olarak kabul edilebilmesi için, o işin herhangi bir mevzuatta doğrudan ya da dolaylı olarak meslek niteliğinde tanınması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, herhangi bir mevzuatta meslek olarak değerlendirilmeyen hiçbir iş meslek olarak kabul edilemez. Örneğin uyuşturucu satıcılığı meslek olarak kabul edilemez.

Sanat ise, TDK Sözlüğü'nde “*Bir duygu, tasarı, güzellik vb.nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık*” olarak tanımlanmaktadır<sup>92</sup>. Nitekim san'at kelimesi, Arapça “amel, iş yapma” anlamlarına gelen “san'a” kökünden türeyen bir kelime olup, Osmanlıca'da değişikliğe uğramış ve yaygın olarak, “*yapılan iş, alet yardımıyla, belirli bir el becerisiyle sürdürülen marangozluk, duvarcılık gibi meslek dallarını*” kapsayan bir tarzda “zanaat”ın karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu açıklamalardan hareketle, sanat kelimesini, “*insanın akıl yordamıyla ve kişisel maharet göstererek, belli bir ustalık, “profesyonellik” gerektiren tarzda bir işi yapması*” (ya da zanaat) olarak tanımlamak, gerek kelimenin etimolojik kökenine ve gerekse yaygın kullanımına daha uygundur<sup>93</sup>.

Meslek ve sanat kavramı birlikte değerlendirildiğinde, mesleğin icrasının her zaman bir ustalık gerektirmediği ancak sanat için belli bir ustalığın gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>94</sup>.

Meslek ve sanata ilişkin açıklamalarımızın sonunda özellikle vurgulamamız gereken husus ise, TCK'nın 137 (1) b) maddesinin uygulanma kabiliyetinin neredeyse hiç olmadığıdır. Zira kanun koyucu maddeyi kaleme alırken “veya” bağlacını değil “ve” bağlacını kullanmıştır. Bu durumda failin uğraşısı hem meslek hem de sanat olarak kabul edilebilecek bir iş olması gerekmektedir (örneğin ressam). Doktrinde<sup>95</sup> her ne kadar buradaki “ve” bağlacının “veya” şek-

<sup>89</sup> Madde gerekçesi “*madde metninde bu bölümde tanımlanan suçların daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren nitelikli hâlleri tanımlanmış bulunmaktadır.*” şeklindedir.

<sup>90</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 20.03.2013.

<sup>91</sup> Birtek, s.279.

<sup>92</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 20.03.2013.

<sup>93</sup> Birtek, s.279.

<sup>94</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s. 548.

<sup>95</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s. 530; Donay, s.215.

linde değerlendirilmesi / kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktaysa da, kanaatimizce ceza hukukunda genişletici yorum yapılamayacağından, bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Ancak kanunda yer alan hükmün konuluş amacından hareketle (ratio legis), kanun metninin değiştirilerek “ve” bağlacının “veya” şeklinde değiştirilmesinin doğru olacağını düşünmekteyiz<sup>96</sup>.

**c. 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) 63 (3)'üncü Maddesi Gereğince Elektronik Haberleşme Hizmeti Vermek Üzere Yetkilendirilmiş Bulunan İşletmelerin Personeli Tarafından Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Hali**

5809 sayılı EHK'nın 63 (3)'üncü maddesi<sup>97</sup> gereğince elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmelerin personeli tarafından kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun işlenmesi halinde TCK'nın 137'nci maddesi uyarınca yapılacak artırım yarı oranda değil bir katı oranında olacaktır.

Kanaatimizce, gerek mevzuat ve gerekse uygulamada bütünlük sağlanması ve muhtemel karışıklıkların önlenmesi adına, 5809 Sayılı Kanun'un 63 (3) hükmü, daha açık bir şekilde ve TCK içerisinde (Örneğin TCK'nın 137'nci maddesine eklenecek fıkralarla) düzenlenmelidir.

**d. 5809 Sayılı EHK'nın 63 (11)'inci Maddesi Gereğince Elektronik Haberleşme Hizmeti Vermek Üzere Yetkilendirilmiş Bulunan İşletmelerin Personeli Tarafından ve Bir Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Hali**

Yukarıda belirtilen haller dışında, 5809 sayılı EHK'nın 63 (11)'inci maddesi<sup>98</sup> gereğince elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmelerin personeli tarafından ve bir örgüt faaliyeti çerçevesinde kişisel verilerin kaydedilmesi halinde verilecek cezanın ayrıca yarı oranda artırılması gerekmektedir.

EHK'nın 63 (3)'üncü maddesine göre, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçların elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmelerin personelleri tarafından işlenmesi halinde TCK'nın 135'inci maddesine göre belirlenen temel ceza bir kat artırılacak; ancak bu kişi aynı zamanda bir örgüt faaliyeti çerçevesinde suçu işlemişse cezada ikinci bir artırım daha (yarı oranında) yapılacaktır. Bu durumda, elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren

<sup>96</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Birtek, s.280.

<sup>97</sup> Fıkra metni: “Elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmelerin personelinin, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının İkinci Kısımının Dokuzuncu Bölümünde düzenlenen, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde haklarında bu bölümde öngörülen cezalara hükmolunur. Ancak 137'nci maddeye göre yapılacak artırım bir kat olarak uygulanır.” şeklindedir.

<sup>98</sup> Fıkra metni: “Bu maddede tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarısı oranında artırılır. Bu faaliyette bulunan tüzel kişi ise, haklarında 5237 sayılı Kanundaki bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmolunur.” şeklindedir.

ren bir işletmenin personeli bakımından cezayı artıran iki nitelikli hal söz konusu olup, her iki nitelikli hal de bu kimseler bakımından ayrı ayrı uygulanacaktır.

TCK'nın 137'nci maddesine göre, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal değildir. Bu suçun, suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde eylem ancak EHK'nın 63 (11)'inci maddesi kapsamında kalması halinde cezası ağırlaştırıcıdır. Kanaatimizce özel hayatın korunmasının önemi dikkate alınarak suçun örgüt çerçevesinde işlenmesi yalnızca EHK kapsamında değil, genel olarak ağırlaştırıcı neden olmalı ve 137'nci maddede düzenlenmeliydi.

Suçta etki eden sebeplere son vermeden önce belirtmeliyiz ki, TCK'nın 135 (2) maddesinde belirtilen haller doğrudan mevcut haliyle değil, suçun nitelikli hali olarak ve cezada artırım gerektirecek şekilde kaleme alınmalıdır<sup>99</sup>.

### **2.2.2. Manevi Unsur**

Failin sorumlu tutulabilmesi için, ceza normunda yasaklanan fiilin gerçekleştirilmesi yetmez, ayrıca haksızlık teşkil eden bu fiil ile kişi arasında manevi bir bağın da bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, manevi unsur gerçekleşmediğinde suç oluşturan bir eylem de mevcut olmayacaktır<sup>100</sup>.

İnceleme konusu madde metnine manevi unsur bakımından bakıldığında özel bir saikle hareket edilmesinin aranmadığını, dolayısıyla failin genel kastla hareketinin suçun oluşumu için yeterli olduğu görülmektedir<sup>101</sup>. Diğer bir deyişle, failin bilerek ve isteyerek eylemini yapması halinde suçun manevi unsuru gerçekleşecektir. Ancak maddenin ilk fıkrasında ve ikinci fıkranın ikinci cümlesinde hukuka aykırılık unsuruna özel olarak yer verildiğinden bu durumlarda failin eylemini yaparken hukuka aykırı bir fiil yaptığının bilincinde olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Yani, maddenin ilk fıkrasında ve ikinci fıkranın ikinci cümlesinde failin kastının, fiilin hukuka aykırı olduğunu da kapsaması aranmaktadır<sup>102</sup>.

Failin hukuka aykırılığı bilerek ve isteyerek hareket etmesi suçun oluşumunda temel koşul olarak arandığı için, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

<sup>99</sup> TCK'nın 135 (2) maddesinin nitelikli hal olması gerektiğine dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.525; Malkoç, s.2198.

<sup>100</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – Ahmet Caner Yenidünya, Ceza hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s.313.

<sup>101</sup> Genel kastın yeterli olduğuna dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.606, 607.

<sup>102</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.273; Karagülmez, s.249.

Genel kastla işlenebilen suçlar kural olarak olası kastla da işlenebilir. İnceleme konusu suç bakımından da bu durum geçerlidir<sup>103</sup>.

### 2.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir<sup>104</sup>.

İnceleme konumuzda<sup>105</sup> olduğu gibi, hukuka aykırılığın suç tipinde ayrıca belirtilmesine “hukuka özel aykırılık” denir. Kanun koyucu hukuka aykırılık unsurunu suç tipinde ayrıca göstererek; failin kanunun öngördüğü şekilde hareket ettiğini bilmesini ve hareket etmeyi istemesini aramaktadır. Diğer bir deyişle, hukuka özel aykırılık halinin suç tipinde yer aldığı durumlarda hakim, failin kastı dışında ayrıca bu özel aykırılığı da bilip bilmediğini, buna göre hareket etmeyi isteyip istemediğini araştırmak zorundadır. Failin hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği tespit edilmedikçe hukuka aykırılık unsuru ve dolayısıyla suç oluşmayacaktır<sup>106</sup>.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından özel olarak vurgulanmış bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hükümler çerçevesinde hukuka uygunluk halleri belirlenecektir. Bu kapsamda değerlendirmelerimize geçtiğimizde;

TCK'nın 26 (2) maddesindeki “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” hükmü gözetildiğinde kişinin rızasının bu suçtaki en temel hukuka uygunluk nedeni olduğu anlaşılmaktadır. Zira, kişisel verilerin, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardan

<sup>103</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.534; Şener, s.77.

<sup>104</sup> Ceza Kanunu'nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine diğer bir hukuk kuralı –bu kural ceza kanununda veya başka bir hukuk dalına ait kanunda yer alabilir- izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna ulaşılır. Bu şekilde ceza kuralının yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala “hukuka uygunluk sebepleri” denir. Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler. TCK'nın “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlıklı ikinci bölümünde “Hukuka Uygunluk Sebepleri” ve “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Sebepler” bir arada düzenlenmiştir. TCK'da yer alan hukuka uygunluk sebepleri; kanun hükmünü yerine getirme yani görevin ifası (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın icrası (m.26/1) ve ilgilinin rızasıdır (m.26/2). (Artuk – Gökçen – Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.53 ve 55, 56).

<sup>105</sup> TCK'nın 135'inci maddesinin birinci fıkrasında ve ikinci fıkranın ikinci cümlesinde “hukuka aykırı olarak” denilmek suretiyle özel hukuka aykırılık hali aranmıştır.

<sup>106</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.531; Artuk – Gökçen – Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.701, 702.

olduğu izahtan varestedir<sup>107</sup>. Ancak ilgili şahsın rızasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için;

- Mağdurun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığı,
- Rızaya ehliyet ve
- Rızanın açıklanması gerekmektedir<sup>108</sup>.

Buradaki rıza açık olabileceği gibi zımni şekilde verilmiş bir rıza da olabilecektir. Örneğin, kişinin kendisiyle ilgili kişisel verileri internet ortamında web sayfasına koyması durumunda, bu verilerin başkalarınca alınıp kaydedilmesi suç oluşturmaz. Zira, kişisel verilerini internet ortamında paylaşan kişinin, bunun başkalarınca kaydedilmesine de rıza göstermiş olduğu kabul edilmelidir<sup>109</sup>. Ancak kişinin internet ortamında paylaştığı kişisel verileri herkes için değil de, yalnızca belli kişiler için paylaşması durumunda, bu kişilerin haricindeki kişilerin bir şekilde (örneğin internet sayfasının şifresini kırarak) kişisel verileri elde edip kaydetmesi halinde yine suçun olduğu kabul edilmelidir. Örneğin facebook sosyal iletişim ağında sadece arkadaşlarının görmesine izin verdiği elektronik posta adresinin şifre kırılarak elde edilmesi halinde artık internette paylaşmaya dönük genel bir rızanın bulunduğu iddia edilemez.

Ayrıca belirtmeliyiz ki hak sahibinin faile kişisel verilerinin bir kısmını kaydetmesine rıza göstermesine rağmen, failin rıza dışına çıkarak başka kişisel verileri de kaydetmesi halinde, rıza bulunmayan kişisel veriler bakımından suç oluşacaktır. Örneğin kişisel veri sahibinin telefon numarasının kaydına izin vermesine rağmen, failin adres bilgilerini de kaydetmesi halinde adres kaydı nedeniyle suç oluşacaktır.

Burada vurgulamalıyız ki, rıza kişisel veri üzerinde hak sahibi olan kimse tarafından verilmelidir. Örneğin; bir kimsenin kardeşlerinin kişisel verilerinin kaydına rıza göstermesi kabul edilemeyecek bir davranıştır ve suçun oluşumunu engellemeyecektir.

Mağdurun rızası konusunda belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, mağdurun rızasının kişisel verinin kaydından önce alınması gerektiğidir. Eylemden sonra kaydı onaylama (icazet) ya da şikayetçi olmama suçun oluşmasına engel teşkil etmeyecektir.

---

<sup>107</sup> İlgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olduğunda dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Soyaslan, s.273; Ergün, s.114; Karagülmez, s.250.

<sup>108</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.533.

<sup>109</sup> İnternet ortamında paylaşılan ve ahenileştirilen kişisel verilerin kaydının suç olmadığına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s. 250; Ketizmen, s.238.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi hususuna gelince; kanunun belli kişilere belirli bir davranışta bulunmaları konusunda doğrudan yetki vermesine kanun hükmünü yerine getirme denir. Bu durum TCK'nın 24'üncü maddesinin birinci fıkrası gereği hukuka uygunluk sebeplerinden birisidir. Özellikle suçla mücadele hizmetleri ve suç soruşturmasının istenen kalite ve nitelikte yürütülmesi açısından kişisel bilgilere ve verilere ulaşmak büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle kanunun verdiği yetkiye dayanılarak izinsiz şekilde kişisel verilerin kaydedilmesi (parmak izi, DNA vb.) halinde yine suç oluşmayacaktır. Örneğin CMK'nın 134'üncü maddesinde düzenlenen "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", 135'inci maddesinde düzenlenen "İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması" koruma tedbirlerinin kanunda gösterilen şartlara uygun olarak uygulanması halinde, kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk sebebi nedeniyle suç oluşmayacaktır. Benzer şekilde kişinin mahkum olduğu suçların adli sicile kaydında da Adli Sicil Kanunu'nun gereği yerine getirildiğinden suç oluşmayacaktır<sup>110</sup>.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi noktasında belirtmemiz gereken bir diğer husus, kişisel verilerin dokunulmazlığı ve korunması hakkının sınırlanmasında, devletin sınırsız bir yetkiye sahip olmadığıdır. Kamu gücünün AIHS'nin 8'inci maddesiyle, AY'nın 13 ve 15'inci maddelerinde gösterilen çerçevenin dışına çıkması mümkün değildir<sup>111</sup>. Diğer bir deyişle, devlete kişisel verilere ulaşım ve kayıt noktasında sınırsız yetki verilmesi kabul edilemez.

AIHS'nin 8'inci maddesinde özel hayatın gizliliğine ilişkin genel bir tanım verilmemesine rağmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) özel hayatı geniş yorumlamakta ve kişisel verilerin korunmasını da özel hayat kapsamında değerlendirmektedir. Nitekim AIHM Leander v. İsveç kararında başvurucu hakkında güvenlik soruşturması yapılması suretiyle enformasyon toplanmasının ve bunların doğruluğuna ilişkin olarak başvurucuya itiraz hakkı verilmemesinin özel hayatın gizliliğine müdahale oluşturduğuna karar vermiştir<sup>112</sup>. Dolayısıyla AIHM ulusal güvenliği korumak amacıyla devletlerin yetkililerine, kamunun ulaşamadığı kayıtlardan bilgi toplama ve kaydetme yetkisini veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul etmektedir. Ancak kişiler hakkında bilgi toplama ve saklama, "ulusal güvenlik amacına yönelik" olması yanında demokratik bir

<sup>110</sup> Kamu gücünün gerektirdiği kayıtların suça sebep olmayacağına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Öngören, s.64; Taşkın, s.102; Karagülmez, s.251; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.602; Soyaslan, s.273.

<sup>111</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Şen, Yorumluyorum, s.221;

<sup>112</sup> AIHM bu kararında ayrıca devletlerin ulusal güvenliği korumak amacıyla yetkili mercilere öncelikle halka açık olmayan sicillerde kişiler hakkında bilgi toplanmasını ve saklanmasını, ikinci olarak da ulusal güvenlik açısından önem taşıyan görevlerde istihdam için adayların uygunluğunu değerlendirmede bu bilginin kullanılmasını sağlayan yetkiler veren yasalara sahip olmasının gerekliliğine dair herhangi bir şüphenin bulunmadığını belirtmiştir. (Cooper, s.35.)



toplumda gerekli ve orantılı olması kaydıyla AİHS'nin 8'inci maddesine aykırı kabul edilmeyecektir<sup>113</sup>. Nitekim AİHM vermiş olduğu Klass kararı bireyin özel yaşamına ilişkin verilerin kamusal organlar tarafından toplanmasına ve devredilmesine dayanak oluşturacak önemli ilkeleri içermektedir. Söz konusu kararda AİHM, bireyin özel yaşamı kapsamındaki bilgilere ilişkin kamusal müdahaleleri, bireyi koruyucu uygun ve etkili garantiler içeren yasal düzenlemeler bulunmadığı sürece, Sözleşmenin 8/1'inci maddesinde belirtilen hakların bir ihlali olarak değerlendirmektedir<sup>114</sup>.

AİHM Rotaru v. Romania kararında<sup>115</sup> kişinin kamusal hayatına ilişkin bilginin sistematik olarak toplandığı ve saklandığı durumlarında özel hayat kapsamında olduğunu, kişinin çok uzak geçmişi hakkında olması durumunda dahi bu durumun geçerli olduğunu ifade etmiştir<sup>116</sup>. AİHM, bu davada özel hayatın korunmasına dair hakkın ihlal edildiğini belirtirken vurguladığı unsurlar<sup>117</sup>;

- Bilginin kaydedilmesi ve arşivlenmesi için ulusal hukukta yasal çerçeveye bulunmalıdır.
- Bilginin tutulabileceği süreye ilişkin bir sınırlama olmalıdır.
- Uzun sürelerle kişisel verilerin saklanması için ulusal güvenlik gerekçe olamayacaktır.
- İstismara karşı savunma için adil olarak kurulmuş denetleme mekanizmasının bulunması gerekmektedir.

Anayasa Mahkememiz de (AYM) Adli Sicil Kayıtlarının kişinin ölümüne kadar veya 80 yıl süreyle arşiv kaydında saklanmasına ilişkin hükmünün iptal istemine ilişkin yaptığı incelemede (*kişisel veri güvenliğine ilişkin AY'nin 20'nci maddesi gereğince inceleme yapmaya dahi gerek görmeden*) hükmün AY'a aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> Hayati Pallı, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008, s.212

<sup>114</sup> Sevil YILDIZ, Suçta Teknik Bir Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi, Nobel Yayınevi, Ankara, 2007, s.187

<sup>115</sup> Romanya vatandaşı Rotaru, üniversitede öğrenci olduğu dönemde "Romanya Lejyonerler Hareketi"ne üye olduğu yönündeki gizli servis tarafından kendisi hakkında tutulan kaydın yanlış olduğu ve silinmesi gerektiği yönündeki başvurusunun resmi makamlarca reddedilmesi üzerine, durumun AİHS'nin 8 ve diğer maddelerine aykırılık oluşturduğu iddiasıyla AİHM'ne başvurmuştur. Taraf devlet başvuru hakkında toplanan enformasyonun özel hayat ile ilgili olmadığı fakat kamusal hayatı ile ilgili olduğu ve bu nedenle AİHS'nin 8'inci maddesinin uygulanamayacağı itirazında bulunmuştur.

<sup>116</sup> Ketizmen, s.202.

<sup>117</sup> Cooper, s.37.

<sup>118</sup> AYM 20.01.2011 gün ve 2008/44 - 2011/21 E.K. sayılı ilamında konuya ilişkin olarak "...5352 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, aynı Kanun'un 4. maddesi uyarınca adli sicile kaydedilen bilgi-

lerin hangi hallerde arşiv kaydına alınacağı belirtilmiştir. İtiraz konusu fıkra ise aynı Kanun'un 9. maddesi gereğince arşive alınan kayıtların ilgilinin ölümü üzerine veya her halde kaydedildiği tarihten itibaren seksen yıl geçtikten sonra silineceği hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, "İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama" Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış; 17. maddesinin birinci fıkrasında ise herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, 5352 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan istisnalar dışında, Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve adli sicile kaydedilmiş tüm mahkumiyet hükümlerinin infaz edilmesinden sonra arşiv kayıtlarında ilgilinin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi öngörülmektedir.

5352 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere, Türk Ceza adalet sisteminde öngörülen tekerür, erteleme, temel cezanın belirlenmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumların hayata geçirilebilmesi, bir kişinin işlediği suçun ya da aldığı cezanın milletvekili seçilmesini engelleyen Anayasa'nın 76. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilenlerden olup olmadığının saptanabilmesi ve mahkumiyete bağlı hak yoksunluğu öngören bazı özel yasalardaki hükümler nedeniyle mahkemelerce verilen mahkumiyet kararlarının kayıt altına alınmasında yasal ve anayasal bir takım gereklilikler bulunmaktadır. Ancak söz konusu gerekliliklerin, itiraz konusu kuralda öngörüldüğü üzere arşiv kayıtlarının kişinin ölümüne kadar ya da seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi noktasında geçerli olmadığı açıktır.

Mahkemelerce verilen mahkumiyet kararlarının arşiv kaydına alınmasının gerekçesini oluşturan durumlar, bazı istisnalar dışında, kişi hakkında ömür boyu hak yoksunluğu getirmemektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ömür boyu hak yoksunluğu durumuna yer verilmemiş, hak yoksunluğu belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. 5237 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen bir mahkumiyet nedeniyle hak yoksunluğu, kural olarak, cezanın infazıyla sona ererken; Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkumiyete bağladığı hak yoksunlukları ise 5352 sayılı Kanun'un 13/A maddesi gereğince ilk mahkumiyet kararının infaz edilmesinden itibaren belli sürenin geçmesiyle birlikte yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluyla sona erdirilmektedir. Bir başka ifadeyle, arşiv kaydına alınmanın gerekçesini oluşturan kurumlar ilk mahkumiyet kararından belli bir süre geçtikten sonra kişi hakkında aleyhe bir sonuç doğurmadığı halde, söz konusu kayıtların kişinin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle arşivde muhafaza edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, tüm suçlara ilişkin arşiv kayıtlarının bu kadar uzun süre muhafaza edilmesi, suç ve cezaların nitelikleri veya ağırlıkları dikkate alınmadan tüm suçlar için geçerli tek bir sürenin belirlenmesi, bu sürenin arşiv kaydına alınmayı gerekli kılan amaçla orantılı ve makul olmaması nedeniyle Kural, adil ve hakkaniyete uygun bir düzenleme niteliğinde değildir.

Diğer taraftan, kişinin belli bir tarihte aldığı herhangi bir mahkumiyet kararına ilişkin kaydın kişinin ölümüne kadar ya da seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi, Anayasa'nın 5. ve 17.

Tüm bu nedenlerden dolayı kamu gücünü kullanan ve kolluk hizmetini yerine getiren örgütlenmeler açısından, bu alanlarda hukuk devleti ilkelerine uygun olarak yasal sınırlar dahilinde kişisel verilere ulaşılmasının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması zorunludur. Kişisel verilere ulaşacak birimlerin bu konuda yeterli bilgi birikimine ve eğitim düzeyine sahip olması da gerekmektedir. Ayrıca kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi açısından yasal boşlukların bulunmaması, sınırların net olarak çizilmesi gerekmektedir<sup>119</sup>.

Günümüz toplumunda kişisel verilerin kaydedilerek muhafaza edilmesinde ilgili kişinin menfaati de bulunabilmektedir. Örneğin, hastanede hasta hakkındaki verilerin kaydedilip saklanmasında kişisel veri sahibinin menfaati bulunmaktadır<sup>120</sup>. Ancak kanuni dayanağı olmaksızın, sırf kişisel veri sahibinin menfaati olduğundan bahisle ondan habersiz olarak kişisel verileri saklanıp muhafaza edilmesi kabul edilemez.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda meşru savunmanın mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Örneğin internet üzerinden yapılan sohbet sırasında cinsel tacize uğrayan mağdurun, saldırıyı yapan kişinin cinsel tercihlerine dönük beyanlarını, telefon numarasını, cinsel bölgelerinin fotoğraflarını kaydetmesi halinde eylemin suç teşkil etmeyeceğini düşünmekteyiz. Bu noktada belirtmeliyiz ki, Yarg. özel hayat görüntüsü ya da ses kaydının kişisel veri olduğunu kabul etmekle birlikte, bunların TCK'nın 135'inci maddesi kapsamında kişisel veri olarak kabul edilemeyeceğini, bunların ancak TCK'nın 134 (1) kapsamında özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedir<sup>121</sup>.

---

maddelerinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların ıslah edici olma amacı ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine dayanılarak iptal edildiğinden, ayrıca **Anayasa'nın** 10., 11., 12., 20. ve 40. **maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir** ...” demiştir.

<sup>119</sup> Yıldız, s.189.

<sup>120</sup> Soyaslan, s.273.

<sup>121</sup> Yarg. 12. C.D. 11.09.2012 gün ve 2012/17703 – 18222 E.K sayılı karar (5237 Sayılı TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun oluşabilmesi için belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerekmekte olup; Suçun maddi konusunu oluşturan kişisel veri kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve / veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kalan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerektiği; bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, kişisel veri olduğunda kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip bir aletle belli bir elektronik, dijital

manyetik yere sabitlenmesi eyleminin, 5237 Sayılı TCK'nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü, fotoğraf ya da sesin 5237 sayılı TCK'nın 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak kabul edilemeyeceği, iddiaya konu olayda, mağdurenin çıplak vaziyetteki görüntü ve fotoğraflarının kaydedilmesinden ibaret eylemin, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturmayacağı, çekimin, mağdurenin bilgisi ve rızası kapsamında gerçekleşmesi nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun da oluşmadığı anlaşıldığından, yapılan yargılama sonucunda, sanığa yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekili ile C. Savcısının sanığa atılı suçun sabit olduğuna ilişkin ve yerinde görülmeiyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle, 5237 Sayılı CMK'nın 223/9. maddesi de nazara alınarak, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA.) Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=46&t=9880> 25.03.2013.

Yarg. 5. C.D. 16.06.2010 gün ve 2010/2253-4531 E.K sayılı kararında da “Sanığın mağdureyle girdiği cinsel ilişkinin görüntülerini gizlice kamera ile kaydetmesi eyleminin 5237 s. TCK'nın 134/1-2. maddesine uyan ve 139. maddesi uyarınca takibi şikâyete bağlı olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaya elverişli olduğu gözetilmeksizin re'sen takip edilen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması.” demıştır. (Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır)

Yarg. 12. C.D. 11.09.2012 gün ve 2012/16872 - 18221 E.K sayılı kararında da “5237 sayılı TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen “Kişisel verilerin kaydedilmesi” suçunun oluşabilmesi için, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerekirken olup, suçun maddi konusunu oluşturan “kişisel veri” kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerektiği; bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, “kişisel veri” olduğunda kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi 5237 sayılı TCK'nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afiş edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması 5237 sayılı TCK'nın 134/2. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında düzenlendiğinden, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü, fotoğrafı ya da sesinin, yasal anlamda, 5237 sayılı TCK'nın 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceği,

Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alındığında, oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın, resim çekme sistemi çalışır vaziyetteki taşınabilir telefonunu, kimlikleri tespit edilemeyen mağdurelerin, etek altına ve bacak, göğüs gibi erojen bölgelerine odaklayarak, onların bilgi ve rızaları dışında, fotoğraflarını çekmesi şeklinde gelişen eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı, anılan suçun aynı Kanunun 139/1. maddesi uyarınca soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, mağdurelerin tespit edilememiş ve sanık hakkında usulüne uygun şikâyette bulunulmamış olması karşısında, sanık hakkında açılan kamu davasının şikâyet yokluğu nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 139/1, 73/1 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek, sanığın yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” demıştır. (Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır).

Benzer nitelikte bir başka karar için bkz. Yarg. 12. C.D. 11.09.2012 gün ve 2012/21472 - 2012/18225 E.K.;

Yarg. 12. C.D. 12.06.2012 gün ve 2011/21602 - 2012/14796 E.K.

Mesleki gereklerden kaynaklanan sebeplerle kişisel verilerin kayıt altına alınması mümkündür. Örneğin, hekimlik veya avukatlık mesleğinin icrası kapsamında kişisel verilerin öğrenilmesi ve kayda alınması söz konusu olabilecektir. Bu durumda da durum TCK'nın 26'ncı maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde "mesleğin yerine getirilmesi / hakkın kullanılması" kapsamında hukuka uygunluk sebebi olarak görülmelidir<sup>122</sup>.

Sonuç olarak; hukuka uygunluk halleriyle kişisel veriler kayıt edilirse, kanundaki maddi tanıma uyan bir fiil bulursa dahi suç gerçekleşmeyecektir.

Ancak değinilmesi gereken nokta hukuka uygun olarak kaydedilen verilerin daha sonra amacı dışında kullanılması halinde ne olacaktır. Kanaatimizce, kamu gücünün topladığı verilerin toplama amacı dışında kullanılması halinde, kullanan kamu görevlisinin eylemi hiçbir suç oluşturmasa dahi, TCK'nın 257'nci maddesinde düzenlenen memuriyet görevini kötüye kullanmak suçuna vücut verecektir. Bu durumda kamu görevlisi hakkında (eylem başka suç oluşturmuyorsa) bu suçtan dolayı yasal takip yapılmalıdır. Ancak özel sektör tarafından toplanan kişisel verilerin amaç dışında kullanılması halinde ne olacaktır. Örneğin, bir mağazaya kampanyaları haber vermesi için bırakılan telefon numaralarına sadece o mağazanın değil mağaza sahibinin sahip olduğu petrol istasyonunun kampanyalarının da gönderilmesi halinde ne olacaktır. Kanaatimizce petrol istasyonu için ayrıca veri bankası oluşturulmuş ise, bu durumda petrol istasyonu bakımından TCK'nın 135'inci maddesindeki kaydetme suçu veya 136'ncı maddedeki kişisel verileri ele geçirmek suçu oluşacaktır. Kişisel veriyi ilk kaydeden mağaza bakımından, TCK'nın 136'ncı maddesindeki kişisel verileri başkasına veren, yayan suçu oluşacaktır<sup>123</sup>. Ancak petrol istasyonu bakımından ayrıca veri bankası oluşturulmaksızın mağazadaki veri bankası üzerinden petrol istasyonunun kampanyalarının duyurulması halinde kişisel verilere ilişkin uygulanabilecek bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda diğer şartları da varsa belki TCK'nın 123'üncü maddesinin (Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma suçu) tatbiki gündeme gelebilecektir. Bu nedenle kişisel verilerin bu şekilde kullanımına (hukuka uygun toplama sonrasında kişisel verinin toplama amacı dışında kullanımına) engel olacak yasal düzenlemenin derhal ya-

<sup>122</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.603.

<sup>123</sup> Elbette mağdurun rıza göstermesi, failin o verileri, istediği gibi kullanabileceği veya ifşa edebileceği anlamına gelmeyecektir. Sadece kişisel verilerinin kayıt altına alınmasına ve kaydeden tarafından bilinmesine rıza gösteren, fakat herhangi bir şekilde kullanılmasını veya başkalarına aktarılmasını istemeyen mağdurdan rızası dahilinde öğrenilen bilgiler izinsiz olarak başkalarına aktarılmışsa, bu durumda 135'inci maddede tanımlanan suç olmamakla birlikte, 136'ncı maddede gösterilen verileri hukuka aykırı olarak verme veya yayma suçu işlenmiş sayılacaktır. Örneğin, hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alışveriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, mağdurun rızası dahilinde tutulan kayıtlar olup, başkalarına aktarılmaması gerekir (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.603).

pılması gerektiğini düşünmekteyiz. Kaldı ki madde metni bu haliyle gerekçeyle de örtüşmemektedir. Zira, gerekçede bulunan “...*Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır...*” şeklindeki açıklama verdiğimiz örnekle örtüşmemektedir.

Doktrinde<sup>124</sup> ikinci fıkranın ilk cümlesi bakımından hukuka aykırılık unsuruna yer verilmediğinden bahisle, bu durumda hukuka uygunluk sebeplerine bakılamayacağı yönünde görüş bulunmakta ise de; biz yukarıda açıkladığımız üzere, hukuka aykırılık unsuru ikinci cümlede yazılırken ilk cümlede yazılı olmamasının sonucunun yalnızca failin kastının hukuka aykırılık kastını da kapsayıp kapsamadığının araştırılması noktasında olduğunu kabul etmekteyiz. Dolayısıyla her halükarda ortada bir hukuka uygunluk sebebi varsa fail bundan yararlanacaktır. Kaldı ki biz hukuka aykırılığı sadece ceza kanununa değil tüm mevzuata aykırılık olarak kabul etmekteyiz. Dolayısıyla herhangi bir mevzuatta eylem hukuki kılımlıysa artık faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine ya da ırki kökenlerine ilişkin kayıtların tutulmasını sağlayacak yasal düzenlemelerin yapılması halinde bu yasal düzenlemenin Anayasal ve insan hakları bakımından değerlendirilmesi ayrı bir çalışma konusu olacaktır. Daha önceden belirttiğimiz üzere, TCK üst norm değildir ve diğer yasalara üstünlüğü bulunmamaktadır. Yapılacak yasal düzenleme özel-genel / eski-yeni kanun tartışmaları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Son olarak belirtmeliyiz ki, ceza hukukunun yanı sıra bu konu ayrıca idari açıdan da düzenlenmiştir. Telekomünikasyon Kurumu kişisel veriler hakkında 06.02.2004 tarihinde telekomünikasyon sektöründe kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasının güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasları belirleyen “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik” çıkarmıştır. Bu yönetmelik daha çok GSM şirketleri ile internet servis sağlayıcı şirketlerin kişisel veriler hakkında ne yapması gerektiğini düzenlemektedir<sup>125</sup>.

## 2.3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 2.3.1. Teşebbüs

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu neticesi harekete bitişik suç (sırf hareket suçu - şekli suç) şeklinde düzenlenmiş olup, kişisel verilerin hukuka aykırı

<sup>124</sup> Öngören, s.64.

<sup>125</sup> Öngören, s.65.

kaydedilmesi ile tamamlanır. Bu nedenle kural olarak bu suç teşebbüse elverişli değildir<sup>126</sup>. Ancak hareketin kısımlara bölünmesi mümkünse artık teşebbüs de mümkün kabul edilmelidir. Kaydetme ile suç tamamlandığından daha sonra silinmesi suçun oluşumunu engellemeyecektir. Ne kadar süreyle kayıtlı kaldığına suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır.

Kaydetme fiili kısa süre de olsa devam eden bir eylemdir. Özellikle bilişim ortamında yaşanan zaman diliminin gerçek hayattaki zaman dilimine göre çok daha farklı olması nedeniyle bu suçların mütemadi suç olduklarının kabulü gerekmektedir. Bu durumda suç, devam eden eylemin bittiği zamanda gerçekleşmiş kabul edilecek ve zamanaşımı süresi de bu andan itibaren başlayacaktır. Örneğin kişisel verilerin bilişim sisteminde kaydı sırasında elektrik kesilip kayıt tamamlanamadığında eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.

Teşebbüs bakımından tartışılması gereken husus hukuka aykırı olarak elde edilen kişisel verinin henüz kayıt edilemeden yakalanması, kaydetmesine engel olunması halinde hangi kanun hükmünün tatbik edileceğidir. Biz bu hususu içtima başlığı altında tartışacağımızdan burada sadece sorunu dile getirmekle yetiniyoruz.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği hallerde, yani failin hareketinin kısımlara bölünebildiği hallerde TCK'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki imkanı da söz konusu olabilecektir. Örneğin yukarıda tartıştığımız örnekte fail hukuka aykırı olarak ele geçirdiği kişisel verileri kaydetme imkanı varken kaydetmeyecek imha ederse TCK'nın 135'inci maddesine teşebbüs söz konusu olmaz. Ancak TCK'nın 136'ncı maddesindeki suç tamamlandığından fail TCK'nın 136'ncı maddesi mucibince cezalandırılacaktır.

### **2.3.2. İştirak**

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, suça iştirak hükümleri bakımından bir özellik taşımamaktadır. Bu nedenle iştirak halinde TCK'nın 37, 38, 39 ve 40'inci maddeleri uyarınca faillerin cezaları belirlenecektir.

### **2.3.3. İçtima**

TCK'nın genel gerekçesinde de belirtildiği üzere ceza hukukunda kural olarak kaç tane fiil varsa o kadar suç vardır. Bunun istisnası ise, suçların içtması bölümünde belirtilen hususlardır. İçtmanın farklı şekiller vardır. Bunlar:

- TCK'nın 42'nci maddesinde düzenlenen işlenen suçun başka bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı nedeni olması hali (bileşik suç),

<sup>126</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.527.

Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.

- TCK'nın 43 (1) maddesinde düzenlenen bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda ancak bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla kez işlenmesi hali (zincirleme suç),
- TCK'nın 43 (2) maddesinde düzenlenen aynı suçun birden fazla kişiye karşı ancak tek bir fiille işlenmesi hali (zincirleme suç),
- TCK'nın 44'üncü maddesinde düzenlenen tek bir fiille birden fazla suçun işlenmesi hali (fikri içtima),

Suçların içtması halinde cezalar içtima edilmemekte, tam tersine kanun koyucu bazı suçları cezalandırmaktan feragat etmektedir.

Bu kapsamda kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna baktığımızda;

Öncelikle kişisel verilerin kaydedilmesi suçu herhangi bir suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmediğinden ya da bu suç düzenlenirken başka suçlar bu suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmediğinden TCK'nın 42'nci maddesinde düzenlenen bileşik suç hükümlerinin tatbiki imkanı bulunmamaktadır.

Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda ancak aynı kişiye karşı inceleme konusu suçu birden fazla kez işlemesi mümkün olup; bu durumda TCK'nın 43 (1) maddesi gereğince zincirleme suç hükümleri tatbik edilecek ve failin cezası artırılabilecektir. Örneğin failin mağdurun iletişim bilgilerini kaydetme kararı kapsamında önce telefon numarasını kaydetmesi, akabinde ertesi gün de elektronik posta adresini kaydetmesi halinde bu durum söz konusu olacaktır. Ancak her somut olayda kişisel verilerin kaydedildiği zaman aralığı ve failin kastı dikkatlice değerlendirilmelidir. Zira, yukarıdaki örneğe döndüğümüzde, telefon numarasının kaydıyla elektronik posta adresinin kaydı arasında sadece birkaç dakika varsa bu durumda eylem bir bütün olarak kabul edilip faile tek bir ceza verilerek zincirleme suç hükümleri tatbik edilmeyecektir. Buna karşılık telefon numarasının kaydıyla elektronik posta adresinin kaydı arasında birkaç haftalık zaman diliminin bulunması halinde ise, yenilenen suç kastı söz konusu olabilecektir. Bu durumda ise, faile yine zincirleme suç hükümleri tatbik edilmeyecek telefon numarasının kaydı için ayrı, elektronik posta adresinin kaydı için ayrı ceza belirlenecektir.

Failin tek bir fiille birden fazla kişinin kişisel verilerini kaydetmesi halinde TCK'nın 43 (2) maddesi kapsamında zincirleme suç hükümleri tatbik edilecektir. Örneğin failin bilişim sistemi içerisinde bulunan ve içeriğinde yüzlerce kişinin kişisel verilerinin bulunduğu veri bankasını bilişim ortamında kendi veri bankasına eklemesi halinde bu durum söz konusu olacaktır. Ancak her bir mağdurun kişisel verilerini ayrı ayrı kaydetmesi halinde tek bir fiilden söz edilemeyeceğinden faile mağdur sayısı kadar ceza verilecektir.



Failin kişisel verileri kaydetme fiilinin aynı zamanda başka suçlara da vücut vermesi halinde ise, suçlar arasında fikri içtima (TCK m.44) hükümleri tatbik edilecektir. Örneğin kişisel verilerin kaydı sırasında haberleşmenin ya da özel hayatın gizliliği ihlal edilmişse bu durumda TCK'nın 132 ya da 134'üncü maddelerinin tatbiki de gündeme gelebilecektir. Bu durumda fail cezası ağır olan kanun maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

İçtima bakımından en çok karşılaşılabilecek somut halleri özellikle değerlendirmemiz gerekirse;

TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen "hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme" suçu inceleme konumuz olan "kişisel verilerin kaydedilmesi" suçu bakımından geçit suç olabilecektir. Doktrinde geçit suç kurumunu kabul etmeyen bir görüş<sup>127</sup>, burada failin kastına bakılarak tatbik edilmesi gereken maddenin belirlenmesi gerektiğini savunur. Buna karşı doktrinde geçit suç kurumunu kabul eden pek çok yazar bulunmaktadır. Ancak geçitli suç kurumunu kabul eden yazarlar arasında konumuz itibarıyla görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bizimde katıldığımız ilk grup görüş<sup>128</sup> sisteme girip kalmanın araç suç olduğunu, girişten sonra amaç suçun gerçekleştirildiğini; bu durumda sisteme girip kalmanın amaç suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenip düzenlenmediğine bakmak gerektiğini, yapılacak tespitte şayet araç suçun yani sisteme girip kalmanın amaç suçun (kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun) icra hareketi olarak amaç suçta yer alıyorsa artık amaç suçtan ceza verilmesi gerektiğini, şayet böyle bir durum yoksa gerçek içtima kuralları gereği her bir eylem bağımsız olacağından ayrı ayrı ceza vermek gerektiğini belirtirler. Bu görüşteki yazarlara göre sisteme girip kalma TCK'nın 135'inci (ve 132, 133, 134, 142, 158, 244, 245) maddesinde sisteme giriş suçun unsurlarından olan icra hareketlerinden sayılmadığından bu durumda faile hem 243'üncü hem de 135'inci maddenin ayrı ayrı tatbik edilmelidir. Doktrinde mevcut bir diğer görüşe göre<sup>129</sup> ise, bu durumda fikri içtima kuralları uygulanmalı ve TCK'nın 243'üncü maddesiyle 135'inci maddeleri karşılaştırılıp faile cezası daha ağır olan madde tatbik edilmelidir.

<sup>127</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.908.

<sup>128</sup> Malkoç, s.1670.

<sup>129</sup> Dülger, s.375.

Koca bu konudaki açıklamalarında "*Kanaatimizce bu gibi hallerde tek fiille birden çok farklı suçun işlenmesi anlamına gelen, farklı neviden fikri içtimanın (TCK m. 44) varlığını kabul etmek gerekir. Fikri içtimada bir suçun icra hareketlerinin bir başka suçun icra hareketleriyle kısmen veya tamamen örtüşmesi gerekli ve yeterlidir. Bir bilişim sitesindeki verileri değiştirmek isteyen fail, bu suçun icra hareketlerini gerçekleştirirken sisteme de girmekte ve dolayısıyla 243'üncü maddeyi de ihlal etmektedir. Bu itibarla failin bu suçlardan yalnızca en ağır cezayı gerektiren 244'üncü maddedeki suçtan dolayı cezalandırılması gerekecektir*" demektedir (Koca, s.96.).

Bu suç ile içtima sorunu ortaya çıkması olası bir başka suç da TCK'nın 244'üncü maddesinin 1 ve 2'nci fıkralarında düzenlenen "bilişim sisteminin işle-yişinin engellenme, veya bozulması suçu ile verilerin yok edilmesi veya değişti-rilmesi" suçudur. Özellikle 244'üncü maddenin 2'nci fıkrasında "sisteme veri yerleştiren" ifadesiyle tanımlanan hareketle 135'inci maddenin eylem unsuru olan "verinin kaydedilmesi" hareketi bilişim sistemleri bakımından aynı anlama gel-mektedir. Ancak iki suç tipi incelendiğinde 135'inci maddede kişisel verilerin, 244 (2)'de ise her türlü verinin suçun konusunu oluşturduğu, diğer yandan 244 (2)'de yalnızca bilişim sistemine veri yerleştirilmesi söz konusu iken 135'inci maddede bilişim sistemi olsun ya da olmasın kayıt yapmaya elverişli her türlü araca yapılan kaydın suç oluşturduğu görülmektedir. Buna göre suçun konusu yönünden yalnızca kişisel verileri kapsamayı nedeniyle 135'inci madde özel norm niteliğindedir<sup>130</sup>. Bu nedenle özel norm öncelikli olarak uygulanmalıdır. Ancak bu durumda özel normun cezasının daha ağır olması gerekirken genel normun ceza-sının daha ağır olması eleştirilmesi gereken bir noktadır. Kanaatimizce kanun koyucu yaptırım itibarıyla maddeyi yeniden gözden geçirmelidir.

Fail icra ettiği bir fiille, TCK'nın 135'inci maddesinin bir veya ikinci fıkra-larında düzenlenen suç tanımlarından yalnızca birisini ihlal edebilir. Aynı anda bir fiille iki fıkrada öngörülen suç tanımlarının işlenebilmesi mümkün değildir. Örneğin fail hukuka aykırı şekilde kişisel verileri kayıt altına alıp da bu kayıtlar-ın mağdurun sağlık durumu veya cinsel yaşamı hakkında olduğu tespit edilecek olursa fail hakkında ilk fıkra gereğince değil, özel düzenleme içeren ikinci fıkra uyarınca ceza tatbiki yoluna gidilecektir<sup>131</sup>.

Fail, hukuka aykırı olarak kayıt altına aldığı bu verileri başkalarına verecek veya yayacak olursa, bu durumda TCK'nın 135'inci maddesinden hariç olarak 136'ncı maddesi uyarınca da ayrıca cezalandırılacaktır. Bu durumda fail zaten verileri hukuka aykırı olarak kayıt altına aldığından, bu verileri başkasına ver-mesi veya yayması halinde ayrıca bir inceleme yapılmaksızın hukuka aykırılığın varlığı kabul edilecektir. Ancak fail, verileri hukuka uygun kaydetmekle birlik-te, hukuka aykırı olarak başkalarına verecek veya yayacak olursa, TCK'nın 136'ncı maddesinde tanımlanan suç u işlemiş olacaktır<sup>132</sup>.

Kaydedilen verilerin ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğinde olması halinde; TCK'nın 239'uncu maddesindeki suçun ya da 136'ncı madde-deki suçun (ele geçirme) oluşması mümkündür. Bu durumda da fikri içtima kuralları uygulanarak sonuca ulaşılmalıdır.

<sup>130</sup> Dülger, s.588.

<sup>131</sup> şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.605.

<sup>132</sup> şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.606. Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Artuç, s.1289.

Fail hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetmek ile başkasına vermek ya da yaymak fiillerini aynı anda gerçekleştirebilir. Örneğin, kişisel verinin ulaşılabilir bir internet sitesine kaydedilmesi ile aynı zamanda yaymak fiilide gerçekleşmiş olur. Bu durumda fikri içtima hükmü gereği en ağır cezayı gerektiren TCK'nın 136'ncı maddesi hükmü uygulanmalıdır düşüncesindeyiz<sup>133</sup>.

Tartışılması gereken bir diğer husus, hukuka aykırı olarak elde edilen kişisel verinin henüz kayıt edilemeden failin yakalanması ve kaydetmesine engel olunması halinde hangi kanun hükmünün tatbik edileceğidir. Doktrinde<sup>134</sup> bu durumda doğrudan TCK'nın 136'ncı maddesinin tatbik edilmesi, 135'e teşebbüs hükümlerinin tatbik edilmemesi gerektiği yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce failin kastının verileri kaydetmeye dönük olduğu açık ise, TCK'nın 135'inci maddesiyle 136'ncı maddeleri arasında fikri içtima hükümleri (TCK m.44) uygulanmalıdır. TCK'nın 136'ncı maddesinin cezası daha ağır olduğundan dolayı TCK'nın 136'ncı maddesi tatbik edilmelidir. Diğer bir deyişle, bizim görüşümüze göre, kaydın teşebbüs aşamasında kalması halinde TCK'nın 136'ncı maddesi doğrudan doğruya değil fikri içtima kuralları gereği tatbik edilmelidir. Bu arada belirtmeliyiz ki, uygulamada oluşabilecek tereddütleri giderebilmek adına TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerinin birleştirilerek tek maddede düzenlenmesinin ve yaptırımlarının da eylemin derecesine göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, mevcut Kanun'umuzda ele geçirmenin cezası daha ağırdır. Oysaki kanaatimizce ele geçirmeden kayıt yapılamayacağından kaydetme sonraki hareket olarak görülmeli ve kaydetmenin ele geçirmeye göre daha vahim sonuçlar doğuracağı da dikkate alınarak cezası daha ağır tutulmalıydı. Zira, kayıt halinde artık bir depolama söz konusudur ve ileride kişisel verisinin kullanılarak zarar verilmesi her zaman mümkündür. Nitekim kaydetmenin ele geçirmeden sonraki hareket olup olmadığı hususu kanunun hazırlık çalışmalarında da tartışma konusu olmuştur<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.535.

<sup>134</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.527.

<sup>135</sup> **TCK'nın 135'inci maddesinin TBMM'de kabulü öncesinde 05.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmede TÜBİTAK temsilcisi tarafından madde metni ve başlığı eleştirilmiş "kaydetme" yerine "elde etme" kavramının kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçe olarak da elde ettikten sonra kaydetmeden de kullanmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'in ayrıca elde etmede suç olarak düzenlendiğini (m.136 kast edilerek) açıklanması üzerine TÜBİTAK temsilcisi mevcut düzenlemelere göre kaydettikten sonra elde ettiğimiz için cezanın artırılması gibi mantıksal açıdan ters bir düzenlemenin bulunduğu, elde etmeden kaydetmenin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir. Bunun üzerine diğer komisyon üyeleri de tartışmalara dahil olmuşlardır. Ancak yapılan tartışmalar sonuç vermemiş ve madde komisyonundaki haliyle kalmıştır (Tartışmaların tam metni için bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2005, s.531 ve devamı).**

## 2.4. Yaptırım

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu işleyen faille yalnızca hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. TCK'nın 135'inci maddesine göre faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilebilecektir.

TCK'nın 135'inci maddesi uyarınca hükmolunan ceza iki yılın altında kalırsa CMK'nın 231'inci maddesi uyarınca hükmünün açıklanması geri bırakılabilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tatbik edilmek istenmezse ya da şartları yoksa, hükmolunan hapis cezası TCK'nın 51'inci maddesi uyarınca (şartları varsa) ertelenebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1 yıldan az hapis cezası verilmesi halinde ise, şartları bulunmak kaydıyla, hapis cezası seçenek yaptırımlara da çevrilebilecektir.

Fail başlığı altında incelediğimiz üzere, TCK'nın 20'nci maddesinde tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir, ancak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bu uygulama, TCK'nın 60 (4) maddesi gereğince yalnızca yasada bunun açıkça belirtildiği hallerde olabilecektir. TCK'da Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünün sonunda yer alan 140'inci maddede "*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*" ifadesi yer aldığı için bu suçun işlenmesinden tüzel kişilerin hukuka aykırı yarar sağlaması halinde bunlara TCK'nın 60'uncü maddesindeki<sup>136</sup> kendilerine özgü güvenlik tedbirleri (izin iptali ya da müsadere) uygulanacaktır.

Ancak unutulmamalıdır ki, aynı maddenin üçüncü fıkrası gereği, güvenlik tedbiri uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarılabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir. Burada hakim takdirini kullanacaktır.

<sup>136</sup> TCK'nın 60'uncü maddesine göre tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmesi için;

Öncelikle bir özel hukuk tüzel kişisi söz konusu olmalı,

Özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle işlenen bir suç söz konusu olmalı,

Suç tüzel kişinin yararına işlenmiş olmalı,

Suç kasten işlenen bir suç olmalı,

Suçun yargılaması mahkumiyetle sonuçlanmış olmalı,

Kanunun ilgili yerinde tüzel kişilere yaptırım uygulanabileceği açıkça düzenlenmiş olmalı (inceleme konumuz bakımından daha önce belirttiğimiz üzere TCK'nın 246'ncü maddesinde açıkça düzenlenmiştir),

Ayrıca izin iptali tedbirinin uygulanabilmesi için, suçun izin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olması gerekmektedir.

TCK'nın 60'ncü maddesinde sözü edilen ve haklarında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebileceği öngörülen tüzel kişiler "özel hukuk tüzel kişileri"dir. Bu itibarla kamu hukuku tüzel kişileri bu madde kapsamında değildir. Bu nedenle kamu tüzel kişilerine güvenlik tedbiri uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Yaptırım konusunda son olarak belirtmeliyiz ki, TCK'nın 54 ve 55'inci maddelerinde belirtilen şartların bulunması halinde, eşya ve kazanç müsadereisi de söz konusu olabilecektir.

TCK'nın 66'ncü maddesi gereği dava zamanaşımı süresi 8 yıl iken, zamanaşımının bir şekilde durması ya da kesilmesi halinde TCK'nın 67'nci maddesi gereği azami 12 yıl olabilecektir. Ceza zamanaşımı ise TCK'nın 68'inci maddesi uyarınca 10 yıldır. Ceza zamanaşımının kesilmesi TCK'nın 71'inci maddesinde düzenlenirken dava zamanaşımının kesilmesinden farklı olarak azami süre belirtilmemiştir. Ceza zamanaşımının durması konusunda ise, TCK'da açık hüküm bulunmamakla birlikte, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 15'inci maddesinde<sup>137</sup> ve 5275 sayılı 118'inci maddesinde<sup>138</sup> hüküm bulunmakla birlikte buralarda da azami süre belirlenmemiştir.

## **2.5. Soruşturma Usulü**

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünün sonunda yer alan 139'uncü maddede bu bölümdeki suçların soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi tutulurken; kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun hariç tutulması nedeniyle inceleme konusu suçun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değildir. Soruşturma ve kovuşturması resen yapılmaktadır. Ancak kamu görevlisinin görevi sebebiyle bu suçu işlemesi halinde soruşturma 4483 sayılı kanuna göre yetkili merciden soruşturma izni alındıktan sonra yapılmalıdır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda görevli mahkeme 5235 sayılı kanunun 10 – 14'üncü maddeleri gereği asliye ceza mahkemesidir. Yetkili Cumhuriyet savcılığı da kaydın yapıldığı yer Cumhuriyet savcılığıdır.

<sup>137</sup> Zamanaşımı

Madde 15- (1) Birden fazla mahkumiyeti olan kişi bu mahkumiyetlerden birine ilişkin cezayı infaz kurumunda çektiği sürece, diğer cezaları açısından ceza zamanaşımı işlemez.

(2) Cezanın infazının ertelenmesi veya durdurulması halinde, bu cezaya ilişkin zamanaşımı işlemez.

<sup>138</sup> Asker edilen kişilerin cezalarının infazı

Madde 118- (1) Sırf askerî suçlar ile askerî disiplin suçları ayrık olmak üzere, askere alınmadan önce ve askerlikleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı er ve erbaşlar ile yedek subaylar hakkında kısa süreli hapis cezaları yerine hükmedilen Türk Ceza Kanununun 50'nci maddesinin birinci fıkrasının (c), (e) ve (f) bentlerinde yazılı tedbirler ile bu Kanunun 106'ncü maddesinde yazılı adli para cezasının yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. Bu süreler içinde zamanaşımı işlemez.

### 3. VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME SUÇU (m. 136)

Bu madde ile kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek suç kılınmıştır. Buradaki kişisel verilerin başlangıçta hukuka uygun ya da aykırı elde edilmesinin önemi bulunmamaktadır.

Maddenin gerekçesinde açıklama yapılmayıp maddenin tekrarıyla yetinildiğinden hükmün yorumunda gerekçeden yararlanılamamaktadır<sup>139</sup>.

TCK'nın 136'ncı maddesinin kenar başlığında, "verme veya ele geçirme"den söz edildiği halde, madde metninde bunlara ilaveten "yayma" seçimlik hareketine de yer verildiğini belirterek değerlendirmelerimize başlıyoruz.

#### 3.1. Korunan Hukuki Değer

Bu suçta korunan hukuki değer TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda korunan hukuki değerle aynıdır. Bu nedenle kanaatimizce, burada da özel hayatın gizliği korunmakla birlikte bu değer üst değerdir. Bunun altında korunan kişisel verinin niteliğine göre kişinin tüm haklarıdır.

#### 3.2. Suçun Unsurları

##### 3.2.1. Maddi Unsurlar

###### 3.2.1.1. FİİL ve Netice

TCK'nın 136'ncı maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi eylemleri bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, başkasına verilen, yayılan ya da ele geçirilen verilerin hukuka uygun olarak kaydedilip kaydedilmemesinin suçun oluşumu bakımından önemi bulunmamaktadır.

Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur ve maddede sayılmış olan verilerin verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi şeklinde işlenebilecektir<sup>140</sup>. Bu fillerin nasıl gerçekleştirildiğinin suçun oluşumu bakımından herhangi bir önemi yoktur. Ayrıca bu seçimlik hareketlerden ister biri, isterse birkaçı birlikte yapılsın birden çok suç oluşmayacak, yalnızca tek bir suç oluşacaktır. Ancak hakim

<sup>139</sup> "Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır." (madde gerekçesi).

<sup>140</sup> Bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğuna dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.107; Ketizmen, s.239; Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.21; Dülger, s.590; Malkoç, s.2201.

cezayı belirlerken bu hususu dikkate alarak ceza tayininde takdiren alt sınırdan uzaklaşabilecektir.

Maddede yer alan “başkası” kavramına sadece gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin de girdiğini kabul etmemiz gerekir. Zira, hukuki anlamda tüzel kişilerin de kişilikleri vardır ve onlara gönderilen verileri de yine gerçek kişiler açıp görmektedir<sup>141</sup>.

Bu hareketleri tek tek incelememiz gerekirse;

*a. Kişisel Verilerin Başkasına Verilmesi:*

Kanun’da kişisel verinin başkasına verilmesi için herhangi bir yöntem belirtilmemiştir. Bu nedenle verme hareketi, verilerin elden yazılı olarak verilmesi şeklinde olabileceği, bir DVD’ye kaydederek ya da tamamen bilişim ortamında elektronik posta göndererek ya da başka bir yöntemle olabilecektir.

*b. Kişisel Verilerin Yayılması<sup>142</sup>:*

Maddede verme fiilinin yanı sıra yayma fiilinin de kullanılması karşısında, her bir kavram ayrı anlama gelecek şekilde yorumlanmalıdır.

Vermek TDK sözlüğünde “1. Üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine erişirmek, iletmek 2. Bırakmak veya bağışlamak 3. Ondan bilmek, atfetmek 4. Düşünce veya bilgi anlatan şeyleri başkalarına iletmek, bildirmek 5. Döndürmek, çevirmek, yöneltmek 6. Herhangi bir duruma yol açmak 7. Eğlenceli toplantı düzenlemek, konuk çağırıp ağırlamak 8. Topluluk önünde sanatını göstermek, icra etmek 9. Topluluk önünde bilimsel konudaki bildirisini sunmak. 10. Satmak 11. Kızı, kadını biriyle evlendirmek 12. (-i) Ödemek 13. Yaymak 14. Bitki ve ağaç, ürün üretmek 15. Herhangi bir şey ortaya çıkarmak, oluşturmak 16. Hepsini herhangi bir duruma sokmak 17. Sahip olmasını sağlamak. 18. Bir şey üzerinde etki yapmak, biçimini değiştirmek 19. Tespit etmek 20. Kazandırmak, katmak 21. Ayırmak, harcamak 22. Dayamak” şeklinde tanımlanırken yaymak “1. Bir şeyi açarak, düzelterek bir alanı örtecek biçimde sermek 2. Birçok kimseye duyurmak. 3. Çevreye dağılmasına sebep olmak 4. (-i) Sınırı genişletme 5. (-i) Koyun, inek vb.ni otlatmak. 6. (-i) Dağınık ve düzensiz bir biçimde saçmak, dağıtmak” şeklinde tanımlanmıştır<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> Başkası kavramı içerisine tüzel kişilerin de gireceğine dair benzer görüş ve açıklamalar için bknz. Karagülmez, s.252.

<sup>142</sup> Hükümet Tasarısının 198’inci maddesinde “ifşa” kelimesi bulunmaktaydı. Bu kelime TBMM Adalet Komisyonu tarafından “yayma” şekline değiştirilmiştir. Adalet Komisyonu görüşmelerinde, buradaki “yayma” kelimesinin, özellikle görüntünün ifşası anlamını taşıdığı belirtilmiştir (Karagülmez, s.252).

<sup>143</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/25.03.2013>.

“Yaymak” doktrinde “verilerin içeriğinin birçok kişinin öğrenebileceği şekilde başkalarının bilgisine sunmaktır” şeklinde tanımlanmıştır<sup>144</sup>.

Tanımlardan da görüldüğü üzere vermenin etki alanı dardır. Verme fiilinde, “başkası” tekil yapıdadır ve başkasına verme “yayma” anlamına gelmez. Diğer bir deyişle, vermek iki kişi arasındaki bir eylemi ifade eder<sup>145</sup>. Oysa “yayma” hareketi, birden fazla kişiye (başkasına) kişisel verilerin verilmesini ifade etmektedir<sup>146</sup>. Diğer bir deyişle, yayma hareketinde verilerin (vermenin aksine) birden çok kişiye ulaştırılması gerekmektedir. Bu durumda vermenin yayma düzeyine ulaşmayan bir eylem olduğu söylenebilecektir. Örneğin, kişinin ikamet adresinin bir web sayfasında yayınlanması, kişisel verilerinin yazılı olarak mektup şeklinde ya da elektronik posta olarak birden fazla kişiye gönderilmesi halinde “yayma” gerçekleşirken, mektubun ya da elektronik postanın tek bir kişiye gönderilmesi halinde “verme” unsuru gerçekleşecektir. Nitekim Yarg. 12. C.D. 15.05.2012 gün ve 2011/ 20072- 2012/ 12126 E.K. sayılı hükmünde katılanın rızası olmaksızın fotoğrafının internette bir arkadaşlık sitesinde kullanılmasını kişisel verilerin yayılması olarak kabul etmiştir<sup>147</sup>. Yarg. 11.C.D. 13.12.2010 gün ve 2010/19559 – 20604 E.K. sayılı ilamında da internet sitesinde mağdur adına bir ilan verilir mağdurun telefon numarasının da yazılması olayında yerel mahkemenin beraat kararı vermesi üzerine eksik soruşturma nedeniyle hükmü bozarken, telefon numarasının internetten açıklanmasını kişisel verilerin yayılması olarak kabul etmiştir<sup>148</sup>. Buna karşılık Yarg. mağdurun rızasıyla kaydolunan cinsel içerikli görüntülerin başkalarına gönderilmesi halinde bu suçun TCK’nın 136’ncı maddesindeki suç değil 134’üncü maddesindeki suç oluşturduğuna karar vermiştir<sup>149</sup>.

<sup>144</sup> Soyaslan, s.274.

<sup>145</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.536.

<sup>146</sup> Karagülmez, s.253; Hafızoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.21.

<sup>147</sup> Bu kararda “Köşe yazarı olarak çalışan katılanın, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafının, katılanın rızası olmadan arkadaşlık sitesine konulması eyleminin, TCK’nın 136. maddesinde düzenlenen, kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılgiya düşülerek, yazılı şekilde karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, sanık ile katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün, diğer yönleri incelenmeksizin öncelikle bu sebepten dolayı, 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi uyarınca istem gibi BOZULMASINA” denilmiştir.

<sup>148</sup> Kararla ilgili ayrıntılı metin için bkz. Özen –Baştürk, s.123, 124 (Dipnot 381).

<sup>149</sup> Yarg. 12. C.D. 11.09.2012 gün ve 2012/17703 - 18222 E.K sayılı kararında da “5237 sayılı TCK’nın 136/1. maddesinde düzenlenen “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçunun oluşabilmesi için, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerekmekte olup, bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin kaydedilmesi 5237 sayılı TCK’nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; özel hayata ilişkin görüntü ya



*c. Kişisel Verilerin Ele Geçirilmesi:*

TCK'nın 135'inci maddesinde genel olarak kişisel verilerin kaydedilmemesinden bahsedilmesi karşısında, bu maddede düzenlenen kişisel verinin ele geçirilmesi, kaydedilmiş olan kişisel verinin hukuka aykırı olarak elde edilmesi anlamına gelmektedir<sup>150</sup>.

Kişisel verilerin ele geçirilmesi seçimlik hareketi de çok değişik şekillerde yapılabilir<sup>151</sup>. Özellikle bilişim ortamında kişisel verilerin, yetkisiz erişimle ele geçirilmesi en yaygın şekilde görülen fiillerdendir<sup>152</sup>. Ancak, yazılı veya basılı olan kişisel verilerin üzerinde yazılı olduğu belgelerin bulunduğu yerden alınması suretiyle de suç işlenebilecektir.

Doktrinde<sup>153</sup> yalnızca “öğrenmenin” ele geçirmek anlamına gelip gelmeyeceği tartışılırken, öğrenmekle ele geçirmenin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce öğrenmekle ele geçirme de gerçekleşmektedir. Ancak her ele geçirmenin suç teşkil etmeyeceği izahından varestedir. Ele geçirmenin suç teşkil etmesi için suçun maddi ve manevi tüm unsurlarının tamamının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Doktrinde<sup>154</sup> inceleme konusu suçun ancak icrai hareketle işlenebileceği, ihmali hareketle işlenemeyeceği yönünde görüş bulunmakta ise de; biz ihmali hareketle de işlenebileceğini düşünmekteyiz. Örneğin, kurulan bir internet sayfasının faaliyete

---

*da sesin, taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, ilgisinin bilgisi ve rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması 5237 sayılı TCK'nın 134/2. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Dosya içeriğine göre sanığın, mağdurenin bilgisi dahilinde çıplak vaziyetteki görüntü ve fotoğraflarını kaydedip, elde ettiği kayıtlarla oluşturduğu CD'leri, mağdurenin rızası olmaksızın, değişik zamanlarda farklı kurumlara göndermek fiilini 5237 sayılı TCK'nın 134/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi yerine yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle, sanık hakkında beraat kararı verilmesi” demıştır. (Karar yayınlanmamış, Yargıtay’ın bilişim sisteminden alınmıştır).*

<sup>150</sup> Ketizmen, s.240.

<sup>151</sup> Yarg.11. C.D. 11.07.2006 gün ve 5430/6541 E.K. sayılı İlamında “katılana ait şirkette satış müdürü olarak çalışan sanığın işten ayrılmadan önce kendi şirketini kurup, çalıştığı şirketin müşterilerine ait tüm verileri kendi şirketinde kullanmak üzere hukuka aykırı olarak aktardığı, ... tüm dosya kapsamıyla sabit olduğu halde yazılı şekilde hüküm kurulması...” demıştır (Malkoç, s.2201).

<sup>152</sup> Karagülmez, s.253.

<sup>153</sup> Dülger açıklamalarında “Burada özellikle belirtilmesi gereken konu ise, “kişisel verilerin ele geçirilmesi” hareketi açısından yalnızca “öğrenmenin” ele geçirmek anlamına gelip gelmeyeceğidir. Bize göre burada bir ele geçirme söz konusu olmayıp suç tipinde yer alan hareketi karşılamamaktadır. Örneğin tıp profesörü olan doktoru hastasına ilişkin teşhis ve tedaviyi içeren kayıtları öğrencilerine ders verdiği dökümanların arasında unutmaması, hocanın asistanının da dökümanları incelerken hastaya ait belgeleri görmesi ve durumu öğrenmesi halinde ele geçirme söz konusu olmayacaktır” demıştır. (Dülger, s.593).

<sup>154</sup> Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.21.

geçirilmesi sırasında web tasarım şirketi personelinin yanlışlıkla site sahibinin elektronik posta adresinin yanında şahsi cep telefon numarasını da yazdığını gören şirket müdürünün sırf telefon numarasının yayılması için müdahalede bulunmayıp, sitenin bu şekilde açılmasına göz yumması halinde ihmali davranış söz konusu olacaktır.

Maddede sayılmış olan verilerin verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi hareketlerinden birisinin yapılmasıyla suç tamamlanmaktadır. Ele geçirildikten sonra belli bir sürenin geçmesi, verinin bir süre saklanması şart değildir. Ancak vermeye, yaymaya ya da ele geçirmeye dönük hareket belli bir süre devam ediyor olabilecektir. Örneğin özellikle bilişim ortamında kişisel verilerin yayılması sırasında eylem bir süre devam edebilecektir.

Kişisel verilen hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçunun oluşumu için failin yaptığı hareketlerin neticesinde bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir. Bu nedenle suç tehlike suçudur<sup>155</sup>. Verme, yayma, ele geçirme eylemlerinin bitirilmesiyle suç gerçekleşmiş olacaktır.

İnceleme konusu suç birden fazla ve farklı hareketle gerçekleştirilebildiğinden söz konusu hareketler sonucu gerçekleşen neticeler de birbirinden farklı olabilecektir, suçun oluşumu açısından önemli olan hareket ya da hareketlerin tamamlanmasıdır.<sup>156</sup>

### 3.2.1.2. Fail

Madde metninde fail açısından bir özellik aranmamıştır. Bu nedenle herkes bu suçun faili olabilecektir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken fail başlığı altında gerek tüzel kişilerin failliği konusunda gerekse TCK'nın 137'nci maddesi konusunda yaptığımız değerlendirmeler burada da aynen geçerlidir. Tekrara yer vermemek için oraya atıfla yetiniyoruz.

### 3.2.1.3. Mağdur

Kişisel verileri verme ve ele geçirme suçunda mağdur bakımından da herhangi bir özellik aranmamıştır. Bu nedenle herkes bu suçun mağduru olabilecektir. Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken de belirttiğimiz üzere tüzel kişilerin özel hayatı bulunmadığından tüzel kişiler mağdur değil suçtan zarar gören olabilecektir<sup>157</sup>.

<sup>155</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.536; Dülger, s.592.

<sup>156</sup> Çekiç, s.149.

<sup>157</sup> Tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.254.

Tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.106; Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.21.

#### **3.2.1.4. Suçun Konusu**

Suçun konusu kişisel verilerdir. Bu suçun konusu, TCK'nın 135'inci maddesindeki kişisel verilerin kaydedilmesi suçuyla tamamen örtüşmektedir<sup>158</sup>. Bu nedenle kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken konu başlığı altında yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Tekrara mahal vermemek için yeniden tartışmıyor oraya atıfla yetiniyoruz.

Ancak vurgulamamız gerekir ki, TCK'nın 136'ncı maddesi kaleme alınırken metin içeriğinde kişisel verilerden söz edilirken madde başlığında sadece veri kavramının kullanılması hatalıdır. Zira, "veri" kelimesi ile "kişisel veri" ibaresi farklı anlamları ifade etmektedir. Kişisel veri, gerçek kişilere ait olan verileri anlatır; oysa "veri" kelimesi, kişisel verileri de kapsayan, gerçek olmayan kişilere ait olan verileri ve diğer her türlü veriyi içermektedir<sup>159</sup>. Madde başlığının da metinle uyum haline getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

#### **3.2.1.5. Suça Etki Eden Sebepler**

TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen suça etki eden hallerin tamamı burada da geçerlidir. Tekrara mahal vermemek için oraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

#### **3.2.2. Manevi Unsur**

TCK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen inceleme konusu suçun manevi unsuru bakımından genel kast yeterlidir. Diğer bir deyişle, fail Kanun'da belirtilen eylemi gerçekleştirirken eylemi ve sonuçlarını bilerek ve isteyerek hareket etmelidir. Ancak madde metninde fiilin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi arandığı için failin kastının, fiilin hukuka aykırı olduğu hususunu da kapsamaması gerekmektedir<sup>160</sup>. Hukuka özel aykırılık bakımından kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

Eylemin taksirli hali Kanun'da suç olarak düzenlenmediğinden inceleme konusu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Suçun oluşabilmesi bakımından genel kast yeterli olduğundan olası kastla işlenmesi de kural olarak mümkündür<sup>161</sup>.

#### **3.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru**

TCK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen suçta hukuka özel aykırılık aranmaktadır. Bu nedenle failin eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve buna rağmen eylemini gerçekleştirmesi gerekmektedir.

<sup>158</sup> 135 ve 136'ncı maddelerdeki suçun konularının aynı olduğuna dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.107; Karagülmez, s.251; Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.524; Dülger, s.590.

<sup>159</sup> Karagülmez, s.251.

<sup>160</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.254.

<sup>161</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.537.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu incelenirken gerek hukuka özel aykırılık kurumunun değerlendirilmesi sırasında gerekse hukuka uygunluk sebeplerinin değerlendirilmesi sırasında anlattıklarımız burada da geçerlidir. Diğer bir deyişle, ilgilinin rızası, kanunun hükmünün gereğinin yerine getirilmesi gibi durumlarda failin eylemi hukuka aykırı kabul edilmeyecektir. Bu durumda, failin veri sahibi ya da ilgisi tarafından verilen bir izne dayanarak kişisel verileri vermesi, yayması veya ele geçirmesi ya da görevli bir kişinin yasadan aldığı yetkiye dayanarak aynı eylemleri gerçekleştirmesi durumunda suç oluşmayacaktır<sup>162</sup>.

Yarg. 12.C.D. 15.05.2012 gün ve 2011/15747 - 2012/12099 E.K. sayılı kararında da “...Sağlık Ocağında vekil ebe olarak görev yapan katılan N.K'nın, doğum yaptığı ve fiilen çalışmadığı halde, çalışıyormuş gibi hakkında işlem yapıldığı iddiası üzerine, başlatılacak idari soruşturmaya esas olmak üzere, sanığın, Şanlıurfa Özel ... Hastanesine kendiliğinden müracaatla, katılan N.K'nın doğum raporunu hukuka aykırı olarak ele geçirip, idari soruşturmada kullanması şeklinde gelişen eyleminde, atılı suçun yasal unsurları itibariyle oluştuğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden, sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğine ilişkin ve yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA” demiştir<sup>163</sup>.

Yarg. 4.C.D. 03.05.2012 gün ve 2010/17923 - 2012/10514 E.K sayılı kararında da “Sanık ile katılanın aynı sitede oturduğu ve her ikisinin de site yöneticisi olmak istediği, sanığın arkadaşı olan S.D'nin sanığa, katılanın kendisini önceki yıllarda dolandırdığını söyleyerek mahkeme ilamını sanığa verdiği; sanığın katılana ait ilamı hukuka aykırı bir yoldan elde etmediği, mahkeme kararlarının aleni olması ve sanığın katılanın site yönetiminde yer almaması gerektiği düşüncesiyle mahkeme ilamını dağıttığını savunması karşısında, kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme veya yayma suçunun manevi unsurunun oluşmadığı gözetilmeden yerinde görülmeyen gerekçeyle hükümlülük kararı verilmesi” demiştir<sup>164</sup>.

### 3.3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

#### 3.3.1. Teşebbüs

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçunda kişisel verilerin verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi anında eylem tamamlanmaktadır. Ayrıca bir zararın meydana gelmesi aranmamaktadır. Bu nedenle her üç seçimlik hareket bakımından da suç neticesi harekete bitişik bir suçtur ve eyle-

<sup>162</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Dülger, s.593.

<sup>163</sup> Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır.

<sup>164</sup> Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır.

min yapılmasıyla netice de gerçekleşir. Bu durumda kural olarak inceleme konusu suç teşebbüse elverişli değildir<sup>165</sup>. Ancak hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüs de söz konusu olabilecektir.

Hareketin kısımlara bölünebildiği, yani teşebbüsün söz konusu olabileceği durumlarda TCK'nın 36'ncı maddesindeki gönüllü vazgeçme kurumunun tatbiki de söz konusu olabilecektir. Ancak o ana kadar yapılan eylemlerin başka bir suça vücut vermesi halinde fail artık o suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır.

### **3.3.2. İştirak**

İnceleme konusu suç iştirak açısından bir özellik taşımayıp TCK'nın 37, 38, 39 ve 40'ıncı maddelerinde düzenlenen suça iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde durumlar değerlendirilecektir.

### **3.3.3. İÇTİMA**

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi suçu zincirleme şekilde işlenebilecek bir suçtur. Fail bir kişinin kişisel verilerini bir suç işleme kastıyla ancak değişik zamanlarda, birden fazla kez başkalarına verebilecek, yayabilecek ya da ele geçirebilecektir. Bu durumda TCK'nın 43 (1) maddesi kapsamında zincirleme suç hükümleri tatbik edilecektir.

Fail ayrıca tek bir eylemle birden fazla kişinin kişisel verilerini başkalarına verebilecek, yayabilecek ya da ele geçirebilecektir. Bu durumda da TCK'nın 43 (2) maddesi kapsamında zincirleme suç hükümleri tatbik edilecektir.

Bu suçun mütemadi suç şeklinde de işlenebilecektir. Bu durumda, suç, temadinin bittiği anda işlenmiş sayılacak ve zamanaşımı da bu andan itibaren hesaplanacaktır.

TCK'nın 243'üncü maddesindeki "bilgi sistemine girme ve sistemde kalma" suçu ile TCK'nın 136'ncı maddesindeki suç arasında geçit suç ilişkisi doğabilecektir. Zira, TCK'nın 136'ncı maddesinde tanımlanmış kişisel verilerin bilgi sistemleri içerisinde olması halinde failin bu kişisel verileri hukuka aykırı olarak vermesi, yayması veya ele geçirmesi için bilgi sistemine girmesi gerekebilecektir. Bu hususta TCK'nın 135'inci maddesini değerlendirirken yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Benzer bir değerlendirmede Yarg. sahte olarak üretilen ve kullanılan kredi kartında bulunan gerçek kişiye ait bilgilerin kullanılmasına ilişkin bir olayda sahte banka ve kredi kartının üretilip kullanılmasından hariç olarak, TCK'nın 135 ve devamı maddelerinin de tatbikinin gerektiğine karar vermiştir<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> Suçun teşebbüse elverişli olmadığına dair görüş ve açıklamalar için bkz. Donay, s.215.

<sup>166</sup> Yarg. 11. C.D. 02.04.2010 gün ve 2007/6562 E. 2010/3786 K sayılı karar. Kararın özet metni için bkz. Özen –Baştürk, s.124 (Dipnot 381).

Failin hukuka aykırı olarak kişisel veriyi kaydetmesiyle (TCK m.135) bu verileri başkasına vermesi ya da yayması (TCK m.136) fiilleri aynı anda gerçekleşebilecektir. Örneğin, kişisel verinin bir internet sitesine kaydedilmesi ile aynı zamanda yaymak fiili de gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda fail tek bir hareketle birden fazla kanun hükmünü ihlal etmiş olacağından, TCK'nın 44'üncü maddesinde düzenlenen fikri içtima gereği, yalnızca cezası ağır olan kanun hükmü uyarınca cezalandırılacaktır<sup>167</sup>.

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesinden daha sonra (TCK m. 135) bu verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi ya da yayılması (TCK m.136) halinde fail nasıl cezalandırılacaktır. Bu hususta doktrinde TCK'nın 135'inci maddesindeki suçun, TCK'nın 136'ncı maddesindeki suç için zorunlu geçit suç olduğundan bahisle failin TCK'nın 44'üncü maddesinin göndermesiyle, TCK'nın 136'ncı maddesindeki eylemi nedeniyle cezalandırılacağına dair görüş<sup>168</sup> bulunmakla birlikte, kanaatimizce burada zorunlu geçit hali söz konusu değildir. Zira kişisel veriler kayıt edilmeden de bunların yayılması, verilmesi, ele geçirilmesi mümkündür. Bu nedenle fail her iki eylemden dolayı ayrı ayrı cezalandırılmalıdır<sup>169</sup>.

### 3.4. Yaptırım

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçunu işleyen faile yalnızca hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. TCK'nın 136'ncı maddesine göre faile bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilebilecektir.

TCK'nın 136'ncı maddesi uyarınca hükmolunan ceza 2 yılın altında kalırsa ceza CMK'nın 231'inci maddesi uyarınca hükmün açıklanması geri bırakılabilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tatbik edilmemesi ya da şartları yoksa, hükmolunan hapis cezası TCK'nın 51'inci maddesi uyarınca (şartları varsa) ertelenebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1 yıldan az hapis cezası verilmesi halinde ise, hapis cezası seçenek yaptırımlara da çevrilebilecektir.

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçunun işlenmesiyle tüzel kişilerin menfaat sağlaması halinde tüzel kişiler hakkında

<sup>167</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.538.

Yarg. 4. C.D. 06.06.2012 gün ve 2010/20600 - 2012/13691 E.K sayılı kararında da “Sanıkların sahibi olduğu www.zevce.com. adlı internet sitesinden erotik içerikli yayın da yapıldığının anlaşılması karşısında, suç tarihinde TRT haber spikeri olan katılanın fotoğrafının aynı sitede gösterilmesinin, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide eden davranış olduğu, bu nedenlerle de sanıkların eylemlerinin hakaret suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” demiştir (Karar yayınlanmamış, Yargıtay’ın bilişim sisteminden alınmıştır).

<sup>168</sup> Taşkın, s.109.

<sup>169</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Dülger, s.595.

TCK'nın 140'ıncı maddesi kapsamında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu konusunda TCK'nın 135'inci maddesini değerlendirirken yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

Yaptırım konusunda son olarak belirtmeliyiz ki, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun değerlendirilmesi sırasında yaptırım başlığı altında dava ve ceza zamanışımı hususlarıyla, müsadere hususunda yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

### **3.5. Soruşturma Usulü**

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünün sonunda yer alan 139'uncu maddede bu bölümdeki suçların soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi tutulurken verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun hariç tutulması nedeniyle inceleme konusu suçun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değildir. Soruşturulma ve kovuşturulması resen yapılmaktadır. Ancak kamu görevlisinin görevi sebebiyle bu suçu işlemesi halinde soruşturma 4483 sayılı kanuna göre yetkili merciden soruşturma izni alındıktan sonra yapılmak zorundadır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda görevli mahkeme 5235 sayılı kanunun 10 – 14'üncü maddeleri uyarınca cezanın üst sınırı gereği asliye ceza mahkemesidir. Yetkili Cumhuriyet savcılığı da verme, yayma ya da ele geçirme eyleminin yapıldığı yer Cumhuriyet savcılığıdır.

## **4. VERİLERİ YOK ETMEME SUÇU (m. 138)**

Kanunlar bazen kişiler hakkında, özellikle kamu personeline, ifa edilecek hizmet dolayısıyla veri toplama yetkisi verebilmektedir. Aynı kanun veya bir başka kanun belli bir amaç için toplanan verilerin bir süre sonra yok edilmesini de öngörebilmektedir. İşte öngörülen süre içerisinde verilerin yok edilmemesi halinde bu maddeyle tanımlanan suç oluşacaktır<sup>170</sup>.

Yok etmek veriyi, bir yerde kullanılabilir olmaktan çıkartmak, silmek, ortadan kaldırmaktır. Esas olan verinin kimsenin eline geçmemesini sağlamaktır<sup>171</sup>. Verilerin özellikle de kişisel verilerin sistemlerde süresiz tutulması insanların sürekli olarak izlenmesi, dolayısıyla da fişlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Demokratik bir toplumda bu durum kabul edilemez bir davranıştır. İşte TCK'nın 138'inci maddesiyle süresi dolduktan sonra mevzuata aykırı şekilde sistemlerde verilerin, özellikle de kişisel verilerin bulundurulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak madde

<sup>170</sup> Soyaslan, s.275.

<sup>171</sup> Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.22.

gerekçesiyle<sup>172</sup> madde başlığına ve madde metnine baktığımızda aralarında çelişki bulunduğunu gördüğümüz gibi, maddenin lafzına baktığımızda da maddenin TCK sistematiğiyle çelişki yarattığını görmekteyiz. Şöyle ki;

Öncelikle maddenin düzenlendiği bölüm “Bilişim Alanında Suçlar” bölümü olmayıp “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümüdür. O halde öncelikle madde başlığında ve metninde “veri” kavramı yerine “kişisel veri” kavramı kullanılarak hemen öncesindeki TCK’nın 135 ve 136’ncı maddeleriyle ve gerekçeyle uyum sağlanmalıydı. Şayet bu suçla kişisel verilerin değil de her türlü verinin korunduğu kabul ediliyorsa bu durumda düzenlenme yeri “Bilişim Alanında Suçlar” bölümü olmalıydı.

Gerekçeden yola çıkılarak bir an için akla (kavram sorununu tartışırken belirttiğimiz üzere) buradaki “veri”den kastın bilgi olduğu gelebilir ise de; bu durumda yorum yapmak daha da zorlaşmaktadır. Zira TCK’nın 138’inci maddesinde açıkça “...sistem içinde...” denilmek suretiyle verilerin sistem içerisinde olması aranmıştır. Oysaki bilgilerin büyük çoğunluğunun herhangi bir sistem içerisinde bulunmaması nedeniyle maddenin tatbiki güçleşmektedir. Bu nedenle, kişisel verinin yok edilmesi açısından sistemde bulunması şartı maddeden çıkartılmalıdır<sup>173</sup>.

Madde metninde “Kanunların...” şeklindeki ifade de eksik olması nedeniyle hatalıdır. Zira, silinmesi gereken süre pekala bir kanuna dayanarak çıkarılan yönetmelik vb. mevzuat hükümleriyle de belirlenmiş olabilecektir. Doktrinde<sup>174</sup> burada geniş yorum yapılması ve tüzük, yönetmelik, yönerge gibi geçerli, genel, objektif düzenlemeler, “kanun” kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik esastır. Ceza sorumluluğunu genişleten yorumlar yapılamaz. Bu durumda silinmesi gereken sürenin bir kanunla değil de yönetmelik vb. mevzuatla belirlenmiş olunması halinde failin ceza sorumluluğuna gidilemeyecektir. Kaldı ki, madde metninin tamamına bakıldığında bu suçun özel sektör çalışanları tarafından da işlenebileceği görülmektedir. Bu durumda özel sektörün kendi düzenleyici işlemleriyle belirlediği sürelerde söz konusu olabilecektir.

#### 4.1. Korunan Hukuki Değer

Doktrinde<sup>175</sup> TCK’nın 138’inci maddesinde düzenlenen verileri yok etme meselesiyle korunan hukuki değer TCK’nın 135 ve 136’ncı maddelerinde

<sup>172</sup> “Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.” (madde gerekçesi).

<sup>173</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Ketizmen, s.242.

<sup>174</sup> Karagülmez, s.257; Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.600.

<sup>175</sup> Karagülmez, s.256; Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.538.



korunan hukuki değerle aynı olduğu yani, burada da gerçek kişinin özel hayatı (ve bu bağlamda kişisel verilerinin) korunduğu belirtilmekte ise de; kanaatimizce burada korunan değer kişisel veriler değil genel olarak tüm verilerdir. Zira, suçta ve cezada kanunilik esas olup madde metninde “kişisel veri” kavramı değil “veri” kavramı kullanılmıştır.

Madde metninde “kamu görevlisi” kavramı yerine “...yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde...” şeklinde bir ifade kullanılması nedeniyle, fail kamu sektöründe ya da özel sektörde görevli olabilecektir. Bu nedenle maddeyle genel olarak verilerin zamanı gelince silineceğine dair toplumsal güven duygusu korunurken; özel olarak da kişilerin fişlenmiş şekilde yaşamalarının önlenerek kamuya olan güven duygusu korunmaktadır.

## **4.2. Suçun Unsurları**

### **4.2.1. Maddi Unsurlar**

#### **4.2.1.1. Fiil ve Netice**

Bu suç tipiyle, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi hali yaptırım altına alınmıştır. Örneğin CMK'nın “Kararların yerine getirilmesi, iletişim içeriklerinin yok edilmesi” kenar başlıklı 137'nci maddesinin (3) numaralı fıkrası gereği<sup>176</sup> yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilmesi gerekmektedir. Şayet on gün içinde yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtlar yok edilmezse inceleme konumuz olan suç gerçekleşecektir.

Doktrinde<sup>177</sup> her ne kadar buradaki verilerin kişisel veri olduğu yönünde görüşler bulunmakta ise de; kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik esastır. Madde metninde “veri” kavramı kullanıldıktan sonra gerekçeden yola çıkılarak bunun kişisel veri olduğunu kabul etmek doğru değildir.

<sup>176</sup> Kararların Yerine Getirilmesi, İletişim İçeriklerinin Yok Edilmesi  
Madde 137 - (1) ...

(2) ...

(3) 135'inci Maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı Maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınmaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.

(4)...

<sup>177</sup> Ergün, s.119.

Doktrinde<sup>178</sup> TCK'nın 138'inci maddesinde suçun oluşumu için verinin yok edilmemesi esas alındığından bu suçun ihmali hareketle işlenebilen bir suç olduğu yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce bu suç pekala icrai hareketle de işlenebilecektir. Örneğin bilişim sisteminde hazırlanan bir programla kayıtlı kişisel verilerin mevzuattaki süresi geldiğinde otomatik olarak silindiği bir sisteme failin müdahalede bulunarak bir ya da daha fazla kişinin verilerinin silinmesine engel olması halinde artık icrai bir hareket söz konusu olacaktır.

O halde kanaatimizce bu suçun söz konusu olabilmesi için;

- Öncelikle ortada bir sistem olmalıdır; bu sistem bilişim sistemi ya da bir başka sistem olabilecektir. Sistem bilişim suçları açısından, bilişim sistemi ve dolayısıyla da, verinin bilişim sistemi içinden yok edilmemiş olmasını ifade eder. Bilişim dışındaki ilanlarda ise “sistem içinde” ibaresi, farklı yorumlanabilirse de, o verinin muhafaza edildiği yeri ve dolayısıyla da bu yerden yok edilip edilmemesini anlatmaktadır<sup>179</sup>.
- Bu sisteme kaydedilmiş bir veri olmalıdır; buradaki veri yukarıda açıkladığımız üzere herhangi bir türde veri olabilecektir. Kişisel veri olması şart değildir.
- Bu verinin silinmesi için kanunla belirlenmiş bir süre olmalıdır; kanunla belirlenmiş bir süre yoksa bu hükmün uygulanması da mümkün olmayacaktır. Ayrıca belirtmeliyiz ki, maddedeki açık hüküm ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği süre yönetmelik vb mevzuatla değil bizzat kanunla belirlenmiş olmalıdır.
- Bu verileri silmekle görevli bir kişi olmalıdır; bu görevli kişinin kamu görevlisi olması şart değildir. Pekala özel sektör çalışanı da olabilecektir.
- Bu görevli kişi kanunla belirlenen süre dolmasına rağmen veriyi silmemelidir. Suçun oluşup oluşmadığının tespiti bakımından, verilerin sistemden silinmesi için gerekli olan sürenin geçip geçmediğine bakılmalıdır. Verilerin yok edilmesi buldukları ortamlara göre çok çeşitli şekillerde olabilecektir. Örneğin veriler yazılı halde bulunuyorsa yakmak suretiyle ya da veriler bir bilişim sisteminde sanal veri olarak bulunuyorsa bunların silinmesi ya da verilerin üzerinde bulunduğu “cd-rom” ya da sabit diskin kırılması suretiyle verilerin yok edilmesi görevi yerine getirilebilecektir.

Kanunla belirlenen süre dolduğunda veri yok edilmemişse suç oluşmaktadır. Dolayısıyla, bu suç neticesi harekete bitişik bir suçtur<sup>180</sup>. Verilerin yok

<sup>178</sup> Özgenç, s.231; Soyaslan, s.274; Ketizmen, s.241; Dülger, s.600.

<sup>179</sup> Karagülmez, s.257.

<sup>180</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.112, 113.

edilmemesinden bir zarar doğması da şart değildir. Bu nedenle suç tehlike suçudur<sup>181</sup>.

İnceleme konusu suçun neticesine gelince; verilerin yok edilmemiş olunması, yani verilerin varlığının devam etmesi bu suçun neticesidir.

#### **4.2.1.2. Fail**

İnceleme konusu suçun faili verileri sistem içinde yok etmekle görevli olan kişidir. Madde metninde bu kişinin kamu görevlisi olması aranmadığından verileri silme görevi taşıyan herhangi bir kimse bu suçun faili olabilecektir. Failin verileri silme görevi taşıması gerektiğinden bu suç özgü suç olarak kabul edilebilmelidir<sup>182</sup>. Örneğin özel bankadaki hesabını kapatan bir kimsenin verilerini silmekle görevli banka çalışanı bu suçun faili olabilecektir. Ancak unutulmalıdır ki bu kişi, o bankadaki verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olan kişi olmalıdır.

#### **4.2.1.3. Mağdur**

Öncelikle kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken mağdur başlığı altında verdiğimiz genel bilgilerin burada da geçerli olduğunu belirtmeliyiz.

Çalışma konumuz olan suçları incelerken belirttiğimiz üzere TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerinde madde metni içerisinde kişisel verilerden bahsedildiğinden bu suçlarda tüzel kişilerin mağdur olması mümkün değildir. Ancak TCK'nın 138'inci maddesinde düzenlenen maddede gerek kenar başlığında gerekse madde metninde "kişisel veriler" kavramı değil de "veri" kavramı kullanıldığından biz burada suçun konusunun tüm veriler olduğunu, dolayısıyla da öncesinde düzenlenen suçlardan farklı olarak burada tüzel kişilerin mağdur olabileceğini kabul ediyoruz<sup>183</sup>. Zira, yok edilmesi gereken veriler tüzel kişinin ticari ve sosyal yaşamı bakımından son derece önemli veriler olabilecektir. Bu durumda verinin yok edilmemesiyle o tüzel kişilik doğrudan zarar görecektir. Doğrudan zarar gören kişi ise, suçtan zarar gören olarak değil, mağdur olarak kabul edilmelidir.

Ayrıca kişisel verileri silinmesi gerekirken silinmeyen gerçek kişi de failin eyleminden doğrudan etkilendiğinden mağdur kabul edilmelidir<sup>184</sup>. Ancak belirtmeliyiz ki, biz suçla korunan değeri belirtirken kamu idaresine duyulan güvenin de korunduğunu belirttiğimizden, kişisel verilerin yok edilmemesi duru-

<sup>181</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.540.

<sup>182</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.539; Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.22.

<sup>183</sup> Aksi görüş için bkz. Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.22.

<sup>184</sup> Suçta verileri silinmeyen gerçek kişinin mağdur değil suçtan zarar gören olduğuna dair görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.258; Taşkın, s.154.

munda tüm kamunun da mağdur olduğunu kabul etmek durumundayız. Nitekim TCK'nın 139'uncu maddesinde bu suçun takibinin şikayete tabi olmadığını vurgulanması da kanaatimizi doğrulamaktadır.

#### 4.2.1.4. Suçun Konusu

Doktrinde<sup>185</sup> bu suçun konusunun TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerindeki suçun konusuyla aynı olduğu ve kişisel veriler olduğu yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce madde başlığında ve metninde “veri” kavramı kullanılması nedeniyle suçun konusu her türlü veridir. Madde gerekçesinde “kişisel veri” kavramı kullanılması suçun konusunu kişisel veriyle sınırlı hale getirmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi esastır. Ancak maddenin düzenlendiği yer itibarıyla kanaatimizce yasal değişiklik yapılarak madde başlığı ve metnindeki “veri” kavramları yerine “kişisel veri” kavramı kullanılmalıdır.

#### 4.2.1.5. Suça Etki Eden Sebepler

TCK'nın 138'inci maddesi bakımından TCK'da özel olarak düzenlenmiş nitelikli bir hal bulunmamaktadır. Bu nedenle TCK'nın genel hükümlerine tabidir. Ancak belirtmemiz gerekir ki, fail ve eylem EHK'nın 63 (3) ve (11)'inci maddelerinde belirtilen hallerden olursa artık EHK hükümlerince cezanın artırılması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken EHK kapsamında yaptığımız değerlendirmeler burada da geçerlidir.

TCK'nın 137'nci maddesi kaleme alınırken “Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların” denilmesi 138'inci maddenin ise bu kapsamda olmaması nedeniyle TCK'nın 137'nci maddesinin inceleme konusu suça tatbiki mümkün değildir. TCK'nın 138'inci maddesinin tatbikinde önemli olan failin verileri yok etmekle yükümlü kişi olmasıdır. Bu çerçevede fail bir kamu görevlisi olabileceği gibi bir meslek ve sanat sahibi de olabilecektir. Bu nedenle kanun koyucu diğer suçlar bakımından kabul ettiği 137'nci maddedeki cezayı ağırlaştırır nitelikli unsurları bu suç bakımından düzenlememesi isabetli olmuştur<sup>186</sup>. Zira, TCK'nın 137'nci maddesindeki nitelikli hal bu suçta suçun unsuru olmuştur. Bu durumda yaptırım itibarıyla baktığımızda görev unsuru TCK'nın 137'nci maddesinde cezayı artıran hal olarak kabul edilirken, 138'inci maddede ana unsur olmasına rağmen cezanın üst sınırının bir yıl hapis cezası olması kanaatimizce yerinde olmamıştır. Cezanın üst sınırı artırılmalıdır.

#### 4.2.2. Manevi Unsur

Verilerin yok edilmemesi suçu genel kast ile işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle fail suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle, fail bilerek ve isteyerek verileri yok etmemelidir.

<sup>185</sup> Taşkın, s.112; Dülger, s.598.

<sup>186</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.539.

Eylemin taksirli hali düzenlenmediği için bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

İnceleme konusu suç için genel kastın yeterli olması nedeniyle olası kastla da işlenmesi mümkündür<sup>187</sup>.

#### **4.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru**

TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerinden farklı olarak kanun koyucu burada hukuka özel aykırılık halini aramamıştır. Bu nedenle failin hukuka aykırı hareket etme bilinciyle hareket edip etmediğinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

Maddenin düzenlendiği bölüm ve kendisinden önce gelen maddelere ilişkin açıklamalarımız dikkate alındığında kanun koyucunun fişlemelerin önüne geçmek ve demokratik toplum gereklerine uygun davranmak maksadıyla bu yasal düzenlemeyi yaptığını düşündüğümüzden, silinmesi gereken verinin sahibinin silinmemeye rıza göstermesi suçun oluşumunu etkilemeyecektir<sup>188</sup>.

Madde metninde açıkça kanunla öngörülen bir süreden bahsedilmesi nedeniyle artık emrin ifası ya da kanun hükmünün yerine getirilmesi gibi hukuka uygunluk sebepleri de söz konusu olamayacaktır. Ancak failin mücbir sebep nedeniyle verileri yok edememesi halinde bu durum hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmelidir.

### **4.3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri**

#### **4.3.1. Teşebbüs**

Kanunla belirlenen süre dolduğunda veri yok edilmemişse suç oluşmaktadır. Dolayısıyla, bu suç neticesi harekete bitişik bir suçtur<sup>189</sup>.

Kural olarak ihmali bir hareketle işlenebilen neticesi harekete bitişik suç olduğundan dolayı teşebbüse elverişli değildir. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere bu suçun istisnai olarak da olsa icrai hareketle işlenmesi mümkündür. Örneğin CMK'nın 137 (3) maddesi uyarınca yapılacak imha sırasında görevli polisin imha edilmesi gereken verilerden bazılarını Cumhuriyet savcısını bir şekilde kandırarak imha edilecek diğer verilerin yanından alıp saklaması ve imha etmemesi halinde artık icrai bir hareket söz konusudur. Burada polis memurunun imha etmek istemediği verileri diğer verilerden ayırırken yakalanması halinde artık eylemin kısımlara bölünebildiği ve teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

<sup>187</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.541.

<sup>188</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.257; Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.541; Dülger, s.601.

<sup>189</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.112, 113.

#### 4.3.2. İştirak

İnceleme konusu suç iştirak açısından bir özellik taşımayıp, somut olaylar TCK'nın 37, 38, 39 ve 40'inci maddelerinde düzenlenen suça iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir.

#### 4.3.3. İçtima

Verileri yok etmeme suçu zincirleme şekilde işlenebilecek bir suçtur. Failin, birden çok kişiye ait veriyi tek hareketle imha etmemesi ya da aynı kişiye ait birden çok veriyi aynı suç işleme kastıyla imha etmemesi durumunda TCK 43 anlamında zincirleme suç hükümlerinin tatbiki gerekebilecektir. Bu durumda faile her eylem için ayrı ayrı ceza verilmeyecek; verilecek olan tek ceza artırılacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere verileri yok etmeme suçu icrai hareketle de işlenebilecektir. Örneğin bilişim sistemindeki verileri silmekle görevli kişinin verilerin silinmesi zamanı geldiğinde verileri komple silmek yerine bulunduğu yerden keserek alıp başka bir yere yapıştırması ya da bulunduğu yerden kopya alıp orijinalini sildikten sonra başka yere kaydetmesi halinde ne olacaktır? Kanaatimizce verdiğimiz her iki halde de veri bulunduğu sistemden yok edilmiş olduğundan TCK'nın 138'inci maddesindeki suç oluşmayacaktır. Ancak başka bir yere kayıt yapılan veri kişisel veri ise TCK'nın 135'inci maddesindeki kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, sıradan bir veri ise TCK'nın 244 (2)'nci maddesindeki verileri başka bir yere göndermek suçu oluşabilecektir.

İnceleme konusu olan “verilerin yok edilmemesi suçu” özel bir görevi yerine getirmeme (yani görevi ihmal) suçudur. Kamu görevlileri bakımından görevi ihmal suçu ise, TCK'nın 257'nci maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle kamu görevlileri bakımından TCK'nın 138'inci maddesi 257'nci maddeye nazaran özel hüküm olduğundan öncelikle uygulanacaktır.

#### 4.4. Yaptırım

Verileri yok etmeme suçunu işleyen faile yalnızca hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. TCK'nın 138'inci maddesine göre faile altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilebilecektir.

TCK'nın 138'inci maddesi uyarınca hükmolunacak hapis cezasının üst sınırı 1 yıl hapis cezası olduğundan dolayı şartları varsa CMK'nın 231'inci maddesi uyarınca hükmün açıklanması geri bırakılabilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tatbik edilmek istenmezse ya da şartları yoksa, hükmolunan hapis cezası TCK'nın 51'inci maddesi uyarınca (şartları varsa) ertelenebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1 yıldan az hapis cezası verilmesi halinde ise, hapis cezası seçenek yaptırımlara da (şartları varsa) çevrilebilecektir.

Verileri yok etmeme suçunun işlenmesiyle tüzel kişilerin menfaat sağlama-sı halinde tüzel kişiler hakkında TCK'nın 140'ıncı maddesi kapsamında güven-lik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu konu-sunda TCK'nın 135'inci maddesini değerlendirirken yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

Yaptırım konusunda son olarak belirtmeliyiz ki, kişisel verilerin kaydedil-mesi suçunun değerlendirilmesi sırasında yaptırım başlığı altında dava ve ceza zamanasını hususlarıyla müsadere hususunda yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

#### **4.5. Soruşturma Usulü**

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünün sonunda yer alan 139'uncu maddede bu bölümdeki suçların soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi tutulurken, verileri yok etmeme suçunun hariç tutulması nedeniyle inceleme konusu suçun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değildir ve soruşturma ve kovuşturma resen yapılmaktadır.

Verilerin yok edilmemesi suçunda görevli mahkeme 5235 sayılı kanununun 10 – 14'üncü maddeleri gereği sulh ceza mahkemesidir. Yetkili Cumhuriyet savcılığı da verme, yayma ya da ele geçirme eyleminin yapıldığı yer Cumhuriyet savcılığıdır.

#### **SONUÇ**

Yasal dayanak ya da ilgisinin rızası olmaksızın başkasına ait kişisel veri-lerin kaydedilmesi, başkalarıyla paylaşılması ya da süre sınırı olmaksızın sistem içerisinde saklanması demokratik toplumlarda kabul edilemez davranışlardır. Bu nedenle TCK'da kişisel verilerin korunmasına ilişkin önceki ceza kanunun-dan farklı ve ayrıntılı şekilde düzenleme yapılması son derece yerinde bir dav-ranış olmuştur. Ancak çalışmamızın içeriğinde ayrıntılı şekilde belirttiğimiz üzere TCK'daki korumalar yetersiz olduğu gibi, kavram karışıklıkları ve ifade eksiklikleri de bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda belirttiğimiz değeren-dirmeleri topluca sunmamız ve önerilerimizi belirtmemiz gerekirse;

Öncelikle özel hayatın korunması bağlamında kişisel verilerin korunmasına dönük ilk düzenlemelerin 1970'li yılların başında başlamasına ve o günden itibaren geçen 40 yılı aşkın sürede ulusal ve uluslararası boyutta o kadar gelişmeye rağmen ülkemizde herhangi bir özel düzenlemenin yapılmamış olunması büyük eksiklik-tir. Uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan sorumluluklarımız ve anayasal bir hak olması da dikkate alınarak kişisel verilerin korunmasına yönelik mutlaka özel bir kanun çıkarılmalıdır. Bu kanunda veri / bilgi / kişisel veri / kişisel bilgi kavramları açık bir şekilde tanımlanmalıdır. Ayrıca yürürlükteki mevzuat itibarıyla veri / bilgi / kişisel veri / kişisel bilgi kavramlarının kullanımında kavram kargaşası yaşandığın-

dan, sadece TCK değil tüm mevzuatımız (ki buna AY da dahildir) yeniden gözden geçirilmeli ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi de dikkate alınarak kavramlar tartışmaya yer bırakmayacak şekilde birbiriyle uyumlu hale getirilmelidir.

Kişisel verilere ilişkin ortak ağırlaştırıcı unsurlara (m.137) baktığımızda eylemin suç örgütleri tarafından işlenmesi halinin ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmediğini görmekteyiz<sup>190</sup>. Oysaki kimlik hırsızlığı da denilen verilerin çalınması eylemini gerçekleştirmek maksadıyla uluslararası alanda da faaliyet gösteren (özellikle Rusya ve uzakdoğu ülkelerinde) suç örgütlenmeleri bulunmaktadır. Günümüzde özellikle bilişim ağlarının ulaştığı boyut dikkate alındığında kişisel verilerin ele geçirilmesi çok kolaylaşmış olup, bunların kötüye kullanılması halinde de telafisi imkansız sonuçlar doğabilmektedir. Örneğin bir genç kızın çıplak fotoğrafları ve telefon numarasının internette bir siteye konulması halinde o genç kız tüm dünyaya teşhir edilmiş olmaktadır. Bu durumda eylemin sonuçları genç kızın fotoğraf ve telefon numarasının bir sokağa asılmasından çok daha fazla olmaktadır. Bu nedenle özel hayatın korunmasının önemi de dikkate alınarak kişisel verilere dönük suçların örgütlü şekilde gerçekleştirilmesi mutlaka cezanın ağırlaşmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmelidir.

Yürürlükte olan mevzuat itibarıyla hukuka uygun olarak kaydedilen verilerin daha sonra amacı dışında kullanılması halinde uygulanabilecek bir yaptırım bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuka uygun olarak elde edilen kişisel verilerin amacı dışında kullanımına engel olacak yasal düzenleme yapılamalıdır. Böylelikle madde gerekçesinde yer alan “...*Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır...*” şeklindeki açıklamanın da gereği yapılmış olunacaktır.

TCK’da failin kişisel veriyi elde etmeksizin ve başkalarına vermeksizin yok etmesi hali bakımından düzenlenmiş bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kişisel veri ile ilgili kişi arasındaki bağlantının ortadan kaldırılması yani kişisel verinin kaybı hususunun da suç olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

TCK’nın 135 ve 136’ncı maddeleri tek maddede birleştirilmeli ve eylemin derecesine göre yaptırım da belirlenmelidir. Mevcut düzenlemede ele geçirmeden daha vahim olan ve ele geçirmeden sonraki safha olan kaydetmenin cezası daha ağır olması gerekirken daha hafiftir. Kaydetmenin cezası daha ağır olmalıdır. Çünkü kayıt halinde artık bir depolama söz konusudur ve ileride kişisel verinin her an kullanılarak veri sahibine zarar verilmesi mümkündür.

<sup>190</sup> TCK’nın 137’nci maddesine göre, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal değildir. Bu suçun, suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde eylem ancak EHK’nın 63 (11)’inci maddesi kapsamında kalması halinde cezası ağılaşacaktır.



Ayrıca TCK'nın 135 (2) maddesinde belirtilen kişisel veriler suçun nitelikli hali olarak ve cezada artırımı gerektirecek şekilde tekrar kaleme alınmalıdır.

TCK'nın 136'ncı maddesi kaleme alınırken metin içeriğinde kişisel verilerden söz edilirken madde başlığında sadece veri kavramının kullanılması hatalıdır. Zira, “veri” kelimesi ile “kişisel veri” ibaresi farklı anlamları ifade etmektedir. Bu nedenle TCK'nın 136'ncı maddesinin başlığının da metinle uyum haline getirilmesi gerekmektedir.

TCK'nın 138'inci maddesiyle süresi dolduktan sonra mevzuata aykırı şekilde sistemlerde verilerin, özellikle de kişisel verilerin bulundurulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak madde gerekçesiyle madde başlığına ve madde metnine baktığımızda aralarında çelişki bulunduğunu gördüğümüz gibi, maddenin lafzına baktığımızda da maddenin TCK sistematigiyle çelişki yarattığını görmekteyiz. Bu nedenle TCK'nın 138'inci maddesi de yukarıda belirttiğimiz TCK'nın 135 ve 136'ncı maddeleriyle birlikte aynı maddede düzenlenmeli ve yok etmeye ilişkin fıkra da şu düzeltmeler yapılmalıdır;

Öncelikle maddenin düzenlendiği bölüm “Bilişim Alanında Suçlar” bölümü olmayıp “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümüdür. O halde öncelikle madde başlığında ve metninde “veri” kavramı yerine “kişisel veri” kavramı kullanılmalıdır.

TCK'nın 138'inci maddesinde açıkça “...sistem içinde...” denilmek suretiyle verilerin sistem içerisinde olması aranmıştır. Oysaki bilgilerin büyük çoğunluğunun herhangi bir sistem içerisinde bulunmaması nedeniyle maddenin tatbiki güçleşmektedir. Bu nedenle, kişisel verinin yok edilmesi açısından sistemde bulunması şartı maddeden çıkartılmalıdır.

Madde metninde “kanunların...” şeklindeki ifadede eksik olması nedeniyle hatalıdır. Zira, silinmesi gereken süre pekala bir kanuna dayanarak çıkarılan yönetmelik vb. mevzuat hükümleriyle de belirlenmiş olabilecektir. Bu nedenle “Kanunların...” kavramı yerine “mevzuatın...” kavramı kullanılmalıdır.

Kanaatimizce kişisel verilerin korunmasına ilişkin maddelerle korunmak istenen temel değer özel hayat olduğu dikkate alındığında düzenlendiği bölüm isabetli bir tercihtir. Ancak günümüzün bilişim çağı olması ve her türlü kişisel verinin artık bilişim araçlarında ya da sistemlerinde muhafaza edilmesi nedeniyle bu suçlar düzenlenirken TCK'nın 243 ve 244'üncü maddelerinde düzenlenen bilişim suçlarıyla çakışmayacak şekilde kaleme alınması daha doğru olurdu. Bu nedenle TCK'nın özellikle 243'üncü maddesinin geçit niteliği ve 244'üncü maddedeki veri kavramı dikkate alınarak içtima sorunu yaşanmayacak şekilde eylemlerin nitelendirilmesi daha doğru olacaktır.

**KAYNAKÇA****KİTAPLAR ve TEZLER**

- ARTUÇ Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008.
- ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.
- BERBER Leyla KESER, Mahir M.ÜLGÜ, Cüneyd ER, Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Karakter Color A.Ş. Basımı, Basım Yılı Yok.
- BİRTEK Fatih, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- CENTEL Nur - ZAFER Hamide – Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005.
- CENTEL Nur - ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008.
- ÇEKİÇ Burak, İnternet Aracılığıyla İşlenen Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- DONAY Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- DÜLGER Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- ERALP Özgür, Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü, Ankara, Avbil Yayınları, 2007.
- ERCAN İsmail, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2012.
- ERGÜN İsmail, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de durum, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, U-S-A Yayıncılık, 2008.
- KARAGÜLMEZ Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- KETİZMEN Muammer, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- KOCA Mahmut – ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.
- KÖKSAL Aydın, Bilişim Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.

- KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- KURT Levent, Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- MALKOÇ İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.
- OĞUZ Habip, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÖNGÖREN Gürsel, İnternet Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, Yayın No: 1, İstanbul, 2006.
- ÖZBEK Veli Özer – KANBUR Mehmet Nihat – DOĞAN Koray – BACAKSIZ Pınar – TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÖZEN Muharrem – BAŞTÜRK İhsan, Bilişim – İnternet ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara, 2005.
- PALLI Hayati, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008.
- SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ŞEN Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- ŞEN Ersan, Yorumluyorum, Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış, Seçkin Yayıncılık.
- TAŞKIN Şaban Cankat, Bilişim Suçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- ÜNVER Yener – HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- YAYCI Esra, “Bilişim Suçları” Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Usul Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- YAZICIOĞLU Recep Yılmaz, Bilgisayar Suçları: Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutları İle, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1997.
- YENİDÜNYA Ahmet Caner – DEĞİRMENCİ Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul, Legal Yayınevi, 2003.
- YILDIZ Sevil, Suçta Teknik Bir Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi, Nobel Yayınevi, Ankara, 2007.
- ZAFER Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

**MAKALELER**

- ATAK Songül, “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Temel Özellikleri”, Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 59-60.
- COOPER Jonathan, “Kolluk Hizmetleri ve İnsan Hakları’, Ceza Adalet Sisteminde Suçla Mücadelede Yeni Yaklaşımlar Projesi; “İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme” Semineri, Ankara, 17.10.2008 Sunum Metni.
- DALKILIÇ Aysun, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Bilişim Suçları”, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Proje Yöneticisi Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008.
- HAFIZOĞULLARI Zeki - ÖZEN Muharrem, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 4, Güz 2009.
- KOCA Mahmut, “Hukukumuzda TCK’nın 244’ncü maddesi Kapsamında Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu”, 9-10 Ekim 2008 Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı, Ankara, Yargıtay Başkanlığı Yayını, 2009.
- SCHJOLBERG Stein– HUBBARD Amanda M., “Harmonizing National Legal Approaches on Cybercrime”, International Telecommunication Union WSIS Thematic Meeting on Cybercrime Geneva 28 June- 1 July 2005.
- ŞENER Emine Gülnihal, Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 39, Ocak 2010.
- WALDEN Lan, “Harmonising Computer Crime Laws in Europe”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol.12/4, 2004, Koninklijke Brill Printed, Netherlands.

**İNTERNET**

- AKILLIOĞLU Tekin, “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, <http://www.idare.gen.tr/akillioğlu-idariusul.htm>, 26.03.2013.
- <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf> 05.03.2013.
- <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=79&t=11078&p=18179&hilit=ki%C5%9Fisel+veri#p18179>, 25.03.2013.
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf> 05.03.2013.
- <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 05.03.2013.

## CEZA HUKUKUNDA VARSAYILAN RIZA

*Prof. Dr. Henning ROSENAU\**

*Çev: Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ\*\*,\*\*\**

### I. GİRİŞ

Varsayılan rıza, ceza hukukunda yeni tartışılmaya başlanılmış olan ve isnad edilebilirlik öğretisine dahil bir kurumdur. *Kühl*, 2004 yılında yapılan bir devlet sınavından bahsetmekte ve o tarihlerde bile varsayılan rıza kavramının çok bilinen bir kurum olmadığını dile getirmektedir<sup>1</sup>. Aslında bu figür yavaş yavaş ceza hukuku kitaplarının son basılarında yer almaya başlamıştır. Ancak bunun nedeni, sanıldığı aksine, son beş yıl içerisinde yüksek yargı kararlarında kavramın ele alınmaya başlanması değildir. Son zamanlarda bu konu ceza hukuku öğretisinde de ciddi bir şekilde tartışılmaktadır. Varsayılan rıza ne ile ilgilidir? Özet olarak şu görüşlerle ilgilidir: Hastanın uygun şekilde yapılmış aydınlatmadan sonra da tıbbi müdahaleye rıza gösterecek olması durumunda, aydınlatmanın yapılmamış olmasının bir önemi yoktur<sup>2</sup>. Ya da başka bir şekilde ifade etmek gerekirse aydınlatma noksanlığından meydana gelen irade bozuklukları, hastanın somut kararı açısından önem arz etmesi halinde dikkate alınır. Sadece bu gibi durumlarda müdahaleyi gerçekleştiren hekimin hareketinin hukuka uygunluğu ortadan kalkar.

---

\* Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Alman, Avrupa ve Uluslararası Ceza ve Ceza Muhakemesi, Tıp Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

\*\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

\*\*\* Yazar, Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Hukuk Düzenleri Enstitüsü Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı Doç. Dr. Erhan Temel'e katkılarından dolayı teşekkürü bir borç bilir.

<sup>1</sup> Kühl, *Strafrecht AT (Ceza Hukuku Genel Hükümler)*, 6. Bası, 2008, s. 28; varsayılan rıza ile ilgili ilk doktora tezleri son zamanlarda yazılmıştır: Edlbauer, *Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv (Hekim Ceza Hukukunda Sorumluluk Denkleştirici Olarak Varsayılan Rıza)* Hamburg 2009; Marx, *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht (Tıp Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza)*, Doktora Tezi, Augsburg 2009/2010; Schwartz, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht (Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza)*, Frankfurt am Main, 2009.

<sup>2</sup> Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis (Uygulamada Tıp Ceza Hukuku)*, 4. Bası, 2008, knr. 132.

## II. ÖZEL HUKUKTA VARSAYILAN RIZA

Özel hukuk açısından varsayılan rıza kesinlikle yeni bir kurum değildir. Sorumluluk hukuku ile ve özellikle de tıp hukukunun özel hukuk boyutu ile ilgilenen bilim adamları, son on yıldır varsayılan rıza ile meşgul olmuşlardır. Federal Alman Yüksek Mahkemesinin sorumluluk hukuku ile ilgilenen 6. Hukuk Dairesinin 7 Şubat 1984'te verdiği karar emsal teşkil edecek niteliktedir ve daha önceki kararlarla birlikte değerlendirildiğinde, bu konuda istikrar arz eden bir içtihadın oluştuğu sonucuna ulaşılabilir<sup>3</sup>. İmparatorluk Mahkemesi zamanında varsayılan rıza itirazı reddedilmişti<sup>4</sup>. Ancak daha sonra Federal Alman Yüksek Mahkemesi, ilk olarak 1959 yılında, İmparatorluk Mahkemesi'nin görüşlerinin aksine bu tarz hipotezlerin dikkate alınabileceğine işaret etmiştir. 3. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir karar ile<sup>5</sup> bu konudaki ilerlemenin aksine, geri bir adım atmış olsa da varsayılan rızanın hukuk doktrinine hakim olmasının önüne artık geçilememiş ve nihayet 6. Hukuk Dairesinin 1965 yılında vermiş olduğu bir karar ile varsayılan rıza özel hukukta hakimiyetini kurmuştur<sup>6</sup>.

1984 yılındaki söz konusu karar, kötü huylu lenf kanseri olan 34 yaşındaki bir bayan hasta hakkındadır. Hastalık nedeni ile bu hastaya radyoterapi tedavisi uygulanmış, fakat bu tedavinin neticesinde hastanın belden aşağısı kısmi felç olmuştur. Bu durum radyoterapi tedavisinin çok nadir, fakat tipik bir rizikosudur. Bu riziko hakkında hasta aydınlatılmamıştır. Hasta, tedaviyi uygulayan doktordan maddi tazminat talep etmiştir. Doktor bu talebe, "hasta usulüne uygun bir şekilde aydınlatılsaydı dahi radyoterapi uygulanmasına rıza gösterecekti" gerekçesi ile karşı çıkmıştır. Zira bu tedavi olmasaydı, hastanın ortalama sadece üç yıllık bir ömrü kalacaktı. Ayrıca bu tedavinin olmaması durumunda hastanın belden aşağısının felç olma olasılığı, tedavinin olması durumunda felç olma olasılığından on kat daha fazladır.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi itirazı ilk başta reddetmiştir. Mahkeme, rizikonun çok az ve tıbbi müdahalenin gerekli olmasına (tıbbi endikasyona) rağmen, hastanın aydınlatılmasının gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Kendi geleceğini tayin etme hakkı, hastanın kararı tıbben çok mantıksız olsa dahi bir müdahale hakkında kendi başına karar verebilmesini ve bu müdahaleyi ret edebilmesini gerektirir<sup>7</sup>. Doktor, hastasına en azından gerçekleşme ihtimali çok az olan felç riski hakkında da yaklaşık öngörülerini bildirmeliydi. Bu yapılamadığı için bir tazminat talep etme hakkı doğmuştur. Çünkü radyoterapi neticesinde

<sup>3</sup> BGHZ 90, 103, 111 vd.

<sup>4</sup> RGZ 163, 129, 138 vd.

<sup>5</sup> BGH VersR 1959, 355, 356.

<sup>6</sup> BGH VersR 1965, 718, 719.

<sup>7</sup> BGH 90, 103, 105 vd.

oluşan yaralama eylemi- röntgen ışınları genel olarak vücudun niteliklerinin olumsuz etkilenmesine neden olur ve dışarıdan fark edilemeyen patolojik sonuçlar da ortaya çıkarır<sup>8</sup> - hukuka aykırılığa işaret eder. Hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için gerekli rıza ise burada mevcut değildir. Çünkü aydınlatma eksikliği hastanın vermiş olduğu rızayı etkisiz kılmaktadır. Haksız fiil teşkil eden tıbbi müdahaleden dolayı doktora karşı Alman Medeni Kanunu (BGB) § 823 f. 1 ve Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223 ile bağlantılı olarak Alman Medeni Kanunu § 823 f. 2 neticesinde bir talep hakkı mevcuttur.

Bu durumda varsayılan rıza itirazı gündeme gelmektedir. Federal Alman Yüksek Mahkemesi özel hukuk açısından aydınlatılma hakkı ile ilgili bir sorunu tespit etmiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre, aydınlatma görevinin yerine getirilmemesi artık maddi tazminat için bir sebep oluşturacaktır ve bu sayede hastalar aydınlanma haklarını kötüye kullanacaklardır<sup>9</sup>. Hasta felç riski hakkında usulüne uygun bir şekilde aydınlatıldığında da terapiye karar (rıza) verecek idiyse böyle bir itiraz dikkate alınabilirdi. Ayrıca doktorun itirazının kabul edilmesi de ona fazla bir şey kazandırmayacaktı. Çünkü hukuk muhakemesinin sistematiği gereği doktor, hastanın her durumda terapi için rıza gösterdiğini ispat etmek zorunda kalacaktı<sup>10</sup>. Doktor bu olayda ortalama, makul şekilde hareket eden hastayı basit bir şekilde iddiasına dayanak olarak sunamaz. Daha önce de belirtildiği gibi, makul olmayan kararlara da mümkün olduğunca riayet edilmelidir.

Bir hastanın subjektif kararı ise her seferinde nasıl ispat edilebilir? Bu nereden ise mümkün gözükmemektedir. Olsa olsa ihtimallerden hareket edilebilir<sup>11</sup>. Varsayılan rızadaki hipotez, hastanın içsel durumunun kesin olarak kanıtlanmadığı halleri ifade eder. Bu yüzden Federal Alman Yüksek Mahkemesi doktorun ispat yükünü hafifletmiştir. Mahkeme karşı taraftan, yani hastadan, en azından gerçek bir karar çatışması içerisinde bulunduğunu açıklamasını ve somut olarak ortaya koymasını istemektedir<sup>12</sup>. Hasta, olayın bilincinde olsaydı, örneğin şahsi sebeplerden dolayı radyolojik terapi tedavisini yine de reddedeceğini ortaya koymak zorundadır. İleri sürülen nedenlerin akla ve mantığa uygun nedenler olması gerekir. Hastanın vermiş olduğu kararın ise akla ve mantığa uygun olması gerekmez. Hasta bir karar çatışması içinde olduğunu gerekçelendiremez ve o zaman kendisine sorulsaydı tedaviyi (muhtemelen) reddetmek durumunda

<sup>8</sup> BGH MedR 1998, 326, 329.

<sup>9</sup> BGH 90, 103, 112; karşılaştırmamız Böcker, JZ 2005, 925, 926.

<sup>10</sup> Schellenberg, VersR 2008, 1298, 1299 vd.

<sup>11</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 333.

<sup>12</sup> BGHZ 90, 103, 111 vd.; BGH NJW 2007, 217; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 333; Staudinger/Hager, 13. Bası, 1999, §823 knr. I 121.

olacağını anlaşılır şekilde ortaya koyamaz ise<sup>13</sup> tedaviye varsayımsal olarak rıza gösterdiği kabul edilir. Bu durumda doktor sorumluluktan kurtulmuş olur.

Buradaki mesele literatürde kısmen ileri sürüldüğü gibi, müdahaleye sonradan verilen onayla ilgili değildir<sup>14</sup>. Çünkü hastanın bir karar çatışması içinde olup olmadığı daha sonradan cevaplandırılacak bir soru değildir<sup>15</sup>. Aksine, müdahalenin yapıldığı anda cevaplandırılması gereken ve ex ante (geriye dönük olarak) cevaplandırılabilen bir sorudur. *Kuhlen*<sup>16</sup> ve *Mitsch*'in<sup>17</sup> karşıt görüşlerini yerinde ve özel hukuka ilişkin yargı kararları ile bağdaşır nitelikte bulmuyorum. Karar çatışmasının ortaya konulup konulmadığına ilişkin sonradan yapılan tespit, tipiklik (olaya uygunluk) şartlarının bütünü için geçerlidir; yani hem hukuk ve hem de ceza yargılaması için aynı derecede geçerlidir. Dolayısıyla bu hukuksal figür herhangi bir özellik arz etmediğinden, başka izahata da gerek yoktur. Usulü olarak da muhtemel rıza ilk olarak ex post tespit edilir<sup>18</sup>. Hastanın tedaviden sonra müdahalenin başarılı ya da başarısız olduğunu bütün hatları ile görüp ona göre değerlendirme yapması, müdahale zamanındaki karar çatışmasının şartlarında herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Buna paralel olarak Federal Alman Yüksek Mahkemesi, olay mahkemelerinden (ilk derece mahkemelerinden) sonraki hasta ifadesinin akla uygunluğunun denetlenmesini istemiştir<sup>19</sup>.

Bizim olayımızda ise bu tarz varsayılan bir rızanın kabulü uygun gözükmemektedir. Çünkü bir yandan hastalığın ne kadar ağır olduğu ve diğer taraftan da uygulanan terapinin kabul görmüş ve iyi bir başarı ihtimali olan terapi olması, karar çatışmasından bahsedilmesini zorlaştırır. Zira hastanın durumu, terapiyi kabul etmediği zaman daha kötü olurdu. Müdahalenin aciliyeti ve başarıya ulaşma olasılığının yanında, hastanın duyduğu acının oluşturduğu baskı ve hastanın rizikoyu yüklenmeye hazır olması gibi durumlar, genel olarak değerlendirmede kullanılan parametrelerdir<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> BGHZ 90, 103, 112.

<sup>14</sup> Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 194, 206 vd.; Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hillendorf, Strafrecht BT (**Ceza Hukuku Özel Hükümler**), 2. Bası, 2009, s. 189; Jäger, FS Jung (**Jung Armağanı**), 2007, s. 345, 354; Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv (**Hekimin Cezai Sorumluluğunu Kaldıran Varsayılan Rıza**), Hamburg, 2009, s. 416 vd.: Geriye yürüme varsayımı; aynı şekilde Rönnau, JZ 2004, 801, 803.

<sup>15</sup> Buna karşılık Gropp, Schroeder Armağanı, 2006, s.194, 205.

<sup>16</sup> Kuhlen, JR 2004, 227; aynı yazar, FS Müller-Dietz (**Müller-Dietz Armağanı**), 2001, s. 431, 443.

<sup>17</sup> Mitsch, JZ 2005, 279, 281.

<sup>18</sup> 'Burada Kuhlen'in (karşılaştırmız Kuhlen, JR 2004, s. 227; aynı yazar FS Müller-Dietz '**Müller-Dietz Armağanı**', 2001, s. 431, 443) varsayılan rızanın aksine muhtemel rızanın ex ante tespit edileceği kaydını düşmek gerekir; isabetli olarak Mitsch, JZ 2005, 279, 281.

<sup>19</sup> BGH, JZ 2004, 800 a. E.

<sup>20</sup> Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht (**Tıbbi Sorumluluk Hukuku**), 10. Bası, 2006, knr. 442a.



Gerçek karar çatışmaları şimdiye kadar şöyle bir olayda hep kabul edilmiştir: Örneğin hasta ‘ben yirmilik dişimi ağrı vermediği için çekirtmezdim’ şeklinde bir itirazda bulunmuşsa. Oysa bir ihtisas kliniğinde dişin acilen çekilmesinden başka bir alternatifinin olmadığı durumlarda, yargı bir çatışmanın varlığını kabul etmemiştir. Aynı şekilde müdahale olmadan hastanın hayatta kalacağı sürenin kısa olacağı durumlarda, cinsel güç kaybı tehlikesi dolayısıyla bağırsak kanseri operasyonundan vazgeçilmesi makul ve mantıklı gözükmemektedir<sup>21</sup>. Aynı şekilde zaman kazanmak için bu operasyonun ertelenmek istenebileceği yönündeki itiraz da kabul edilemez<sup>22</sup>.

### III. CEZA HUKUKUNDA VARSAYILAN RIZA

Bu hukuki kurumun ceza hukukuna aktarılması kısmen şiddetli bir şekilde eleştirilmiştir<sup>23</sup>, ama kabul de görmüştür<sup>24</sup>.

#### 1. Omurilik Diski (Bel Fıtığı) Ameliyatı Esnasında Yanılma

Ceza hukuku bakımından da Federal Alman Yüksek Mahkemesinin bahse konu – çok tartışılan- bir kararında sorun daha belirginleşmiştir: Bir bayan hastanın omurilik disklerinden üst üste bulunan iki tanesinde kayma tespit edilmiştir: Kaymanın tespit edildiği disklerden L4/L5 numaralı diskte kayma daha ağır, L5/S1 diskinde ise kayma daha hafiftir. Daha ciddi şekilde kaymış olan diskin ameliyat ile temizlenmesi gerekmiştir. Ameliyat sırasında ise doktor, diskleri karıştırmış ve sadece daha az kayma olan alttaki L5/S1 bölgesindeki diski ameliyatla temizlemiştir. Hastanın ağrılardan şikayeti ertesi gün de devam ettiği için yapılan yanlış ameliyat ortaya çıkmış ve bunun üzerine doktor ikinci bir ameliyatın gerekli olduğunu belirtmiştir. Doktor, gerçeğe aykırı olarak bu durumun yeni bir disk kaymasından meydana geldiğini söylemiştir. Hasta böylece doktorun yanılması sonucu aldatılmıştır. Hasta sonuç olarak başarılı geçen bu ikinci ameliyata da rıza göstermiştir. Daha sonra, hastanın gerçek durumu bilmiş olsaydı dahi gereklilik ve aciliyet nedeniyle muhtemelen ikinci ameliyata yine de rıza göstereceği anlaşılmıştır.

Bu ikinci ameliyat da hastanın vücut dokunulmazlığına ağır bir müdahale oluşturmuş, narkoz altında gerçekleştirilen cerrahi bir müdahaledir. Tıbbi müda-

<sup>21</sup> OLG Köln VersR 1990, 663.

<sup>22</sup> Karşılaştırınız BGH NJW 1992, 2351; NJW 1994, 3009.

<sup>23</sup> Puppe, GA 2003, 764, 775; ilave deliller için bkz. Schönke/Schröder/Eser, 27. Bası, 2006, § 223 knr. 40e.

<sup>24</sup> Kuhlen, JR 2004, 227; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT I (Ceza Hukuku Genel Hükümler I), 5. Bası, 2004, s. 144; Wessels/Beulke, Strafrecht AT (Ceza Hukuku Genel Hükümler), 38. Bası, 2008, knr. 381b; Lackner/Kühl, 26. Bası, 2007, § 228 knr. 17a; sonuçta Mitsch, JZ 2005, 279, 285.

hale, yerleşik içtihadı göre tipiklik unsurları tamamlanmış, hukuka uygunluk nedenini gerektiren bir yaralama eylemidir.

## 2. Yaralama Eylemi Olarak İyileştirmeye Yönelik Müdahale

Bu içtihat İmparatorluk Mahkemesi'nin kararına dayanmaktadır<sup>25</sup>. Bu karara göre her vücut bütünlüğüne saldırı teşkil eden tıbbi müdahale, Alman CK § 223'teki yaralama suçunun maddi unsurlarını oluşturur. Vücuda müdahale oluşturan tıbbi uygulamalar ki, bu zararsız bir enjeksiyon olabileceği gibi, ağır bir ameliyat gibi bir uygulama olabilir, sadece ikinci aşamada hasta tarafından verilen geçerli bir rıza neticesinde hukuka uygun hale gelir ve cezalandırılmayan bir eylem olur. Geçerliliği için hastanın yeterince aydınlatılmış olmasını gerektiren bir rızanın bulunmadığı durumlarda doktor, Alman CK § 223'e göre cezalandırılır. Müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun yapılmış olup olmaması, başarılı bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmemesi ya da başarısızlığın nedeninin hastanın vücut yapısıyla ilgili olması gibi durumların herhangi bir önemi yoktur.

*Binding* ve *Bockelmann*'ın mizahi yaklaşımına göre<sup>26</sup>, doktoru kavgada haine bıçağını çekerek karşısındakini yaralayan bir kişi seviyesine indirgeyen bu değerlendirme, bir doktorun tedavi amaçlı uygulamasına haksızlık anlamına gelir. Hukuk düzeni tarafından korunan değerlerden biri olan vücut bütünlüğünü koruyan Alman CK § 223 hükmü, kendi geleceğini tayin etme hakkını koruyan bir norma dönüşmüştür<sup>27</sup>. Buna karşın doktrinde<sup>28</sup> birçok kere eleştirilen bu görüş aşağıda anlatılacak düşüncelere dayanak teşkil etmektedir. Zira bu görüş öylesine yerleşmiştir ki, ister istemez uygulamada da bu görüş kabul edilmek zorundadır.

## 3. Muhtemel ve Varsayılan Rızanın Hukuka Uygunluğu

İkinci ameliyatın hukuka uygunluğu kabul edildiği zaman, hemen karşımıza dogmatik sınırlar çıkmaktadır<sup>29</sup>. Federal Alman Yüksek Mahkemesinin görüşüne göre de ikinci ameliyat rızaya dayanılarak yapılmamıştır. Çünkü hastanın, ameliyatın gerekliliği için kendisine anlatılan gerekçeler konusunda aldatılması

<sup>25</sup> RGSt 25, 375.

<sup>26</sup> Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, BT, 1. Bd (**Müşterek Alman Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 1. cilt**) 2. Bası, 1902, s. 56; Bockelmann, NJW 1961, 945, 946.

<sup>27</sup> Rosenau, in: Rosenau/Hakeri (Editörler), Der medizinische Behandlungsfehler (**Tıbbi Uygulama Hatası**), 2008, s. 215, 216 vd.

<sup>28</sup> LK- StGB/Lilie, 11. Bası, 2005, Vor § 223 knr. 3; Meyer, GA 1998, 425, 426 vd.; Duttge, MedR 2005, 706, 708 vd.; Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis (**Lex artis ve Hasta Otonomisi Arasındaki Çatışmada Vücut Dokunulmazlığının İhlali Suçları**), 2000, s. 439.

<sup>29</sup> Ayrıntılı bilgi için Mosenheuer, in: Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (**Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**), Ankara, 2008, s. 1320, 1321 vd.

söz konusudur ve bu yüzden ikinci ameliyat için gösterilen irade fesada uğramıştır. Bu durumda, gösterilen rızanın bir geçerliliği yoktur<sup>30</sup>. Çünkü hasta, ameliyata onam vermeden önce, kendisine yapılan somut ve geniş kapsamlı bir aydınlatma sayesinde, ancak tıbbi müdahaleye geçerli bir şekilde rıza verebilir ve bu rıza ise hastanın kendi geleceğini tayin etme hakkının kullanılmasına yönelik bir fiildir.

İkinci ameliyat için bu belirtilen –tabir yerinde ise- normal rızanın dışında muhtemel rıza da gündeme gelmeyecektir. Zira muhtemel rıza, ancak normal rızanın ilk etapta özellikle fiili nedenlerden dolayı alınmadığı durumlarda gündeme gelir<sup>31</sup>. Örneğin bilinci kapalı hastalara yapılan acil tıbbi müdahalelerde olduğu gibi. Muhtemel rıza, fiili rızaya nazaran kıyasla ikincildir, yani fer'i niteliktedir. Örnek olaydaki durumda ise hastanın fiilen rızasının elde edilmesi imkân dâhilindedir.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi bu nedenden dolayı, ikinci operasyonun muhtemel veya fiili rızaya dayanılarak hukuka uygun olduğu görüşünü kabul etmemiştir. Mahkeme, burada varsayılan rızayı dikkate almıştır. Buna göre, örnek olayda bu yüzden doktorun fiili hukuka aykırı değildir. Çünkü hasta, ikinci operasyonun gerçek nedenini bilseydi dahi muhtemelen bu operasyona rıza gösterecekti. Federal Alman Yüksek Mahkemesi fiili (normal) rızayı kabul etmemiş, bunun yerine varsayılan rızayı kabul etmiştir. Çünkü hasta, aldatılmamış olsaydı dahi operasyona onam verecekti<sup>32</sup>. Yüksek Mahkeme, hastanın verdiği karar ile yetersiz aydınlatma arasındaki illiyet bağımlı ispat edecek yeterli delilin olmadığı görüşündedir.

#### IV. VARSAYILAN RIZA DOKTRİNİ

Varsayılan rıza hakkında tam bir fikir birliği oluşmuş değildir. *Roxin*'in varsayılan rıza kavramını prensipte anlaşılabilir (makul) bir doktrin olarak nitelendirmesine karşın<sup>33</sup>, diğer bazı yazarlar ise bu kurumun varlığına taraftar olduklarını belirtmektedir<sup>34</sup>. Üçüncü bir görüşü savunanlar ise varsayılan rızaya bir karşı duruş sergilemektedir<sup>35</sup>. O halde, sonuç olarak şu sorulara cevap aranmalıdır: Bu hukuk figürü dogmatik olarak nasıl kategorize edilecektir? Ceza

<sup>30</sup> BGH, JZ, 2004, 800.

<sup>31</sup> Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT (Ceza Hukuku Özel Hükümler), 2. Bası, 2009, s. 188; Müller-Dietz, JuS 1989, 280, 282.

<sup>32</sup> Aynı yönde BGH NSTZ-RR 2007, 340-341.

<sup>33</sup> Roxin, Strafrecht AT (Ceza Hukuku Genel Hükümler), 4. Bası, 2006, s. 591.

<sup>34</sup> Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT (Ceza Hukuku Özel Hükümler), 2. Bası, 2009, s. 188.

<sup>35</sup> Örneğin bkz. Gropp, FS Schroeder (Schroeder Armağanı), 2006, s. 197.

hukuku sistematığıne dahil olacak mıdır? Zira uygulama bu sorunun cevabını şu ana kadar doktrine bırakmıştır<sup>36</sup>.

### 1. Nedensellik Bağı

Kısmi olarak, yapılmayan aydınlatma ile mağdurun vücuduna yapılan müdahale arasında nedensellik bağının olmadığı söylenmektedir<sup>37</sup>. Bu saptama doğru bir saptama değildir. Çünkü anılan olayların hiçbirinde tabiat kanunları anlamında bir illiyet bağı söz konusu değildir. Böyle bir bağ fiilen de ispatlanabilir nitelikte değildir<sup>38</sup>. Buradaki mesele uygun illiyet sorunu ve yaralama suçunu düzenleyen madde ile korunan hukuki değer, yani normatif isnad edilebilirlikle ilgilidir. Ayrıca, Federal Yüksek Mahkeme de isnadiyet bağlantısı söz konusu olduğunda nedensellikten söz etmektedir<sup>39</sup>.

### 2. Objektif İsnadiyet

Muhtemelen, nedensellik teriminin arkasında, ceza hukukuna karşı beslenen eski önyargıların, özellikle de fiil ile netice arasındaki nedensellik bağının dışında, neticenin objektif olarak isnat edilebilirliğine yönelik önyargılar saklıdır. Düşünceler "objektif isnadiyet" terimi etrafında şekillenmektedir ve gerçekten de varsayılan rızada isnat edilebilirliğin gelişip şekillendiği görülmektedir. Doktorun aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi, hastanın rıza açıklamasında etki doğurmazsa ve bu nedenle yükümlülük ihlali tipik netice üzerinde etkili olmazsa normatif isnadiyet ilişkisi yoktur<sup>40</sup>. Burada objektif isnadiyet öğretisinin ilkelerinden çıkarılan dogmatik figürler hukuka aykırılık alanına aktarılır. Aydınlatma eksikliği ile rıza açıklaması arasında yükümlülüğe aykırılık bağlantısının bulunmadığı söylenebilir<sup>41</sup>.

Bu görüşler çok takdire şayandır. Hastanın usulüne uygun şekilde aydınlatılması ve geçerli rıza açıklaması halinde de vücut bütünlüğüne aynı müdahale yapılacak idiyse neticenin haksızlığından bahsedilemez.

<sup>36</sup> Duttge, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 179, 183.

<sup>37</sup> Ulsenheimer, NStZ 1996, 132, 133; aynı yazar bu fikirden dönmüştür, Arztstrafrecht in der Praxis (**Uygulamada Tıp Ceza Hukuku**), 4. Bası, 2008, knr. 132, dn. 1013.

<sup>38</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 332; karşılaştırınız Kuhlen, JR 2004, 227, 228.

<sup>39</sup> Bu bağlamda, örneğin, BGH, JZ 2004, s. 80.

<sup>40</sup> Kuhlen, JR 2004, 227; aynı yazar, JZ 2005, 713 vd.; aynı yazar, FS Roxin (**Roxin Armağanı**), 2001, s. 331, 334; aynı yazar, FS Müller-Dietz (**Müller-Dietz Armağanı**), 2001, s. 431, 434 vd.; LK-StGB/Rönnau Vor § 32 knr. 230 vd.; aynı yönde Mitsch, JZ 2005, 279, 283 vd.

<sup>41</sup> Kuhlen, FS Roxin (**Roxin Armağanı**), 2001, s. 331, 337; aynı yazar, FS Müller-Dietz (**Müller-Dietz Armağanı**), 2001, s. 431, 436; Rönnau, JZ 2004, 801 vd.; karşılaştırınız Eisele, Strafrecht-BT I (**Ceza Hukuku Özel Hükümler I**), 2008, knr. 300; Geppert, JK 4/08, StGB §223/4.

Hastanın aydınlatılmasında oluşan eksiklik, tipe uygun neticede, vücut bütünlüğüne zarar verilmesinde ve hakim görüşe göre tasarruf özgürlüğünde gündeme gelmemektedir. Bu nedenle yükümlülük ihlali bakımından illiyet bağı mevcut değildir. Müdahaleyi yapan doktor da sürekli bu bağlantıdan hareket ettiği için buna paralel olarak bir teşebbüs eyleminin varlığı da söz konusu olmaz<sup>42</sup>. Yükümlülükler aykırılığın herhangi bir şekilde etkili olduğu durumlarda, ancak kasten yaralama neticesinin hiç ya da gereği gibi yapılmamış aydınlatma hatasına dayandığı kabul edilebilir. Ancak bu anlatılanlar, eğer hasta gereklerine uygun yapılan bir aydınlatma neticesinde, vücuduna yapılacak tıbbi müdahaleyi reddedecek idiyse<sup>43</sup>; yani daha doğru bir ifadeyle, hasta bir karar çatışması içerisinde bulunacak olsaydı, söz konusu olurdu.

### 3. Hukuka Uygun Alternatif Davranışlar

Hukuka uygun alternatif davranış kavramının da hassaten dikkate alınması düşünülebilir. Çünkü bu konu hakkındaki düşünceler biraz önce dile getirilenlerle büyük ölçüde aynıdır. Alternatif davranışlar tipiklik zemininde objektif isnadiyetle alakalıdır ve burada hukuka uygunluk bağlamında bir çözüm olabilir<sup>44</sup>. Yükümlülüğe uygun alternatif davranışta da bir netice kesine yakın bir ihtimale meydana gelecek idiyse istenmeyen netice objektif olarak kaçınılmazdır<sup>45</sup>. Bu görüş, aynı şekilde izin verilmeyen rizikonun neticede mutlaka gerçekleşmiş olması ilkesi ile gerekçelendirilebilir. Hastaların rıza gösterdiğinin varsayıldığı durumlarda ise neticede izin verilmeyen hiçbir şey gerçekleşmemiştir<sup>46</sup>.

## V. KRİTİK

### 1. Mental İtirazlar

Bu figür her şeyden önce muhakeme hukukuna ilişkin düşüncelerden dolayı kuşku ile karşılaşılır. Eylemin cezalandırılabilirliği, hasta „doğru yapılan aydınlatma sonrasında dahi müdahaleye rıza göstermezdi“ şeklindeki bir yargıya

<sup>42</sup> Teorik olarak teşebbüsün varlığı kurgulanabilir gözükmese de, karşılaştırmamız, LK-StGB/Rönnau, Vor § 32, knr. 230; teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin genel kabulün haklı eleştirisi için, Puppe, JR 2004, s. 470, 471; aynı yönde Schwartz, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht (**Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza**), Frankfurt am Main 2009, s. 135; kararsız Böcker, JZ 2005, 925, 928; detaylı bilgi için Kuhlen, JR 2004, 227, 229 vd.; Geppert, JK 4/08, StGB § 223/4.

<sup>43</sup> Kuhlen, FS Müller-Dietz (**Müller-Dietz Armağanı**), 2001, s. 432 ve 436.

<sup>44</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 333; karşılaştırmamız Eisele, Strafrecht- BT I (**Ceza Hukuku Özel Hükümler I**), Stuttgart 2008, knr. 300; LK-StGB/Rönnau, 12. Bası, 2006, Vor § 32 knr. 230.

<sup>45</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler**), 38. Bası, 2008, knr. 676.

<sup>46</sup> Schroth, in: Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (**Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**), Ankara 2008, s. 88, 89 (Tartışmalar); eleştiri için Sickor, JR 2008, 179, 180 vd.

(varsayıma) bağlanırsa karşımıza eylem zamanında bu yöndeki iradenin (rıza göstermeme iradesinin) nasıl tespit edilebileceği sorunu çıkmaktadır<sup>47</sup>. Tabii ki bu, varsayılan rızaya özgü bir sorun değildir. Fiilin içe dönük yönleri her zaman problemlere sebep olmaktadır. Bu yüzden uygulama bu sorunun üstesinden „şarta bağlı kast“ kurumu ile gelmek durumundadır. Ancak kastın tespiti objektif durumlardan olaya ilişkin sübjektif unsurların çıkarılması anlamına gelir. Bu tespit de hastanın içinde bulunduğu bir karar çatışmasının kabulü veya reddi kadar zordur (veya kolaydır). Özel hukuka ilişkin kazai içtihatlar bu tarz kararların tamamen mümkün olduğunu göstermektedir. Ceza mahkemeleri de net tespitlerde bulunabilmişler<sup>48</sup> ve olayları kapsamlı ve detaylı bir şekilde değerlendirebilmişlerdir<sup>49</sup>. Böylece tıbbi endikasyonu olmayan, ve tıp biliminin gereklerine göre (lege artis) yapılmayan bir estetik ameliyatta, haklı olarak karar çatışması ve bununla birlikte varsayılan rızanın varlığı kabul edilmemiştir<sup>50</sup>.

## 2. Önemli Olmayan Yedek Sebepler

Varsayımsal illi süreçlerin (olayların) dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin itirazlar önemlidir. Aynı şekilde önemli olmayan yedek sebeplerin de rıza esnasında geçerli olması gerektiği iddia edilmektedir. Bu durumda varsayılan rızanın tıp ceza hukuku haricindeki olayları da kapsayabileceği şeklinde tutarsız bir sonuç ortaya çıkmaz mıydı? Bu bağlamda örneğin „mağdurun eyleme daha sonradan rıza göstermesi halinde, hırsızın fiili hukuka uygun hale gelir mi“, şeklinde retorik bir soru akla gelebilir<sup>51</sup>.

Ayrıca *Gropp* isabetli olarak, objektif isnadiyet bağlantısının açıklanması için geliştirilen varsayımsal illiyet rabitasının, nedensellik öğretisinde çok da bilinmedik (alışılmadık) bir konu olmadığına işaret etmektedir<sup>52</sup>. *Conditio sine qua non* çerçevesinde varsayılan nedenler hesaba katılmaz. Ancak ihmali suçlardaki nedensellik bağının tespitinde dahi bu varsayımsal düşünceler olmadan çözüme ulaşılamaz. *Maiwald*'ın isabetli olarak belirttiği gibi, ihmali suçlarda varsayımsal bir nedensellik sözkonusudur<sup>53</sup>. İhmali fiilin neticesi kesine yakın

<sup>47</sup> Puppe, GA 2003, 764, 769; aynı yazar, JR 2004, 470; Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 197, 200; Otto, JURA 2004, 679, 683.

<sup>48</sup> Açıkça yapılan tespitlerden dolayı, bir karar çatışmasının varlığı Federal Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmiştir: BGH NStZ 2004, s. 442.

<sup>49</sup> İspat edilememe durumunun cezadan kurtulma sonucu doğuracağı genel bir kural değildir. Buna karşılık Duttge, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 179, 184.

<sup>50</sup> BGH NStZ-RR 2007, 340, 341.

<sup>51</sup> Otto, Grundkurs Strafrecht AT (**Temel Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler**), 7.Bası, 2004, s. 133; aynı yazar JURA 2004, 679, 683.

<sup>52</sup> Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 197, 201.

<sup>53</sup> Maiwald, JuS 1989, 186, 187.

bir olasılıkla gerçekleşecekse netice ile ihmali hareket arasında nedensellik bağı vardır. Burada bizim bahsini ettiğimiz rızaya ilişkin sorunla doğrudan bir paralellik durumu bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223'ten hareketle, doktorun kasten yaralamadan dolayı, başka bir ifadeyle icrai hareketi nedeniyle yargılanması gerekir. Ancak doktora isnat edilen şey aslında, aydınlatmanın hiç ya da kısmen yapılamamış olmasıdır; çünkü doktorun müdahalesi tıp ilminin gereklerine göre (lege artis) ve hatta başarılı bir şekilde yapılmış da olabilir. Doktora kusur olarak isnat edilen şey, onun ihmali hareketidir. Bu meyanda varsayılan yedek sebeplere ilişkin düşüncelerden burada da istifade edilebilir<sup>54</sup>.

Bu söylenenler taksirli cezalandırılabilirliğin gerekçelendirilmesi söz konusu olduğunda da geçerlidir. Yükümlülükler aykırılık doktrininde de fail yükümlülüğe uygun davranmış olsaydı yine neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorusuna cevap aranır. Burada doktorun sorumluluğuna ilişkin yapısal paralellik daha belirgindir. Rızanın şüpheli olduğu durumlarda doktor sorumlu olur, zira aydınlatma yeterince kapsamlı yapılmamıştır. Ancak böyle bir durumun ne zaman söz konusu olacağı, sürekli değişkenlik gösteren kazai içtihatlar nedeniyle, tıp hukuku uzmanları için bile açıklığa kavuşmamıştır<sup>55</sup>. Asıl yaralama eylemi kasti olarak gerçekleşmiş olabilir, ancak failin yükümlülükler aykırısı ön hareketi prensip olarak taksirli sorumluluğa tekabül eder (eşdeğerdir). Elbette kabul edilebilir ki, verilen olayda olduğu gibi bu hukuki figür doktorun kasti hareketi ile de ilgili olabilir. Doktor operasyondan önce hastayı aldatmışsa ve geçerli bir rızanın mevcut olmadığını biliyorsa rızanın yokluğu bakımından doktor kasten hareket etmiştir. Bununla birlikte, doktorun – taksirli hareket ettiği müddetçe- hastanın öyle ya da böyle rıza göstereceğini düşünerek, ilk operasyondaki kendi hatasını hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına önemli derecede etki edecek bir aldatma olmaksızın ört bas edebileceği de göz ardı edilemez.

Şu ana kadar hukuka aykırılık bağlamında bir öğreti oluşmamış olsa bile, varsayımsal gelişimin dikkate alınmasına karşı oluşan şüpheler tatmin edici nitelikte değildir<sup>56</sup>. Ancak cezalandırılabilir haksızlığı temellendiren tipiklikte ve haksızlığı münferit olaylarda ortadan kaldıracı hukuka aykırılıkta yapısal bir eşitlik bulunduğu için tam olarak sübjektif unsurların hukuka uygunluk ze-

<sup>54</sup> Aksi görüş için Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 194, 202.

<sup>55</sup> Kifmann/Rosenau, in: Möllers (Editör), Standardisierung durch Markt und Recht (**Piyasa ve Hukuk Aracılığıyla Standartlaşma**), 2008, s. 49, 62.

<sup>56</sup> Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 194, 203; Ayrıca bu kavram, tam olarak taksirli suçlarda yükümlülükler aykırısı hareket edildiği durumlarda kullanılmaktadır. Örneğin bkz. Erb, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht (**Hukuka Uygun Alternatif Davranışlar ve Ceza Hukukunda Neticenin Öngörülebilirliğine Etkileri**) 1991, s. 70 vd.; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, 27. Bası, 2006, § 15 knr. 156 vd.

minine taşınması gibi, yükümlülükler aykırılık bağlamındaki düşüncelerin hukuka uygunluk zeminine taşınması ancak tutarlı bir eylem olur. Varsayılan rıza ile sonuç olarak bir ilerleme durumunu ve haksızlık unsurunun dogmatik yapısında bir olgunlaşmayı gözlemlemekteyiz. Bu duruma benzer veya paralel bir husus şimdiye kadar söz konusu olmamıştır. Bu tür bir argümandan dolayı bugün bile objektif isnadiyet öğretisi<sup>57</sup> mevcut olmazdı ve hiçbirimiz kendini savunma iradesini hukuka uygunluk şartı olarak kabul etmezdik<sup>58</sup>.

### 3. İzin Verilmeyen Risk

Hukuka uygun alternatif davranışlarda şu soru gündeme gelmektedir: Fail eylemi ile, korunan hukuki değere izin verilen ölçüdeki riski artırmış mıdır? Varsayılan rızaya şüphe ile yaklaşanlar, rıza olmadan hareket edenin bu yolla yükümlülükler aykırı olarak korunan hukuki değere zarar verdiğini iddia etmektedirler<sup>59</sup>. Aydınlatma eksikliği, izin verilmeyen bir risk olsa da aydınlatma eksikliği hastanın kendi geleceğini belirme hakkıyla ilgilidir. Yoksa Alman CK § 223'te korunan hukuki değerle ilgili değildir. Ancak kendi geleceğini belirleme hakkı karar çatışmasının olmadığı durumlarda ise çok önem arz etmemektedir. Vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin neticesine ne de olsa aslında izin verilmektedir.

## VI. CEZA HUKUKUNDAKİ VARSAYILAN RIZANIN ARKASINDA YATAN NEDEN VE HUKUKA UYGUNLUĞU

### 1. Tıpta Gündelik Yaşantı

Varsayılan rızanın ceza hukuku sisteminde yerini almasına yönelik yapılan tartışmaların hiçbirisinde tıbbi gerçeklikler göz ardı edilmemelidir<sup>60</sup>. Hastaların büyük bir çoğunluğu gerekli aydınlatma yapıldıktan sonra, yapılacak müdahaleye rıza göstermektedir. Olağan tedavilerde ve buna bağlı olarak yapılan müdahalelerde- örneğin enjeksiyonda- hasta gerektiği gibi aydınlatıldıktan sonra tedavi genelde reddedilmediği için sonuç olarak bu gibi durumlarda somut bir aydınlatma fazla bir öneme sahip değildir. Somut bir aydınlatma olmasa bile, bu

<sup>57</sup> Ortaya çıkışı için bkz. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler**), 5. Bası, 1996, s. 284 ve 286.

<sup>58</sup> Bu durum Spindel'i memnun ederdi, karşılaştırmamız LK-StGB/Spindel, 11. Bası, 2003, § 32 Rn. 138 vd.; ancak haksızlığın sübjektif unsurlarını kabul etme sonucunu doğuran dogmatik gelişmeleri göz ardı etmek anlamına gelirdi, Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT I (**Ceza Hukuku Genel Hükümler I**), 5. Bası, 2004, s. 181.

<sup>59</sup> Otto, Grundkurs Strafrecht AT (**Temel Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler**), 7. Bası, 2004, s. 134.

<sup>60</sup> Bilgi için burada kendisini takip ettiğim Mosenheuer, in: Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (**Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**), Ankara, 2008, s. 1320, 1323.



gibi durumlarda varsayılan rızanın şartları bulunmaktadır. Çünkü gerçek bir aydınlatma bulunsaydı dahi hasta bu müdahaleye rıza gösterecekti. Doktor tecrübelerine dayanarak bu tarz durumları bilmektedir. Bu yüzden tıbbi günlük yaşantıda genellikle bir aydınlatma yapılmamaktadır. Şimdi böyle durumlarda doktorları cezai sorumluluğa tabi tutmak mı gerekir?

Muhtemeldir ki, her zaman yapılan rutin müdahalelerin kapsamında değerlendirilmeyen veya riskli müdahalelerde de uygulamada aydınlatma eksikliği birçok durumda hastanın açıkladığı rızası üzerinde etki doğurmamaktadır. Hastanın müdahaleye rızasında başka faktörler, özellikle doktorun tavsiyesi önemli bir rol oynamaktadır. Hastanın doktora gelmesinin ilk nedeni, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmak için değildir; hasta doktordan kendisiyle ilgilenmesini, kendisine öğüt vermesini ve doktorla kurulan güven ilişkisi çerçevesinde düzenli olarak uyacağı tavsiyelerde bulunmasını beklemektedir.

## 2. Rızanın Görecelendirilmesi

Bu noktada varsayılan rızaya ilkesel bir itiraz gündeme gelir. Varsayılan rızanın sistemli bir şekilde kullanılması aydınlatma eksikliğinin ceza hukuku açısından önemsiz hale gelmesi tehlikesini doğuracaktır<sup>61</sup>. Bir kısım yazar yargı içtihatlarını, keyfi yapılan tedaviye yönelik tıbbi müdahalelerin cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırdığı gerekçesi ile eleştirmektedir. Başka bir deyişle, varsayılan rızanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile bağdaşmadığı eleştirisinde bulunmaktadır<sup>62</sup>.

Burada esaslı bir yanılğı kendini göstermektedir. Yaralama suçları ile korunan hukuki değer kendi geleceğini belirleme hakkı değildir. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223 hukukça korunan değerlerden biri olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığını garanti etmektedir ve kendi geleceğini belirleme hakkını garanti eden bir norm şeklinde yorumlanamaz<sup>63</sup>. Doktor tarafından yapılan tıbbi müdahalelerde ne hasta açısından ne de tedaviyi yapan açısından kendi geleceğini belirleme hakkına ilişkin bir husus söz konusudur, bilakis burada terapi ve doktorun verdiği tıbbi destek söz konusudur. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223 vd. ile kişi özerkliğinin de dolaylı korunduğu söylenebilir- kişi özerkliğini koruyan Alman Ceza Kanunu (StGB) § 240 tehdit suçu (bir yıla kadar hapis cezası öngörmektedir) ile karşılaştırıldığında § 223'ün daha ağır bir ceza içerdiği görülür-, fakat bu durum, bu suçla korunan hukuki değer kişi özerkliği olduğu

<sup>61</sup> Schönke/Schröder/Eser, 27. Bası, 2006, § 223 knr. 40e; Mosenheuer, in: Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (**Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**), Ankara, 2008, s. 1320, 1324.

<sup>62</sup> Frister, AT (**Genel Hükümler**), 4. Bası, 2009, s. 187; Eisele, Strafrecht-BT I (**Ceza Hukuku Özel Hükümler I**), 2008, knr. 301; Kühl, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler I**), 6. Bası, 2008, s. 289; Sickor, JA 2008, 11, 15.

<sup>63</sup> Rosenau, in: Rosenau/Hakeri (Editörler), Der medizinische Behandlungsfehler (**Tıbbi Uygulama Hatası**), 2008, s. 215, 216 vd.; aynı şekilde Mitsch, JZ 2005, 279, 285.

anlamına gelmez. Bu yüzden tıp sanatının gereklerine uygun olmasına rağmen, sadece eksik bir aydınlatmanın söz konusu olduğu vakalarda, daha fazla bir cezanın verilmesinin haklı bir tarafı yoktur.

Ayrıca kabul edilen bir hukuki kurum olan muhtemel rıza da kendi geleceğini belirleme hakkının cezasızlık için mutlaka dikkate alınması gereken bir şart olmadığını göstermiştir. Çünkü muhtemel rıza büyük ölçüde varsayımsal ve varsayılan rızaya oldukça yakın bir kurumdur, muhtemel rıza her zaman varsayılan rızayı aşan bir durumdur. Muhtemel rızanın gündeme geldiği durumlarda, müdahaleye maruz kalan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması söz konusu değildir. Trafik kazasından sonra yardım bekleyen kişilerin durumunda olduğu gibi, hastaların rızaya yönelik bir açıklamaları olmaz. Hak sahibinin varsayılan rızasının tespit edilebilmesi normalde mümkündür ve mantıklı herkes bunun tespitine katkı sağlamalıdır<sup>64</sup>. Varsayılan rızaya yönelik ipuçlarının eksik olması halinde ise ortalama ve mantıklı bir hastadan hareket edilerek muhtemel rızanın mevcut olduğu kabul edilir<sup>65</sup>. Bu, büyük ölçüde doktorun paternalist davranması ve hastanın doktorun kararına tabi olması anlamına gelir<sup>66</sup>. Bu sebepten dolayı muhtemel rıza ancak rızanın müdahaleden önce alınmadığı durumlarda savunulabilen bir durum gibi gözükmektedir. Çünkü hastanın rızasının alınmaması (daha önce de söylendiği gibi) muhtemel rızanın bir şartıdır<sup>67</sup>.

Bu yüzden yapılan eleştiri yerinde değildir, bu görüşlerin kabul edilmesi halinde birçok durumda muhtemel rızanın şartları ortadan kalkmış olacaktır<sup>68</sup>. Omurilik vakasında da doktor kendi yaptığı yanlışlık hakkında hastayı aydınlatılabildi. Fakat varsayılan rızada muhtemel rızadan farklı olarak hastanın gerçekte var olmayan rızası tamamen varsayıma dayanan bir rıza ile ikame edilmemektedir. Zira varsayılan rızadan ancak gerçek bir karar çatışmasının olmaması halinde bahsedilebilir. Bu yüzden hastanın tasavvurları ve düşünceleri muhtemel rızadakinden farklı bir şekilde göz önünde bulundurulur. Muhtemel rızadakinden farklı olarak ortalama mantıklı bir hasta ölçütü burada yeterli değildir. Varsayılan rıza kendi geleceğini belirlemeye uyumluluk skalasında fiili ve muhtemel rıza arasında bulunmaktadır<sup>69</sup>. Buna bağlı olarak varsayılan rıza, muhtemel rızanın şartlarını ortadan kaldırmaz. Daha açık söylemek gerekirse

<sup>64</sup> BGHSt 35, 246, 249 vd.

<sup>65</sup> BGHSt 35, 246, 250; Roxin, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler**), 4. Bası, 2006, s. 824.

<sup>66</sup> Ötenazi bağlamında isabetli olarak Duttge, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 179, 182.

<sup>67</sup> BGHSt 16, 309, 312.

<sup>68</sup> Mosenheuer, in: Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (**Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**), Ankara, 2008, s. 1320, 1324; LK-StGB/Rönnau, 12. Bası, 2006, Vor § 32 knr. 231.

<sup>69</sup> Benzer şekilde Böcker, JZ 2005, 925, 926: Yazara göre, varsayılan rıza hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal etmez.

varsayılan rıza keyfi tıbbi müdahalelere olanak sağlayan bir kurum değildir. Hastanın müdahaleye onay veren irade beyanı, onun geçerliliği için temel bir şarttır. Sadece, aydınlatma eksikliğinden dolayı irade açıklamasının geçerli rıza olarak değerlendirilmediği durumlar önem arz etmektedir.

### 3. Tıp Hukuku Bağlamı

Bilinçli olarak üretilen çözümsüzlük senaryolarının aslında gerçeği yansıtmayan hayal ürünleri olduğu anlaşılmıştır. Ancak dogmatik fikir ayrılıklarının kolay kolay giderilmesi de beklenilemez. Bu kurumu eleştiren yazarlar görüşlerinde adeta saplanıp kalmışlardır<sup>70</sup>. Varsayılan rızanın içinde yer aldığı işlevsel tıp hukuku bağlamı sürekli göz ardı edilmektedir. Varsayılan rıza, medeni hukuk çerçevesinde özel hukuka ilişkin yargısal içtihatlar tarafından, uçsuz bucaksız bir aydınlatma sorumluluğunu makul bir kapsama kavuşturmak amacıyla geliştirilmiş bir kurumdur<sup>71</sup>.

Özel hukukta şu sıralar aydınlatma hatası, ispatı mümkün olmayan tıbbi müdahale hatalarının şifresi olarak işlev görmektedir. Özel hukuka ilişkin birçok tazminat davasında, doktorun tedavi hatası yerine aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline dayanarak sonuca ulaşılma istenmektedir. Zira aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat için hastanın tedavi sürecine ilişkin düzgün tutulmuş kayıtlar gerekmektedir. Asıl tıbbi müdahale hatası ya da eski tabiriyle söylemek gerekirse sanat hatasının ispatı mümkün olmadığından ya da çok zor olduğundan, sorumluluk davalarında tamamen ikinci plana düşmektedir<sup>72</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, tam olarak ispatlanamayan fakat şüphe edilen tıbbi müdahale hatasının gerçek sebebi haline dönüşmüştür. Bu da aydınlatma yükümlülüğünü konu ile alakası olmayan faktörler nedeniyle ağırlaştırmaktadır. Yargısal içtihatların tek tip bir aydınlatma kültürüne teslim olduğu konusundaki tespit bizce de haklı bir tespittir<sup>73</sup>. Bu, medeni hukuktaki tazminat fonksiyonu için haklı olabilir. Ancak ceza hukuku ve medeni hukuk bakımından aydınlatmanın aynı seviyede olmasına gerek yoktur<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Otto, JURA 2004, 679, 683; eleştiri için ayrıca Duttge, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 179, 185 vd.; Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 205 vd.; Jäger, FS Jung (**Jung Armağanı**), 2007, s. 350 vd.; Paeffgen, FS Rudolphi (**Rudolphi Armağanı**), 2004, s. 208 vd.; Puppe, JR 2004, 470 vd.

<sup>71</sup> SSW-StGB/Rosenau, Köln 2009, Vor § 32 knr. 53; burada olduğu gibi Rönnau, JZ 2004, 799, 802; Rigizahn, JR 1996, 72, 74; muhtemelen Duttge, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 179, 195.

<sup>72</sup> Tröndle, MDR 1983, 887.

<sup>73</sup> Schreiber, FS 50 Jahre BGH (**Federal Alman Yüksek Mahkemesinin 50. Yılı Armağanı**), 2000, s. 503, 507; ayrıca karşılaştırınız Kifmann/Rosenau, in: Möllers (Editör), Standardisierung durch Markt und Recht (**Piyasa ve Hukuk Aracılığıyla Standartlaşma**), 2008, s. 49, 62.

<sup>74</sup> Rosenau, in: Rosenau/Hakeri (Editörler), Der medizinische Behandlungsfehler (**Tıbbi Uygulama Hatası**), 2008, s. 215, 221 vd.; aksi görüş için bkz. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı için ceza hukukunun amacına daha uygun daha makul bir ölçü henüz bulunamadığı<sup>75</sup> ve ceza mahkemele-ri de ilk başta Federal Alman Yüksek Mahkemesi Hukuk Genel Kurulunun çözüm yollarını kararlarında esas aldığı için<sup>76</sup> özel hukukta geliştirilen sınırlama evleviyetle dikkate alınmalıdır. İngiliz hukukunun aksine, ceza hukuku tıbbi müdahalelerde yapılan aydınlatma eksiklikleri için kendine has bir sistem geliştirmede müddetçe bu söylenen geçerli olacaktır<sup>77</sup>. Bu meyanda hukuk düzeninin birliği düşüncesi akla gelmektedir. Bu birlik arz eden düzende de tüm hukuk sistemi için geçerli olacak bir hukuka aykırılık kavramı belirlenmelidir<sup>78</sup>. Aynı eylemden dolayı doktorun hukuki sorumluluğu gündeme gelmezken onun cezai sorumluluğu yoluna gidilemez<sup>79</sup>.

Cevaplandırılması gereken başka bir soru ise bu kurumun bütün olarak rıza eksenine taşınıp taşınmayacağıdır. Bu konudaki korkuların yersiz olduğu söylenebilir, zira diğer olay kurgularında varsayılan rıza bariz bir şekilde etkisini göstermeyebilir.

Her şeyden önce bu kurumun tutarlı bir şekilde tıp ceza hukuku alanı dışındaki alanlara teşmil edilemeyeceği ileri sürülebilir. Örneğin hırsızlık suçundan sonra malı çalınan kişinin daha sonra rıza göstermesi gibi<sup>80</sup>. Çünkü burada kavram aydınlatmaya ilişkin yargı kararlarında ele alındığı anlamda kullanılmıyor. Ayrıca açıklandığı üzere, buradaki mesele daha sonra verilen onayla ilgili değil, aksine varsayılan rızanın ex ante tespit edilmesi ile ilgilidir. Hırsızlık örneğimizde ceza hukukuna ilişkin kitaplarda daha sonraki rızaya rağmen eylemin suç olarak kalacağı belirtilmiştir: Dünya üzerinde hiçbir mahkeme bu tarz bir durumda hırsızlıktan dolayı failin mahkumiyetine karar vermezdi. Çünkü daha sonra eyleme verilen onay ile cezalandırma ihtiyacı ortadan kalkacaktır ve bu durumda StPO md. 153 ve 153a'ya göre takipsizlik kararı uygulama alanı bulacaktır.

---

(**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 480; aynı şekilde Geilen, in: Wenzel (Editör), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (Tıp Hukuku Uzmanı Avukatın El Kitabı)*, 2007, s. 353.

<sup>75</sup> Jerouschek, JuS 1999, 746, 749.

<sup>76</sup> Schreiber, FS 50 Jahre BGH (**Federal Alman Yüksek Mahkemesinin 50. Yılı Armağanı**), 2000, s. 503, 513. Son zamanlarda Federal Alman Yüksek Mahkemesi katı tutumunu yumuşatmıştır, BGH MedR 1996, 22 vd.

<sup>77</sup> Fatch-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende (**Yaşayan Kişilerin Organ Bağışında Rıza**), München, 2008, s. 215; Rosenau, in: Rosenau/Hakeri (Editörler), *Der medizinische Behandlungsfehler (Tıbbi Uygulama Hatası)*, 2008, s. 215, 223.

<sup>78</sup> HK-GS-Duttge, 2008, Vor §§ 32. vd., knr. 4; BGHSt 11, 241, 244; OLG Köln NStZ 1986, 225, 226.

<sup>79</sup> Sternberg-Lieben, StV 2008, 192 vd.

<sup>80</sup> Karşılaştığımız Otto, Grundkurs Strafrecht AT (**Temel Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler**), 7. Bası, 2004, s. 133; aynı yazar, JURA 2004, 679, 683; Eisele, JA 2005, 252, 254; Sickor, JA 2008, 11, 16.

Varsayılan rızanın tıp hukukunun haricindeki alanlarda da gerçekten mevcut olduğu öngörüsü mantıklı durmaktadır. Varsayılan rıza tıp hukuku harici alanlarda şimdiye kadar göze çarpmamıştır ve gelecekte de muhtemelen karşımıza çıkmayacaktır. Bu durumun nedeni ise, tıbbi bir müdahaleye geçerli şekilde rıza vermek için (sadece tıp hukukunda) yukarıda bahsettiğimiz üzere ağır ve hatta bazen de abartılmış çok ağır koşullar aranmaktadır. Bu ağır koşullar rızada önce yapılması gereken aydınlatmaya yöneliktir ve hukukça korunan değer anlam ve önemi ile planlanan tıbbi müdahalenin ağırlığını idrak etmeye ilişkindir<sup>81</sup>. Sadece bundan sonra bir idrak eksikliğinin etki doğurup doğurmayacağı sorusu gündeme gelir. Diğer alanlarda bugün muhtemelen hukukça korunan değerlere ilişkin bir yanılmayı kabul etmeyeceğiz ve tıp hukukunda varsayılan rıza olarak adlandırdığımız kurumu, aldatma olayları hariç olmak üzere hukuka uygunluk etkisi doğuran, olağan ve geçerli bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edeceğiz<sup>82</sup>. Böylece çocukların oyun yüzünden yapmış oldukları kavgadaki eylemlerin, çok az ve fakat spesifik bir hayati tehlike içermelerine rağmen,<sup>83</sup> Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223'teki suçu oluşturmadığını söylemeyi isteyeceğiz<sup>84</sup>. Doktorun müdahalesindeki böyle bir riziko ise aydınlatma yükümlülüğü kapsamına girerdi<sup>85</sup>.

## VII. SONUÇ

Tüm bu söylenenlerden de anlaşıldığı gibi, varsayılan rıza kavramı dogmatik nedenlerden dolayı terk edilmelidir şeklindeki görüş yanlıştır<sup>86</sup>. Federal Alman Yüksek Mahkemesinin bu görüşü reddeden içtihadı yerindedir ve ikna edicidir.

<sup>81</sup> Hakim görüşe göre rızada şartlar bu şekildedir, örneğin bkz. Kühl, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler**), 6. Bası, 2008, s. 282. Korunan hukuki değer değil de değerler tartımı olarak düzenleme için bkz. Amelung, ZStW 109 (1997), 489, 516.

<sup>82</sup> Son tartışma konusu için karşılaştırmamız Kindhäuser, LPK-StGB, 3. Bası, 2006, Vor § 13 knr. 183; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 26. Bası, 2006, Vorbem. §§ 32 vd. knr. 47.

<sup>83</sup> Federal Alman Yüksek Mahkemesinin kararına konu olay ile karşılaştırmamız. BGHSt 4, 88.

<sup>84</sup> Örnek için bkz. Roxin, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler**), 4. Bası, 2006, s. 577.

<sup>85</sup> Karşılaştırmamız BGHZ 126, 386, 389.

<sup>86</sup> Farklı görüş için bkz. Frister, AT (**Genel Hükümler**), 4. Bası, 2009, s. 187.



## SUÇ İŞLEMEK AMACIYLA ÖRGÜT KURMA SUÇU

*Arş. Gör. S. Numan ÖZCAN\**

### **ÖZET:**

Çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 220. maddesinde düzenlenen "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma" suçu ele alınmıştır. Suçun düzenlendiği önceki Ceza Kanunlarına da kısa bir değinmeden sonra 765 sayılı TCK'daki durumu incelenmiş; suçun unsurları, özel görünüş biçimleri, müeyyidesi ve etkin pişmanlık hali üzerinde durulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme, Örgütlü Suç, Örgüt.

### **ABSTRACT:**

This study is about "the crime of founding an organization with the purpose of committing crime" that involved in 220<sup>th</sup> article of the Turkish Penal Code, no. 5237. We have stated the legal structure of this crime, its elements and punishment after comparing briefly with former Turkish Penal Code.

**Keywords:** The Crime of Founding an Organization With the Purpose of Committing Crime, Founding an Organization With the Purpose of Committing Crime, Organized Crime, Criminal Organizations.

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

## GİRİŞ

Bireysel işlenen suçların yanında bazı suçlar örgütlü olarak da işlenmektedir. Örgütlü olmak suçun işlenmesini kolaylaştırdığından, bu yola başvurulmasının sayısı giderek artış göstermektedir. Suç işlemeyi kolaylaştırdığı göz önüne alındığında, suç işlemek amacıyla örgüt kurmanın da tehlike oluşturduğu görülmektedir. Bu tehlikeyi önlemek amacıyla örgüt kurma fiili, Ceza Kanunlarında ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir<sup>1</sup>. 5237 sayılı TCK'da "Toplumla Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının beşinci bölümünde; "Kamu Barışına Karşı Suçlar" altında 220. maddede "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu" düzenlenmiştir. Maddeye bakıldığında yalnızca örgüt kurmanın değil; yöneten, üye olan, üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen ile bilerek ve isteyerek yardım edenlerin de kapsama alındığı görülmektedir. Dolayısıyla madde başlığının sadece "örgüt kurma" olması eleştirilmiştir. Bunun yerine "örgütlenme" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olabileceği doktrinde savunulan bir görüştür<sup>2</sup>.

Kanun koyucu da örgütlenme yoluna gidilerek işlenen suçları ve bu örgütlenmeyi önlemek adına bu alana ilişkin değişik düzenlemeler getirmiştir. Bu çalışmamızda 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçunu mercek altına alma gayretinde olacağız. Nisan 2013'te getirilen değişikliklerle birlikte bu suç tipinin ele alınmasının literatüre katkı sağlamak bakımından faydalı olması umut edilmektedir.

## 1. SUÇUN ÖNCEKİ VE MEVCUT KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELERİ

### 1.1. Genel Olarak

Suç işleme amacıyla örgütlenme suçu hukuk sistemimize 1810 Fransız Ceza Kanununa paralel bir şekilde 1274 (1858) Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 58. maddesi ile girmiştir<sup>3</sup>.

Daha sonra Zanardelli Kanunu olarak da bilinen 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 248. maddesinden iktibasla 765 sayılı TCK'nın 313. maddesinde yer almıştır<sup>4,5</sup>.

<sup>1</sup> Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, c. V, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 6222.

<sup>2</sup> Evik, Vesile Sonay, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, *T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 (2), Nur Centel Armağanı özel sayısı, İstanbul 2013, 667-713, s. 667.

<sup>3</sup> Evik, 2013, s. 668.

<sup>4</sup> Alacakaptan, Uğur, Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, 45-60, s. 45.



Çıkar amaçlı suç örgütlerinin işledikleri suçların günden güne daha fazla görülmeyle başlanmasıyla bu düzenlemenin yetersiz kaldığı anlaşılmıştır. Amaç suçları ve izlediği yollardan ötürü özel bir örgüt türü olan çıkar amaçlı suç örgütlerini ve bunların soruşturma usullerini düzenleyen 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu 01.08.1999 tarih ve 23773 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur<sup>6</sup>.

Yürürlüğe konulan bu kanunun yanı sıra mevzuatımızda örgütlü suçları düzenleyen başka hüküm ve kanunlar da mevcuttu. 765 sayılı TCK'nın 313, 314. maddeleri, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu bunlar arasında sayılabilir<sup>7</sup>. Örgütlü suçlar ile ilgili bu düzenlemelerin tek bir madde altında, genel ve tamamlayıcı bir yapıda toplanmak istenmesiyle, bu suç tipi 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" başlığı altında yer almıştır. 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesi örgütlü suçlar açısından, 765 sayılı TCK'nın 313. ve 314. maddelerinde yer alan suçlar ile 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda yer alanların karşılığı olarak, bu hedefi kısmen yerine getiren bir düzenleme olmuştur<sup>8</sup>.

Böylelikle diğer kanunlarda bulunan örgüt ile ilgili hükümler sistematikleştirilmek ve unsurları bakımından somutlaştırılmak amaçlanmıştır<sup>9</sup>. Bu çerçevede yapılanlardan biri 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanu-

<sup>5</sup> 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

"Madde 313 – Her ne suretle olursa olsun cürüm işlemek için teşekkül oluşturanlara veya bu teşekküllere katılanlara bir yıldan iki yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Bu teşekkül halk arasında korku, endişe veya panik yaratmak veya siyasi veya sosyal bir görüşten kaynaklanan amaçla veya ammenin selameti aleyhine cürümlerle kasten adam öldürmek veya yağma ve yol kesmek ve adam kaldırmak cürümlerini işlemek için meydana getirilmişse, verilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar ağır haptir.

Teşekkül mensupları dağlarda ve kırlarda veya genel yollarda veya meskün yerlerde içlerinden iki veya daha fazlası silahlı olarak dolaşır veya buluşma yerlerinde veya emin bir yerde silah saklarsa; birinci fıkradaki halde bir yıldan üç yıla, ikinci fıkradaki halde iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Teşekkülün yöneticileri hakkında yukarıdaki fıkralar uyarınca hükmedilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

Teşekkül mensuplarının teşekkülün amacına yönelik cürüm işlemleri halinde, verilecek cezaların toplamı en ağır cezayı gerektiren fiilin cezasının azami haddini geçemez.

Bu maddede yazılı teşekkül, iki veya daha fazla kimsenin birlikte cürüm işlemek amacı etrafında birleşmesi ile oluşur.

Bu kanun ve diğer kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır."

<sup>6</sup> Coşkun, Atilla, *Örgütlü Suçlar ve Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 28.

<sup>7</sup> Coşkun, s. 26.

<sup>8</sup> Yaşar / Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6223.

<sup>9</sup> Yaşar / Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6222.

nunun kaldırılması<sup>10</sup> ve bir diğeri ise 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanunun 12. maddesinin 3. fıkrasının değiştirilmesidir<sup>11</sup>. Buna rağmen 5237 sayılı TCK'da 220. madde dışında da varlığını devam ettiren<sup>12</sup> örgüt ile ilgili düzenlemeler mevcuttur<sup>13</sup>.

## 1.2. 765 Sayılı TCK ve Mevcut Kanundaki Düzenleme

765 sayılı TCK md. 313 ile mevcut TCK md. 220 arasında birçok farklılık göze çarpmaktadır.

765 sayılı TCK'nın 313. maddesinde cürüm işlemek amacıyla teşekkül oluşturma suçunda öngörülen teşekkül, özellikli bir teşekküldür. Basit bir birleşme değil, birden çok veya belirsiz sayıda suç işlenmesi için bir birleşme şeklindedir. Teşekkül için birleşmede önemli olan sürekliliktir. Bu süreklilik, devamlılık ve birden fazla suç için olmayı kapsar. Dolayısıyla planlı bir ortaklık ve eylemleri paylaşma gerektirmektedir. Buna karşın teşekkül ve hiyerarşik yapı için aranan belirli bir şekil yoktur<sup>14</sup>. Bu düzenlemede suçun maddi unsuru suç işlemek amacıyla teşekkül oluşturmaktır. Buradaki teşekkül ilerde kamu için tehlike yaratacak bir birleşmedir<sup>15</sup>.

765 sayılı TCK'nın 313. maddesinde yer alan suçun manevi unsuru, suç işlemek amacıyla bilerek ve isteyerek birleşilmesi gerektiğinden, bu kanun dönemindeki suç teorisinde mevcut olan özel kasttır<sup>16</sup>.

765 sayılı TCK'da teşekkülü oluşturan veya teşekkülü kuran aynı fıkra hükmü altına alınmışken<sup>17</sup>; mevcut kanunda örgüt kuranlar veya yönetenler ilk fıkra, üye olanlar ikinci fıkra düzenlenmiştir. Böylelikle üye olmak ayrı olarak düzenlenmiş görülmektedir. Önceki kanunda bir yıldan iki yıla olan cezası bir yıldan üç yıla olarak değiştirilmiştir.

5237 sayılı kanunda örgüt kuranlar veya yönetenlerin aynı ceza ile cezalandırılacağı öngörülmüşken, 765 sayılı kanunda ilgili hükmün 4. fıkrasında belirtilen teşekkül yöneticiliği suçu ilk fıkra belirtilen teşekkül oluşturmak veya ona

<sup>10</sup> 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 18/1-d maddesi ile

<sup>11</sup> 5728 sayılı Kanunun 155. maddesi ile

<sup>12</sup> Örneğin TCK md. 78, 314.

<sup>13</sup> Yaşar / Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6223.

<sup>14</sup> Yaşar / Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6223.

<sup>15</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi 11.10.2001. gün ve 11820-14615 sayılı kararı ve Yargıtay 8. Ceza Dairesi 24.11.2009 gün ve 11821-17419 sayılı kararı. Yaşar vd. (2010), 6223, dipnot 289.

<sup>16</sup> Erem, Faruk, *Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, Ajans-Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara 1968, s. 493.

<sup>17</sup> Ünver, M. Naci, *Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 125.

katılmaktan daha ağır bir yaptırımla cezalandırılmıştı. Genel olarak ise cezalar mevcut kanuna göre daha azdı<sup>18</sup>.

765 sayılı kanunda teşekkül oluşturmaya yardım etme ayrı bir maddede “*bilerek ve isteyerek barınacak yer gösteren veya erzak yahut silah ve cephane tedarik veya yardım edenler*” demek suretiyle düzenlenmişti. Bu suçun cezası olarak da altı aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü. Mevcut kanunda ise yardım etme “*Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi*” şeklinde belirtilmiş ve cezası örgüte üye olanla aynı olarak belirlenmiştir. Görüldüğü gibi “*barınacak yer gösteren veya erzak yahut silah ve cephane tedarik*” etme mevcut kanuna alınmamıştır<sup>19</sup>. Kanımızca fiil, “yardım etme” olarak kategorize etmekle yetinilmiş ve diğer fiillerin bu kategoriye dahil olduğu düşünülmüştür. Ayrıca kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere<sup>20</sup> “*örgüte yardım ve yataklık*” adıyla ayrı bir suç tanımlaması yapılmamıştır. Yardım etme ibaresi ile belirtilen fiiller, örgüte üye olmanın getirdiği sorumlulukla aynı olarak görülmüştür.

Mevcut TCK’da 765 sayılı TCK’ya kıyasla bu suç açısından amaç suç ayrımına gidilmemiştir. 765 sayılı TCK’da “*Bu teşekkül halk arasında korku, endişe veya panik yaratmak veya siyasi veya sosyal bir görüşten kaynaklanan amaçla veya ammenin selameti aleyhine cürümlerle kasten adam öldürmek veya yağma ve yol kesmek ve adam kaldırmak cürümlerini işlemek için meydana getirilmişse, verilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar ağır hapistir.*” denilmek suretiyle suçun işleniş amacına göre bazı davranışlar daha fazla ceza ile cezalandırılmıştır<sup>21</sup>.

Mevcut kanuna göre; *örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olmalıdır*. Bu, 765 sayılı kanunda bulunmuyordu<sup>22</sup>. Böylece 765 sayılı TCK’da soyut tehlike suçu olarak düzenlenen suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu mevcut kanunda somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir<sup>23</sup>.

5237 sayılı TCK’da düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun 765 sayılı TCK’dakinden önemli farklarından biri de, örgüt faaliyetleri çerçevesinde bir suçun işlenmesi durumunda hem işlenen suçun cezası hem de md.

<sup>18</sup> Özgenç, İzzet, *Suç Örgütleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 21.

<sup>19</sup> Yaşar / Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6227.

<sup>20</sup> Güney, Niyazi/ Özdemir, Kenan/ Balo, Yusuf Solmaz, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 626.

<sup>21</sup> Ersan, Aykut, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK md. 220)*. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXXI (1), İstanbul 2013, 381-408, s. 399.

<sup>22</sup> Yenidünya, A. Caner/ İçer, Zafer, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu. T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 (2), Nur Centel Armağanı özel sayısı, İstanbul 2013, 797-828, s. 798.

<sup>23</sup> Evik, 2013, s. 669.

220'deki cezanın uygulanacak olmasıdır<sup>24</sup>. 765 sayılı TCK'ya göre eğer işlenen suçun cezası fazla ise işlenen suçun cezası, yok eğer teşekkül oluşturma ile ilgili hükmün cezası fazla ise teşekkül oluşturma cezası uygulanırdı. Mevcut kanun ile gerçek içtima uygulanmaktadır<sup>25,26</sup>.

5237 sayılı TCK'daki düzenleme ile örgüt yöneticileri açısından örgüt faaliyeti kapsamında işlenen tüm suçlardan sorumluluk getirilmiştir (md. 220/5). Ayrıca silahlı örgüt bakımından örgüte üye olunmadığı halde örgüt adına suç işlemek de örgüte üye olmaktan dolayı sorumluluk getirmektedir<sup>27</sup>. Bu düzenleme ile, silahlı örgütler açısından geçerli olmak üzere, örgüte üye olunmadığı halde örgüt adına suç işlemenin cezası hem TCK md. 220'nin ilgili hükmündeki ceza hem de işlenen suçun cezası şekline gelmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin son fıkrasında örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapmak da suç kapsamına alınmış ve bunun basın-yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı öngörülmüştür<sup>28</sup>.

765 sayılı kanunda daha fazla cezayı gerektiren dolayısıyla suça etki eden bir neden olarak düşünülebilecek, teşekkülün halk arasında korku, endişe veya panik yaratmak veya siyasi veya sosyal bir görüşten kaynaklanan amaçla veya ammenin selameti aleyhine cürümlerle kasten adam öldürmek veya yağma ve yol kesmek ve adam kaldırmak cürümlerini işlemek için meydana getirilmesi hali mevcut kanuna alınmamıştır.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu için 765 sayılı kanundan farklı olarak 5237 sayılı kanunda etkin pişmanlık hali de düzenlenmiştir (md. 221)<sup>29</sup>.

## 2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile korunmak istenen hukuki menfaat kamu güvenliği ve barışıdır. Barış içinde ve güvenli bir şekilde yaşama hakkı, kamu güvenliği ve barışının tesisi ile mümkündür<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> 5237 sayılı TCK md. 220/4

*“Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.”*

<sup>25</sup> Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 432.

<sup>26</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.03.2009 gün, 2009/4-50 sayılı kararı. Yaşar vd. (2010), 6226.

<sup>27</sup> Ersan, s. 398.

<sup>28</sup> Yenidünya/ Zafer, s. 799.

<sup>29</sup> Yaşar / Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6228.

<sup>30</sup> Evik, 2013, s. 669.

Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri, işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından tehlikeliliği arz etmek ve hazırlık hareketi niteliğinde olmak suretiyle zedeleyen davranışlara karşı kişilerin korunması adına, TCK'da ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kamu güvenliği ve barışının bozulmasına ve kişilerin güvenli ve barış içinde yaşama hakkını kullanamamasına sebep olmaktadır. Bu suç dolayısıyla toplum ve kamu düzeni tehlikeye girmekte ve amaç suçların işlenmesi de bireysel davranışlara kıyasla kolaylaşmaktadır<sup>31</sup>.

### 3. SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ

765 sayılı TCK'nın ikinci kitabının Amme Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler başlıklı 5. babının 313. maddesinde cürüm işlemek amacıyla teşekkül oluşturma şeklinde düzenlenen bu suç tipi, Ceza Hukukundaki "hazırlık hareketlerine ceza verilmemesi" ilkesinin bir istisnası olarak yaptırım altına alınmış bir tehlike suçudur. Bu düzenleme ile hedeflenen, gelecekte işlenmesi amaçlanan suçların önüne geçilmesidir<sup>32</sup>. Yukarıda da bahsedildiği gibi 765 sayılı TCK'da soyut tehlike suçu olarak düzenlenen suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu mevcut kanunda somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Şöyle ki, "...örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması..."<sup>33</sup> gerekmektedir. Gene ilgili maddesinin gerekçesinde de "Suç işlemek için örgüt kurulması bir somut tehlike suçudur. Her ne kadar en az iki kişinin belli amaç etrafında suç işlemek üzere devamlı surette fülen birleşmesi suretiyle örgüt meydana gelebilir de; kurulan örgüt, güdülen amaç bakımından somut bir tehlike oluşturmayabilir. Bu nedenle, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır. Bu bakımdan, örneğin sadece üç kişinin bir araya gelmesi, devletin ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik suçları işleme açısından somut bir tehlike taşımayabilir; buna karşılık, ekonomik çıkar sağlamaya yönelik suçlar açısından elverişli olabilir." denilmektedir.

Suç işlenmemiş olduğu halde hazırlık hareketi şeklinde görülebilecek örgütlenmenin cezalandırılmasına olumsuz yönden eleştirel yaklaşılabilir. Fakat suçun yukarıda da bahsettiğimiz sebeplerle kamu barışı yönünden meydana getirdiği tehlike göz önüne alındığında gelecekteki suçların işlenmesinin önlenmesi adına yerinde bir düzenleme olduğu kabul edilebilir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Keskinç, Ömer Murat, Türkiye'de Kentleşme ve Organize Suç İlişkisi, 2008 <http://www.muratkeskincilik.com/> (Erişim tarihi: 17.12.2013).

<sup>32</sup> Evik, 2013, s. 673.

<sup>33</sup> 5237 sayılı TCK md. 220/1

<sup>34</sup> Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 262.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu için süreklilik arz eden planlı bir ortaklığın varlığı gerektiğinden mütemadi suç olarak kabul edilmektedir. Örgüt, belirsiz sayıdaki suçları işlemek amacıyla bir araya geldiğinden amaçlanan suçların işlenmesinden sonra da süreklilik arz etmelidir<sup>35</sup>.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kanımızca seçimlik hareketli bir suçtur. 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin fıkralarında düzenlenen seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesiyle bu suç vücut bulacaktır<sup>36</sup>. Doktrinde tek bir maddede birden fazla suç tipinin düzenlendiğini savunan görüş de mevcuttur<sup>37</sup>.

Yukarıda da bahsedildiği üzere 5237 sayılı TCK'da 220. madde dışında da varlığını devam ettiren örgüt ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. Bunların dışında da ceza normları örgüte ilişkin hükümler düzenlemişse özel olarak düzenlenmiş hüküm uygulanacaktır. Bunlar açısından 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesi genel ve tamamlayıcı niteliktedir<sup>38</sup>.

#### 4. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

##### 4.1. Suçun Faili

765 sayılı TCK'da teşekkülün iki veya daha fazla kişinin birleşmesi ile oluştuğu belirtilmekteydi. 5237 sayılı TCK ise örgütün varlığı için gerekli minimum sayının üç olması gerektiğini söylemektedir<sup>39</sup>. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin tanımları ele alan 2. maddesinde de “üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup” denildiğinden ötürü mevcut kanunun bu sözleşme ile aynı doğrultuda düzenlendiği görüşünü doktrinde ileri sürenler vardır<sup>40</sup>.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi de kararlarında örgütün oluşması için en az üç kişinin gerektiğini, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2/a maddesi<sup>41</sup> gereğince kabul etmiştir<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> Evik, Vesile Sonay, Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, 365-396, s. 373. Ayrıca bkz: Özek, Çetin, Organize Suç, *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1998, 195-298, s. 197.

<sup>36</sup> Evik, 2004, s. 373.

<sup>37</sup> Özgenç, 2012.

<sup>38</sup> Evik, 2004, s. 374.

<sup>39</sup> Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuk Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 451.

<sup>40</sup> Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, *Asliye Ceza Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 742.

<sup>41</sup> Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Madde 2

“Bu Sözleşme'nin amaçları bakımından:

(a) Örgütlü suç grubu"doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri varolan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla

Ancak bazı yazarlar aynı görüşte değildir. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin ilk maddesinde bu Sözleşme'nin sınıraşan örgütlü suçların önlenmesi amaçlı olduğu belirtilmektedir. Bu örgütlü suçların nitelikli bir tipidir. Mevcut TCK'daki düzenlemenin bu sözleşme ile uyum hedefi olduğunu söylemek güçtür<sup>43</sup>. 5237 sayılı TCK'da yapılan düzenleme Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ndeki ile uyumu sağlamıştır. Fakat buradaki fail sayısı, örgütlü suçların genel hali için düzenlenmiş ve en az üç kişinin varlığı aranmıştır.

5237 sayılı kanununun 220. maddesine göre örgütlü suçun oluşabilmesi için en az üç failin katılımı şarttır. Dolayısıyla bu suç çok failli işlenebilen bir suç tipidir. Kanunu tip olarak kişilerin çokluğu "kurucu unsur" olarak düzenlenmiştir. Üç kişinin faaliyetlerinin birleşmesi meydana gelmeden suç vücut bulmayacaktır. İki den fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi kanun koyucu tarafından gereklilik olarak görülmüştür. Bu kişilerden birinin olmaması durumunda bu suç işlenemez<sup>44</sup>. Failler açısından herhangi bir özellik aranmaz, bu suçun failleri herkes olabilir<sup>45</sup>.

Zorunlu olarak suçun işlenişine katılması ve aynı amaç doğrultusunda hareket etmesi gereken faillerin meydana getirdiği bu suç bir yakınsama suçudur<sup>46</sup>.

Örgütlü suç, niteliği gereği en az üç kişinin iradelerinin karşılıklı uyumunu gerektirmektedir<sup>47</sup>. Üç veya daha fazla kişinin varlığına karşın iradelerin karşı-

---

*ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir..."*

<sup>42</sup> "...1918 sayılı yasanın 27/2 ve 4926 sayılı yasanın 5 /son madde fıkralarında toplu kaçakçılık suçunun oluşabilmesi için eylemin iki veya daha fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesinin yeterli olduğunun öngörülmesine karşın 4.2.2003 gün ve 25014 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4800 sayılı yasa ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanarak iç hukuk kuralı haline gelen sınır aşan örgütlü suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2/a madde fıkrasında; "Örgütlü suç grubu" doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri varolan ve bu sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir kuralı düzenlenmiş ve hüküm tarihinden sonra 22.5.2004 gün ve 25469 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girilen 5170 sayılı yasa ile Anayasanın 90. maddesine eklenen cümlede "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü getirilmiştir..." Yargıtay 7. Ceza Dairesi 22.12.2005 gün ve 2004/17719-2005/21868 sayılı kararı.

<sup>43</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6225.

<sup>44</sup> Sancar, Türkan Yalçın, *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 27.

<sup>45</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6229.

<sup>46</sup> Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 469.

<sup>47</sup> Gökcan, Ahmet, Kamu Barışına Karşı Suçlar. [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/) (Erişim Tarihi: 15.12.2013).

lıklılığı mevcut değilse suçun oluştuğundan bahsedilemez. Bu noktada isnat yeteneği tartışması yapılmalıdır<sup>48</sup>.

İsnat yeteneğinin niteliği kusurluluğun önşartı değil de kişinin durumu olarak kabul edilirse; isnat yeteneği olsun olmasın, üç kişinin varlığı örgütlü suçun meydana gelmesi için yeterli olacaktır. İsnat yeteneği olmayan kişiler, örgütlü suçun meydana gelmesi halinde fail olacaklardır. Nitekim isnat yeteneğini kişinin bir durumu olarak kabul ettiğimizde, isnat yeteneği olmayan bir kişi herhangi bir suçun faili olabilecek fakat ceza almayacaktır. Örgütlü suç için de bu fail ceza almayacaktır, güvenlik tedbiri uygulanması yoluna başvurulabilir<sup>49</sup>.

Kişinin isnat yeteneğinin olmaması durumunda, örgütlü suçun meydana gelmesi için gereken minimum sayıya dahil edilmeyeceğini savunan görüş, küçükler ve akıl hastaları haricinde en az üç kişi olması gerektiğini söyler. Bu görüş doktrindeki hakim anlayışı oluşturmaktadır. Bu suçun özel kastla işlenebileceğini savunan görüşe göre örgütün amaçlarını kendisinden başka en az iki kişinin daha benimsediğini bilerek örgütlenme iradesi failerde mevcut kabul edilmelidir. Bu açıdan bakıldığında da isnat edilebilirliğin her fail açısından mevcut olması gerektiği görülmektedir. Aksi takdirde suç vücut bulmuş kabul edilemeyecektir<sup>50</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, isnat yeteneği bulunan en az iki kişi ve nihayet toplamda en az üç kişi, örgütlü suçun meydana gelmesi için gerekli minimum sayıyı oluşturmaktadır. İsnat yeteneği bulunan en az iki kişi, hiyerarşik yapının gereğidir<sup>51</sup>.

Bir başka görüşe göre ise de; suç örgütü kurma, yönetme, örgüte üye olma suçlarının meydana gelmesi için isnat yeteneği bulunan en az üç kişinin iradesinin varlığı şartı hiyerarşik yapının bu kişiler arasında olması gerektiğindedir<sup>52</sup>. İsnat yeteneği olmayan kişilerin suç işlemek için bir araya gelme iradesi geçerli olmayacaktır. Bu yüzden isnat yeteneği bulunan en az üç kişi örgütlü suç için minimum fail sayısını oluşturmaktadır. Bu sayıya isnat yeteneği olmayanlar dahil edilmemelidir. Aksi durumda suç oluşmayacaktır<sup>53</sup>.

SESSO'ya göre çok failli suçlarda cezalandırılabilirlik suçun vücut bulmasını değil, sınıflandırılmasını etkilemektedir. Cezalandırılabilen failer “suçun

<sup>48</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6229.

<sup>49</sup> Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html> (Erişim tarihi: 01.12.2013).

<sup>50</sup> Toroslu, s. 263.

<sup>51</sup> Hafizoğulları, Zeki/ Kurşun, Günel, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 71, 2007, s. 25-81.

<sup>52</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6230.

<sup>53</sup> Hafizoğulları/ Kurşun, s. 25-81.



aktif sùjeleri”dir. Eğer suçun bütün failleri cezalandırılabiliriyorsa dar anlamda çok failli suç, yalnızca bazıları cezalandırılabiliriyorsa geniş anlamda çok failli suç meydana gelmektedir. Bu açıklamalar ışığında konuya baktığımızda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun meydana gelmesi açısından gerekli minimum fail sayısına isnat edilebilirliği olmayanları katmayan görüşler, bu suç tipini dar anlamda çok failli suç kategorisinde değerlendirirken; isnat edilebilirliği olmayanların da bu suç açısından fail olabileceğini savunan görüşler ise, bu suç tipini geniş anlamda çok failli suç kategorisi altında incelemektedirler<sup>54</sup>.

#### 4.2. Suçun Mağduru

Kamu güvenliği ve barışını sağlamak devletin yükümlülüğünde olduğundan, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun mağduru da öncelikle devlet ve toplumun her bir bireyidir.

Bir görüşe göre, her suçun mağduru her zaman toplum olduğundan, suçun mahsus mağduru, kamu düzenini sağlamakla görevli kamu idaresi, yani kolluktur. Suçun “Topluma Karşı Suçlar” başlığı altında yer alması bunu değiştirmeyecektir<sup>55</sup>.

Spesifik bir kişinin bu suçun doğrudan mağduru olmadığı kabulü durumunda davaya katılma tartışması yapılması gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu md. 237/1’e göre “Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.”

Menfaati suçla ihlal edilen kişi veya topluluk suçun mağdurdur. Bunlar, suçtan doğrudan doğruya etkilen kişi veya kişilerdir<sup>56</sup>.

Suçtan zarar gören, fiilin kovuşturulmasına yetecek kadar haklı çıkarı zarar gören kişidir. Dar anlamda suçtan zarar gören ise, suçun maddi unsuruna muhatap olan ve böylelikle suç ile korunan hukuki menfaati zedelenen mağdurdur<sup>57</sup>.

Kamu güvenliği ve barışını sağlamak devletin yükümlülüğünde olduğundan, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun mağduru da öncelikle devlet ve toplumun her bir bireyi olarak kabul edilirse, örgütlü suçtan zarar gören kişi suçun mağduru olmayacak ve dolayısıyla davaya katılma hakkı da bulunmayacaktır.

<sup>54</sup> Sancar, s. 65.

<sup>55</sup> Z. Hafizoğulları. <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html> (Erişim tarihi: 01.12.2013)

<sup>56</sup> Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Beta, İstanbul 2013, s. 158.

<sup>57</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6230.

caktır<sup>58</sup>. Fakat Yargıtay Özel Dairelerinin<sup>59</sup> ve Ceza Genel Kurulu'nun<sup>60</sup> kararlarında bu konuda tam bir uyum bulunduğu söylenemez. Yargıtay genel uygulamasına göre bu suçun mağduru devlet ve toplum bireyleridir. Suçtan zarar gören ise suçun dolaylı mağduru olmaktadır<sup>61,62</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.2.2013 gün, 2012/6-1490 sayılı esas, 2013/59 sayılı kararında şöyle demektedir:

*“5271 sayılı CMK'nın 237 maddesinin 1. fıkrasında; "Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar.....şikayetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler" hükmü ile kamu davasına katılma hak ve yetkisi bulunanlar üç grup halinde belirtilmiştir. Anılan düzenleme, 1412 sayılı CMUK'un 365. maddesindeki, "suçtan zarar görenler, soruşturmanın her aşamasında kamu davasına müdahale yolu ile katılabilirler" hükmü ile paralellik arzietmekte olup, yeni hükme, önceki kanunda yer almayan malen sorumlu ve dar anlamda suçtan zarar göreni ifade eden mağdur eklenmiş, bu şekilde madde, öğreti ve uygulamadaki görüşlere uygun olarak, katılma hak ve yetkisi bulunduğu kabul edilenleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.*

*Gerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, gerekse 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda kamu davasına katılma konusunda suç bakımından bir sınırlama getirilmemiş, ilke olarak şartların varlığı halinde tüm suçlar yönünden kamu davasına katılma kabul edilmiştir. Öğreti ve uygulamada kamu davasına katılma yetkisi bulunan kişinin "suçtan zarar görmesi" şartı aranmış, ancak kanunda "suçtan zarar gören" ve "mağdur" kavramlarının*

<sup>58</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6230.

<sup>59</sup> "...Suçtan doğrudan zarar görmeyenlerin davaya katılmalarına karar verilerek lehlerine vekalet ücreti tayin edilmesi,

... hukuka aykırıdır." Yargıtay 9. Ceza Dairesi 9.10.2013 tarih ve 2013/9110-12351 sayılı kararı.

<sup>60</sup> "İtirazın kapsamına göre inceleme, sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma suçları ile sınırlı olarak yapılmıştır. Uyuşmazlık; suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma suçlarında kamu davasına katılmanın mümkün olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Yerel mahkemece, mağdurların sanıkların işlemiş oldukları yağma ve dolandırıcılık suçlarından doğrudan doğruya zarar gördükleri kabul edilerek kamu davasına katılmalarına karar verilen somut olayda; mağdurların suç örgütünün organizasyon kabiliyeti, işlemeyi amaç edindikleri ve işledikleri suçlar ile örgütün korkutuculuğu nedeniyle sanıkların cezalandırılmaları istenen fiilleri ile haklı çıkarlarının zedelendiği anlaşıldığından suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçlarından da davaya katılmalarına karar verilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.2.2013 tarih, 2012/6-1490 Esas 2013/59 Karar sayılı kararı.

<sup>61</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6231.

<sup>62</sup> "Sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan açılan davaya olay itibarıyla suçtan zarar görebileceklerinden dolayı tebliğnamedeki red düşüncesine katılmamıştır." Y.8. CD. 20.10.2008 gün, 2007/2309 E., 2008/11388 K.

tanımı yapılmadığı gibi, zararın maddi ya da manevi olduğu hususu bir ayrıma tabi tutulmamış ve sınırlandırılmamıştır. Bu nedenle konuya açıklık kazandırılırken öğretideki görüşlerden de yararlanılarak, maddede katılma yetkisi kabul edilen, “mağdur”, “suçtan zarar gören” ve “malen sorumlu olan” kavramlarının, kamu davasına katılma hususundaki uygulamaya ışık tutacak biçimde tanımlanması gerekmektedir...

Mağdur; Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğünde, “haksızlığa uğramış kişi” olarak tanımlanmaktadır. Ceza hukukunda ise mağdur kavramı, suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişilerdir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur, ancak gerçek bir kişi olabilecek, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri mümkün ise de bunlar mağdur olamayacaklardır. Suçtan zarar gören ile mağdur kavramları da aynı şeyi ifade etmemektedir. Mağdur suçun işlenmesiyle her zaman zarar görmekte ise de, suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru olmayabilir. Bazı suçlarda mağdur belirli bir kişi olmayıp; toplumu oluşturan herkes (geniş anlamda mağdur) olabilecektir. (Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen - A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 2007, s.444; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2010, s. 197 - 199; Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2012, s.105 - 107; Yaşar Osman - Gökcan Hasan Tahsin - Artuç Mustafa, Türk Ceza Kanunu, 6. cilt, Ankara, 2010, s.7702-7703)...

Kanunlarımızda bazen “mağdur” (5271 sayılı CMK'nın 12 ve 237, 5237 sayılı TCK'nın 86/2, 131 maddeleri), bazen “suçtan zarar gören kişi” (5271 sayılı CMK'nın 237, 5237 sayılı TCK'nın 73. maddeleri) denilen zarar gören ferde aktif veya pasif süje olarak haklar tanınır, ödevler verilirken, her hak ve ödevde kanun koyucunun farklı ölçü ile hareket etmesi mümkündür. Örneğin şikayet hakkı tayin edilirken başka, kamu davasına katılma hakkı tayin edilirken başka ölçü öngörülmüş olabilir. Dolayısıyla “suçtan zarar gören” terimi ihtiyaca göre yorumlanmalıdır. Örneğin; hâkimlerin objektifliğini en iyi biçimde sağlayabilmek amacı, hâkimin davaya bakamayacağı halleri düzenleyen CMK'nın 22. maddesinde geçen “suçtan kendisi zarar görmüşse” terimini en geniş biçimde yorumlanmayı gerektirir. (Kunter-Yenisey-Nuhoğlu Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, s.361)

Kamu davasına katılma ile ilgili olarak suçtan zarar gören kavramının kapsamı konusunda ise öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüş, suçun maddi unsuru ile korunan hukuki çıkarı zedelenen kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir. Bu düşünceye göre, fiilin hareket kısmı hangi kişiye yönelmiş ve sonuçlar hangi kişi üzerinde doğmuş ise, o kişi suçtan zarar gören olur. Bu düşünce mutlak olarak alındığı takdirde, bazı fiillerdeki durumları açıklayamamaktadır. Örneğin adam öldürme fiilinde hareketin yöneldiği ve yaşama hakkına son verilen kişi, öldürülendir.

*Bu alandaki bir başka görüş ise, fiil ile haklı çıkarı zedelenen kişiye zarar gören kişi niteliğini tanıyan görüştür. Bu görüş yanlıları, iddia edilen ve cezalandırılması istenen fiille haklı bir çıkarı zedelenen kişinin, o suçun koşturulması konusundaki isteğini, o suçun o kişide yarattığı tatmin edilme ihtiyacını esas almakta, suçun o kişi üzerinde yarattığı psikolojik etkiyi göz önünde tutmaktadır. Buna göre, sanığın suçlandığı fiil ile o suçtan etkilenen kişinin psikolojik durumu değerlendirilmekte, fiilin o kişinin haklı sayılabilecek bir çıkarını zedelediği belirlendiğinde ve o kişinin fiilinin yargılanmasında aktif ve etkin bir rol oynaması haklı görüldüğünde, bu kişiye suçtan zarar gören niteliği tanınmakta, aksi sonuca varıldığında suçtan zarar gören sùjeliği reddedilmektedir.*

*Görüldüğü üzere, öğretide davaya müdahale ile ilgili olarak “suçtan zarar gören” kavramının sınırları saptanırken, kesinlik taşıyan bir ölçüte ulaşılamamış, ancak hakime yol gösterici nitelikte bazı ilkeler ortaya konulmuştur. O halde, bu sınırları belirlerken hakimin, “haklı çıkar” ve “cezalandırma konularındaki psikolojik durumu” iyi değerlendirmesi gerekmektedir. (Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12.Bası, s.211 vd.)*

*Çeşitli yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere hakim, bir olayda suçtan zarar göreni belirlerken, sanığa yüklenen ve cezalandırılması istenilen fiille haklı bir çıkarı zedelenen kişinin ceza kovuşturması konusundaki isteğini göz önünde tutmak ve bu haklı görüldüğünde kişiye suçtan zarar görme niteliği tanımak durumundadır. (Ceza Genel Kurulunun 29.6.1992 gün ve 176-201, 11.4.2000 gün ve 64-69, 15.07.2008 gün ve 95-195 sayılı kararları)*

*Görüldüğü gibi, gerek yargısal kararlarda gerekse öğretide, katılma için aranan ve hakimin değerlendirmesi gereken keyfiyet, “haklı çıkarın zedelenmesi” ve “cezalandırma konularındaki psikolojik durum”dur.*

*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun bir tehlike suçu olması karşısında bu aşamada "tehlike suçları" üzerinde de durulmasında yarar bulunmaktadır.*

*Tehlike suçları, icra edilen fiilin suçun konusu üzerinde bir zarar meydana getirme tehlikesinin kanun koyucu tarafından cezalandırıldığı suç tipidir. Kanun koyucu bazı hukuki değerleri daha etkin bir şekilde korumak amacıyla, bu değerleri ihlal eden davranış dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için herhangi bir zararın gerçekleşmesine gerek görmemiştir.*

*Tehlike suçları soyut ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçlarında gerçek bir zarar tehlikesinin meydana gelmiş olması gerekirken, soyut tehlike suçlarında hareketin yapılması yeterli olup, ayrıca somut bir tehlikenin gerçekten de meydana gelmiş olmasına gerek yoktur. Örneğin, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş iken, iftira ve yalan tanıklık suçları ise soyut tehlike suçlarıdır. (Prof.Dr. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. bası, s.206-208; Prof. Dr. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 151-152)*

Uygulama ve öğretilerde, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüt mensupları tarafından örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar nedeniyle zarar gören kişinin örgütün işlediği bu suçların mağduru olduğu, bu suçlar yönünden davaya katılmasının mümkün olduğu, tehlike suçu olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kurulmuş örgüte üye olma suçları yönünden ise kamu davasına katılmasının mümkün olmadığı genellikle kabul edilmekte ise de; Yargıtay bazı kararlarında somut olayı değerlendirmek suretiyle suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarından açılan kamu davalarına katılmanın mümkün olduğuna karar vermiştir. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20.10.2008 gün ve 2309-11388; 06.12.2006 gün ve 3739-8981 sayılı kararları bu doğrultudadır.

Öte yandan suç işlemek amacıyla kurulan örgüt mensuplarınca işlenen yağma, tehdit, hırsızlık gibi suçlardan açılan davalara bu suçlardan doğrudan doğruya zarar görenlerin katılabilecekleri hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu suçların daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halini oluşturan, "suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde", "suç örgütünün yararına" veya "örgütün korkutucu gücünden yararlanmak suretiyle" işlenmesi durumunda, bu suçları işlediği iddia olunan kişi veya kişiler hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme veya örgüte üye olma suçlarından açılan davalara katılmayı kabul etmemek hak, adalet ve nesafet kurallarına aykırılık oluşturacaktır. Nitekim bu suçlardan kamu davasına katılmanın kabul edilmemesi halinde, örgütün işlediği suçlardan kamu davasına katılmalarına karar verilenlerce hükmün aleyhe temyiz edilmesine rağmen suçun nitelikli halini oluşturan suç örgütünün varlığının somut olaylarda bulunup bulunmadığı hususunun Özel Dairece değerlendirilmesinin ve suç örgütünün varlığının kabulünün gerektirdiği hallerde de katılma kararı verilen suçlar yönünden hükmün aleyhe bozulması suretiyle daha fazla ceza verilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Bu şekilde bir kabul halinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kurulmuş örgüte üye olma suçlarından kurulan hükümlerin inceleme dışı bırakılması suretiyle hukuken telafisi imkansız zararların da doğmasına neden olunacaktır.

Buna göre, gerek suç işlemek amacıyla kurulan suç örgütü mensuplarınca işlenen amaç suçlardan doğrudan doğruya zarar görenlerin, gerekse somut tehlike suçu olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçlarında suç örgütünün sahip olduğu organizasyon kabiliyeti, işlemeyi amaçladığı suçlar ve örgütün korkutuculuğu göz önüne alındığında sanıklara yüklenen ve cezalandırılmaları istenen fiille haklı çıkarı zedelenen kişinin ceza kovuşturmasına katılması konusundaki isteği dikkate alınmalı ve haklı görüldüklerinde zarar görenlerin davaya katılmalarına karar verilmelidir.”

### 4.3. Örgüt Kavramı

Örgüt kavramı, suçun meydana gelmesi için gerekli unsurlarından birinin faillerin sayısı ile bağlantılı olmasından ortaya çıkmaktadır. Örgüt meydana getirmenin suç oluşturduğu durumlarda bu suçun zorunlu unsurlarından biri belirli sayıda kişinin bir araya gelmesidir. Suçun bu unsuru sebebiyle doktrinde kolektif suç olarak adlandırıldığı da görülmektedir<sup>63</sup>.

Örgütün meydana gelmesi için gerekli birleşme, soyut bir nitelikte değildir. Hiyerarşik bir yapılanmanın bulunması gereklidir. Örgütün hiyerarşik yapısının sıkı ya da gevşek olmasının bir önemi yoktur, yeter ki hiyerarşik bir yapı olsun. Hiyerarşik yapı örgüt mensupları üzerinde hakimiyet kuran bir güç kaynağı haline getirmektedir<sup>64,65</sup>.

Fiili birleşme örgütün suç işlemek amacıyla olması durumunda örgütün mevcudiyeti için yeterlidir. Örgüt, niteliği gereği, devamlılığı olan bir yapılanmadır. Kişilerin belli bir suç için bir araya gelmesi örgütlü suçu işlemelerine değil, iştirak ilişkisine olanak verir. Çünkü iştirak ilişkisi için konu veya mağdur bakımından belli bir suç işleme niyetinin olması gerekmektedir. Örgütlü suçlarda ise konu veya mağdurun somutlaştırılıp, belli olması şartı aranmamaktadır.

Birden fazla kişinin bir araya gelerek suç işlediği durumlardan iştirak kurumunu örgütten ayırmak gerekir. İştirak ilişkisi, genel olarak, TCK'nın özel kısmında düzenlenmeyen tamamlayıcı özellikli bir kurumdur. İştirak hükümlerinin işlerlik kazanması kanuni tipin şeriklerden biri tarafından gerçekleştirilmesine bağlıdır. Fakat TCK md. 220'deki gibi çok failli suçlarda faillerin çokluğu; tali, ikincil nitelikli değil, aksine kanuni tipin meydana gelmesi için gerekli unsurlarındandır. Bunun yanında faillerin çokluğu, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda olduğu gibi özel hükümlerde suçun unsurlarından biri olarak yer alır. İştirak kurumu gibi genel hükümler içinde düzenlenmemiştir<sup>66</sup>.

Örgütü iştirak kurumundan ayıran bir başka nokta ise suçun icra hareketleridir. Şöyle ki, suçun icra hareketlerine başlanmış olması iştirak kurumunun işlerlik kazanması için bir gereklilikken, örgütten sorumluluk açısından böyle

<sup>63</sup> Alacakaptan, Uğur, Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, 25-44, s. 25.

<sup>64</sup> Yaman, Hamza/ Gürlek, Sait, *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları* 2013, s. 1. <http://hmt.hsyk.gov.tr/konular/adli-yargi/ceza-hukuku/4-teror-veorgutlu/4.pdf> (Erişim Tarihi: 18.12.2013).

<sup>65</sup> Karşı yönde görüş için bkz. Grispigini, *Il reato plurisoggettivo*, s. 19'dan aktaran Sancar, s. 142.

<sup>66</sup> Sancar, s. 56-58.

bir zorunluluk bulunmamaktadır. İradelerin birleşmiş olması örgütün meydana gelmiş olması için yeterlidir<sup>67</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin ikinci fıkrasında örgüt kurma veya yönetmeden ayrı olarak, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak düzenlenmiştir. Örgüte üye olma hareketi bir katılmadır ve bir görüşe göre bunun için örgüt yöneticilerinin rızası aranmaz. Tek taraflı bir irade ile örgüte katılmak mümkündür<sup>68</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin üçüncü fıkrasında örgütün silahlı olması halinden bahsedilmiştir. Silahlılık hali ilk iki fıkrada tanımlanan suçlar bakımından nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suç işlemek amacıyla kurulan örgütün silahlı olup olmaması, silahların cins, nitelik ve sayısı somut tehlike bakımından önem arz etmektedir. Somut tehlikenin belirlenmesi veya mevcut tehlikenin ağırlığının tayininde dikkate alınacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin dördüncü fıkrasında örgütlü suç işlenmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre hem işlenen suç için hem de ilk iki fıkradaki örgüt kurma veya yönetme ile örgüte üye olma nedeniyle ayrı ayrı cezaya hükümlenacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin beşinci fıkrasında örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti çerçevesine işlenen tüm suçlardan ayrıca fail olarak cezalandırılacağı öngörülmüştür. Hiyerarşik yapı içinde, suç işleme gibi bir görevin verilen kişi tarafından yerine getirilmemesi halinde, yerine başka bir kişinin hemen ikame edilebilmesinden dolayı, örgüt yöneticisinin konumunda olan kişiler örgütü faaliyeti çerçevesi içinde olan tüm suçlardan dolayı fail olarak sorumlu tutulmaktadır<sup>69</sup>.

Yargıtay kararları<sup>70</sup> çerçevesinde 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesi bağlamında bir örgüt tanımı *en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir yapı*

<sup>67</sup> Sancar, s. 155. Ayrıca bkz: Daragenli Evik, Vesile Sonay, Örgütlenme Suçları ve İştirak İlişkisi, *Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, c. III, 155-167, s. 159.

<sup>68</sup> Bkz: s. 22.

<sup>69</sup> Sözüer, Adem, *Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı*, Alfa, İstanbul 2013, s. 315-318.

<sup>70</sup> "...Suç işlemek için örgüt kurmak suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabulü için üye sayısı en az üç kişi olmalı, üyeler arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmalı, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme olmalı ve bu amaç devamlılık göstermelidir. Örgüt yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olmalıdır. Örgüt üyesi olmamakla birlikte örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işleyen kişi, hem işlediği suçtan hem de örgüte üye olmak suçundan ayrı ayrı cezalandırılır. Sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterliliği olsa da, aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığından 5237 sayılı Kanunun lehe kanun olduğuna ve suç işlemek için örgüt kurma suçunun şartlarının gerçekleşmediğine karar verilmelidir..."

*içerisinde, devamlı bir şekilde amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gerece sahip bir şekilde bir araya gelmesi biçimindedir*<sup>71</sup>.

Buna göre suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun oluşması için;

- a. Üye sayısının en az üç olması gerekmektedir.
- b. Hiyerarşik bir yapı bulunmalıdır. Bu hiyerarşik yapı gevşek veya sıkı olabilir, yeter ki soyut bir birleşmeden öte hiyerarşik bir yapılanma var olsun<sup>72</sup>.
- c. Suç işlemek için fiili bir birleşme yeterlidir. Böylelikle 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin ilk iki fıkrasındaki suçlar vücut bulmuş olacaktır. Ayrıca bir suç işlenmesi gerekmemektedir. Suç işlendiği takdirde dördüncü fıkra göre bu suç için de cezalandırılmaya gidilecektir. Burada gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Bunun yanında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur bakımından somutlaştırılması zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>73</sup>.
- d. Örgüt niteliği itibarıyla devamlılık arz etmesi gereken bir yapılanmalıdır. Bu yüzden işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur bakımından belli ve sınırlı olması durumunda söz konusu örgüt değil iştirak kurumu olacaktır<sup>74</sup>.

---

Yargıtay 10. Ceza Dairesi 16.3.2006 tarih 2005/20232-2006/3871 sayılı kararı (aynı yönde: "5237 sayılı TCK'nin 220. maddesinde düzenlenen "Suç işlemek için örgüt kurmak" suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Somut olaya bakıldığında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte olduğu anlaşılmakta ise de, aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan durum karşısında sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nin 220. maddesinin uygulanmasının koşulları bulunmamaktadır." Yargıtay 10. Ceza Dairesi 15.2.2006 tarih, 2005/19703-2006/2202.,

"Silahlı terör örgütüne üye olma suçunda; sanıklara yüklenen eylemlerin ne şekilde sübuta erdiği ve sanıkların terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduklarına dair neticeye nasıl ulaşıldığının sübut delilleriyle birlikte ayrı ayrı tartışılması gerekirken..." Yargıtay 9. Ceza Dairesi 11.6.2013 tarih 2011/4800-2013/8845 sayılı kararı ve diğer birçok kararı).

<sup>71</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6233.

<sup>72</sup> "Sanıkların sayısının örgüt kurmaya yeterli olduğu ve uyuşturucu ticareti yapma suçu yönünden elverişli üye, araç ve gerece sahip bulunduğu saptanmış ise de, toplanan kanıtlar, özellikle teknik takip sonucu elde edilen bilgi ve belgeler, sanıklar arasında hiyerarşik bir bağ bulunduğu veya suç işleme iradelerinde devamlılık bulunduğunu kabule elverişli değildir..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu 3.4.2007 tarihli 2006/10-253 Esas 2007/80 Karar sayılı kararı.

<sup>73</sup> Ayrıca bkz. s. 11.

<sup>74</sup> "Örgüt, çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grup olup, sadece bir göçmen grubunu sınırdan geçirmek üzere bir araya gelen sanıkların durumu örgüt oluşumuna yeterli değildir..." Yargıtay 8. Ceza Dairesi 5.4.2005 tarih 2005/341-2011 sayılı kararı.



- e. Bir araya gelmenin, amaçlanan suçları işlemeye elverişli üye, araç ve gereçle olması gerekmektedir.

Suç işlemek amacıyla kurulan örgütün varlığının kabulü için Yargıtayca belirlenen bu hususlar doktrin ve uygulamada da benimsenmektedir.

Buna karşın bir görüşe göre örgütün varlığı için hiyerarşik yapının varlığı olmazsa olmaz değildir. Örgütü oluşturanlar birbirleri üzerinde bir hakimiyeti bulunmayabilir. Örgüt içinde bir iş bölümü yapılmamış olabilir. Buna rağmen suç işlemek için kurulan örgütün varlığının kabulü gerekir<sup>75</sup>.

#### 4.4. Örgüt Kurma ve/veya Yönetme

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin ilk fıkrasında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun, örgüt kurma veya yönetme olarak iki farklı hareketle işlenebileceği belirtilmiştir. Buna göre bunlar seçimlik hareketlerdir<sup>76</sup>. Seçimlik hareketlerden biri suç işlemek amacıyla örgüt kurma, diğeri ise kurulmuş bu örgütü yönetmedir.

Yaygın anlayışa göre örgütün varlığı için soyut bir birleşmenin ötesinde gevşek veya sıkı olsun, bir hiyerarşik yapılanmanın bulunması gerekmektedir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu için, kişiler önceden anlaştıkları iş bölümü ve hiyerarşik yapılanmaya göre, süreklilik arz eden planlı bir ortaklık ve paylaşım çerçevesinde, belirsiz sayıdaki suçları işlemek amacıyla bir araya gelmiş olmalıdır. Örgüt kurma fiili için örgütün kurulmasına liderlik edilmesi gerekmektedir. Bunun gibi kurulma sürecinde etkili olan başka bir davranışların yapılması da örgüt kurma olarak kabul edilir. Örgütün kurulmuş olması; üye sayısının en az üç kişi olmasına, devamlılık gösterecek bir biçimde fiilen bir birleşmeye, üye sayısı ile araç ve gereçlerin amaçlanan suçları işlemeye elverişli olmasına bağlıdır. Fiili birleşmenin yanında ayrıca bir hukuki bağlantıya gerek yoktur<sup>77</sup>.

Bu suçun belirsiz sayıda suçları işlemek amacıyla bir araya gelmek ile meydana geldiğini nazara aldığımızda madde başlığı ile ilgili bir eleştiri yapılabilir. Tek bir suç için bir araya gelmenin örgütlü suça vücut vermeyeceğini, iştirak hükümlerinin uygulanabileceğini göz önüne aldığımızda madde başlığı ve madde metninde “suç işlemek amacıyla” ibaresinde “suç” yerine “suçlar” kelimesinin kullanılması daha isabetli olabilirdi<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6233.

<sup>76</sup> Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 131.

<sup>77</sup> Ersan, s. 383.

<sup>78</sup> Sancar, s. 150.

Üye sayısı bakımından elverişliliğin araştırılması olay öncesine gidilerek yapılabilir. Olay sonrasında bakıldığı takdirde elverişlilik bütün fiiller bakımından ortadan kalkmış olabilir. Dolayısıyla elverişsizlik söz konusu olacaktır. Elverişliliğin anlaşılması için suçların örgüt faaliyetleri çerçevesinde bir neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmamasına göre yapılabilir. Günlük hayat tecrübelerine göre hakim tahmin yürütecektir. Örneğin üç kişilik bir örgüt anayasal durumu değiştirmeye elverişli olmayabileceken, hırsızlık veya yağma suçu için elverişli olabilir<sup>79</sup>.

Kurucu olarak kabul edilen kişi ile üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunmalı, suç işleme iradesi bakımından devamlılık bulunmalı; örgüt yasal anlamda disipline edilmiş olmalı; örgüt üyelerine verilen özel görev ve işlevler, onların ayrımsal işlevsel sorumluluk ve aktiviteleri ile somutlaştırılmalıdır<sup>80</sup>. Bu somutlaşma değişiklik gösterebilen bir nitelikte olabilir, fakat basit bir iş bölümü muhakkak olmalıdır<sup>81</sup>.

Örgütün oluşumunu sevk edici veya belirleyici davranışlarıyla katılarak meydana getiren kişi ya da kişiler örgütü kuran kişilerdir<sup>82</sup>.

Kurulan örgütün işlemeyi amaçladığı suçlarla paralel bir şekilde hareket etmesini sağlayan, örgüt üyelerine hiyerarşik yapı vasıtasıyla görev veren, örgütün genel stratejisini belirleyen kişiler, örgütü yönetenlerdir. Bu yalnızca lider değil, hiyerarşik yapı içinde diğer üyelere sözü geçen, emirleri sorgulanmayan, idare yetkisi olan her üye olabilir. Bunun tayininde hiyerarşik yapı, organizasyon şeması, kişilerin yüklendikleri görevler dikkate alınmalıdır<sup>83</sup>.

Kurulan örgütün işlemeyi amaçladığı suçları gerçekleştirmek için belli bir şekilde organize ederek örgütsel bir disiplinle hiyerarşik bir yapılanma oluşturan kişi, örgüt yöneticisidir<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Gürgen, Ahmet Cemal, Teşebbüs (35m.) Üçüncü Bölüm Suça Teşebbüs, 2012, <http://trg.docdat.com/docs/546/index-28149.html?page=9> (Erişim tarihi: 05.12.2013).

<sup>80</sup> "...Sanıkların sanık H. liderliğinde, süreklilik gösterecek şekilde, planlı bir ortaklık, işbölümü ve paylaşım anlayışıyla bir araya gelerek, İstanbul ve Ankara'daki çeşitli mahkemeler ile Danıştay ve Yargıtay'daki bir kısım davaları takip edip, buralarda görev yapan hakimleri etkilemek suretiyle kendilerine başvuran şahıslar lehine kararlar çıkartma vaadiyle haksız çıkar sağlamaktan ibaret eylemlerinin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu oluşturduğu ve haklarında 765 sayılı TCK'nın 314. maddesi uyarınca cezalandırılmaları istemiyle dava açılan diğer sanıkların hukuki durumlarının da buna göre tayin ve takdirinin gerekir..." Yargıtay 8. Ceza Dairesi 27.12.2006 tarih 2005/2843-2006/9610 sayılı kararı Erol, Haydar, *Türk Ceza Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı*. Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, c. III, s. 3594.

<sup>81</sup> Sancar, s. 144.

<sup>82</sup> Yenidünya/ Zafer, s. 800.

<sup>83</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6235.

<sup>84</sup> Evik, 2013, s. 684.

Örgütün mensubunun yöneten kabul edilebilmesi emir ve idare yetkisi ile hiyerarşik yapı içinde verdiği emirlerin sorgulanmamasına bağlıdır<sup>85</sup>.

Bu noktada yalnızca örgütün bir bölümü üzerinde emir ve idare yetkisi bulunan kişilerin durumu tartışılabilir. Bu kişilerin yönetici olarak kabul edilmeyeceği sorunu söz konusu yapılabilir. Örgütün bütünü içinde hiyerarşik yapıdan dolayı emir ve idare yetkisi olan kişilerin yönetici kabul edileceği aşıkardır. Ancak bunun yanında örgütün bir kısmı üzerinde, gene hiyerarşik yapı içinde emir ve idare yetkisi olanların da yönetici olarak kabulü gerekmektedir. Aksi halde örgüt içindeki birkaç üst düzey yönetici dışındaki tüm üyelerin örgüte üye olma suçundan sorumlu tutulması söz konusu olacaktır<sup>86</sup>.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma ani suçtur. Bu örgütü yönetme ise mütemadi bir suçtur<sup>87</sup>.

Dernek, vakıf, şirket, siyasi parti gibi kuruluşların hukuka uygun olarak kurulduktan sonra suç işlemek amacıyla örgütlenmeleri ve kuruluşu bir şemsiye görevinde kullanmaları halinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu vücut bulabilecektir. Ancak devamlılık gene burada da önemlidir. Kuruluş her suç işlediğinde değil suç işlemek amacıyla devamlılık arz eden bir şekilde hareket edip dernek, siyasi parti, vakıf, şirket yapılanmasını buna şemsiye olarak kullandığı vakit örgütlü suçtan söz edilebilecektir. Aksi takdirde münferit suçlar bakımından örgütlü suçun vücut bulduğu söylenemez<sup>88</sup>.

#### 4.5. Örgüte Üye Olma

Örgüte üye olmak fiili bir katılımdır. 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin gerekçesinde örgüte üye olmak için örgüt yöneticilerinin rızasına gerek yoktur<sup>89</sup>. Tek taraflı bir irade ile de örgüte katılmak mümkündür. Doktrinde bu görüşü savunanlar olmakla birlikte, başka bir görüşe göre örgütün hiyerarşik yapısı gereği disiplinli bir oluşum olması gerekmektedir. Bu da örgüt içinde örgütün yöneticisi sıfatlı kişilerin veya hiyerarşik yapı gereği emir ve idare yetkisi sorgulanmayan bir örgüt mensubunun ya da örgüte üye kabulü ile görevli bir kişinin örgüte üye olacak kimseyi kabule ilişkin iradesini ortaya koymasını gerektirir. Gerekçedeki gibi tek taraflı irade ile örgüte katılmanın mümkün olduğunun kabulü, örgüt içindeki disiplinli oluşumu ve hiyerarşik yapıyı göz ardı etmek anlamına gelebilecektir<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> Akkaya, Çetin, *Terör Suçları ve Cezalarının İnfazı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 217.

<sup>86</sup> Yenidünya/ Zafer, s. 806.

<sup>87</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6235.

<sup>88</sup> Yenidünya/ Zafer, s. 802.

<sup>89</sup> Özgenç, 2012, s. 22.

<sup>90</sup> Erel, Kemalettin, Yargıtay Kararları Işığında Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK. m. 220), *Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, c. III, 379-398, s. 390. Ayrıca bkz: Evik, 2004, 282-285.

Suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçunun manevi unsuru örgütün işlemeyi amaçladığı suçları gerçekleştirme gayesini bilerek ve isteyerek örgüte katılma iradesidir. Kişinin örgüt üyesi sayılmasını gerektirecek boyuta ulaşmış bir konumda olup olmadığı; örgütün amaç suçlarını benimseme amacını ortaya koyan, dış dünyaya yansıtan davranışlarına, fiilin nerede ve ne zaman, hangi şartlarda gerçekleştiğine bakılmalıdır. Bu yapılırken, Yargıtay kararlarında da işaret edildiği gibi amaç suç ve koşullar dikkate alınmalı, failin hangi aşamada bulunduğu belirlenmelidir. Bunlar herhangi bir şüphe bırakmayacak şekilde saptanmalıdır.

Suçun oluşma anı bakımından örgütün hiyerarşik yapısına dahil olunan an nazara alınır. Hiyerarşik yapıya dahil olmanın saptanmasında ise örgüte katılma iradesi her olayda ayrı olarak tartışılmalıdır<sup>91</sup>.

Hiyerarşik yapıya dahil olma unsurunun Yargıtay kararlarında da suçun oluşumu için aranan husus olduğu görülmektedir. Aynı şekilde örgüt ile organik bağı olup örgütsel faaliyetlerde bulunduğu saptanamayan kişi, örgüte üye olmak kapsamında değerlendirilemez<sup>92</sup>.

Örgüt üyeliğinin oluşumu kişinin davranışlarında belirli süre devam eden bir yoğunluğa bağlıdır. Örgüt ile belirli süre devam eden davranışları, birlikteliği olmayan kişinin örgüt üyeliği kapsamında değerlendirileceğinden bahsedilemez<sup>93</sup>.

#### 4.6. Örgüt Adına Suç İşleme

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin 6. fıkrasında örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına bir suç işleyen kimsenin ayrıca örgüte üye olmak suçundan da ceza alacağı belirtilmiştir<sup>94</sup>. 2013'te madde metninde bu fıkranın sonuna "Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır." cümlesi eklenmiş-

<sup>91</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6236.

<sup>92</sup> "...Sanığın tüm aşama ifadelerinde Hizbullah örgütü üyesi olmadığını söylemesi, hakkında beyanda bulunan Fırat ve Mahir'i tanımadığını ifade etmesi ve özgeçmiş raporunun bulunmaması nazara alınarak sanığın örgütle organik bir bağ kurduğu ve faaliyetlerinin örgüt üyeliği boyutuna ulaştığı hususunda yeterli bir delil bulunmaması nedeniyle sanığın faaliyetinin yardım yataklık suçu kapsamında kalacağı kanaatine varılmış olduğu gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu 18.3.2003 tarih, E. 2003/9-7 K. 2003/46 sayılı kararı.

<sup>93</sup> "Sanıklar hakkında ele geçen belgeler, örgütle organik bağ içinde olduklarını kanıtlayacak nitelikte bulunmayıp, her iki sanığın kanıtlanan eylemleri TCK'nın 169. maddesinde düzenlenen silahlı cemiyet ve çeteye yardım suçunu oluşturmaktadır..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu 8.7.2003 gün, E. 2003/9-177 K. 2003/205 sayılı kararı.

<sup>94</sup> 765 sayılı TCK'da böyle bir düzenleme yoktu. Fakat 4422 sayılı kanunda "hizmet yüklenenler" diye benzer bir düzenleme vardı. Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6237.

tir<sup>95,96</sup>. Silahlı örgüt adına suç işlemek, örgüte üye olmak ile eşdeğer kabul edilmiştir. Silahlı bir örgüt adına suç işleyen kişilerin davranışları örgüte üye olmanın tipik hareketlerinden görülmüştür<sup>97</sup>.

Son cümle eklenmeden önceki düzenleme ile örgüte üye olmadığı halde fail, hem örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlediği suçlardan hem de örgüte üye olmaktan cezalandırılmaktaydı. Bu bakımdan değişiklik öncesi hükmün önceki kanuna kıyasla ağırlaştığı görülmektedir<sup>98</sup>. Üye olmadığı halde örgüt adına suç işlemenin yaptırımının örgüte üye olup da aynı fiili gerçekleştiren ile aynı olması, üye olmayan ile olan arasında bu suç bakımından bir fark bırakmadığından, üye olmayan adına daha ağır bir düzenleme görüntüsü çizmekteydi. Nitekim 04.04.2013 tarihli, 1/748 esas, 19 karar sayılı Adalet Komisyonu Raporu muhalefet şerhinde Murat Bozlak, bunun hukuk mantığına ters düştüğünü belirtmiştir<sup>99</sup>.

Bu noktada silahlı örgüt adına suç işleyen failin örgüte üye olup olmaması önem arz etmediğinden, suç işleme niyeti olan fail silahlı örgüte üye olmak bakımından teşvik edilmekte gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır. Ayrıca silahlı bir örgüte üye olan kimseler örgüte üye olmak suçundan bir kere cezalandırılırken, silahlı bir örgüte üye olmayan kimse her fiil bakımından hem işlediği suç hem de örgüte üye olmak suçundan her defasında ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Buradaki düzenlemenin bu yüzden örgüte üye olmayan adına dezavantaj getirdiği görülmektedir.

Örgütün genel çağrısı, örgüte ait yayın organlarının yayınları ve çağrıları ile somutlaşmaktadır. Bu çağrının belirli bir kişiye özel olarak yapılmasına gerek yoktur. Bu çağrıya uyan kimse silahlı bir örgütün üyesi olmamakla birlikte örgüt üyesi olarak cezalandırılmaktadır. Aslında fail örgütün çağrısı üzerine veya örgüte girme amacı ile hareket ettiğinden katılım iradesini göstererek suç işlemiş olabilir. Bu ikisi arasında bir fark yoktur. Her durumda örgüt adına suç işlenmektedir<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesi ile.

<sup>96</sup> Bu değişiklikte birlikte 5237 sayılı TCK md. 220/6'nın son hali şöyledir: "Örgüte üye olmakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır. *Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.*" <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss445.pdf> (Erişim tarihi: 29.12.2013).

<sup>97</sup> Toroslu, s. 267.

<sup>98</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6237.

<sup>99</sup> "Tasarının 9'uncu maddesiyle, Türk Ceza Kanununun 220'nci maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Türk Ceza Kanununun 220'nci maddesinde problem olan 6'ncı ve 7'nci fıkralardır. Bu fıkralar örgüte hiyerarşik anlamda tabi olmayanları örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt üyesi gibi cezalandırmayı öngören, hukuk mantığına ters düşen fıkralardır. Bunlarda herhangi bir değişiklik yapılmamış, bu fıkralar es geçilerek 8'inci maddede yapılan değişiklik ile yetinilmiştir."

<sup>100</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6238.

#### 4.7. Örgüte Yardım Etme

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrasında örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. 765 sayılı TCK'da ayrı bir maddede teşekkül mensuplarına yardım etmenin suç olarak düzenlenmesinden farklı olarak<sup>101</sup> mevcut kanundaki düzenlemede yardım etme davranışlarının örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Örgüte yardım ve yataklık olarak ayrı bir suç düzenlemesi yoktur. Yardım ve yataklık, örgüte üye olmak dolayısıyla sorumluluk kapsamına dahil edilmiştir. Ayrıca 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı olarak örgüt mensuplarına yardım yerine örgüte yardımdan söz edilmektedir. Böylece örgüte yardım söz konusu olmayacak şekilde örgüt üyelerine yardım etmek madde kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>102</sup>.

Örgüt mensuplarına bilerek ve isteyerek bir kez yardım edilmesi ile de suç oluşmaktadır<sup>103</sup>.

Örgüt üyesi olma suçunun tayininde dikkate alınan, fiillerde yoğunluk, hiyerarşik yapıya dahil olma, devamlılık, belirli süre örgüt ile birliktelik, suç işleme iradesinde süreklilik gibi şartlar, örgütün amacını bilerek ve isteyerek yardım eden kişi açısından aranmamış olacak ve örgüt üyesi olarak cezalandırılacaktır.

Bu düzenleme ile de örgüte üye olan kimse ile örgüt hiyerarşik yapısına dahil olmadığı halde örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi aynı şekilde sorumluluğa tabi tutulmuştur. Doktrinde bu durumun hukukun genel ilkelerine, adalet ve kanun önünde eşitlik prensiplerine aykırılık teşkil ettiğini belirten görüşler savunulmaktadır<sup>104</sup>.

#### 4.8. Örgütün Propagandasını Yapma

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin 8. fıkrasında örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasının yapılması ayrı olarak düzenlenmiştir. Propagandanın basın ve yayın yoluyla yapılması hali ise nitelikli hal olarak belirtilmiştir.

<sup>101</sup> Gerçekler, Hasan, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 2374.

<sup>102</sup> Toroslu, s. 268.

<sup>103</sup> Türkiye'de Suç Ekonomisi ve Organize Suçlar, Atatürk Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi, s. 19 <http://lms.atauni.edu.tr/FileUploads/Src/5325d5e5-5aa9-4adf-b9bf-88ce4d50dd63/POL%C4%B0TAM-POL%C4%B0TAM109-%C3%9Cnrite%204.pdf> (Erişim Tarihi: 18.12.2013)

<sup>104</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6239.

Propagandanın sözlük anlamı “Bir öğretiyi, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla söz, yazı vb. yollarla gerçekleştirilen çalışma, yaymaca” olarak tanımlanmıştır<sup>105</sup>. Yargıtay 8. C. D 06.04.1994 gün ve 1994/1227-3479 sayılı kararında da “Sözlük anlamı yayma, çoğaltma olan propaganda; ceza hukukunda bir düşünceyi yandaş kazanmak için birden fazla kişinin bilgisine duyurmak, iletmek, ulaştırmak amacıyla yayma hareketi” şeklinde tanımlanmıştır<sup>106</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 18.02.1991 gün ve 1990/341-1991/34 sayılı kararında ise “Propaganda; belirli bir düşüncenin toplum içinde yayılmasını ve yerleşmesini sağlamak amacıyla bu görüşün yayılması, birden fazla kişinin bilgisine ulaştırılması ve onlar üzerinde etkili olunmasıdır.” tanımlaması yapılmıştır<sup>107</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 16.03.1999 gün ve 1999/33-38 sayılı kararında “Propaganda kavramına gelince, belli bir görüşün toplum içinde yayılmasını, fikir ve kanaatlerin kökleşmesini sağlamak için, bu amacın gerçekleşmesine yönelik olarak her türlü maddi ve manevi araca başvurarak telkin, teşvik ve etkide bulunmak olarak tanımlamak mümkündür.” şeklinde bir tanımlama getirilmiştir<sup>108</sup>.

Propagandanın tanımı 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda ve 5237 sayılı TCK’da yapılmamıştır. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrasında terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapmak suç olarak düzenlenmiştir<sup>109</sup>. Maddenin gerekçesinde örgütün veya bu örgütün suç işlemek amacının propagandasının yapılması suç olduğu belirtilmiştir<sup>110</sup>. 11.04.2013 tarihli 4. yargı paketi olarak bilinen 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile “veya amacının” ibaresi kanundan çıkarılarak “cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde” ibaresi madde metnine eklenmiştir<sup>111</sup>. Aynı şekilde 5237 sayılı TCK’nın 220. maddesinin 8. fıkrasında da “veya amacının” ibaresi çıkarılarak “cebir, şiddet veya tehdit içe-

<sup>105</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52b0df4c772a72.17012594](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52b0df4c772a72.17012594) (Erişim tarihi: 10.12.2012).

<sup>106</sup> <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/8cd-1994-1227.htm&query=s%F6zl%FCk%20anlam%FD%20yayma#fm> (Erişim tarihi: 10.12.2012)

<sup>107</sup> <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-1990-9-341.htm&query=propaganda%20belirli%20bir%20d%FC%FE%FCncenin#fm> (Erişim tarihi: 10.12.2012).

<sup>108</sup> <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-1999-9-33.htm&query=propaganda%20kavram%FDna%20gelince#fm> (Erişim tarihi: 10.12.2012).

<sup>109</sup> Zafer, Hamide, *Ceza Hukukunda Terörizm*, Beta, İstanbul 1999, s. 144.

<sup>110</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6240.

<sup>111</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130430-1.htm> (Erişim tarihi: 10.12.2012).

ren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde” ibaresi eklenmiştir. Böylece md. 220/son “*Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*” şekline gelmiştir<sup>112</sup>.

Sözlü veya yazılı ifade edilen düşüncelerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, ifade özgürlüğü ile propaganda suçunun arasındaki sınırın çizilmesi önemlidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.07.2006 tarihli 2006/169-184 sayılı kararında ve diğer içtihatlarında da şöyle demektedir:

*“Doğal haklardan kabul edilen ifade hürriyeti, çoğulcu demokrasilerde, vazgeçilemez ve devredilemez bir niteliğe sahiptir. Öğretide değişik tanımlara rastlanmakla birlikte, genel bir kabul ile ifade/düşünce hürriyeti, insanın özgürce fikirler edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden dolayı kınanmama, bunları meşru yöntemlerle dışa vurabilme imkan ve özgürlüğüdür. Demokrasinin "olmazsa olmaz şartı" olan ifade hürriyeti, birçok hak ve özgürlüğün temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin de kaynağıdır.”*<sup>113</sup>

İnsanın özgürce fikirler edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden dolayı kınanmama, bunları meşru yöntemlerle dışa vurabilme imkan ve özgürlüğü yalnızca lehte, rahatsızlık vermeyen, önemsiz konularda değil, aynı zamanda rahatsız edici, toplumun belirli bir kesiminin, devletin, çoğunluk görüşünün aleyhine olduğu zaman da geçerlidir<sup>114</sup>. Bu özgürlük, demokrasinin gereği ve çoğulculuğun getirdiği bir özgürlüktür, eleştirinin olumlusunu da olumsuzunu da kapsar. Olumsuz eleştirinin özünde sertlik bulunabilir. Bu doğaldır. Bunun yanında eleştirinin düzeyinin alt sınırı göreceli bir özellik teşkil edebilir. Olumsuz bir eleştiri bir toplumda, kesimde; aşağılayıcı, incitici, küçültücü olabilirken, başka bir toplum, farklı bir kesim için olumlu bir eleştiri niteliğinde bile olabilir. Böyle olmasına rağmen, herkes için saygınlığı aşağılayıcı, varlık nede-nini tartışılır hale getiren düşünce açıklamalarının ifade özgürlüğü kapsamına alınması güçtür. Bu yüzden ileri sürülen beyanlar ve yapılan açıklamalar düşünce açıklaması olarak değerlendirilemiyorsa, ifade özgürlüğünün kapsamına gir-meyecektir. Bu durumda beyana, hukuka uygunluk niteliğini kazandıracak

<sup>112</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130430-1.htm> (Erişim tarihi: 10.12.2012).

<sup>113</sup> <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2006-9-169.htm&query=do%F0aI%20haklardan#fm> (Erişim tarihi: 10.12.2012).

<sup>114</sup> Şanlı, Pelin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1 (7), 2011, 421-480, s. 432.



“eleştirme hakkı” kavramının geçerli hale gelmesi imkan dahilinde olmayacaktır<sup>115</sup>.

İfade özgürlüğü diğer haklar bakımından temel bir noktada yer almaktadır. Kişisel ve siyasal haklardan olarak kategorize edilmektedir. Hakların kullanılması açısından en başta sahip olunması gereken özgürlüklerin başında gelmektedir. Hakların düzenlendiği tüm metinlerde genel olarak ve AİHS’de de özel olarak yer alan bir temel özgürlüktür<sup>116</sup>. Denilebilir ki, temel özgürlükler içinde, onların da kullanılması bakımından en vazgeçilmezlerindendir.

AİHS md. 10’da “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” denilmektedir<sup>117</sup>.

1982 Anayasasında konu ile ilgili “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26. maddesindeki düzenlemede 4709 sayılı Kanun ile<sup>118</sup> AİHS’e paralellığe yakınlaşmıştır<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Özgenç, İzzet, Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti. *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*. LV (3), 1997, 51-63, s. 61.

<sup>116</sup> Şanlı, s. 423.

<sup>117</sup> Türkiye Barolar Birliği, TCK 301, TBB’nin TCK’nın 301. Maddesi ile ilgili Olarak Hazırladığı Bilgi Notu. *Meslek Kuruluşları ve Konfederasyonu Toplantısı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007, s. 15.

<sup>118</sup> Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

(Değişik: 3/10/2001-4709/9 md.) Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

(Mülga: 3/10/2001-4709/9 md.)

AİHS md. 10'un ilk fıkrasındaki ifade özgürlüğünün Sözleşmenin ilk maddesi çerçevesinde değerlendirildiğinde taraf devletlerin yetki alanlarında bulunan herkes açısından geçerli olduğu görülmektedir. İfade özgürlüğünün içeriği, kalitesi, doğruluk derecesi, ifade edildiği yer, tarz ve yöntem dikkate alınmaksızın bu özgürlüğün kapsamı içindedir. AİHM de ifade özgürlüğünün amaca, gerçek ya da tüzel kişilerin oynadıkları role göre farklılık göstermeyerek "herkes" için uygulanacağını belirtir<sup>120</sup>.

İfade özgürlüğü demokratik toplumların temelini oluşturmaktadır. Bu özgürlüğün kapsamı yalnızca normal addedilen bilgi ve düşünceler değil; bunların dışında her kesim tarafından normal karşılanmayacak, şok edici, hırpalayıcı bilgi ve düşüncelerdir. Çünkü demokratik bir toplum tasavvuru çoğulculuk, hoşgörü ve açıklıktan bağımsız düşünülemez. Dolayısıyla ifade özgürlüğü bunların temelini oluşturmaktadır<sup>121</sup>.

Handyside v. Birleşik Krallık davasında AİHM "İfade özgürlüğü, demokratik toplumun vazgeçilmez temel taşlarından birini, bu toplumun ilerlemesini ve her insanın gelişmesinin temel şartlarından birini oluşturur. 2. fıkra hükmü saklı kalmak şartıyla ifade özgürlüğü, sadece hoşça giden ya da inşaları incitmeyen veya önemsenmeyen 'bilgi' ve düşünceler için değil, aynı zamanda Devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük bunu gerektirir." demektedir<sup>122</sup>.

Örgütün propagandasının madde kapsamına alınmasının gereksizliğini ileri süren bir görüş de mevcuttur. Buna göre TCK'nın 215. maddesinde "suçu ve suçluyu övme" suçu düzenlemesinin varlığı TCK md. 220/son hükmünü lüzumsuz bir düzenleme haline getirmektedir<sup>123</sup>. Ancak doktrinde övme ve propaganda kavramlarının farklı anlamlar içerdiğini savunan görüş de vardır<sup>124</sup>.

---

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/9 md.) Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.

<sup>119</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6241.

<sup>120</sup> Şanlı, s. 456.

<sup>121</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6242.

<sup>122</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6242.

<sup>123</sup> Toroslu, s. 270.

<sup>124</sup> Çoban, Zübeyir, *İfade Özgürlüğü ve Suç Örgütünün veya Amacının Propagandasını Yapma Suçu*. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2008, s. 68.

AİHS, ilgili maddenin 2. fıkrası ile taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Ancak bu yetkinin kullanımı, Komisyon ve Divan tarafından ciddi bir şekilde denetlenmektedir. Mahkeme aşağıdaki ölçütlere göre başvuruları incelemektedir<sup>125</sup>:

Toplumsal müdahale yasalardan kaynaklanmalıdır.

Yasalara getirilen kısıtlamalar genel yararlaraya yönelik olmalıdır.

Demokratik bir toplum için gerekli olmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında 5237 sayılı TCK'nın 220/son fıkrasındaki düzenleme bakımından ifade özgürlüğü ile propaganda arasındaki sınırın dikkatli ve özenli bir şekilde çizilmesi önemlidir.

## 5. SUÇUN MANEVİ UNSURU

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve bu örgüte üye olma doğrudan kast ile işlenebilen suçlardır. Bunlar bakımından olası kast söz konusu değildir. Suçun taksirli hali de kanunla düzenlenmediğinden TCK md. 22/1 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde taksirle de işlenemeyeceği görülmektedir<sup>126</sup>. Kastın yanı sıra bu suç bakımından ayrıca diğer bir manevi unsurun daha gerçekleşmesi öngörülmüştür. Örgüt kurmanın suç işlemek amacıyla gerçekleşmiş olması halinde tipik suç meydana gelecektir. Burada faili neticeyi meydana getirmeye yönelten belirli bir saik veya maksadın varlığının bulunduğu kabul edilir. Bu yüzden suç işlemek amacıyla örgütlenmenin özel kastla işlenen bir suç olduğunu söylemek mümkündür<sup>127</sup>. Özel kastın hem örgütlenme hem de işlenecek suçlar bakımından aranması gerekmektedir<sup>128</sup>.

Bir görüşe göre bu suç için özel kastın varlığı, örgütün amaçlarını kendisinden başka en az iki kişinin daha benimsediğini bilerek örgütlenme iradesinden ileri gelmektedir<sup>129</sup>.

Çok failli bir suçun meydana gelmesi için özel kastın arandığı suçlarda bir görüşe göre ortak bir özel kastın varlığı şarttır. Tüm failler bakımından özel amacın hedef alınması bu tip suçların gereğidir. Suçun meydana gelmesi için aranan minimum fail sayısına dahil edilenlerin ortak bir amaca binaen hareket etmeleri gerekir. Örneğin anayasal düzeni tahrip etmek amacıyla bir örgüt kuran

<sup>125</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6242.

<sup>126</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6244.

<sup>127</sup> Zafer, 2013, s. 252.

<sup>128</sup> Alacakaptan, 25-44, s. 28.

<sup>129</sup> Toroslu, s. 265.

üç kişi olduğunu varsaydığımızda, bu üç kişinin de bu amacı gütmesi gerekmektedir. Bir başka örnek vermek gerekirse, suçun meydana gelmesi için gerekli minimum sayıya kışkırtıcı ajan dahil edilmez. Suçun manevi unsuru açısından bilme ve isteme olması gerektiğinden ve dolayısıyla kışkırtıcı ajan açısından kastın isteme unsuru, diğer iki fail açısından ise kışkırtıcı ajanın amacını bilme unsuru eksik olduğundan; suçun meydana gelmesi için kışkırtıcı ajan dışında en az üç kişinin varlığı mevcut olmalıdır<sup>130</sup>. Eğer bu üç kişiden biri, farz edelim, kışkırtıcı ajan ise; kışkırtıcı ajanın amacı örgütün amacından farklı olduğundan suç vücut bulmayacaktır. Bir başka görüş ise minimum sayıya dahil edilecek faillerin hepsinde ortak amacın aranması koşulunu daraltarak, ortak amaç bulunmasını suçun meydana gelmesinde ön şart olarak kabul etmektedir<sup>131</sup>.

Örgüte üye olmak, örgütün kurulma aşamasından sonra, örgütün amaçlarını bilerek ve isteyerek, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmak yoluyla gerçekleşen bir davranıştır. Eğer örgüte üye olunurken, örgütün kanunun yasakladığı fiilleri gerçekleştirmek amacıyla kurulduğu bilinmeden üye olunuyorsa manevi unsur eksik kalacak ve suç oluşmayacaktır. Ancak örgütün işlemeyi amaçladığı suçları bilerek ve isteyerek örgüte üye olan kişi örgüte üye olmaktan sorumlu tutulacaktır. Bir görüşe göre örgüte üye olma fiili genel kastla işlenmektedir<sup>132</sup>.

## 6. SUÇUN NİTELİKLİ HALİ

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun nitelikli hali için tek bir hal düzenlenmiştir<sup>133</sup>. Bu hal örgütün silahlı olmasıdır. Silah deyiminden TCK md. 6/1-f'deki tanım anlaşılmalıdır. Burada

1. *Ateşli silâhlar,*
2. *Patlayıcı maddeler,*
3. *Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,*
4. *Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,*
5. *Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddelerin silah olduğu belirtilmiştir*<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Taşkın, Ozan Ercan, *Kışkırtıcı Ajan*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s.102-105.

<sup>131</sup> Taşkın, s. 104.

<sup>132</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6244.

<sup>133</sup> Çoban, s. 97.

<sup>134</sup> Sözüer, s. 134.

Örgütün sahip olduğu silahların cins, nitelik, miktarının; örgüt yapısı, üye sayısı, araç-gereçler dikkate alındığında elverişli olup olmayacağı önem arz eder. Suçun işlenmesi bakımından silah kullanımının, silaha sahip olmanın elverişli olması, bu suçun nitelikli halini meydana getirecektir. Örnek vermek gerekirse zor ve tehditle para tahsil etmek amacıyla kurulmuş bir örgütün mensuplarının silahlı olması TCK md. 220/3'teki suçun meydana gelmesine sebep olacakken; belgede sahtecilik ya da sahte para basmak suçlarını işlemek amacıyla kurulan bir örgütün silahlı olması, bu fiiller bakımından silahlı olmanın elverişliliği olmayacağından 220/3'teki suçu oluşturmayacaktır<sup>135</sup>. Silahlı işlenecek suçlar bakımından geçerli olacak nitelikli halin kapsamına, bunun yanında, her silah değil, suçun işlenmesine elverişli olan silahlar dahil olacaktır. Suçun işlenmesini doğrudan veya dolaylı olarak kolaylaştırmayan silahlar nitelikli hal kapsamına girmeyecektir.

Amaç suçların işlenebilmesi açısından elverişliliğin önem arz etmesi ile birlikte 220/3'teki suçun meydana gelmesi için silahların illa kullanılması veya saklanması gerekmemektedir. Silahların bulundurulmasının örgütün amacı doğrultusunda olması md. 220'deki suçun nitelikli halinin vücut bulması için yeterli olacaktır. Silahların bir depoda saklanıyor olması da bunu değiştirmeyecektir; eğer amaç suç kapsamı doğrultusunda ileride kullanılması amaçlanan silahlar varsa, bu da suçun nitelikli halinin meydana gelmesi için yeterli olacaktır. Ancak örgüt mensuplarının örgütten bağımsız olarak edindikleri ve bireysel ihtiyaçları için kullandıkları silahlar bu fıkra kapsamında değerlendirilmez. Bunun gibi kamu görevlisi olması sebebiyle silahı olan örgüt mensubunun silahı da fıkra kapsamında değerlendirilmez. Failin kamu görevi nedeniyle değil, ayrıca örgütteki görevi nedeniyle silahlı olması durumunda örgütün silahlı olduğundan bahsedilir. Örgütün silahlarının ruhsatlı olup olmaması suçun nitelikli halinin oluşması bakımından dikkate alınmaz<sup>136</sup>.

## 7. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### 7.1. Teşebbüs

Kural olarak hazırlık hareketleri Ceza Hukukunda cezalandırılmaz. Ancak TCK md. 220 bunun bir istisnasını teşkil ederek hazırlık hareketinin cezalandırılmasını öngörmüştür<sup>137</sup>. Bu suç bir tehlike suçudur. Bir görüşe göre neticesiz bir suçtur. Suçun oluşması için üç veya daha fazla kişinin bir araya gelerek amaç suçların işlenmesi bakımından yeterli özgünlüğü sağlamaları kafidir. Yani

<sup>135</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6245.

<sup>136</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6245.

<sup>137</sup> Gök, Levent, Askeri Yargıtay Kararlarıyla Örgüt Kavramı, *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 1982, s. 200-205 <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/1982-2/2.pdf>

üç kişinin bir araya gelmesiyle suç meydana gelmiş olacaktır. Teşebbüs mümkün olmayacaktır<sup>138</sup>.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme, bu örgüte üye olma sırf hareket suçları olduklarından dolayı, bunlara teşebbüs mümkün değildir<sup>139</sup>. Doktrinde bu görüşün aksini savunan görüş de mevcuttur<sup>140</sup>.

TCK md. 220/6, 7 ve 8 için ise bir görüşe göre yalnızca 7. fıkra yani örgüte yardım etme suçu açısından teşebbüs mümkündür<sup>141</sup>, diğer bir görüşe göre ise üç fıkra açısından da teşebbüs mümkündür<sup>142</sup>.

## 7.2. İştirak

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suça iştirak örgüte yardım, örgütün propagandasını yapmak fiillerini düzenleyen son iki fıkrası bakımından mümkünken, örgüt kurma, yönetme, örgüte üye olmak suçları bakımından mümkün değildir<sup>143</sup>.

## 7.3. İçtima

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin 5. fıkrasında örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağı düzenlenmiştir<sup>144</sup>.

<sup>138</sup> Hafizoğulları. <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html> (Erişim tarihi: 01.12.2013).

<sup>139</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6248.

<sup>140</sup> Evik, 2013, s. 686.

<sup>141</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6248. Ayrıca bu yönde "...Sanık N. E. hakkındaki hükmün yukarıda açıklandığı şekilde eylemin silahlı terör örgütüne yardım suçuna teşebbüs aşamasında kaldığının gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmesi..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 31.10.2012 tarih ve 2012/9-1234 esas sayılı 2012/1825 sayılı kararı).

<sup>142</sup> Parlar/ Hatipoğlu, s. 749.

<sup>143</sup> Bu konuda bkz: Daragenli Evik, s. 159 vd. Ayrıca md. 220/1 bakımından suça azmettiren ve yardım eden olarak iştirakin mümkün olduğunu savunan görüş için bkz: Albayrak, Musatafa, *Bilimsel Görüşler Yargıtay CGK ve Ceza Daireleri Kararları Işığında Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 696.

<sup>144</sup> "Dolandırıcılık ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarından sanık B. Ç.'in Yerel Mahkemece suç işlemek için örgüt kurmak suçundan 5237 sayılı TCK'nın 220/1 maddesi uyarınca 3 yıl hapis, mağdur K.D.'a karşı bizzat gerçekleştirdiği dolandırıcılık suçundan 5237 sayılı TCK'nın 220/4. maddesi yollamasıyla TCK'nın 157, 168. ve 53. maddeleri uyarınca 1 yıl 9 ay 18 gün hapis ve 600 YTL adli para, katılan F. Ç..'a karşı diğer sanıklardan A. K. tarafından ve katılan H. İ..'a karşı diğer sanık S. Ç. tarafından gerçekleştirilen dolandırıcılık suçlarından dolayı TCK'nın 220/5. maddesi yollamasıyla TCK'nın 157, 168 ve 53. maddeleri uyarınca 1 yıl 9 ay 18 gün hapis ve 600 YTL adli para (2 kez), mağdur F. D.'a karşı diğer sanıklardan K. E. tarafından gerçekleştirilen dolandırıcılığa teşebbüs suçundan dolayı TCK'nın 220/5. maddesi yollamasıyla TCK'nın 157, 35/2 ve 53. maddeleri uyarınca 1 yıl hapis ve 500 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, her suç için ayrı ayrı değerlendirme yaparak sanığın sabıkası ile

Örgüt yöneticisinin işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılması bir dolaylı faillik halidir. “Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı”, Alman Ceza Hukukunda, Claus Roxin tarafından ortaya atılmıştır. 220. maddenin gerekçesinde “*Maddenin beşinci fıkrasında, örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir. Bu nedenle, örgütün yöneticisi konumunda olan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulmalıdırlar.*” denilmektedir. Gerekçede geçen “ikame edilme” ibaresi Claus Roxin’in geliştirdiği kuramı refere etmektedir<sup>145</sup>.

Claus Roxin’in dolaylı faillik teorisi “*hierarchynin hangi basamağında olduğuna bakılmaksızın hakimiyet mekanizmasının kumanda noktalarında yer alıp fiili bizzat işleyen bireyselliğine bağlı olmayan, suçların işlenmesini emir yoluyla sağlayabilen ve bu şekilde organizasyon hakimiyetini suç işlemesi yönünde kullanan her kişi dolaylı faildir.*” şeklinde özetlenebilir<sup>146</sup>.

Dolayısıyla organizasyon hakimiyeti dışında kalan fiiller açısından örgüt yöneticileri dolaylı fail olarak cezalandırılmamalıdır. Yöneticinin talimatı dışında veya örgüt amacının doğrultusu haricinde işlenen suçlar bakımından dolaylı faillik söz konusu olmamalıdır. Örneğin yağma suçu işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte mensup kişinin, örgüt faaliyetleri çerçevesinde yağma suçunu işlerken gördüğü mukavemet karşısında mağduru ayrıca yaralaması veya öldürmesi durumunda; yağma suçunda karşılaşılabilecek bir mukavemetin ihtimal dahilinde olması sebebiyle örgütün işlemeyi amaçladığı suç bakımından farklı bir doğrultudan olmayacağından, yönetici de bu fiilden ayrıca fail olarak cezalandırılacaktır. Bununla birlikte eğer yönetici, karşılaşılabilecek herhangi bir mukavemet karşısında hareketsiz kalınması talimatı verdiyse, artık böyle bir mukavemet karşısında işlenen yaralama veya öldürme suçu örgüt faaliyeti çerçevesinde sayılamayacağından, dolaylı faillik de söz konusu olmaz. Bunun gibi suç işlemek için suç mahalline gitmekte olan örgüt mensubunun, bu yol üzerinde

---

geçmişteki hali nazara alınarak verilen cezanın ertelenmesi halinde bir daha suç işlemekten çekineceği yolunda vicdani kanaat oluşmadığından TCK'nın 51. maddesinin sanık hakkında uygulanmasına takdiren yer olmadığına, 5275 sayılı Yasanın 99. maddesi uyarınca sanığa verilen cezaların 7 yıl 28 ay 24 gün hapis 2.300 YTL adli para cezası olarak toplanmasına karar verilmiş, sanık müdafinin temyizi üzerine dosyayı inceleyen Özel Dairece suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan verilen hapis cezası düzeltilerek onanmış, dolandırıcılık suçlarından kurulan hükümler ise bozulmuştur...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.6.2008 tarih ve 2008/8-68 esas sayılı 2008/168 sayılı kararı).

<sup>145</sup> Ersan, s. 398.

<sup>146</sup> Erel, s. 393.

karşılaştığı ve aralarında husumet bulunan birine karşı bu kişisel husumet dolayısıyla işlediği suçlar bakımından da örgüt yöneticisinin dolaylı fail olarak cezalandırılacağından bahsedilemez<sup>147</sup>.

Ancak örgüt yöneticisinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması için talimatları bizzat vermiş olması da gerekmez. Organizasyon hakimiyeti içinde, yönettiği örgüte mensup kişilerin her birine bizzat talimat vermesi zor olabilir. Bu yüzden örgütün işlemeyi amaçladığı suçlar doğrultusunda işlenen suçlar bakımından yönetici talimatı bizzat vermese de fail gibi sorumlu tutulacaktır. Özellikle birden fazla şehirde faaliyet yürüten, örgüt üyelerinin sayısı çok fazla olan örgütler bakımından yöneticinin her üyeye bizzat talimat vermesinin zorluğu aşikar olduğundan, dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasının kabulü gerekmektedir<sup>148</sup>.

5237 sayılı TCK md. 220/5'te örgüt yöneticisinin, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Örgüt mensubu kişiler örgütün bütün amaçlarını bilmeyebilirler. Kendilerine verilen görevleri yapmakla yükümlüdürler. Örgüt yöneticileri örgütü içe ve dışa karşı korumak adına örgüt mensuplarına yeterli bilgiden fazlasını vermeyebilirler. Bu durum örgütün hiyerarşik yapısı ve korunma mekanizması gereğidir<sup>149</sup>. Bu yüzden örgüt yöneticilerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından dolaylı fail olarak sorumlu tutulması haksız bir düzenleme değildir.

Claus Roxin'in ikame edilebilirlik kuramına dayanan bu düzenlemenin objektif sorumluluk öngören bir düzenleme olduğunun söylenmesi yerinde olmayacaktır. Yöneticinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmesi için suçun örgütün faaliyetleri çerçevesinde, organizasyon hakimiyetine binaen, verilen talimat doğrultusunda işlenmiş olması gerekmektedir. Yargıtay'ın kararlar da bu yöndedir<sup>150</sup>. Bundan dolayı objektif sorumluluk getiren bir düzenleme olduğunu söylemek doğru olmayacaktır<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> Aydın, Devrim, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2008, s. 448.

<sup>148</sup> Erel, s. 394.

<sup>149</sup> Köroğlu, Hasan, *Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele (4422 Sayılı Kanun) ve Cürüm İşlemek Amacıyla Teşekkül Oluşturmak*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 44-46.

<sup>150</sup> "Usulüne uygun olarak yapılan aramada sanık Şeniz'in ikametinde 1 adet ruhsatsız ... marka tabanca ele geçirildiği, Cüneyt'in üzerinde ve evinde ise 6136 sayılı Kanun kapsamına giren herhangi bir silah bulunmadığı halde örgüt üyesi sanıklar Rıfat, Murat ve Serkan'ın ikametlerinde ele geçirilen, örgüte ait olmayıp başka suçta kullanılmadığı ve bireysel olarak bulunduğu anlaşılan ruhsatsız tabancalardan örgüt yöneticisi olmaları nedeniyle sorumlu tutularak yazılı şekilde Cüneyt'in 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan beraati yerine 4 kez, Şeniz'in 1 kez yerine 4 kez mahrumiyetine karar verilmesi" (5. CD. 19.12.2008 gün, 2008/12516 E., 2008/11687 K.) Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6250.

<sup>151</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6250.



## 8. MÜEYYİDE VE ETKİN PİŞMANLIK

Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (md. 220/1). Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (md. 220/2). Örgütün silâhlı olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır (md. 220/3). Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır (md. 220/8).

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 107. maddesinde örgüt suçlarının infaz ve deneme süreleri düzenlenmiştir. Buna göre Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md. 107/4'e göre:

*“(4) Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ancak, bu süreler;*

*a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk,*

*b) Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört,*

*c) Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk,*

*d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört,*

*e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki,*

*Yıldır.”*

Ancak 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin son paragrafında **“Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, ...örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.”** denilmektedir. Örgüt mensubu suçlu deyiminden ise TCK md. 6/1-j bendine göre **“... bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi anlaşılır.”**

Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri de 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 108. maddesinde<sup>152</sup> ele alınmıştır. Dolayısıyla TCK'nın 220. maddesi kapsamındaki suçlar bakımından uygulanacak infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri 5275 sayılı Kanununun 170/4. maddesine göre değil 108. maddesine göre yapılacaktır. Bu yüzden örgüt mensubu suçlular hakkında md. 107/4'un uygulanma alanı yoktur<sup>153</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 221. maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bakımından etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Buna göre suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükümlenmez (TCK 221/1).

Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi hâlinde, hakkında cezaya hükümlenmez. Eğer örgüt üyesi, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden önce kendi iradesiyle örgütten ayrılmamış fakat yakalanmışsa; bu takdirde de, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi hâlinde gene hakkında cezaya hükümlenmeyecektir (TCK 221/2 ve 3).

TCK md. 220'de düzenlenen 1., 2., 6. ve 7. fıkralardaki suçu işleyen kişi gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suç-

<sup>152</sup> Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri

MADDE 108.- (1) Tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuzdokuz yılının,

b) Müebbet hapis cezasının otuzüç yılının,

c) Süreli hapis cezasının dörtte üçünün,

İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabılır.

(2) Tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz.

(3) İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez.

(4) Hâkim, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler.

(5) Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Hâkim, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir.

<sup>153</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, c. V, s. 6251.

larla ilgili bilgi verirse, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır. Kişi gönüllü olarak teslim olmaz da yakalanırsa ve bu bilgileri yakalandıktan sonra verirse de, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır (TCK 221/4).

Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir (TCK 221/5).

## SONUÇ

Bireysel işlenen suçların yanında bazı suçlar örgütlü olarak da işlenmektedir. Örgütlü olmak suçun işlenmesini kolaylaştırdığından, bu yola başvurulma sayısı giderek artış göstermektedir. Suç işlemeyi kolaylaştırdığı göz önüne alındığında, suç işlemek amacıyla örgüt kurmanın da tehlike oluşturduğu görülmektedir. Bu tehlikeyi önlemek amacıyla örgüt kurma fiili, Ceza Kanunlarında ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) da “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının beşinci bölümünde; “Kamu Barışına Karşı Suçlar” altında 220. maddede “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu” düzenlenmiştir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile korunmak istenen hukuki menfaat kamu güvenliği ve barışıdır. Ceza Hukukundaki “hazırlık hareketlerine ceza verilmemesi” ilkesinin bir istisnası olarak yaptırım altına alınmış bir tehlike suçudur. Bu düzenleme ile hedeflenen, gelecekte işlenmesi amaçlanan suçların önüne geçilmesidir.

765 sayılı TCK’da teşekkülün iki veya daha fazla kişinin birleşmesi ile oluştuğu belirtilmekteydi. 5237 sayılı TCK ise örgütün varlığı için gerekli minimum sayının üç olması gerektiğini söylemektedir. Çok failli bir suçtur. İştiraktan farklıdır.

Kişinin isnat yeteneğinin olmaması durumunda, örgütlü suçun meydana gelmesi için gereken minimum sayıya dahil edilmeyeceğini savunan görüş, küçükler ve akıl hastaları haricinde en az üç kişi olması gerektiğini söyler. Bu görüş doktrindeki hakim anlayışı oluşturmaktadır Bu suçun özel kastla işlenebileceğini savunan görüşe göre örgütün amaçlarını kendisinden başka en az iki kişinin daha benimsediğini bilerek örgütlenme iradesi faillerde mevcut kabul edilmelidir. Bu açıdan bakıldığında da isnat edilebilirliğin her fail açısından mevcut olması gerektiği görülmektedir. Aksi takdirde suç vücut bulmuş kabul edilemeyecektir.

Diğer bir görüşe göre ise, isnat yeteneği bulunan en az iki kişi ve nihayet toplamda en az üç kişi, örgütlü suçun meydana gelmesi için gerekli minimum sayıyı oluşturmaktadır. Isnat yeteneği bulunan en az iki kişi, hiyerarşik yapının gereğidir.

Bir başka görüşe göre ise de; suç örgütü kurma, yönetme, örgüte üye olma suçlarının meydana gelmesi için isnat yeteneği bulunan en az üç kişinin iradesinin varlığı şartı hiyerarşik yapının bu kişiler arasında olması gerektiğindedir. Isnat yeteneği olmayan kişilerin suç işlemek için bir araya gelme iradesi geçerli olmayacaktır. Bu yüzden isnat yeteneği bulunan en az üç kişi örgütlü suç için minimum fail sayısını oluşturmaktadır. Bu sayıya isnat yeteneği olmayanlar dahil edilmemelidir. Aksi durumda suç oluşmayacaktır.

Kamu güvenliği ve barışını sağlamak devletin yükümlülüğünde olduğundan, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun mağduru da öncelikle devlet ve toplumun her bir bireyidir.

Bir görüşe göre, her suçun mağduru her zaman toplum olduğundan, suçun mahsus mağduru, kamu düzenini sağlamakla görevli kamu idaresi, yani kolluktur. Kamu güvenliği ve barışını sağlamak devletin yükümlülüğünde olduğundan, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun mağduru da öncelikle devlet ve toplumun her bir bireyi olarak kabul edilirse, örgütlü suçtan zarar gören kişi suçun mağduru olmayacak ve dolayısıyla davaya katılma hakkı da bulunmayacaktır. Fakat Yargıtay Ceza Özel Dairelerinin ve Ceza Genel Kurulu'nun kararlarında bu konuda tam bir uyum bulunduğu söylenemez. Yargıtay genel uygulamasına göre bu suçun mağduru devlet ve toplum bireyleridir. Suçtan zarar gören ise suçun dolaylı mağduru olmaktadır. Örgütün meydana gelmesi için gerekli birleşme, soyut bir nitelikte değildir. Hiyerarşik bir yapılanmanın bulunması gereklidir. Örgütün hiyerarşik yapısının sıkı ya da gevşek olmasının bir önemi yoktur, yeter ki hiyerarşik bir yapı olsun. Örgütün kurulmuş olması; üye sayısının en az üç kişi olmasına, devamlılık gösterecek bir biçimde fiilen bir birleşmeye, üye sayısı ile araç ve gereçlerin amaçlanan suçları işlemeye elverişli olmasına bağlıdır. Fiili birleşmenin yanında ayrıca bir hukuki bağlantıya gerek yoktur. Kurucu olarak kabul edilen kişi ile üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunmalı, suç işleme iradesi bakımından devamlılık bulunmalı; örgüt yasal anlamda disipline edilmiş olmalı; örgüt üyelerine verilen özel görev ve işlevler, onların ayrımsal işlevsel sorumluluk ve aktiviteleri ile somutlaştırılmalıdır. Örgütün oluşumunu sevk edici veya belirleyici davranışlarıyla katılarak meydana getiren kişi ya da kişiler örgütü kuran kişilerdir. Kurulan örgütün işlemeyi amaçladığı suçları gerçekleştirmek için belli bir şekilde organize olarak iki veya daha fazla kişiyi örgütsel bir disiplinle bir araya getirip hiyerarşik bir yapılanma oluşturan kişi, örgüt yöneticisidir. Örgüte üye olmak fiili bir katılımdır. 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin gerekçesinde örgüte üye olmak için örgüt yöneticilerinin rızasına gerek yoktur. Tek taraflı bir irade ile de örgüte katılmak mümkündür. Doktrinde bu görüşü savunanlar olmakla birlikte, başka bir görüşe göre örgütün hiyerarşik yapısı gereği disiplinli bir oluşum olması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin 6. fıkrasında örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına bir suç işleyen kimsenin ayrıca örgüte üye ol-

mak suçundan da ceza alacağı belirtilmişti. 2013'te madde metninde bu fıkranın sonuna "Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır." cümlesi eklenmiştir. Silahlı örgüt adına suç işlemek, örgüte üye olmak ile eşdeğer kabul edilmiştir. Silahlı bir örgüt adına suç işleyen kişilerin davranışları örgüte üye olmanın tipik hareketlerinden görülmüştür. 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrasında örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında örgütün propagandasını yapmak suç olarak düzenlenmiştir. Propaganda ile ifade özgürlüğünün arasındaki çizgi dik-katli bir şekilde çizilmelidir.

Suçun manevi unsuru örgüt kurma, yönetme, örgüte üye olma fiilleri bakımından doğrudan kasttır. Örgüt kurmanın suç işlemek amacıyla gerçekleştirilmesi gerektiğinden özel kast ile işlenebilen bir suçtur.

5237 sayılı TCK'nın 221. maddesinde bu suç açısından etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir.

**KAYNAKÇA**

- Akkaya, Çetin, *Terör Suçları ve Cezalarının İnfazı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009
- Alacakaptan, Uğur, Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, 45-60
- Alacakaptan, Uğur, Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, 25-44
- Albayrak, Musatafa, *Bilimsel Görüşler Yargıtay CGK ve Ceza Daireleri Kararları Işığında Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012
- Aydın, Devrim, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2008
- Coşkun, Atilla, *Örgütlü Suçlar ve Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2002
- Çoban, Zübeyir, *İfade Özgürlüğü ve Suç Örgütünün veya Amacının Propagandasını Yapma Suçu*. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2008
- Daragenli Evik, Vesile Sonay, Örgütlenme Suçları ve İştirak İlişkisi, *Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, c. III, 155-167
- Erel, Kemalettin, Yargıtay Kararları Işığında Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK. m. 220), *Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, c. III, 379-398
- Erem, Faruk, *Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, Ajans-Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara 1968
- Erol, Haydar, *Türk Ceza Kanunu Gereçeli ve Açıklamalı*. Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, c. III
- Ersan, Aykut, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK md. 220). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXXI (1), İstanbul 2013, 381-408
- Evik, Vesile Sonay, Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, 365-396
- Evik, Vesile Sonay, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, *T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 (2), Nur Centel Armağanı özel sayısı, İstanbul 2013, 667-713
- Gerçekler, Hasan, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011
- Gök, Levent, *Askeri Yargıtay Kararlarıyla Örgüt Kavramı*, Ankara Barosu Dergisi, 2, 1982, s. 200-205

- <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1982-2/2.pdf>
- Gökçen, Ahmet, Kamu Barışına Karşı Suçlar. *www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/* (Erişim Tarihi: 15.12.2013)
- Güney, Niyazi/ Özdemir, Kenan/ Balo, Yusuf Solmaz, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004
- Gürgen, Ahmet Cemal, Teşebbüs (35m.) Üçüncü Bölüm Suça Teşebbüs, 2012, <http://trg.docdat.com/docs/546/index-28149.html?page=9> (Erişim tarihi: 05.12.2013)
- Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html> (Erişim tarihi: 01.12.2013)
- Hafizoğulları, Zeki/ Kurşun, Günal, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 71, 2007, s. 25-81.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013
- Keskinkılıç, Ömer Murat, Türkiye’de Kentleşme ve Organize Suç İlişkisi, 2008, <http://www.muratkeskinkilic.com/> (Erişim tarihi: 17.12.2013)
- Köroğlu, Hasan, *Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele (4422 Sayılı Kanun) ve Cürüm İşlemek Amacıyla Teşekkül Oluşturmak*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001
- Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994
- Özek, Çetin, Organize Suç, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1998, 195-298
- Özgenç, İzzet, *Suç Örgütleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012
- Özgenç, İzzet, Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti. *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*. LV (3), 1997, 51-63
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013
- Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, *Asliye Ceza Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- Sancar, Türkan Yalçın, *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuk Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006
- Sözüer, Adem, *Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı*, Alfa, İstanbul 2013
- Şanlı, Pelin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1 (7), 2011, 421-480
- Taşkın, Ozan Ercan, *Kışkırtıcı Ajan*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuk Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2013
- Türkiye Barolar Birliği, TCK 301, TBB’nin TCK’nın 301. Maddesi ile ilgili Olarak Hazırladığı Bilgi Notu. *Meslek Kuruluşları ve Konfederasyonu Toplantısı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007

Türkiye’de Suç Ekonomisi ve Organize Suçlar, Atatürk Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi, <http://lms.atauni.edu.tr/FileUploads/Src/5325d5e5-5aa9-4adf-b9bf-88ce4d50dd63/POL%C4%B0TAM-POL%C4%B0TAM109-%C3%9Cnite%204.pdf> (Erişim Tarihi: 18.12.2013)

Ünver, M. Naci, *Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001

Yaman, Hamza/ Gürlek, Sait, *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları* 2013, <http://hmt.hsyk.gov.tr/konular/adli-yargi/ceza-hukuku/4-teror-veorgutlu/4.pdf> (Erişim Tarihi: 18.12.2013)

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, c. V, Adalet Yayınevi, Ankara 2010

Yenidünya, A. Caner/ İçer, Zafer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu. *T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 (2), Nur Centel Armağanı özel sayısı, İstanbul 2013, 797-828

Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Beta, İstanbul 2013

Zafer, Hamide, *Ceza Hukukunda Terörizm*, Beta, İstanbul 1999

#### **Linkler**

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52b0df4c772a72.17012594](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52b0df4c772a72.17012594) (Erişim tarihi: 10.12.2012)

<http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/8cd-1994-1227.htm&query=s%F6zl%FCk%20anlam%FD%20yayma#fm> (Erişim tarihi: 10.12.2012)

<http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-1990-9-341.htm&query=propaganda%20belirli%20bir%20d%FC%FE%FCncenin#fm> (Erişim tarihi: 10.12.2012)

<http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-1999-9-33.htm&query=propaganda%20kavram%FDna%20gelince#fm> (Erişim tarihi: 10.12.2012)

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130430-1.htm> (Erişim tarihi: 10.12.2012)

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130430-1.htm> (Erişim tarihi: 10.12.2012)

<http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2006-9-169.htm&query=do%F0al%20haklardan#fm> (Erişim tarihi: 10.12.2012)

<http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi> (Erişim tarihi: 10.12.2012)

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss445.pdf> (Erişim tarihi: 10.12.2012)



## **TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKU'NDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI**

*Arş. Gör. Şenel SARIKOĞLU\**

### **ÖZET:**

Bu çalışmanın konusunu, modern ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğe ulaşılması için bilimsel delil aşamasına geçilmesi ile önem kazanmış olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumu oluşturmaktadır. Zira Kanun'daki eksikliklere ve uygulamadaki eleştirilere rağmen hukukumuzda ilk defa düzenlenmiş ve hukuk devletinin hayata geçirilmesinde önemli bir düzenleme olmuştur. Çalışmanın amacı, Ceza Muhakemesi Kanunu'na beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumunun getirilmesi sonrasında oluşan durumun ortaya konulmasıdır. Böylece Türk Ceza Adaleti Sisteminde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bakımından bir değerlendirme yapılmış olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Ceza Muhakemesi, Maddi Gerçek, Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Bilimsel Delil.

### **ABSTRACT:**

The subject of this study is the institution of physical bodily examination and taking sample which is gained importance with the phase of scientific evidence in order to reach the material facts in the modern criminal procedure law. Despite of deficiencies in the law and criticisms in practice, which is arranged for the first time in our law and has been an important regulation in the rule of law. The paper aims to present physical bodily examination and taking sample in view of the situation arising from Criminal Procedure Code, which is in all intents and purposes, an attempt to realign, it is argued, CPC with the Turkish Criminal Justice System.

**Keywords:** Criminal Procedure, Material Fact, Physical Bodily Examination, Taking Sample, Scientific Evidence.

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (senels@erciyes.edu.tr).

## I. GİRİŞ VE KONU

Ceza muhakemesinin temel amacı maddi gerçeğin hiçbir şüpheye yer verilmeyecek şekilde ortaya çıkarılmasıdır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarabilmesi kadar önemli olan diğer bir husus da ceza muhakemesi süreçlerinin sağlıklı bir şekilde işletilerek adaletin sağlanmasıdır. Tüm bu süreçlerde hukuka uygun bir şekilde delil elde etmek hukuk devletinin bir gereği olarak karşımıza çıkmakta ve bu nedendir ki somut olayı inceleyen hakimler, ulaşılan delilleri incelemekte ve vicdani bir kanaate ulaşmaktadırlar. Bu şekilde yapılan bir değerlendirmenin sonucunda her zaman kesin bir kanaate varılması da mümkün olmamaktadır. Bunun da doğal bir sonucu olarak dünyadaki eğilimin “vicdani delil” sisteminden “bilimsel delil” aşamasına geçilmesi yönünde olduğunu söyleyebiliriz<sup>1</sup>.

Bu bakımdan delil elde etmeksizin karara varılması mümkün olmadığına göre; hukuki bir düzlemde insan haklarından taviz verilmeden delil elde edilmesi amacıyla DNA testi yapılabilmesi, kişilerden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınabilmesinin yolu Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması Kurumu’na yer verilerek açılmış ve bu durum bilimsel delil aşamasına geçişte büyük bir adım teşkil etmiştir<sup>2</sup>. Söz konusu kurumun işletilmesi ile hem delilden sanığa ulaşılması sistemi uygulanabilir hale gelmekte<sup>3</sup> ve böylece insan hakları ihlallerinin önüne geçilmekte hem de klasik delillere nazaran daha kesin ya da kesine yakın bir şekilde maddi gerçeğin ortaya konulması mümkün olmaktadır<sup>4</sup> ve bunun sonucunda ceza muhakemesi ilkelerine riayet edilerek adaletin dağıtılması sağlanabilmektedir.

Bu denli önemli bir kurum olmasına rağmen 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na gelinceye kadar Türk ceza adaleti sisteminde bu kuruma yer verilmemekteydi. Bu tedbire başvurabilmek için de zamanın ihtiyaçlarına cevap vermeyen çok sınırlı ve yetersiz bir

<sup>1</sup> **Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 373; **Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 49; **Toroslu**, Nevzat/ **Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2008, s. 170; **Koca**, Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, s.209.

<sup>2</sup> **Şahin**, Cumhuriyet/ **Göktürk**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara, Seçkin Yayınevi, Ocak 2013, s. 47.

<sup>3</sup> **Öztürk**, Bahri/ **Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/ **Sırma**, Özge/ **Saygılar**, Yasemin F./ **Alan**, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Seçkin Yayınevi, Ekim 2010, s. 453.

<sup>4</sup> **Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, Eylül 2013, s. 271; **Kunter**, Nurullah/ **Yenisey**, Feridun/ **Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2010, s. 995; **Ünver**, Yener/ **Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1, Ankara, Adalet Yayınevi, Mayıs 2013, s. 387.

düzenleme niteliğinde olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun "Bilirkişinin Tayini"ni düzenleyen 66. maddesinin 5. fıkrası uygulanmaktaydı<sup>5</sup>. Ancak; bu hüküm hazırlık soruşturmasında muayeneye karar verilmesinde yetki meselesini çözmesine rağmen muayeneye ilişkin kapsam ve koşulları belirlememekteydi<sup>6</sup>. Yeni Türk ceza adaleti sistemi kurgulanırken bu konudaki eksiklik dikkate alınarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun<sup>7</sup> "Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlıklı Üçüncü Bölümü'nde bu kuruma ve kurumla ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun'un 75. maddesinde "Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması", 76. maddesinde "Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", 77. maddesinde ise "Kadınının Muayenesi" düzenlenmiştir. Ayrıca Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik'te<sup>8</sup> konu ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu çalışmada öncelikle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumu, teorik çerçevede kavram, amaç ve hukuki niteliği bakımından incelemeye tabi tutulacak, sonrasında Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenleme sırasına göre şüpheli veya sanıklar ile diğer kişiler bakımından mevcut hükümler incelenecektir. Ayrıca Kanun'daki eksiklikler ve uygulamadaki eleştiriler nedeniyle mevzuatta yapılan değişiklikler ile yargısal ve bilimsel içtihatlarla da yeri geldikçe değinilecektir.

## II. TANIMI, AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Tanımı

Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararı ile kişinin bedeninden örnekler alınmasına ve beden üzerinde ve içinde tıbbi yöntemlerle delil araştırılmasına beden muayenesi denmektedir<sup>9</sup>. Tanımdan anlaşıldığı üzere bedenin muayene edilmesi ve vücuttan örnek alınması iki farklı işlemi ifade etmektedir<sup>10</sup>. Kanun, muayene ve

<sup>5</sup> Centel/ Zafer, s. 269; Kunter,/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 995.

<sup>6</sup> Centel/ Zafer, s. 269.

<sup>7</sup> Bundan sonra Kanun olarak anılacaktır.

<sup>8</sup> Bundan sonra Yönetmelik olarak anılacaktır.

<sup>9</sup> Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 453. Farklı tanımlar için bkz. Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi, *Facultatis Decima Anniversia*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yıl Armağanı, İstanbul, 1993, s.75; İnci, Safiye Özen, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 2007, s. 134; Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 996.

<sup>10</sup> Doktrinde her iki işlemi de ifade etmek üzere *bedene müdahale* deyiminin kullanılması hakkında bkz. Centel/ Zafer, s. 268.

müdahale ayrımını yapmakta olup Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81a maddesinde de bu ayrıma yer verilmektedir<sup>11</sup>. Muayene, tıp kurallarına göre bazı sonuçlar elde etmek için vücuda dokunularak yapılan birtakım tespitlerdir. Müdahalede ise vücuda operasyonel bir giriş söz konusudur<sup>12</sup>.

## B. Amacı

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumu ile varılmak istenen temel amaç, soruşturma ve kovuşturma konusu olayla ilgili delil elde etmektir<sup>13</sup>. Söz konusu amaç, yargılama açısından önemli olan bir vakianın tespitine yöneliktir<sup>14</sup>. Bu bağlamda olay yeri incelemesi sonucu ulaşılan delillerin karşılaştırılması, doğruluğunun tespiti ve yakalanan kişinin araştırılan suçla ilgisi ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır<sup>15</sup>. Zaten Kanun'un şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması başlıklı 75. maddesinde bir suça ilişkin delil elde etmek ibaresi kullanılarak bu amaç açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte deney veya deneme amacıyla insan bedeni üzerinde araştırma yapmak amacıyla bu hükümlerden yararlanılması olanaksızdır<sup>16</sup>. Kişinin bedeninden rızası olmaksızın örnek alınması, nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil edecek midir? Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrası "Hiç kimse kendisinin ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." hükmünü içermektedir. AİHM'de nemo tenetur ilkesini AİHS 6. maddesinde yer alan adil yargılanma ilkesine dayandırmakta-

<sup>11</sup> **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 997.

<sup>12</sup> **Yenisey**, Feridun, *Beden Muayenesi ve Örnek Alma*: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül- 2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s.71. Aktaran; **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 997.

<sup>13</sup> **Bıçak**, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 2011, s. 642; **Centel/ Zafer**, s. 269; **Cihan**, Erol/ **Yenisey**, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s.160; **Eryılmaz**, Mesut Bedri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Kasım 2012, s. 604; **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 995; **Kunter**, Nurullah, *Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1981, s. 520; **Özbek**, Veli Özer/ **Kanbur**, M. Nihat/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 2012, s. 460; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s. 453; **Soyaslan**, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2010, s.256; **Şahin / Göktürk**, s. 47; **Ünver/ Hakeri**, s. 387.

<sup>14</sup> **Ünver/ Hakeri**, s. 387.

<sup>15</sup> **Bıçak**, s. 642; **Eryılmaz**, s. 604; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 460; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.453, **Soyaslan**, s.253.

<sup>16</sup> **İnci**, s. 135. Kanun'un 75. madde metni, 25.05.2005 tarihli ve 5353 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bu husus değişiklik gerekçesinde söz konusu kuruma başvurulmasının münhasıran şüpheli veya sanığa isnat edilen suçla ilgili delil elde etmek amacıyla yönelik olduğu, bu bakımdan da örneğin, bilimsel bir deney veya veri bankası oluşturmak amacıyla, söz konusu işlemlerin yapılamayacağı şeklinde ifade edilmiştir.

dır<sup>17</sup>. Ancak; sanığın susma hakkı ile kendi aleyhine beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamaması hakkı, kan, idrar veya diğer doku örnekleri gibi materyallerin, suçun ispatı amacıyla kullanılmasını engellemeyecektir<sup>18</sup>.

### C. Hukuki Niteliği

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumu ile arama önleminde farklı olarak insan bedeni, bedenin boşlukları ile bedenin dışı veya içi araştırılmaktadır<sup>19</sup>. Bu nedenledir ki hem koruma tedbiri hem de bilirkişi incelemesi niteliğindedir<sup>20</sup>. Zira işlenen bir suç nedeniyle delil elde edilmesi, kişinin vücut bütünlüğüne ve özel hayatına müdahale oluşturduğu ve gerektiğinde zor kullanılarak yerine getirildiği için koruma tedbiri özelliği taşımaktadır<sup>21</sup>. İnsan bedeniindeki belirti delillerini araştırılması, karşılaştırma yapmak üzere bunlardan örnek alınması ve anlamlandırılması uzmanlık gerektiren işlemlerdir. Bu nedenle söz konusu işlemleri yapma yetkisi bilirkişilere verilmiştir<sup>22</sup>. Diğer bir deyişle de muayene ve örnek almayı gerçekleştirecek hekim veya sağlık mesleği mensubu açısından ise bilirkişi incelemesi özelliği taşıyacaktır<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> AİHM'in 17.12.1996 tarihli İngiltere'ye karşı Saunders kararı'nda davaya konu olayda AİHS m. 6/1 c.1'de öngörülen nemo tenetur ilkesine aykırılık bulunduğu dair kararı hakkında bkz. **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s. 454. Yine 04.12.1978 tarihli Hollanda'ya karşı X kararı'nda davaya konu olayda zorunlu kan testinin yapılmasının, AİHS m. 8/2 paragrafı bağlamında diğerlerinin haklarını korumak için gerekli olduğu ve sözleşmeye aykırılık oluşturmadığına dair kararı hakkında bkz. **Cengiz, Serkan/ Demirağ, Fahrettin/ Ergül, Teoman/ McBride, Jeremy/ Tezcan, Durmuş**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramaları, Avrupa Konseyi ve Türkiye Barolar Birliği Ortak Projesi, Kasım 2008, Ankara, s. 80 vd.

<sup>18</sup> **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s. 454. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Centel/ Zafer**, s. 276 vd; **İnci**, s. 152 vd.

<sup>19</sup> **Roxin**, Claus/ **Schünemann**, Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009; 27. Auflage, München 2012. Aktaran; **Ünver/ Hakeri**, s. 388.

<sup>20</sup> Karma bir hukuki niteliğe sahip olduğu görüşü için bkz. **Centel/ Zafer**, s. 269; **İnci**, s. 136; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 460.

<sup>21</sup> Koruma tedbiri, bilimsel ve modern bir delil elde etme yöntemi olduğu görüşü hakkında bkz. **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s. 454; **Şahin / Göktürk**, s. 47.

<sup>22</sup> Bilirkişilik hakkında bkz. **Sevük**, Handan Yokuş, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXIV, Sayı: 1, İstanbul, 2006, s. 291; **Yıldız**, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4, Erzincan, Aralık 2006, s. 273. Beden muayenesi ve örnek alınmasında bilirkişilik hakkında bkz. **Kızılarslan**, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi - Örnek Alma, Doktrin ve Uygulama, Ankara, 2007 s. 287.

<sup>23</sup> **Centel/ Zafer**, s.272; **Özbek**, Veli Özer, Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 366.

### III. ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI

#### A. Genel Olarak

Kanun beden muayenesini, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve diğer kişilerin beden muayenesi olarak iki şekilde düzenlemiştir. Bu ayrımın muayene edilecek kişiler bakımından söz konusudur. Ayrıca beden muayenesi iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. Ancak; dış beden muayenesine ilişkin düzenleme<sup>24</sup>, Kanun'da bulunmayıp<sup>25</sup> sadece Yönetmelik'te bulunmaktadır<sup>26</sup>.

#### B. İç Beden Muayenesi

Yönetmelik'te iç beden muayenesi; kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi şeklinde tanımlanmıştır. Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene, iç beden muayenesine dahildir. Yine şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi diğer örnekler alınması da mümkündür. Bu durum, kanun koyucu tarafından iç beden muayenesi kapsamında görülmemiş Kanun'da ayrıca ifade edilmiştir. Ancak; Kanun'da iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması tek hükümle düzenlenerek vücuttan örnek alma, adeta iç beden muayenesi sayılmıştır<sup>27</sup>. Oysa Yönetmelik'te iç ve dış beden muayenesi değişik hükümlerde düzenlenmiştir.

#### 1. Koşulları

##### a. İsnat Edilen Suçla İlgili Delil Elde Etme Amacı Olmalıdır

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumunun uygulanmasında ki temel amaç, şüpheli veya sanık tarafından işlendiği şüphesi uyandıran bir

<sup>24</sup> Kanun'da dış beden muayenesinin düzenlenmemesinin nedenini herhangi bir karar alınmasına gerek olmaksızın soruşturma ve kovuşturma makamlarının başvurabilmesi olarak açıklayan görüş için bkz. **Şahin / Göktürk**, s. 47.

<sup>25</sup> Doktrinde dış beden muayenesinin arama olmadığı, aramanın elbise üzerinde veya içerisinde, cilt üzerinde veya doğal boşluklarda gizlenen bir şeyin oltaya çıkarılmasının olduğu ve tıbbi yöntemler kullanılmadığı ileri sürülmektedir. **Meyer- Gossner**, Reform des Rechtsmittelsystems In Strafsachen, § 81a no.9a, StV 1997. Aktaran; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s. 455. Bu sebeple de kanuni düzenleme yapılmamış olması eleştirilmektedir. **Centel/ Zafer**, s.268; **İnci**, s. 151.

<sup>26</sup> Bu durumun, dolaylı olarak arama hükümlerinin uygulanmasını sağlamak olduğu görüşü hakkında bkz. **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.455; **Turhan**, Faruk, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi), V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara,, 2008, s.1029.

<sup>27</sup> **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 1004.

suça yönelik delil elde etmektir. Bu bağlamda Kanun'a göre suç şüphesi altında bulunan kişinin şüpheli olarak adlandırıldığı soruşturma evresinin, kişinin vücuduna müdahale edilmesi talebiyle başlaması mümkündür. Burada müdahale kararı verilebilmesi için soruşturma evresini başlatmayı haklı gösterebilecek derecede suç şüphesinin bulunması gereklidir. Ancak; suç şüphesinin varlığı müdahale sonucunda ortaya çıkacak ise bu işleme başvurulmamalıdır<sup>28</sup>.

Bunun gibi delil elde etme amacı taşımadığı için idari yaptırım uygulamak veya toplumsal baskı amacıyla yapılan bekaret kontrolleri ve diğer tüm muayene ve örnek alma işlemleri de bu anlamda nitelendirilemez<sup>29</sup>. Ancak; yasal koşullara uygun olarak yapılan bu türden bir muayenenin sonuçları, daha sonra bir suç soruşturmasının nedeni olabilecektir. Ayrıca Kanun'un 75. maddesine dayanılarak yapılan beden muayenesi sonucu elde edilen deliller, aynı suçla ilgili olsa bile açılmış olan hukuk davası kapsamında kullanılamaz. Çünkü hukuk davasında beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemi, hukuk muhakemesi kurallarına göre yapılmalıdır<sup>30</sup>.

#### ***b. Suçun Cezasının Üst Sınırı İki Yıldan Az Olmamalıdır***

Kanun'un 75. maddesine göre şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılması veya vücudundan örnek alınabilmesi, yüklenen suçun cezasının üst sınırının iki yıl veya daha fazla hapis cezası olmasına bağlıdır<sup>31</sup>. Bu bakımdan üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda söz konusu işlemler yapılamayacaktır. Mesela, hırsızlık, terk, çocuk düşürme, tehdit, hakaret, trafik güvenliğini tehlikeye sokma gibi suçlarda kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacak, kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacaktır<sup>32</sup>. Kurumun, koşulları bakımından koruma tedbirlerine benzetilmesi nedeniyle isnat edilen suçun ağırlığıyla uygulanacak işlem arasında orantı bulunması gerekmektedir. Kuruma ilişkin maddeye kişiye isnat edilen suçun cezasının belirli bir ağırlıkta olması şartı konularak bu amaçla maddenin uygulama alanı daraltılmaya çalışılmıştır<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Centel/ Zafer, s. 273.

<sup>29</sup> Kızıllar, s. 223-225.

<sup>30</sup> Turhan, s. 1041, 1042.

<sup>31</sup> Doktrinde vücuttan örnek alınması kurumuna başvurulması yoluyla kolaylıkla ispatı mümkün olmasına rağmen iki yıllık sınırın altında kalması nedeniyle bu işlemlerin yapılamaması haklı olarak eleştirilmektedir. Örnek olarak da Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinde yer alan uyuşturucu kullanma suçuna ilişkin hüküm gösterilmektedir. Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1006.

<sup>32</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 463.

<sup>33</sup> Centel/ Zafer, s. 274.

İsnat edilen suçun cezasının iki yıldan fazla olması konusunda bir tereddüt olmamasına karşın uygulamada konuyla ilgili bazı sıkıntılar karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi; yüklenen suç birden fazla ise, sınırın belirlenmesi bakımından ne yapılacağı hususudur. Böyle bir durumda her bir suç birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmeli, cezasının üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis olan suçlar açısından bu kurum uygulanmalıdır<sup>34</sup>. Çünkü kurumun getirilişindeki asıl amaç, belli bir suç kapsamında delil elde etmektir.

İkinci husus ise yüklenen suçun kovuşturma aşamasında hukuksal niteliği değişirse ve cezası iki yıllık sınırın altına inerse ne olacağıdır. Böyle bir durumda bu yolla elde edilen bilgilerin hukuka aykırı delil niteliğinde olacağı kabul edilmektedir<sup>35</sup>.

***c. Tedbire Hakim Tarafından Gecikmesinde Sakınca Bulunması Halinde ise Cumhuriyet Savcısı Tarafından Karar Verilmelidir***

İç beden muayenesi ve vücuttan örnek alma kararı, hakim veya mahkeme tarafından re'sen verilebileceği gibi, Cumhuriyet savcısının veya mağdurun talebi<sup>36</sup> üzerine de verilebilir. Esas olarak hâkim veya mahkeme kararı gerekir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının emri ile de bu tedbire başvurulabilir. Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi burada da Cumhuriyet savcısının kararı yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Ancak; Kanun'un 75/1. fıkrasına göre hakim veya mahkeme tarafından onaylanmayan kararlar, hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller hukuka aykırı oldukları için kullanılamayacaktır<sup>37</sup>.

Hangi halde gecikmede sakınca bulunacağı ise Yönetmelik'in 3. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması ya da şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması halinde gecikmede sakınca bulunmaktadır. Kanun, kuruma başvurulmasında kolluğa yetki tanımamıştır. Gecikmesinde tehlike bulunması kavramının ceza muhakemesinde kuralların istisnasını yaratma zorunluluğu doğuran bir kavram olduğu düşünüldüğünde söz konusu durum amaca uygun düşmemektedir. Zira bu durumda soruşturmanın gerektiği gibi yapılamaması ve kanıt kaybı tehlikesi gündeme gelmektedir. Bu sebeple de

<sup>34</sup> Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 456.

<sup>35</sup> Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 456.

<sup>36</sup> Soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin zorunlu savcılık durumu dışında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine karar verdiği değerlendirildiğinde mağdurun doğrudan sulh ceza hakiminden istemde bulunması soruşturmanın işleyişi açısından uygun görünmemektedir. Centel/ Zafer, s. 275.

<sup>37</sup> Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hakim onayına sunulmaması durumunda da elde edilen bilgilerin değerlendirilemeyeceği görüşü hakkında bkz. Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 457.



gecikmesinde tehlike bulunması durumlarında kolluğa da bu yetkinin tanınması gerekmektedir<sup>38, 39</sup>.

Diğer bir tartışmalı husus da şüpheli ya da sanığın rızasının bulunması durumuna ilişkindir<sup>40</sup>. Rızanın varlığı halinde hakim veya savcı kararına gerek olmamalıdır. Zira Yönetmelik'in 18/3. fıkrası bu uygulamaya izin vermektedir<sup>41, 42</sup>. Şüpheli veya sanığın muayeneye rıza göstermiş olmasının savcıdan karar alma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı<sup>43</sup> doktrinde savunuluyor olmasına rağmen ceza muhakemesinin amacının hukuk düzenini ve barışı yeniden kurmaya yarayan maddi gerçeğe ulaşmak olduğu ve kişinin bu süreçte suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu sayılmayacağını anlamında suçsuzluk karinesinden<sup>44</sup> yararlanmakta olduğu değerlendirildiğinde Yönetmelik'in 18/2. fıkrası bağlamında iddiasını ispat etmek için mağdura tanınmış bu hakkın, şüpheli veya sanığa tanınmamış olması kişinin şüphe altında kalmasına neden olabilecektir. Böylesi bir durum da ceza muhakemesinin amaçlamadığı bir sonucu ifade edecektir görüşüdeyiz.

Bununla birlikte şüpheli ve sanık bedene müdahale kararı alındıktan sonra buna katlanmak zorunluluğu altındadır. Bu konuda rızası aranmamaktadır. Ancak; şüpheli ya da sanığın bu işlemlere aktif katılımı için zorlanması da söz konusu değildir. Rızanın aranmaması, bu konudaki kararın gerektiğinde zorla infazına da imkan tanımaktadır<sup>45</sup>. Zira Yönetmelik'in 18. maddesi bu konuda gerekli önlemlerin Cumhuriyet Başsavcılığınca alınacağını ifade etmektedir.

#### *d. Müdahalenin Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesi Olmamalıdır*

İç beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması, kişinin vücudunun içine müdahale niteliği taşıdığı için Kanun'un 75/2. fıkrası yapılacak müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması koşulunu aramıştır.

<sup>38</sup> Centel/ Zafer, s. 275.

<sup>39</sup> Aksi yönde görüş için bkz. Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 457. Burada bedene müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi oluşturabileceği dikkate alındığında kolluğa yetki tanınmamasının anlaşılabilir bir durum olduğu ifade edilmektedir.

<sup>40</sup> Rıza konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici Şahin, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2012.

<sup>41</sup> Soyaslan, s. 255.

<sup>42</sup> Aksi yönde görüş için bkz. Centel/ Zafer, s. 276. Yazarlar, temel haklardan birine müdahale edilmesini kabul etme özgürlüğünün mutlak olmadığını, bir müdahaleye razı olma özgürlüğünün hukuk devleti ile uygun orantı ilkeleri ve insan onuruyla sınırlı olduğunu, bir temel hakka müdahaleye razı olmanın geçerli sayılmayacağını yasada açıkça belirtilmemesinin rızanın geçerli olacağını göstermeyeceğini savunmaktadırlar.

<sup>43</sup> Centel/ Zafer, s.277; Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 458.

<sup>44</sup> Üzülmüş, İlhan, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, Mayıs-Haziran 2005, s. 41.

<sup>45</sup> Şahin / Göktürk, s. 47.

Kanun, burada bir taraftan delil elde etme diğer taraftan şüpheli veya sanığın hayatını koruma arasındaki menfaat dengesine bakmış ve kişinin sağlığını daha üstün tutmuştur<sup>46</sup>. Yönetmelik'in 4/3. fıkrası ise daha ayrıntılı bir ifadeye yer vermiş, kişinin sağlığına açık ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartını aramıştır. Ancak; müdahalenin kişinin sağlığı üzerinde tehlikeye yol açıp açmayacağına hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmesi çoğu zaman imkansızdır. Bu nedenle böyle bir tereddüt yaşandığında bilirkişiye başvurulması gerekir. Ancak bilirkişi görüşü bağlayıcı değildir<sup>47</sup>.

Ayrıca sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı saptanırken müdahalenin şekli değil, somut olarak ilgili kişinin sağlık durumu dikkate alınmalıdır. Muayenenin verdiği acılar ve diğer geçici rahatsızlıklar, tek başlarına zarar verme tehlikesi olarak kabul edilmemelidir. Ancak; muayene süresini oldukça aşan bir süre etkisini devam ettiren bedensel huzuru bozucu rahatsızlıklar, zarar tehlikesi olarak kabul edilebilir. Yine muayeneden korkmak veya muayenenin meydana getirdiği ruhsal baskı da sağlığa zarar veren tehlike kapsamında görülmemelidir<sup>48</sup>. Konuya ilişkin AİHM'in 2006 tarihli Almanya'ya karşı Jalloh kararı'nda davaya konu olayda uyuşturucu madde ile ilgili delil elde etmek için şüpheliye, savcının talimatı ile rızasının bulunmamasına ve aktif direnç göstermesine rağmen midesine indirilen sonda ile kusturucu madde verilmiştir. Olay hekim kontrolünde gerçekleştirilmiştir. AİHM konuya ilişkin kararında beden muayenesine ilişkin hükümlerin insan hakları hukukuna uygunluk sınırlarını açıkça ortaya koymuştur<sup>49</sup>. Buna göre yutulmuş olan uyuşturucu kapsüllerin çıkarılması için zor kullanılarak sanığa kusturucu madde verilmesini ve apormorfin maddesi enjekte edilmesini sağlık açısından tehlikeli bularak bu müdahaleyi insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak nitelendirmiş ve sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır<sup>50</sup>.

Müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi olmaması şartı, adli tıp uzmanları tarafından tartışılmakta ve bir çelişkiden bahsedilmektedir. Zira Yönetmelik aydınlatılmış onamdan söz etmekte ancak; rıza verilmemesi halinde kararın uygulanması için Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınmasını düzenlemektedir. Bu durumda kişinin rızası olmasa bile muayene edilebileceği veya vücudundan örnek alınabileceği manasına gelmektedir. Oysa sağlık, Dünya Sağlık Örgütü'nün sağlık tanımlamasında bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik halini ifade etmektedir. Hukuksal düzenleme açısından da

<sup>46</sup> Soyaslan, s. 255.

<sup>47</sup> Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma,/ Saygılar/ Alan, s. 459.

<sup>48</sup> Turhan, s. 1049.

<sup>49</sup> Mahmutoğlu, Fatih Selami, Beden Muayenesi, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 7, Haziran 2010, s. 26.

<sup>50</sup> Ünver/ Hakeri, s. 394.

kişinin sağlığına açık ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği belirlenmiştir. Tam da bu noktada böylesi bir durum medikal yaklaşımda bir çelişkiyi ifade etmektedir<sup>51</sup>. Bu bakımdan ceza yargılamasında maddi gerçek, ne pahasına olursa olsun araştırılmamakta aksine bu faaliyetin yargılama kurallarına uygun olarak insan hakları ihlal edilmeksizin gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>52</sup>. Bu nedenle de salt maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için kişilik hakları yok sayılamayacaktır. Bu açıdan bedene müdahalenin, ancak ve ancak kişinin muhakeme makamları önünde alınmış açık rızasıyla başvurulabilecek bir işlem olması gerektiği görüşünderiz<sup>53</sup>.

#### *e. Orantılılık ve İkincillik İlkelerine Uygun Davranılmalıdır*

Hukuki niteliği itibariyle koruma tedbiri olma özelliği taşıyan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma kurumuna başvurulduğu durumlarda ölçülülük ve ikincillik ilkelerine riayet edilmelidir<sup>54</sup>. Buna göre kuruma ancak diğer delil elde etme yöntemleri denendikten sonra veya bunların etkisiz kalacağına anlaşılmaması koşulu ile son çare olarak başvurulmalıdır<sup>55</sup>. Esasen bazı yazarlara göre ölçülülük ilkesi hukuk devleti temeline oturtulabilir<sup>56</sup>. Zira Türk Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında bu husus, araç ile amaç arasındaki mantıki bağın bozulması şeklinde ifade edilmektedir. Ölçülülük ilkesi, Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında da sınırlamanın denetiminde başvuru temel ölçüt olarak geniş yer tutmaktadır<sup>57</sup>.

Ölçülülük ilkesine<sup>58</sup> göre tedbire karar verecek merci, beden muayenesi sonucu elde edilecek yarar ile verilmesi muhtemel zarar arasında bir oran bulunup

<sup>51</sup> **Arıcan**, Nadir, *Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları*, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 7, Haziran 2010, s. 23.

<sup>52</sup> **Üzülmez**, s. 41.

<sup>53</sup> Kaldı ki doktrinde de basın organlarının iddia ettiği gibi uygulamada çok sayıda şüpheliden rıza tutanakları ile tükürük, kan ve sperm örnekleri alınıp, ardından hakimden beden muayenesi kararı alındığı, bu durumun gerek Kanun'a ve gerekse hukuka aykırı olduğu ve bu şekilde ulaşılan delillerin de hukuka aykırı delillerden olup kullanılamayacağı haklı olarak ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. **Ünver/ Hakeri**, s. 393.

<sup>54</sup> **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 261.

<sup>55</sup> **Mahmutoglu**, s. 26.

<sup>56</sup> **Bayzit**, Tuğba, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2007, s. 58.

<sup>57</sup> **Özbudun**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 104.

<sup>58</sup> Alman ceza muhakemesinde ise beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin işlemlerin tedbir niteliği ön plana çıkmakta ve bu tedbirin kanun koyucu tarafından bir istisna hükmü olarak kaleme alındığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi gereği ceza yargılaması açısından tali niteliği haiz bu kuruma ancak diğer soruşturma tedbirlerinden bir sonuç alınmaması halinde başvurulabilecektir. Açıklama için bkz. **Wolters**, Gereon, *Alman Ceza Usul Hukuku'nda Bedensel Muayene ve DNA Analizi*. Çeviren; **Gündoğdu**, Fatih, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 7, Haziran 2010, s.37.

bulunmadığını dikkate alıp, elde edilecek yararın fazla olması halinde tedbire karar vermektedir. Ancak; tedbirin uygulanmasında neyin ölçü alınacağı ve hangi kıstasların orantıyı tespit için kullanılacağı Kanun'da net olarak belli değildir. Bu suretle orantılılık ilkesinin her olayda, o olayın özelliklerini oluşturan bütün unsurlar bir bütün halinde düşünülerek değerlendirilmesi gerekir<sup>59</sup>. Ayrıca belirtmelidir ki; cezası iki yıldan az olan hafif suçlarda iç beden muayenesi ve örnek almanın kanun koyucu tarafından yasaklanması da bu ilkenin gereğidir. Dolayısıyla ikincillik ilkesine göre ise nitelik olarak daha hafif olan başka bir kurum ile aynı sonuca ulaşabilmek mümkünse, bu kuruma başvurulmayacaktır<sup>60</sup>.

***f. Müdahalenin Hekim ya da Diğer Bir Sağlık Mesleği Mensubu Tarafından Yapılması Gerekir***

Yukarıda ifade edilen orantılılık ilkesi gereğince dikkat edilmesi gereken bir başka husus da kuruma ilişkin işlemlerin ancak tabip ve sağlık mesleği mensubu diğer kişiler tarafından yapılabileceğidir. Kanun'un 75/3. fıkrasına göre iç beden muayenesi ancak hekim veya diğer bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabiliyorken<sup>61</sup>, Yönetmelik'in 4/3. fıkrasına göre iç beden muayenesi sadece hekim tarafından yapılabilir<sup>62</sup>. Dolayısıyla Yönetmelik ile sağlık mesleği mensuplarının tek başlarına iç beden muayenesi yapmaları engellenerek kanun hükmü sınırlandırılmıştır<sup>63</sup>.

Kanun'un 75/2. fıkrasına göre vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması ise, ancak hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi<sup>64</sup> tarafından yapılabiliyorken, Yönetmelik'in 6/2. fıkrasına göre kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler hekim tarafından veya onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından alınabileceği düzenlenmiştir. Böylece sağlık mesleği mensubu kişilerin tek başlarına örnek alma ihtimali ortadan kaldırılmıştır. Kanun'da sayılan bu kişiler dışında bir kişi tarafından hiçbir şekilde vücuda müdahale yapılamayacaktır.

<sup>59</sup> Kızılarslan, s. 232-233.

<sup>60</sup> Şahin/ Göktürk, s. 49.

<sup>61</sup> 2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanun ile madde metni değiştirilmeden önce bu müdahale hekim tarafından ve hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabiliyor iken değişiklik sonrasında hekim tabiri tabip haline dönüşmüş ve sağlık mesleği mensubu da bu müdahaleyi tek başına yapabilir hale gelmiştir. Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1008.

<sup>62</sup> Yönetmelik hükmünün bu haliyle kanuni düzenlemeden daha ileride olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 462.

<sup>63</sup> Centel/ Zafer s. 277.

<sup>64</sup> Sağlık mesleği mensubu diğer kişi deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılmalıdır.(Yönetmelik 3. m.)

Ancak; Yönetmelik'in 23. maddesine göre kişinin vücudunun üzerinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler, olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilecektir. Diğer bir deyişle şüpheli veya sanığın bedeninde olup kendisine ait olan örneklerin alınması hekim veya onun gözetimindeki sağlık mesleği mensubu kişi tarafından yapılacakken, şüpheli veya sanığın bedeninde olmakla birlikte, kendisine ait olmayan kıl, tüy, lif gibi örnekler, kolluk tarafından alınabilecektir.

***g. Özel Kanunlarda Alkol Muayenesine ve Kan Örneği Alınmasına İlişkin Hükümler Saklı Tutulmuştur***

Yukarıda da ifade edildiği gibi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumuna başvurulabilmesi için yüklenen suçun cezasının üst sınırının iki yıl veya daha fazla hapis cezası olması gerekmektedir. Fakat tedbirin konusunu oluşturan suçlara ilişkin bu sınırlama, tedbirin sıklıkla uygulanmasının gerektiği suçlar bakımından sorunsal gözükmektedir<sup>65</sup>. 2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bu tür sorunları bertaraf etmeye yönelik hükümler getirilmiştir.

Kanun'un 75/7. fıkrasında özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır ifadesine yer verilmekte ve Karayolları Trafik Kanunu m.48/2' de yer alan uyuşturucu ve keyif verici madde kullanan sürücülerde bunun türünün; alkollü içki alanlarda ise, bunların etki derecesi ve kandaki oranının tespit edilmesine ve yine Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu m.13'te<sup>66</sup> yer alan yakalananlardan uyuşturucu madde kullanmış olanlarla sarhoş olanların yakalanma anındaki sağlık durumlarının belirlenmesine ilişkin düzenlemelere atıfta bulunmaktadır.

Karayolları Trafik Kanunu 48. maddesi bağlamında buradaki hüküm gereği kan alınmasının zor kullanılarak yapılması gerekmektedir<sup>67</sup>. Bu hükmün özel hüküm olması nedeniyle de beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumuna ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Dolayısıyla kişilerin direnmesi duru-

<sup>65</sup> Bu durum, özellikle TCK m. 179/3. fıkrasında düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu açısından karşımıza çıkmaktadır. **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 463.

<sup>66</sup> Benzer bir hüküm Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 30/2. fıkrasında da bulunmaktadır.

<sup>67</sup> KTK 48. maddesine göre çıkarılan Karayolları Trafik Yönetmeliği kan ve idrar analizi yapılmasını, durumun teknik cihazlarla tespit edilmesini, buna itiraz edilmesi halinde de alkolemi derecesinin belirlenmesi için kanının alınarak tetkik ettirilmesini, bunun da mümkün olmaması halinde test uygulanmasını öngörmüştür. (KTY m.97) Bu hükümlerden trafik polisinin rıza olmasa bile kan alırdabilmesinin kabul edildiği sonucunun çıkarılabileceği ifade edilmektedir. **Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 1013.

munda hangi oranda cebir kullanılacağı bir sorun teşkil etmektedir<sup>68</sup>. 24 Mayıs 2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik Karayolları Trafik Kanunu'ndaki bu tür sorunları bertaraf etmeye yöneliktir.

Buna göre kişilerin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışmaları durumunda bu kişiler, kolluk tarafından teknik cihazlar kullanılması suretiyle muayeneye tabi tutulabilecektir. Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen kişiler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınacaktır. Söz konusu işlemler bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesi beşinci fıkrası dışında uygulanacaktır. Ayrıca trafik kazası sonucunda kişilerin ölmesi veya teknik cihaza üfleymeyecek kadar yaralanmış olması durumunda da bu kişilerden kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınacaktır. Ceza muhakemesi tedbirlerinin kanuniliği ilkesi karşısında tedbire ilişkin kapsam ve koşulların kanun ile belirlenmesi şüphesiz yerinde olmuştur. Söz konusu işlemlerin uygulanması açısından Karayolları Trafik Kanunu göre daha güvenceli bir sistemi benimsemiş olan Ceza Muhakemesi Kanunu'na atıf yapılarak bu Kanun'daki uygulamanın benimsenmiş olması uygulamacıların işini kolaylaştırabileceği gibi tedbire maruz kalanlar açısından da hukukun üstünlüğüne olan inancın pekiştirilmesine katkıda bulunacaktır. Bununla birlikte öncesinde eleştirilere maruz kalmasına rağmen söz konusu değişikliğin içerisinde yer almayan hususlar da mevcuttur<sup>69</sup>.

### C. Dış Beden Muayenesi

Dış beden muayenesi Yönetmelik'in 3. maddesine göre vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme

<sup>68</sup> Doktrinde bu soruna değinilmekte ve buradaki zorlamanın insan onurunu ihlal etmemesi gerektiği vurgulanmaktadır. Zira düzenleme yapılana değin ölçülülük ilkesi gereği zorla kan alımı yapılması ve fakat Kanun'da olduğu gibi orantılılık ilkesine göre ölçütler getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ünver/ Hakeri, s. 395.

<sup>69</sup> Söz konusu işlemleri yerine getirmeyen görevliler açısından TCK m.257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olabiliyorken, kişiler bakımından bir ceza hükmü mevcut değildir. Ünver/ Hakeri, s. 396. Zira Karayolları Trafik Kanunu'nun değişik 48. maddesi kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen kişilere 2000 Türk Lirası idari para cezası verileceği ve sürücü belgesinin iki yıl süreyle geri alınacağını düzenlemektedir. Ancak; bu hususun da değişikliğin içerisinde yer alması ve işlemleri kabul etmeyenler bakımından TCK m.265'te düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu dışında bir ceza hükmüne yer verilmeliydi.

yöntemleri<sup>70</sup> de dış beden muayenesinden sayılmaktadır<sup>71, 72</sup>. Dış beden muayenesi yapılış şekli itibariyle benzerlik içermesine karşın üst aramasından farklıdır. Beden muayenesinde amaç, vücut üzerindeki izlerin tespit edilmesiyken aramada ise elbiseler arasında ya da altında vücutta saklı bulunan suç delili olabilecek şeylerin varlığının tespiti amaçlanmaktadır. Ayrıca dış beden muayenesinde kısmen ya da tamamen çıplak vücut araştırma ve inceleme konusu teşkil etmekteyken aramada giyinik bedenin kontrolü ile yetinilmektedir<sup>73</sup>. Dolayısıyla dış beden muayenesi, şüpheli veya sanığın bedeninde başkalarına ait belirti veya delillerin ya da vücut ve organların yapısı, vücutta iz ve yara aranması amacıyla hizmet etmektedir<sup>74</sup>. Kanun'da dış beden muayenesine ilişkin hüküm bulunmamasında<sup>75</sup> buna ilişkin hükümler yalnızca Yönetmelik'te yer almaktadır. Bununla birlikte dış beden muayenesinin koşullarının bir kısmı iç beden muayenesinin koşulları ile aynıdır. Bu koşullar ise dış beden muayenesinde de isnat edilen suçla ilgili delil elde etme amacı olması, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi olmaması, orantılılık ve ikincillik ilkelerine uygun davranılmasıdır. Bu koşullar açısından iç beden muayenesi kapsamında yukarıda yapılan açıklamalar dış beden muayenesi için de geçerlidir. Diğer taraftan dış beden muayenesinin iç beden muayenesinden farklılık gösteren koşulları söz konusudur. Bu koşullar aşağıda ifade edilmiştir.

## 1. Koşulları

### a. Bütün Suçlar Açısından Bu Tedbire Başvurulabilir

Kanun ve Yönetmelik'te dış beden muayenesine başvurabilmek için suçun belirli bir ağırlıkta olması şartı aranmamış herhangi bir ceza sınırı getirmemiştir<sup>76</sup>. Bu nedenle de bütün suçlar açısından dış beden muayenesine başvurulabi-

<sup>70</sup> Bu yöntemlerle görüntüleme yapılabilecek tek alanın kişinin ağzı, burnu ve kulağı olması gerektiği aksi halde iç beden muayenesine dönüşeceği belirtilmektedir. **Bayzit**, s. 89.

<sup>71</sup> Dış beden muayenesine ilişkin kanuni boşluk, Yönetmelik hükümleri ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Zira girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yönteminin ne olduğu ifade edilmiş değildir. Bu açıdan mesela midede herhangi bir şey bulunup bulunmadığının tespitine yönelik mide filminin çekilmesi bu şekilde anlaşılmalıdır. **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 459.

<sup>72</sup> Tıbbi görüntüleme yöntemlerinin cinsel organlarla ilgili olması halinde bunun iç beden muayenesi olarak değerlendirilmesi görüşü hakkında bkz. **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s. 455.

<sup>73</sup> **Bıçak**, s. 643.

<sup>74</sup> **Ünver/ Hakeri**, s. 390.

<sup>75</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 5353 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki ilk halinde iç beden muayenesi- dış beden muayenesi ayrımlarına yer verilmişti. Ancak; uygulamada sorunlara neden olacağı eleştirileri üzerine iç beden muayenesi- dış beden muayenesi ayrımı Kanun'dan çıkarılmıştır.

<sup>76</sup> **Eryılmaz**, s. 606.

lecektir. İç beden muayenesinin uygulanabilmesi için iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suç söz konusu olmalıdır. Bununla birlikte iki yıldan az hapsi gerektiren suçlarda iç beden muayenesinin sanığın istemesi durumunda yapılması gerektiği, buna gerekçe olarak da Yönetmelik 18/3. maddesinin rıza ile iç beden muayenesi ve örnek alınmasına cevaz vermekte olduğu doktrinde savunulmaktadır<sup>77</sup>. Zira sanığın masum olduğunu ve vücudundan örnek vermeye hazır olduğunu belirtmesine rağmen bunun uygulanmaması sanığın kendi lehine delil sunma hakkını engellenmesi manasına gelmektedir.

***b. Cumhuriyet Savcısı ile Emrindeki Adli Kolluk Görevlileri veya Kovuşturma Makamlarının Talebiyle Yapılabilir***

Yönetmelik'in 5/1. fıkrasına göre dış beden muayenesi, Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılmaktadır<sup>78</sup>. Bu düzenlemeye rağmen dış beden muayenesine kimin karar vereceği hususunun belirsiz olduğu ileri sürülmüştür. Zira Yönetmelik hükmünde "talebiyle yapılabilir" ifadesi yer almakta ancak karar vermeye yetkili makam gösterilmemektedir. Şayet bu düzenleme ile söz konusu kuruma Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri ya da kovuşturma makamlarının da karar verebileceği amaçlanıyor ise Yönetmelik'in Kanun'a aykırı olmayacağı belirtilmektedir. Kanun'da bu konuda açık bir düzenleme olmasa da iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin burada kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir<sup>79</sup>. Dolayısıyla Yönetmelik hükmünden anlaşılan soruşturma aşamasında dış beden muayenesine hakim kararı olmadan savcı veya kolluk karar verebileceğidir. Kolluğun dış beden muayenesine karar verebilmesi için Cumhuriyet savcısına ulaşılammış olması veya gecikmesinde sakınca bulunması da gerekmemektedir. Buradan Yönetmelik'te adli kolluk görevlilerinden bahsedildiği için kolluk amirinin yazılı emri olmadan da kolluk görevlileri de doğrudan dış beden muayenesine karar verebileceğini çıkartabiliriz. Bu sebeple dış beden muayenesi kolluk görevlilerinin doğrudan karar verebilme yetkisine sahip olduğu ender koruma tedbirlerinden biridir<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Soyaslan, s. 255.

<sup>78</sup> Yönetmelik hükmü, dış beden muayenesi için ayrıca karar verilmesine gerek olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla dış beden muayenesi, ilgili makamlardan talep edilerek gerçekleştirilecektir. Centel/ Zafer s. 276, Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 456.

<sup>79</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 461. Yazarlar, bu belirlemelerden sonra koruma tedbiri niteliği ağır basan beden muayenesi kurumu bakımından her koruma tedbirinde olduğu gibi tedbire karar verecek makamın kanunda açıkça düzenlenmesinin zorunlu olduğunu, aksi halde yapılacak olan uygulamalar nedeniyle ülkemizin AİHM nezdinde tazminata mahkum edilebileceğini ifade etmektedirler.

<sup>80</sup> Turhan, s. 1046-1047.



### c. Dış Beden Muayenesinin Kimin Tarafından Yapılacağı Hususu Tartışmalıdır

Dış beden muayenesinin kimin tarafından yapılacağı hususu, uygulama açısından tartışmalıdır. Bu konu ile ilgili olarak 5353 sayılı kanunla Kanun'un 75. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde "Dış beden muayenesi ayrıca düzenlenmemiştir. Dış beden muayenesi için herhangi bir karar alınmasına gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemi kendileri yapabileceklerdir." denilmektedir. Bunun anlamının, dış beden muayenesinin üst aramasına ilişkin hükümlere tabi tutularak gerektiğinde kolluk amiri tarafından karar verilebilmesini ve kolluk görevlilerinin bu işlemi gerçekleştirmelerini sağlamak olduğunu söyleyebiliriz<sup>81, 82</sup>. Buna rağmen Yönetmelik'te muayenenin ancak bir hekim veya başka bir sağlık mesleği görevlisi tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Bu belirleme yerinde bir saptama olmuştur. Çünkü tıbbi bir işlem olan muayenenin niteliği gereği uzmanlık gerektiren bir işlem olduğu hususu tartışmasızdır. Kaldı ki kanunla düzenlenmesi gereken böyle bir hususun Yönetmelik'te düzenleme altına alınmış olmasının kanun yapma tekniği açısından doğru olmadığı görüşündeyiz. Zira bu hususta Kanun'a yoruma imkan bırakmayan açıklıkta bir hüküm konulması gerekmektedir.

Burada değinilmesi gereken önemli bir hüküm de kadının muayenesi düzenleyen Kanun'un 77. maddesidir. Buna göre kadının muayenesinin istemi halinde ve olanaklar elverdiğince bir kadın hekim tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Kadının vücudundan kan ve benzeri biyolojik örnekler alınmasında da bu hususun geçerli olması gerekmektedir. Ayrıca kadına, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde kadın hekim tarafından muayene edilmeyi isteme hakkının bulunduğu hatırlatılacaktır.

## IV. DİĞER KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI

### A. Genel Olarak

Bir suça ilişkin delil amacıyla şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin<sup>83</sup> de iç ve dış beden muayenesi yapılabilir ya da vücudundan örnek alınabilir. Böylece

<sup>81</sup> Beden muayenesinin iç beden muayenesi – dış beden muayenesi şeklinde ikiye ayrılma nedeninin iç beden muayenesini ancak bir hekimin ya da sağlık mesleği mensubunun yapabilmesi karşısında dış beden muayenesi bakımından özellikle soruşturma makamlarının yetkili olabilmesi olduğu ifade edilmekte ve Yönetmelik'in 5/2. fıkrasının yanlış bir hüküm olduğu savunulmaktadır. Zira Kanun'a göre dış beden muayenesi ve dolayısıyla kolluğun sıkça başvurduğu yöntemlerde yetkili kılındığı bir alan olarak kabul edilmişken, Yönetmelik'in bu fıkrasındaki hüküm ile kolluğun bu yetkisinin ortadan kaldırıldığı ifade edilmektedir. **Şahin / Göktürk**, s. 48, **Turhan**, s. 1029.

<sup>82</sup> Aksi yönde bkz. **Centel/ Zafer**, s. 277, **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 462, **Ünver/ Hakeri**, s. 391.

<sup>83</sup> Kanun ve Yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde şüpheli veya sanık dışındaki kişileri mağdur, soybağı araştırılacak çocuk ve diğer kişiler şeklinde anlamak mümkündür. **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 1010.

mağdur ya da diğer kişiler üzerinde bulunan olası izlerden<sup>84</sup> yola çıkarak fail(lere) ulaşılabilecektir. İz bilim bakımından bu kuruma başvurulması kaçınılmazdır. Bu şekilde makro izlerden çok mikro izler gözle görülmez ve ancak böyle bir muayene ile ortaya çıkarılıp soruşturmanın hızla ilerlemesine katkıda bulunacaktır<sup>85</sup>. Bu husus, Kanun'un 76. maddesinde düzenlenmiştir<sup>86</sup>. Ayrıca Yönetmelik'in 7. maddesinde diğer kişilerin beden muayenesi, Yönetmeliğin 8. maddesinde de diğer kişilerin vücudundan örnek alınması başlıkları altında düzenleme altına alınmıştır<sup>87</sup>.

Şüpheli veya sanık için yapılan iç ve dış beden muayenesi ayrımı, diğer kişiler bakımından yapılmamıştır. Dolayısıyla ikisi de aynı koşullara tabi tutulmaktadır. Diğer kişi kavramına kimlerin gireceği hususunda akla ilk önce şüpheli veya sanık dışındaki herkesin girebileceği söylenebilecektir. Bununla birlikte Kanun'un 76. maddesinde mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuktan bahsedildiği için, kanuna göre diğer kişiler, sadece mağdur ya da soy bağı araştırılacak çocuktur. Buna karşın Yönetmelik'in 7. ve 8. maddeleri mağdur dışındaki kimseler üzerinde de beden muayenesi ve örnek alınmasına imkan verdiğiinden Yönetmelik gereğince mağdur<sup>88</sup> ve soy bağı araştırılacak çocuk dışında kalan kişiler açısından da bu kuruma başvurulabilecektir.

## 1. Koşulları

### *a. İsnat Edilen Suçla İlgili Delil Elde Etme Amacı ile Hareket Edilmelidir*

Maddi gerçeğe ulaşmak bakımından şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasında olduğu gibi diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasında da isnat edilen suçla ilgili delil elde etmek ve karşılaştırma yapmak<sup>89</sup> amacı ile hareket edilmesi gerekmektedir. Mesela, trav-

<sup>84</sup> Mehaz Alman Ceza Hukuku'nda da üçüncü kişiler üzerinde izler veya fiilin sonucuna ilişkin tutamak noktaları bulunduğu beden muayenesi yapılabilmektedir. **Ünver/ Hakeri**, s. 396.

<sup>85</sup> **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 464.

<sup>86</sup> Madde metninde uygulanacak işlemler bakımından sadece mağdur ve soybağı araştırılan çocuktan bahsedilmekte mağdur olmayan ve soybağının araştırılması gerekmeyen çocuklar dışındaki üçüncü kişilerin beden muayenesinin yapıp yapılamayacağı ya da vücutlarından örnek alınıp alınamayacağı hususunda bir tereddüt oluşmaktadır. **Centel/ Zafer** s. 278.

<sup>87</sup> Yönetmelik'in bu maddeleri ile Kanun'daki tereddüt ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Madde içeriğinde mağdur- diğer kişiler ayrımına gidilmiştir. Esasen diğer kişiler kavramının hem mağduru hem de mağdur dışındaki üçüncü kişileri kapsayacak genişlikte olduğu ifade edilmektedir. **Centel/ Zafer** s. 278.

<sup>88</sup> Mağdurun yaşayan bir kişi olması gerektiği ifade edilmektedir. Aksi halde, Kanun'un 76. maddesine göre değil de 86. ve 87. maddelerine göre hareket etmek gerekecektir. **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 465.

<sup>89</sup> Kanun'da bu amaca yer verilmemiş olmasına rağmen vücuttan örnek alınması bu amaca yönelik olabilir. **Centel/ Zafer**, s. 278.

maya bağlı adli vakaların değerlendirilmesi, yaş tayini, kimlik tespiti, cinsel saldırı olgularının değerlendirilmesi, cezai ve hukuki ehliyet tespiti amaçlarıyla bu kuruma başvurulabilecektir<sup>90</sup>. Böylece iddia ve savunma bakımından önemli olan bulgular ortaya konulmuştur olacaktır. Yine Kanun'da çocuğun soybağının<sup>91</sup> araştırılmasına gerek duyulması halinde bu kuruma başvurulabileceği düzenlenmiştir. Mesela, cinsel saldırı suçunun açıklığa kavuşturulması açısından suç sonucunda mağdurun ya da şüpheli veya sanığın hamile kalması halinde hamile kalınan çocuğun soybağının tespitine ihtiyaç bulunması halinde bu kuruma başvurulabilecektir<sup>92</sup>.

***b. Bir Sınırlama Olmaksızın Bütün Suçlar İçin Bu Tedbire Başvurulabilir***

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinde olduğu üzere burada da bütün suçlar için diğer kişiler üzerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması mümkündür. Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinde söz konusu olan sınırlamanın tersine burada herhangi bir kanuni sınırlamaya gidilmemiş, şüpheli ya da sanığa isnat edilen suçun cezasının belirli bir ağırlıkta olması şartı aranmamıştır.

***c. Hakim veya Cumhuriyet Savcısının Kararı ya da İlgilinin Rızası Olmalıdır***

Diğer kişilere yönelik beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına, Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme tarafından karar verilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilmektedir. Bu durumda Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulmakta, hakim veya mahkeme yirmi dört saat içinde kararını vermektedir. Onaylanmayan kararlar Kanun'un 76/1. fıkrasına göre hükümsüz kalmakta ve elde edilen deliller kullanılamamaktadır. Bununla birlikte sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca tabip tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbi muayene ve müdahaleler için Cumhuriyet savcısı ya da hakim kararı aranmamaktadır<sup>93</sup>.

Ayrıca Kanun'un 76/2. fıkrasına göre mağdurun rızasının<sup>94</sup> olması durumunda bu işlemlerin yapılabilmesi için karar alınmasına gerek yoktur<sup>95</sup>. Bu

<sup>90</sup> Bıçak, s. 644.

<sup>91</sup> Soybağı, dar anlamda çocuk ile ana babası arasındaki bağı ifade etmektedir. Öztan, Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara, Ağustos 2005, s. 486.

<sup>92</sup> Şahin / Göktürk, s. 49.

<sup>93</sup> Yönetmelik'in Tedavi Amaçlı Müdahaleler başlıklı 19. maddesi.

<sup>94</sup> Mağdur ve diğer kişiler bakımından rıza söz konusu olduğunda, karar alınması zorunluluğu ortadan kalkmasına rağmen şüpheli veya sanık bakımından rızanın varlığı halinde dahi karar alınması zorunluluğunun olmasını kolluğun karar alma zorunluluğunu ortadan kaldırmak için rıza alma yoluna gitmesini bertaraf edici nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Ünver/ Hakeri, s. 399.

<sup>95</sup> Mağdurun rızasının Kanun'un 76/2. fıkrasında ve Yönetmelik'in 18/2. fıkrasında açıkça belirtilmesine rağmen şüpheli, sanık ve diğer kişiler bakımından Yönetmelik'in 18/3. fıkrasına göre kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri halinde soruşturma evresinde Cumhuriyet

düzenleme ile mağdurun rızası, bir hukuka uygunluk sebebi olarak özel bir düzenleme alanı bulmaktadır<sup>96</sup>. Bu bağlamda geçerli rızadan söz edebilmek için rızanın ilgilinin serbest iradesine dayanması ve rıza göstermeme hakkının ilgiliye bildirilmiş olması gerekir. Mağdurun rızasının bulunmaması halinde<sup>97</sup> de beden muayenesi yapılabilecek ve vücudundan örnek alınabilecektir. Zira mağdur bu işlemlere katlanma yükümlülüğü altındadır. Söz konusu katlanma yükümlülüğü ise aktif katılım yükümlülüğü şeklinde olmayacaktır. Mesela mağdur kendisi istemedikçe tanık olarak ifade vermeye zorlanmamalıdır. Muhakeme süreçlerine aktif katılım açısından mağdur, tanığa değil şüpheli ya da sanığa benzemektedir<sup>98</sup>. Bununla birlikte hangi muayene veya örnek alma işlemlerinin yapılacağı konusunda da ilgiliye bilgilendirilme yapılmalıdır. Aksi takdirde geçerli rıza söz konusu olmaz. Eğer kişi ayırt etme gücünün yokluğu nedeniyle rıza açıklama ehliyetine sahip değilse kanuni temsilcisi rıza göstermelidir. Rızanın ilgili kişi tarafından her aşamada geri alınması mümkündür<sup>99</sup>.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından tanıklıktan çekinme<sup>100</sup> hakkına sahip olanlar tarafından çekinilebilmektedir<sup>101</sup>. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlara muayene ve örnek alınmasına izin vermeme haklarının olduğunun önceden bildirilmesi gerekmektedir<sup>102</sup>. Bu hakka sahip bulunan çocuk ve akıl hastaları konusunda kanuni temsilciler tarafından karar verilmektedir. Ancak bu kişilerin tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde onların da görüşüne başvurulacaktır. Kanuni temsilcinin şüpheli veya sanık olması halinde çekinme hakkının kullanılması ile ilgili olarak hakim tarafından karar verilecektir. Ancak kuruma başvurulması ile elde

---

savcısının istemi ve kovuşturma aşamasında hakim veya mahkeme kararı ile tıbbi muayenelerinin yapılacağı ve vücutlarından örnek alınacağı hüküm altına alınmasının çelişkili bir düzenleme içerdiği ifade edilmektedir. **Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 1011. Ancak; mağdurun rızası halinde karar alınmasına gerek görmeyen hükmün mefhumu muhalifinden hareket edildiğinde Cumhuriyet savcısının sulh ceza hakiminden karar talep etmeden önce diğer kişilere rızasını sorması halinde bu kişilerin rıza göstermesi, karar alınması gerekliliğini ortadan kaldırmayacaktır. **Centel/ Zafer** s. 279.

<sup>96</sup> **Şahin / Göktürk**, s. 49, **Ünver/ Hakeri**, s. 398.

<sup>97</sup> İlgilinin rızasının bulunmaması halinde ne şekilde hareket edileceğine ilişkin çözüm önerileri hakkında bkz. **Eryılmaz**, s. 609-610.

<sup>98</sup> **Şahin / Göktürk**, s. 50.

<sup>99</sup> **Turhan Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 296.

<sup>100</sup> Tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi açısından Yönetmelik, Kanun'un 45-46, 48-49. maddelerinin uygulanacağını şeklinde düzenleme getirmektedir.

<sup>101</sup> Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile elde edilecek delillerin kişi ya da yakını bakımından aleyhe sonuç doğuracak nitelikte olması nedeniyle kişinin kendisi ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmaması ilkesi gereğince böyle bir düzenleme yapılmış olduğu ifade edilmektedir. **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 465.

<sup>102</sup> **Centel/ Zafer** s. 280.

edilen deliller, davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin izni olmadan kullanılamayacaktır<sup>103</sup>.

Soybağının araştırılması hususunda sadece hakim ve savcı kararıyla bu tedbire başvurulabilmektedir. Bu sebeple vücuttan örnek alınması, çocuğun soybağının araştırılması amacıyla gerçekleştiriliyorsa, ilgilinin rızası geçerli değildir. Mesela cinsel saldırı suçunun açıklığa kavuşturulması için, suç sonucunda mağdurun hamile kalması durumunda, hamile kalınan çocuğun soybağının tespitine ihtiyaç duyulduğunda, mutlaka hakim ya da Cumhuriyet savcısının kararı gerekecektir.

#### *d. Sağlığa Zarar Verme Tehlikesi Olmamalıdır*

Kanun'un 76/1. fıkrasına göre muayene ve örnek almanın kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi olmamalıdır. Söz konusu durum, hekimlerin muayeneye rıza göstermeyen kimseleri etik nedenlerle muayeneden çekinmelerini haklı göstermeyecektir. Zira rızası olmayan kişilere tıbbi müdahale yapılamaması ile müdahaleden zarar görecektir kimselere tıbbi müdahale yapılamaması birbirinden ayrılmalıdır<sup>104</sup>. Muayene veya örnek alma için yapılabilecek tıbbi müdahale Yönetmelik'in 8/3. fıkrasına göre hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla gerçekleştirilmelidir<sup>105</sup>. Bu sebeple tıpta henüz kabul edilmemiş yeni metotlar kullanılarak, mağdur deney konusu yapılamaz<sup>106</sup>.

#### *e. Cerrahi Müdahale Söz Konusu Olmamalıdır*

Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasında cerrahi müdahaleye izin verilmişken diğer kişiler açısından bu müdahaleye izin verilmemiştir. Yönetmeliğe göre cerrahi müdahalenin tıbbi aletler yardımıyla

<sup>103</sup> Bu düzenlemenin aile içinde işlenen özellikle cinsel suçlar bakımından maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından sakıncalı olduğu, zira Mevaz Alman Ceza Kanunu'ndan söz konusu hüküm alınırken Türk ve Alman toplumlarındaki aile yapılarındaki farklılıkların dikkate alınmaması nedeniyle eleştiriye açık olduğu ileri sürülmüştür. **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 1012. Bir görüşe göre Anayasa'nın 38/5. fıkrası gereği hiç kimse kendisi ve yakınları aleyhine delil göstermeye zorlanamaması bir prensip olarak kabul edildiği için kanuni temsilcinin sanık olması halinde elde edilen delillerin kullanılamayacağı ileri sürülmüştür. **Soyaslan**, s.258. Ancak; diğer yazarlar yasal temsilci üzerindeki şüphenin ya da sanıklık sıfatının ortadan kalkması halinde bu kişinin rızası ile elde edilen delillerin kullanılabileceğini ifade etmektedirler. **Centel/ Zafer** s. 280, **Şahin / Göktürk**, s. 50.

<sup>104</sup> **Ünver/ Hakeri**, s. 398.

<sup>105</sup> AİHM'in 12.06.2007 tarihli Fransa'ya karşı Frérot kararı'nda davaya konu olayda iki yıl boyunca her hapisane ziyareti sonrası, anüsün sistematik görsel muayenesi de dahil olmak üzere hükümlünün vücudunun tamamen muayene edilmesinde AİHS'ne aykırılık bulunduğu-na dair kararı hakkında bkz. **Aykaç**, Alper Can, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından 2007 Yılında Gönderilen Kararlardan ve Hükümlerden Seçmeler (İngilizce'den Çeviri), İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 82 Sayı: 3 Yıl: 2008, s. 1736.

<sup>106</sup> **Turhan**, Ceza Muhakemesi, s. 297.

vücutta yapılan tanı ve tedaviye yönelik operasyonlar olduğu ifade edilmiştir. Bu bakımdan örneğin, hangi silahtan çıktığını tespit amacıyla mağdurun iç organlarındaki bir kurşun çıkarılamayacaktır<sup>107</sup>.

#### *f. Hekim Tarafından İcra Edilmelidir*

Diğer kişilerin muayenesi ve onlardan örnek alınması, hekim veya diğer bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılacaktır. Kanun, şüpheli veya sanıkların iç beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınmasında olduğu gibi hekim ya da hekim dışındaki diğer sağlık mesleği mensupları tarafından bu işlemlerin yapılacağını düzenlememiş bu konuyu Yönetmelik'e bırakmıştır. Buna göre Yönetmelik'in 7/2. fıkrasında beden muayenesi yapma yetkisi sadece hekime verilmiştir. Bunun sebebi, mağdur ve diğer kişiler bakımından iç ve dış beden muayenesi ayırımına gidilmemiş olmasıdır<sup>108</sup>. Vücuttan örnek alınması ise Yönetmelik'in 8/2. fıkrasına göre hekim tarafından yapılabileceği gibi onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer kişi tarafından da yapılabilecektir. Mağdur ve diğer kişiler bakımından kanuni düzenleme yapılmaksızın konunun tümüyle Yönetmelik'e bırakılması eleştiriye açıktır<sup>109</sup>.

## **V. KANUN YOLU, ELDE EDİLEN BİLGİLERİN AKİBETİ, HUKUKA AYKIRI MUAYENE VE ÖRNEK ALMA**

### **A. Kanun Yolu**

Gerek şüpheli ve sanıklar gerekse mağdur ve diğer kişiler bakımından başvurulacak olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerine ilişkin alınacak hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilecektir. İtiraz, hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı kanunda gösterilen kişiler tarafından yedi gün içinde kararı veren mercie yapılan başvuru sonrası kararın yeniden incelenmesini sağlayan olağan bir kanun yoludur<sup>110</sup>. Tanımdan da anlaşıldığı üzere kural olarak mahkeme kararlarına karşı itiraz

<sup>107</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi, s. 297.

<sup>108</sup> Şahin / Göktürk, s. 50.

<sup>109</sup> Bu konuda Kanun'a diğer kişiler üzerinde iç ve dış beden muayenesi ile ilgili hükümler konulması gerektiği ileri sürülmüştür. Bunun özellikle muayeneler serisi olarak adlandırılan kit- le testlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması için bir zorunluluk olduğu vurgulanmaktadır. Ünver/ Hakeri, s. 398. Mehaş Alman Ceza Hukuku'nda soruşturmayı yürüten görevlilere bir gruba toplu halde gen testi yapılması imkanı tanınmaktadır. Böylece sıkı şartlara tabi bir şekilde birden fazla insanın suç teşkil eden fiille olan ilişkisi aynı anda genetik olarak araştırılabilmektedir. Wolters, s. 41.

<sup>110</sup> Farklı tanımlar için bkz. Centel/ Zafer s. 743, Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1669, Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 720, Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s.564, Şahin / Göktürk, s. 224.

yoluna gidilememektedir. Mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilmesi için kanunda bu konunun hüküm altına alınmış olması gerekmektedir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumunda itiraz hususunda Kanun'da bu şekilde düzenleme yoluna gidilerek itiraz kanun yoluna başvurulması imkanı sağlanmıştır. Yine kuruma başvurulmasına ilişkin kararın savcılık makamı kararı olması bakımından zorunlu olarak kanuni bir denetim öngörülmüştür. Zira gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde bu kararın yirmi dört saat içerisinde hakim ya da mahkemenin onayına sunulması zorunluluğu hüküm altına alınmıştır. Aksi halde onaylanmayan kararlar hükümsüz kalmakta ve elde edilen deliller kullanılmamaktadır<sup>111</sup>.

## B. Elde Edilen Bilgilerin Akıbeti

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumuna başvurulması hallerinde alınmış olan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri<sup>112</sup> niteliğini haiz olduğu ve başka bir amaçla kullanılmayacağı ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip olanlar dışında kimseye verilemeyeceği Kanun'da hüküm altına alınmıştır. Elde edilen bilgiler kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi halinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilecek ve bu durum dosyasında korunmak üzere tutanağa geçirilecektir<sup>113</sup>. Kanun'da bu bilgilerin ne şekilde yok edileceği belirtilmemesine rağmen Yönetmelik bunların Cumhuriyet savcısının uygun göreceği usullerle yok edileceğini hüküm altına almıştır.

Bununla birlikte olay yerinde elde edilen diğer delillere ilişkin hükümler Yönetmelik'te saklı tutulmuştur. Burada değinilmesi gereken bir husus da mahkumiyet kararı verilmesi halinde elde edilen bilgilerin yok edilmesi zorunluluğunun bulunmadığına ilişkindir<sup>114</sup>. Ancak bu bilgilerin nerede saklanacağı ve

<sup>111</sup> Kanun'un 75/1. ve 76/1. fıkraları.

<sup>112</sup> Kişisel veri kavramı, doktrinde en yaygın anlamıyla belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgiler olarak tanımlanmaktadır. **Kılınc**, Doğan, Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 61 Sayı: 3 Yıl: 2012, s.1093; **Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel hükümler, Ankara, 2005, s.868.

<sup>113</sup> Kanun'un 80/2. fıkrası.

<sup>114</sup> Elde edilen bilgilerin yok edilmesi zorunluluğunun bulunmadığı düşünüldüğünde konunun Kanun'da açıkça düzenlenmesinin gerekmekte olduğu, zira Yönetmelik hükümleri gereği fizik kimliğin tespiti çerçevesinde elde edilen bilgiler mahkumiyet kararının varlığı halinde arşivlenmekte olduğu, benzer hükümlere söz konusu kurum için de yer verilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir. **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 475. Ayrıca, verilerin saklanması halinde bunun bir önleme tedbiri niteliğine büründüğü, ceza muhakemesi sü-

daha sonra kimler tarafından hangi koşullarla ve hangi amaçla kullanılabileceğine dair açık bir düzenleme mevcut değildir<sup>115</sup>. Mevzuatın Ceza Usul Hukuku'nda ise usulüne uygun olarak beden muayenesi yoluyla elde edilen bilgilerin kullanımı açısından kan tahlilleri ve vücuttan alınan hücreler sadece, bunların alınmasına sebep olan veya bununla bağlantılı ceza yargılaması için kullanılabilir. Böylece alınan maddelerin söz konusu ceza yargılaması için artık gerekli olmadığı durumlarda derhal yok edilmesi zorunluluğu da söz konusu olmaktadır<sup>116</sup>.

### C. Hukuka Aykırı Muayene ve Örnek Alma

Suç adı verilen fiiller, kişilerin en önemli haklarını ihlal etmektedir. Hukuk devleti ise insan haklarının toplum yaşamında gerçekleştirilmesini sağlamaya çalışmanın yanında adaleti ve güvenliği sağlamak gayesiyle suçlulukla mücadele etmektedir. Bununla birlikte suçlulukla mücadelenin yoğunluğunu dilediğimiz gibi artırabilmemiz her zaman mümkün olamamaktadır. İş öyle bir yere gelmektedir ki suçlulukla mücadele, kişileri suçluluktan daha çok tehdit eder bir noktaya ulaşmaktadır<sup>117</sup>. Bu nedendir ki her şeyin delil olabildiği, delil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılmasına delil yasakları ile bazı kısıtlamalar getirilerek kişisel ve toplumsal değerlerin korunması amaçlanmıştır.

Ceza muhakemesinde hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller kullanılmamaktadır. Kanun'un 217/2. fıkrasına<sup>118</sup> göre yüklenen suç sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispatlanabilmektedir. Hükümün mefhumu muhalifinden hareket edildiğinde hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delille yüklenen suçun ispatlanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumuna başvurulabilmesi için Kanun'daki şartların mutlak surette yerine getirilmesi gerekmektedir. Mesela; yetkisiz hakimın muayene kararı vermesi, suçun belli bir ağırlıkta olması şartı-

---

reçlerinin bir suçun işlenmesiyle devreye girdiği ve amacının bir suçun önlenmesinden çok işlenmiş olan suçun kısa sürede aydınlatılması olduğu birlikte değerlendirildiğinde verilerin saklanması ceza muhakemesi sınırları içinde kalacağı ifade edilmektedir. **Bayzit**, s. 119.

<sup>115</sup> **Yıldız**, s. 302.

<sup>116</sup> **Wolters**, s.38.

<sup>117</sup> **Öztürk**, Bahri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005, s.131. Yazar, Kanun sistematığımız açısından delil yasaklarının soruşturma ve kovuşturma evresinin her aşamasında dikkate alındığını, zira hukuka aykırı delille dayanarak iddianame düzenlenmesi halinde bu aykırılığın iddianamenin iadesi nedeni haline getirildiğini ifade etmektedir.

<sup>118</sup> Söz konusu hüküm, Anayasa'nın 38/6. fıkrasında düzenlenen ve mutlak bir delil değerlendirme yasağı öngören "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." hükmünün Kanun'daki karşılığını oluşturmaktadır. **Öztürk**, s.134.



nın gerçekleşmemesi, muayenenin kişinin sağlığını tehlikeye sokması, gecikmesinde sakınca bulunmamasına rağmen Cumhuriyet savcısının kararı ile kuruma başvurulmuş olması hallerinde<sup>119</sup> hukuka aykırı olarak yapılmış bir muayene ve vücuttan örnek alınmasından söz edilecek ve bu işlemler sonucunda elde edilen deliller, yasak deliller kapsamında değerlendirilerek ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin hükümlerin, susma hakkının kişinin sadece kendisine isnat edilen fiile yani beyanda bulunma yükümlülüğüne ilişkin olduğu birlikte değerlendirildiğinde susma hakkının ihlali olmadığı açıktır<sup>120</sup>. Bu nedenle de kişiler susma hakkını kullandıklarını söyleyerek bu işlemleri reddedemeyeceklerdir<sup>121</sup>.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumuna hukuka aykırı bir şekilde başvurulması halinde uygulayanlar açısından görev suçu oluşacaktır<sup>122</sup>. Zira Türk Ceza Kanunu'nun 287. maddesinde yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye göndermek veya bu muayeneyi yapmak suç olarak düzenlenmiştir. Yine yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayene dışındaki iç ve dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması durumunda Türk Ceza Kanunu bağlamında yaralama suçu oluşacaktır<sup>123</sup>. Ayrıca hukuka aykırı olarak kuruma başvurulması nedeniyle Kanun'un 141. maddesi ve devamında düzenlenen hukuka aykırı koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümler uygulanamayacaktır<sup>124</sup>. Zira beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumu söz konusu maddelerde düzenlenen tazminat hakkının kapsamına girmemektedir. Bununla birlikte kişiler Borçlar Kanunu hükümleri gereği tazminat davası açarak maddi ve manevi nitelikteki zararlarını genel hükümlere göre talep edebileceklerdir<sup>125</sup>.

## VI. SONUÇ

Hukuk devleti kavramı, doğal olarak hukuka toplum içinde daha çok yer verilmesine yol açmakta ve hakimler de verilen sözlerin sonuncu gardiyanı ha-

<sup>119</sup> Centel/ Zafer, s. 280; Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1467.

<sup>120</sup> Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1468.

<sup>121</sup> 1966 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi Schmerber vd./California kararında susma hakkının sadece sanığın kendisi aleyhine vereceği ifadeler bakımından geçerli olduğunu, vücuttan kan alınması gibi diğer emare türü delilleri kapsamadığını ifade etmiştir. Centel/ Zafer, s. 282.

<sup>122</sup> Söz konusu görev suçunun ihmali şekilde de ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. İnci, s. 132.

<sup>123</sup> Centel/ Zafer, s. 282.

<sup>124</sup> Kanun'da vücut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi temel haklara bir müdahale niteliğinde olan kuruma hukuka aykırı bir şekilde başvurulması halinde kişilerin uğradıkları zararları tazmin imkanı sağlayan bir düzenlemenin olmaması eleştirilmektedir. İnci, s. 133.

<sup>125</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 475.

line gelmektedirler. Ancak; hukuk her şeye yanıt verememekte dolayısıyla da bütün erdemleri taşıyan bir hukuk normu düşüncesi de gerçekdışı kalmaktadır<sup>126</sup>. Bu bağlamda bugün eksikliğini fazlasıyla hissettiğimiz hukuk ve onun yansıması olan evrensel adaleti sadece bir ide veya bir sonuç olarak görmek de bizi eksikliğini hissettiklerimize kavuşturmayacaktır<sup>127</sup>. Tam da bu noktada hukuk devleti, hak ihlallerinin sıradanlaştığı, özgürlüklerin kısıtlandığı bir toplumdan çok insanı ve insani değerleri merkezine koyan bir ceza adaleti sistemine sahip bir hukuk toplumunun varlığını gerekli kılmaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumuna Kanun’umuzda yer verilmesi de böyle bir arayışın sonucunu ifade etmektedir.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için her yola başvurulması kabul edilmediğine göre hukuk devleti ilkesi ve insan haklarının bir gereği olarak, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumuna Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ilk defa yer verilmiş ve şartları açıkça düzenlenmiştir. Böylelikle insan hakları açısından müdahale ve sınırlamalar en aza indirgenmekte, delilden sanığa ulaşma ilkesi hayata geçirilirken modern kanunlarda yer alan bilimsel delil aşamasına da geçilmiş olmaktadır.

Kuruma kural olarak hakim ya da mahkeme kararı ile başvurulabilmesi ve hekim tarafından uygulanıyor olması güvenceli olmasının yanında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına da karar verme yetkisinin verilmesi nedeniyle bu hükmün istisna hükmü olduğu ve sadece bu hüllere özgü durumlarda uygulanması gerekmektedir. Şüpheli veya sanıklar açısından iç ve dış beden muayenesi ayrımı yapılmışken iç beden muayenesinin Kanun’da düzenlenmesi dış beden muayenesinin de Yönetmelik hükümlerine bırakılması kanunla düzenleme şartını taşımaması nedeniyle eleştiriye açıktır. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan bu hususta kanun koyucu tarafından düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir.

Yine koruma tedbirlerinde olduğu gibi orantılılık ve ikincillik ilkeleri gereği kuruma başvurulmasında kişilerin sağlığına zarar verme tehlikesinin olması gerekmektedir. Bu şartın hukuki bir kavramdan çok tıbbi bir kavram olması nedeniyle hekim görüşü alınacaktır. Mağdur ve diğer kişiler bakımından ek olarak cerrahi müdahalede bulunmama şartının getirilmiş olması, kişi hakları bakımından güvenceli olmuştur. Kuruma başvurulmasında kişilerin rızalarının aranıp aranmayacağı noktasında uygulama ve doktrin açısından tartışmalar söz

<sup>126</sup> **Chevallier**, Jacques, Hukuk Devleti, Çeviren; Gürcan, Ertuğrul Cenk, İmaj Yayınevi, Ankara, Eylül 2010, s.145.

<sup>127</sup> **Balci**, Muharrem, Giriş: Kişilik Yarılmasına Uğramadan Hukuksal Pratik, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler 1, İstanbul, Ekim 2003, s.9.

konusu olmasına rağmen rıza unsuruna sadece tanıklıktan çekinme hallerinde yer verilmiştir. Eleştiriye açık bu hususta kişilere kendisine yapılan işlemlere katlanma zorunluluğu öngörülmüş ancak sağlık kavramının kişinin tam bir iyilik halini ifade etmesi ve rıza söz konusu değilken işlem yapılması konusunda hekimler tarafından yapılan eleştirilerin dikkate alınarak rıza unsuruna Kanun'da yer verilmesi yerinde olacaktır. Yönetmelik ise kuruma başvurulmasının şartlarını net bir şekilde ifade etmesi gerekirken çoğu konuda Kanun'un tekrarıdır ibaret kalmıştır.

İsnat edilen suçun belli bir ağırlıkta olması şartı bakımından söz konusu suçun bu sınırın altında olması halinde kişinin kendisini aklayabilmesi için kuruma başvurulabilmesi gerekmektedir. Kişinin bedeninden rızası olmaksızın örnek alınmasının nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil edeceği ifade edilmesine rağmen koruma tedbiri benzeri bu kuruma başvurulmasında niteliği gereği zorlama unsuru yer almaktadır. Bu bakımdan ceza muhakemesi kurumları ile kişi hakları arasındaki denge orantılılık ilkesi ile sağlanmaktadır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilmektedir. Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından alınan kararın hakim veya mahkeme onayına sunulması zorunluluğu getirilerek kanuni bir denetim öngörülmüştür. Hukuka aykırı olarak elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde kullanılmayacak olması kabul edilmesine rağmen bu bilgilerin akıbeti hakkında Kanun'da hüküm sevk edilmemiştir. Bu açıdan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ile DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı'nın kanunlaşması ile bu eksiklik tamamlanacaktır. Zira suçluluk ile mücadele edilmesi ve suç işlenmesinin önlenmesi açısından DNA veri bankalarının varlığı sayesinde DNA analiz yöntemi etkili bir şekilde gerçekleştirilirken aynı zamanda hukuka aykırı elde edilen bilgilerin akıbeti ile ilgili önemli bir adım atılmış olacaktır. Kuruma başvurulmasına ilişkin şartlar Kanun'la belirlenmiş ve Yönetmelik'le de düzenlenmiş olması nedeniyle bu şartlara uyulmaksızın yapılan işlemler hukuka aykırılık teşkil etmekte bu mutlak bir delil değerlendirme yasağı olduğu için elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamamaktadır. Yine hukuka aykırı bir şekilde bu kuruma başvurulması halinde uygulayıcılar açısından icrai veya ihmali olarak işlenebilen yaralama suçu söz konusu olacak, bu kişilerin kamu görevlisi olması halinde ise yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye göndermek veya bu muayeneyi yapmak suçu söz konusu olacaktır. Ayrıca hukuka aykırı olarak bu kuruma başvurduğu hallerde kişilerin zararlarını tazmin etmesi konusunda Kanun'da hüküm bulunmaması bir eksiklik olmasına rağmen kişiler Borçlar Kanunu hükümleri gereği tazminat davası açarak maddi ve manevi nitelikteki zararlarını genel hükümlere göre talep edebileceklerdir.

**KAYNAKÇA**

- Arıcan**, Nadir, *Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları*, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 7, Haziran 2010.
- Aykaç**, Alper Can, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından 2007 Yılında Gönderilen Kararlardan ve Hükümlerden Seçmeler (İngilizce'den Çeviri)*, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 82 Sayı: 3 Yıl: 2008.
- Balci**, Muharrem, *Giriş: Kişilik Yarılmasına Uğramadan Hukuksal Pratik*, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler 1, İstanbul, Ekim 2003.
- Bayzit**, Tuğba, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2007.
- Bıçak**, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 2011.
- Cengiz**, Serkan/**Demirağ**, Fahrettin/ **Ergül**, Teoman/ **McBride**, Jeremy/ **Tezcan**, Durmuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramaları*, Avrupa Konseyi ve Türkiye Barolar Birliği Ortak Projesi, Ankara, Kasım 2008.
- Centel**, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi*, Facultatis Decima Anniversaria, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yıl Armağanı, İstanbul, 1993.
- Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, Eylül 2013.
- Chevallier**, Jacques, *Hukuk Devleti*, Çeviren; Gürcan, Ertuğrul Cenk, İmaj Yayınevi, Ankara, Eylül 2010.
- Cihan**, Erol/ **Yenisey**, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.
- Ekici Şahin**, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2012.
- Erem**, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Eryılmaz**, Mesut Bedri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Kasım 2012.
- Feyzioğlu**, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara 2002.
- İnci**, Safiye Özen, *5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2007.
- Kılınc**, Doğan, *Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 61 Sayı: 3 Yıl: 2012.
- Kızıllarlan**, Hakan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi - Örnek Alma, Doktrin ve Uygulama*, Ankara, Ağustos 2007.

- Koca**, Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Aralık 2006.
- Kunter**, Nurullah, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1981.
- Kunter**, Nurullah/ **Yenisey**, Feridun/ **Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2010.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami, Beden Muayenesi, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 7, Haziran 2010.
- Meyer-Gossner**, Reform des Rechtsmittelsystems In Strafsachen, StV 1997, s. 212 vd.
- Özbek**, Veli Özer, Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Özbek**, Veli Özer/ **Kanbur**, M. Nihat/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 2012.
- Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel hükümler, Ankara, 2005.
- Öztan**, Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara, Ağustos 2005.
- Öztürk**, Bahri/ **Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/ **Sırma**, Özge/ **Saygılar**, Yasemin F./ **Alan**, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Seçkin Yayınevi, Ekim 2010.
- Öztürk**, Bahri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005.
- Roxin**, Claus/ **Schünemann**, Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009; 27. Auflage, München 2012.
- Sevük**, Handan Yokuş, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXIV, Sayı: 1, İstanbul, 2006.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Şahin**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.
- Şahin**, Cumhuriyet/ **Göktürk**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara, Seçkin Yayınevi, Ocak 2013.
- Toroslu**, Nevzat/ **Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2008.
- Turhan**, Faruk, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi), V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.

- Turhan** Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2006.
- Ünver**, Yener/ **Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1, Ankara, Adalet Yayınevi, Mayıs 2013.
- Üzülmez**, İlhan, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 58, Mayıs-Haziran 2005.
- Yenisey**, Feridun, Beden Muayenesi ve Örnek Alma: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, Antalya, 28 Eylül- 2 Ekim 2005.
- Yıldız**, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4, Erzincan, Aralık 2006.
- Wolters**, Gereon, Alman Ceza Usul Hukuku'nda Bedensel Muayene ve DNA Analizi; Çeviren; Gündoğdu, Fatih, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 7, Haziran 2010.

#### İNTERNET KAYNAKLARI

- <http://www.tdk.gov.tr>
- <http://www.mevzuat.basbakanlik.gov.tr>
- <http://www.anayasa.gov.tr>
- <http://www.tbmm.gov.tr>
- <http://www.yargitay.gov.tr>
- <http://www.echr.coe.int>
- <http://www.anayasa.gen.tr>
- <http://www.barobirlik.org.tr>
- <http://www.istanbulbarosu.org.tr>
- <http://www.izmirbarosu.org.tr>

## **ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN AMERICAN AND TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW**

*Gülen SOYASLAN LL.M.\**

### **SUMMARY:**

Throughout the world, there are two main kinds of evidence that are subject to exclusion when illegally obtained. One is gathered in violation of the right to privacy, while the other violates the privilege against self-incrimination. The purpose of this paper is two- fold: first, to provide some insight about evidence that is subject to the exclusionary rule, and second, to compare the legal systems of Turkey and the United States (the U.S.) regarding this topic.

### **ÖZET:**

Bu çalışmanın amacı, hukuka aykırı delilleri değerlendirme yasağının temelini oluşturan “hukuka aykırı deliller” konusunda Amerikan ve Türk sistemlerini karşılaştırarak, farklılık ve benzerliklerini vurgulamaktır.

Amerikan ve Türk sistemleri arasında gözlemlediğim en temel fark, Amerikan sisteminde teknik anlamda “arama teşkil etmeyen hallerin” tartışılmasına karşın, Türk sisteminde bu konunun neredeyse hiç yer bulmamış olmasıdır. Arama teşkil etmeyen haller “toplum tarafından makul kabul edilen bir özel hayat beklentisinin” bulunmadığı ve bu sebeple polisin arama kararına gerek duymayacağı hallerdir. Bu ilke, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından insan hakları bakımından anayasa ihlali değerlendirmesi yapılırken göz önünde bulundurulmaktadır. Türkiye’de ise Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları daha çok yeni değerlendirmeye başlamıştır. Ne yazık ki Ceza Muhakemesi Kanunu’nun aramaya ilişkin maddeleri kapsamında hukuka aykırılık değerlendirmesi yapan Yargıtay, insan haklarına ve Anayasa’ya aykırılık değerlendirmesi yapmadığından “özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş midir?” sorusu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bu sebeple, makul bir özel hayat beklentisinin bulunmadığı ve sonuç olarak arama kapsamına girmeyen haller tartışma konusu dahi olmamaktadır.

Başka bir husus ise, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin Türkiye’de kuvvetli şüpheye dayanan arama kararı ve başka surette delil elde etme imkanının olmaması gibi ağır şartlar gerektirmesine karşın, Amerikan hukukunda “makul bir özel hayat beklentisi” olmadığından teknik anlamda arama teşkil etmemesi ve arama kararına bile gerek olmamasıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesi’ne göre şüpheli, kendi rızasıyla ajanla konuşarak, konuştuğu kişinin ajan olduğunu bilmese de, onun bu konuşmayı polise

---

\* New York University School of Law – LL.M. 2014.

aktarma riskini göze almıştır. Bu nedenle Mahkeme özel hayat beklentisinin toplum tarafından makul olarak karşılanmadığına ve arama kararına gerek olmadığına karar vermiştir. Türkiye’de ise bu durum şüphelinin kandırılması olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle arama kararı için kuvvetli şüphe ve başka surette delil elde edilememesi gibi daha ağır şartlar getirilmiştir. Kişisel fikrime göre, bu durum kandırma teşkil eder ve bir kimsenin üçüncü kişiye anlattıklarında makul bir özel hayat beklentisi vardır. Ayrıca, Türk hukukunda kandırma polisin ifade almasında bile yasaktır. Dolayısıyla, gizli soruşturmacı yoluyla konuşmaların aktarılması teknik anlamda arama teşkil edecektir. Ancak kanımca şüphe standardını kuvvetli şüpheden makul şüpheye indirmek kuralı kendi içinde daha makul hale getirecektir.

Diğer bir farklılık, Amerikan hukukunda mahkeme kararını gerektiren ve gerektirmeyen haller olarak iki ihtimal varken, Türk hukukunda üçüncü ihtimal olarak savcı/kolluk amiri de gecikmesinde sakınca varsa arama emri verebilmektedir. Bununla bağlantılı olarak, Türk hukukunda, arama kararına gerek olan ve bu karara gerek olmadan polisin kendiliğinden arama yapabileceği haller Arama Yönetmeliğinde net değildir. Kaçmanın önlenmesi, delil karartmaya engel olunması, üçüncü kişilere zararın önlenmesi, ve suçlunun suç işledikten sonra takip edilmesi durumları ana esaslar olmakla birlikte, hangi hallerde “gecikmesinde sakınca olması” sebebiyle savcıdan arama emri gerektiği, hangi hallerin ise “acil hal” olması sebebiyle arama kararını gerektirmediği gerçekten çok açık değildir. Bu durum karışıklıklara yol açmakta ve gerek polisin, gerekse uygulayıcıların kafasında soru işaretleri uyandırmaktadır. Makalede bu konu da incelenmiştir.

Başka bir önemli sorun, Türk mevzuatında şüphe dereceleri açısından kesin ve net bir sınıflandırmanın mevcut olmamasıdır. Mevzuatta yapılan değişikliklerle şüphe dereceleri hangi hukuki temele dayandığı belli olmadan değişebilmektedir. Kanun koyucunun hukukun temel ilkesi olan ‘makullük ilkesi’ çerçevesinde kurallar koyması gerekir. Aramalar açısından bu genel ilkenin yansıması, kanundaki şüphe derecelerinin, özel hayatın gizliliğine yapılacak olan müdahale ile devletin müdahaleyi yapmaktaki yararının karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi gereğidir. Makullük ilkesinin diğer bir sonucu, farklı aramalar için getirilen aşamalı kriterlerin birbiriyle tutarlı olmasıdır. ABD hukukuna baktığımızda, kurumların kendi içinde tutarlı olduğu sonucuna varabiliriz. Durdurma ve üst araması için basit şüphe (İlginç bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5.maddesinde yakalama-gözaltı için gerekli kıldığı ve Türkçe’ye makul şüphe olarak tercüme edilen “reasonable suspicion” şartı kullanılıyor.); ev araması, iletişimin dinlenmesi, yakalama-gözaltı için makul şüphe (probable cause olarak adlandırılıyor) şartı aranmaktadır. Makul şüphenin ötesinde şüphe ise vücutta mermi çekirdeğinin aranması gibi vücut bütünlüğünü ihlal eden istisnai hallerde aranmaktadır. Türk hukukunda yakalama-gözaltı için ‘polisin mesleki tecrübesine, bilgisine ve olayların akışına göre duyduğu şüphe’ anlamına gelen ve benim basit şüphe olarak yorumladığım ‘umma derecesinde makul şüphe’; ev araması için 6526 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce makul şüphe, sonrasında ise kuvvetli şüphe; iletişimin denetlenmesi için bu kanun değişikliğinden önce ve sonra kuvvetli şüphe; yakalama- gözaltı için- benim kuvvetli şüphe olarak yorumladığım- kuvvetli iz ve emarelerin olması şartları aranmaktadır.



Sistemimizdeki temel sorun, hukuki yapı açısından kendi içinde tutarlı bir mevzuata sahip olmamamızdır. Kurallar çok sık değişmekte ve bu durum kanunun ruhunu ve yapısını bozmaktadır. Örneğin, iletişimin dinlenmesi için kuvvetli şüphe şartının aranmasının gerekçesi olarak, dinlemeyi gerçekleştiren polisler tarafından aslında dinlemenin hedefinde olmayan kişilerin konuşmalarının da dinleneceği ve dinlemenin hedefi olan kişi hakkında ulaşılmak istenilenden çok daha özel bilgilere ulaşılabileceği hukukçular tarafından ileri sürülmekteydi. Bu sebeple, iletişimin dinlenmesindeki şüphe şartının ev aramasından yüksek bir kriterde olması - kimi hukukçular tarafından ağır olduğu söylense de- yine de anlaşılabilirdi. Ancak 6526 sayılı Kanunla Şubat 2014'te yapılan değişiklikle ev araması için getirilen kuvvetli şüphe şartı, bana göre, makullük ilkesi gereğince kendi içinde tutarlı olması gereken şüphe silsilesinin aşamalı yapısını bozdu. Korkarım ki, ev araması için getirilen bu şart, polisi görevlerini yapamaz hale getirir ve soruşturmanın yürütülmesine, ilerlemesine, delillerin toplanmasına ve suçluların hak ettikleri gibi cezalandırılmasına sekte vurur. Bu nedenlerle benim önerim, arama, yakalama ve diğer delil elde etme yöntemleriyle tutarlılığın sağlanması için mevzuatın- sadece ilgili kanunların değil, yönetmeliklerin de- esaslı olarak gözden geçirilmesidir.

Bu makale, 6526 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce yazılmış ve tamamlanmıştır. Ancak yazıdaki son düzeltmeler kanun yürürlüğe girdikten sonra yapıldığı için bu değerlendirmeyi yapma gereksinimi duyulmuştur. Makalenin kendi içindeki bütünlüğünü ve tutarlılığını bozmamak ve ruhuna sadık kalmak açısından son düzeltmelerde, makalenin yazıldığı tarihteki mevzuata bağlı kalınmıştır. Zaten makaleyi anlamak açısından önemli olan da makullük ilkesi çerçevesinde, özel hayata yapılan müdahale ile devletin müdahaledeki yararını kıyaslayarak değerlendirme yapabilmektir.

Bu yazıda hukuka aykırı kabul edilen başlıca deliller incelenmiş, ve Türk ve Amerikan sistemleri karşılaştırılmıştır. Bu bakımdan, özel bir konuya yoğunlaşmış ayrıntılı olarak tartışmaktan çok, kurumlar ve hukuka aykırı kabul edilen deliller ile ilgili bilgi verme amacına yöneliktir. Hukuka aykırı delilleri değerlendirme yasağı da bu konuyla derinden bağlantılıdır; fakat başlı başına ayrı bir makaleyi gerektirecek genişlikte olduğundan, ileride farklı bir makalede incelenecektir.

## INTRODUCTION

In the 21<sup>st</sup> century, evidence obtained through illegal methods is no longer considered as evidence. The era in which evidence is gathered in any way, regardless of lawfulness, has already ended. Throughout the world, there are two main kinds of evidence being subject to exclusion when illegally obtained. One is gathered in violation of the right to privacy, while the other violates the privilege against self-incrimination. The purpose of this paper is two- fold: first, to provide some insight about evidence that is subject to the exclusionary rule, and second, to compare the legal systems of Turkey and the United States regarding this topic.

In terms of evidence rules in American case law and Turkish civil law systems, the former system has specific rules regarding the admissibility of evidence, while the latter is based upon the free evaluation of evidence. Notwithstanding this difference, one specific evidence rule is same in these two systems, which is, evidence obtained by illegal methods is subject to exclusion. This rule is an effect of the American legal system, where today's strong exclusionary rule is generated, on the Continental European system. This paper first explains the meaning of the 'illegality of evidence' and then examines two major types of illegal evidence: First, evidence obtained from unreasonable searches and seizures and second, totally involuntary or unwarned statements obtained during police interrogation. In this regard, the main aim of the paper is to provide some insight about the two systems, and that's why it is more of descriptive nature rather than argumentative.

## I. ILLEGALITY OF EVIDENCE

The legal systems of Turkey and the United States have different views with regard to the illegality of evidence. In Turkey, the illegality of evidence is a more exhaustive term including violations of the global principles of law, international agreements, customary law and positive law; in the U.S., as it is created by the Supreme Court, it is mostly interpreted under the Fourth (and Fifth) Amendment concepts by federal and state courts. The result of this difference is that, in Turkey, the doctrine and courts discuss whether the evidence obtained through minor violations of law could be used as evidence. In contrast, such a question does not exist at least in federal trials in the U.S., since the exclusionary rule is considered as an element of the Fourth and Fifth Amendments and minor violations of law do not breach any constitutional rights.

According to the Turkish Constitution, findings obtained through illegal methods shall not be considered evidence (Art. 38). A charged crime may be

proven through all kinds of legally obtained evidence<sup>1</sup>. This means that illegally seized evidence cannot be taken into consideration as proof of guilt.

With all these in mind, we must ask what illegally obtained evidence is. There is an extensive interpretation of the term ‘illegal’ in Turkish law. Illegality means any violations of not only the Constitution, statutes, legislative decrees, by-laws, regulations, but also international agreements, customary law and general principles of law.<sup>2</sup> Therefore, violations of legal rules and breaches of law are not the same concepts. The Turkish Constitutional Court has ruled that there must be a violation of either positive law or universal legal principles on human rights to constitute illegality.<sup>3</sup> Further, the evidence would be illegal if the way it is obtained constitutes a crime.<sup>4</sup>

Whether the person obtaining evidence has an official duty to do so is not a significant factor in deciding whether that evidence is illegally seized. The person who illegally obtains evidence need not have any official status. If there is a prohibition for officials gathering evidence illegally, the same rule must be applicable for ordinary people as well. Otherwise, it would be irrational.<sup>5</sup>

In the United States, each state has its own constitution and criminal procedure code, yet these norms cannot contravene the U.S. Constitution. The top judicial authority in the federal system is the U.S. Supreme Court whose decisions are binding on both federal and state courts. The Supreme Court bases its decisions on the U.S. Constitution. In contrast to Turkey, there is no specific and explicit rule in the U.S. Constitution about the prohibition on the use of illegally obtained evidence at trial. The exclusionary rule is a judicially created principle. In *Weeks v. United States*<sup>6</sup>, which is the touchstone of the exclusionary rule in the federal system, the court held that in federal trials the Fourth Amendment forbids the use of evidence illegally seized by federal law enforcement officers; otherwise, the Fourth Amendment would be reduced to a mere “form of words”.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu [CMK] [Criminal Procedure Code], Kanun no (Law no): 5271 R.G. (Official Gazette): 17.12.2004, Sayı: 25673 Kabul Tarihi (enacted): 4.12.2004, art. (md.) 217.

<sup>2</sup> YCGK. E: 2005/7-144 K: 2005/150 T: 29.11.2005.

<sup>3</sup> AYM., Siyasi Parti Kapatma Davası [The Case of Political Party Closure], E: 1999/2 K: 2001/2 T: 22.6.2001.

<sup>4</sup> Nur Centel – Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku [Criminal Procedure Law]*, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2013, s. 690 citing to E. Şen, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu [The Issue of the Illegality of Evidence in Turkish Criminal Procedure Law]*, Beta, İstanbul, 1998, s.9.

<sup>5</sup> A. Rıza Çınar, “*Hukuka Aykırı Kanıtlar*” [Illegal Evidence], TBB Dergisi, Sayı 55, Ankara, 2004, s. 42.

<sup>6</sup> *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

<sup>7</sup> Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure: Investigation*, Lexis Nexis, 5. Bası, 2010, s. 347; *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 392 (1920).

In *Mapp v. Ohio*<sup>8</sup>, the effect of the exclusionary rule created in *Weeks* was extended to state criminal trials by the Fourteenth Amendment due process clause<sup>9</sup>, which prohibited the use of evidence illegally obtained by state government officials at state trials. The Court held that:

“As to the Federal Government, the Fourth and Fifth Amendments and, as to the States, the freedom from unconscionable invasions of privacy and the freedom from convictions based upon coerced confessions do enjoy an "intimate relation" in their perpetuation of "principles of humanity and civil liberty [secured]... only after years of struggle". They express "supplementing phases of the same constitutional purpose—to maintain inviolate large areas of personal privacy." ”<sup>10</sup>

The philosophy of each amendment and of each freedom is to assure no man is convicted on unconstitutional evidence. Moreover, the exclusionary rule is an essential part of the Fourth and Fifth Amendments, and both state and federal attorneys operate under the enforceable prohibitions of the same amendments.<sup>11</sup> Therefore, evidence unconstitutionally obtained cannot be used at both state and federal trials.

## II. EVIDENCE TO BE EXCLUDED

### A. Evidence Obtained From Unreasonable Searches and Seizures

The constitutions of Turkey and the United States (U.S.) both prohibit unreasonable searches and seizures. In the Turkish Constitution, the prohibition is formed under various rights such as the right to liberty and security (Art.19)<sup>12</sup>,

<sup>8</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

<sup>9</sup> In *Wolf v. Colorado*, the Supreme Court decided that the Fourth Amendment is applicable to states through the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment and that the federal exclusionary rule created in *Weeks* isn't constitutionally required. By overruling *Wolf*, *Mapp* shows that the exclusionary rule is an essential part of the Fourth Amendment.

<sup>10</sup> *Mapp*, 367 U.S. at 657 quoting *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 543-544 (1897) and *Feldman v. United States*, 322 U.S. 487, 489-490 (1944).

<sup>11</sup> *A.g.e.*

<sup>12</sup> English translation by the Turkish Grand National Assembly:

“Everyone has the right to personal liberty and security.

No one shall be deprived of his/her liberty except in the following cases where procedure and conditions are prescribed by law:

Execution of sentences restricting liberty and the implementation of security measures decided by courts; arrest or detention of an individual in line with a court ruling or an obligation upon him designated by law; execution of an order for the purpose of the educational supervision of a minor, or for bringing him/her before the competent authority; execution of measures taken in conformity with the relevant provisions of law for the treatment, education or

the right to have a private life (Art.20)<sup>13</sup>, the inviolability of the domicile (Art. 21)<sup>14</sup>, the right to communicate (Art. 22)<sup>15</sup>. In the U.S. Constitution, however, there is only one and broader provision: the Fourth Amendment.

---

rehabilitation of a person of unsound mind, an alcoholic, drug addict, vagrant, or a person spreading contagious diseases to be carried out in institutions when such persons constitute a danger to the public; arrest or detention of a person who enters or attempts to enter illegally into the country or for whom a deportation or extradition order has been issued.

Individuals against whom there is strong evidence of having committed an offence may be arrested by decision of a judge solely for the purposes of preventing escape, or preventing the destruction or alteration of evidence, as well as in other circumstances prescribed by law and necessitating detention. Arrest of a person without a decision by a judge may be executed only when a person is caught in flagrante delicto or in cases where delay is likely to thwart the course of justice; the conditions for such acts shall be defined by law.

Individuals arrested or detained shall be promptly notified, in all cases in writing, or orally when the former is not possible, of the grounds for their arrest or detention and the charges against them; in cases of offences committed collectively this notification shall be made, at the latest, before the individual is brought before a judge.

(As amended on October 3, 2001; Act No. 4709) The person arrested or detained shall be brought before a judge within at latest forty-eight hours and in case of offences committed collectively within at most four days, excluding the time required to send the individual to the court nearest to the place of arrest. No one can be deprived of his/her liberty without the decision of a judge after the expiry of the above specified periods. These periods may be extended during a state of emergency, martial law or in time of war.

(As amended on October 3, 2001; Act No. 4709) The next of kin shall be notified immediately when a person has been arrested or detained.

Persons under detention shall have the right to request trial within a reasonable time and to be released during investigation or prosecution. Release may be conditioned by a guarantee as to ensure the presence of the person at the trial proceedings or the execution of the court sentence.

Persons whose liberties are restricted for any reason are entitled to apply to the competent judicial authority for speedy conclusion of proceedings regarding their situation and for their immediate release if the restriction imposed upon them is not lawful.

(As amended on October 3, 2001; Act No. 4709) Damage suffered by persons subjected to treatment other than these provisions shall be compensated by the State in accordance with the general principles of the compensation law.”

<sup>13</sup> “Everyone has the right to demand respect for his/her private and family life. Privacy of private or family life shall not be violated. (Sentence repealed on May 3, 2001; Act No. 4709)

(As amended on October 3, 2001; Act No. 4709) Unless there exists a decision duly given by a judge on one or several of the grounds of national security, public order, prevention of crime, protection of public health and public morals, or protection of the rights and freedoms of others, or unless there exists a written order from an agency authorized by law, in cases where delay is prejudicial, again on the above-mentioned grounds, neither the person, nor the private papers, nor belongings of an individual shall be searched nor shall they be seized. The decision of the competent authority shall be submitted for the approval of the judge having jurisdiction within twenty-four hours. The judge shall announce his decision within forty-eight hours from the time of seizure; otherwise, seizure shall automatically be lifted.

(Paragraph added on September 12, 2010; Act No. 5982) Everyone has the right to request the protection of his/her personal data. This right includes being informed of, having access to

The Fourth Amendment of the U.S. Constitution mentions that “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” The articles in the Turkish Constitution that are mentioned above are in a more descriptive and detailed form than the Fourth Amendment of the U.S. Constitution.

Other sources for unreasonable searches and seizures are the Turkish Criminal Procedure Code and states’ criminal procedure codes in the U.S. Turkey is a unitary state and has only one criminal procedure code that is applied all around its territory. However, the U.S. is a federal state consisting of fifty states and each state has its own constitution<sup>16</sup> and criminal procedure code<sup>17</sup>. Thus, in addition to the reasonableness inquiry under the U.S. Constitution, constitutions and criminal procedure codes of states establish standards for determining reasonableness within each state.

In the U.S. system, what constitutes a search is commonly discussed in the Supreme Court decisions, whereas, in the Turkish system, whether the

---

and requesting the correction and deletion of his/her personal data, and to be informed whether these are used in consistency with envisaged objectives. Personal data can be processed only in cases envisaged bylaw or by the person’s explicit consent. The principles and procedures regarding the protection of personal data shall be laid down in law.”

<sup>14</sup> “The domicile of an individual shall not be violated. Unless there exists a decision duly given by a judge on one or several of the grounds of national security, public order, prevention of crime, protection of public health and public morals, or protection of the rights and freedoms of others, or unless there exists a written order from an agency authorized by law in cases where delay is prejudicial, again on these grounds, no domicile may be entered or searched, or the property seized therein. The decision of the component authority shall be submitted for the approval of the judge having jurisdiction within twenty-four hours. The judge shall announce his decision within forty-eight hours from the time of the seizure; otherwise, seizure shall be automatically lifted.”

<sup>15</sup> “(As amended on October 3, 2001; Act No. 4709) Everyone has the freedom of communication. Privacy of communication is fundamental.

Unless there exists a decision duly given by a judge on one or several of the grounds of national security, public order, prevention of crime, protection of public health and public morals, or protection of the rights and freedoms of others, or unless there exists a written order from an agency authorized by law in cases where delay is prejudicial, again on the above-mentioned grounds, communication shall not be impeded nor its privacy be violated. The decision of the competent authority shall be submitted for the approval of the judge having jurisdiction within twenty-four hours. The judge shall announce his decision within forty-eight hours from the time of seizure; otherwise, seizure shall be automatically lifted. Public institutions and agencies where exceptions may be applied are prescribed in law.”

<sup>16</sup> Brien A. Roche- John K. Roche- Sean P. Roche, *Law 101*, Sphinx, 2. Bast, Illinois, 2009, s. 10.

<sup>17</sup> *A.g.e.*, s. 12.

requirements for specific kinds of searches are fulfilled is the question asked by the Court of Cassation. As a result of this, in the U.S. system, there are plenty of decisions discussing the meaning of a search, while, in the Turkish system, the Court of Cassation focuses on this inquiry in almost none of its decisions.

This difference may also stem from the fact that the existence of several kinds of searches creates an assumption that there is a legitimate expectation of privacy. If these were not technically “searches” in the legal concept, the Code wouldn’t include them. Moreover, the Turkish Court of Cassation doesn’t make any review of constitutionality. That review is the duty of the Constitutional Court. Ever since an amendment to the Constitution in 2010<sup>18</sup>, every individual is entitled to appeal for any breach of constitutional rights. This could lead to “the meaning of search” inquiries in the Constitutional Court as it is mostly related to the question whether the right to privacy has been violated.

### 1. The Meaning of a “Search”

#### a. General

In the U.S. system, the meaning of a search is related to the concept of the violation of the right to privacy. After *Katz v. United States*<sup>19</sup>, explained below, even though the Fourth Amendment only mentions persons, papers, effects, and houses, the Supreme Court no longer applies the “constitutionally protected area” requirement while interpreting the Fourth Amendment. In *Katz*, electronic surveillance of a public booth is considered a search for the purposes of the Fourth Amendment. Thus, even if a search is not at a suspect’s house, persons, papers or effects, the electronic surveillance of oral communication will be considered as a search.

In the Turkish legal system, similar to other systems, a search is an investigation method for the purpose of seizing a suspect, evidence or effects in home or other places. The Code of Criminal Procedure (CMK) considers it as a measure of protection of evidence that has effects on the right to liberty and security, the right to have private life, the inviolability of domicile, and the right to communicate. Some professors think that a “search” is not a measure of protection of evidence; but as a way to obtain evidence.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun [The Statute Amending Some of the Articles of the Constitution], Kanun no: 5982 Tarih: 07.05.2010, art.18, 25. The statute amended the article 148 of the Constitution. According to the article 25 of the statute, the Constitutional Court would begin accepting the applications within two years after the amendment. The Court began reviewing the applications in 2002.

<sup>19</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); Ronald Jay Allen- William J. Stuntz- Joseph L. Hoffmann- Debra A. Livingston- Andrew D. Leipold, *Criminal Procedure: Investigation and Right to Counsel*, Wolters Kluwer Law & Business, 2. Bası, New York, 2011, s. 361-64.

<sup>20</sup> Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 375.

In the U.S. system, the Fourth Amendment to the Constitution protects houses, papers, persons and effects. The U.S. Supreme Court (in *Katz* case) deemed electronic surveillance a search and placed communications under the Fourth Amendment protection. Other kinds of “possible” searches that are not written explicitly in the amendment are under the scrutiny of the Supreme Court. The Court first decides whether there is a legitimate expectation of privacy technically required for a search and then applies the requirements of the Fourth Amendment.

Different from the U.S. Constitution, the Turkish Constitution has three special provisions about searches in different places. The articles all protect the right to privacy in general terms. Specifically, houses are protected under the right to privacy and the inviolability of domicile (Art. 21); papers, persons and effects are protected under the right to privacy (Art. 20); communications are protected under the right to communicate (Art. 22). These provisions require a warrant and some reasons to justify an intrusion on these rights. The justifications for searches can be maintaining national security and public order, prevention of a crime, protection of public health and morals, or protecting other people’s rights.

The Turkish Criminal Procedure Code also provides several specific rules for searches in these areas. It also requires probable cause to issue a warrant. The justice of the peace must consider the requirements mentioned both in the Constitution and the Code.

#### ***b. Legitimate Expectation of Privacy***

According to the Fourth Amendment to the U.S. Constitution, “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath and affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

The text of the Fourth Amendment mentions only the search of persons, houses, papers and effects. One can think that the prohibition against unreasonable searches and seizures is solely for these places. However, in *Katz v. United States*- the milestone for the way we understand the Fourth Amendment today, the Supreme Court ruled that the Fourth Amendment protects not places, but people.<sup>21</sup> FBI agents tapped Katz’s phone calls made from a phone booth without a search warrant. The issue was whether interception of communications by an electronic listening and recording device attached to the outside of the public telephone booth constitutes a search and thus whether the police needed a warrant. According to the Court, the scope of the Fourth Amendment governs not only the seizure of tangible items, but

---

<sup>21</sup> *Katz*, 389 U.S. at 351.



extends to the recording of oral statements. The Fourth Amendment protects people, not simply areas. The man in the telephone booth wants uninvited ears, not intruding eyes.<sup>22</sup> The Fourth Amendment protects the constitutional “right to privacy”.<sup>23</sup> Although booths are not on the list of protected areas mentioned in the Fourth Amendment, an individual has a legitimate expectation of privacy in a telephone booth and the police, thus, must have a warrant to attach an electronic listening and recording device to the outside of a telephone booth.

The “legitimate expectation of privacy” is the main rule to be considered when deciding on the question whether there is a search. There is a two prongs test to understand if an area is private<sup>24</sup>: 1) Subjective expectation of privacy: whether a suspect exhibited an actual expectation of privacy. 2) Objective expectation of privacy: whether the society recognizes the suspect’s subjective expectation of privacy as reasonable. Cases when a suspect’s subjective expectation of privacy is not acknowledged as justifiable are explained below:

*i. “The third-party doctrine”:*

The cases with regard to the third party doctrine involve the use of undercover agents<sup>25</sup> and informants, bank records<sup>26</sup> and pen registers<sup>27</sup>. The third parties in these cases are, respectively, a secret agent, a bank and a telephone company. The information that a defendant willingly handed over to a third party is not under the protection of the Fourth Amendment. The rationale is that in revealing the information to a third party, the suspect assumes the risk that that person can convey the information to the Government.<sup>28</sup> There are two types of criticisms of the third party doctrine: doctrinal and functional.<sup>29</sup> Regarding the doctrinal critique, individuals normally expect privacy in their

---

<sup>22</sup> *A.g.e.*, s. 352.

<sup>23</sup> *A.g.e.*, s. 349.

<sup>24</sup> Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 78, 79.

<sup>25</sup> *United States v. White*, 401 U.S. 616 (1971); Ronald Jay Allen- William J. Stuntz- Joseph L. Hoffmann- Debra A. Livingston- Andrew D. Leipold, *a.g.e.*, s. 380-81. In contrast to the U.S. law, authorization of an undercover informant to get information from the suspect constitutes a search in the Turkish System. To empower a public official as an undercover agent, there must be a warrant and more than probable cause and no other feasible means to obtain evidence. CMK art. 139.

<sup>26</sup> *United States v. Miller*, 96 S. Ct. 1619 (1976).

<sup>27</sup> *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 741 (1979). The Court distinguished pen registers from the listening device employed in *Katz*. A pen register is an electronic device recording the telephone numbers dialed. It neither acquires the contents of communications nor discloses the identities of the persons called. These devices do not hear sound; they disclose only the telephone numbers that have been dialed.

<sup>28</sup> Orin S. Kerr, *The Case for the Third Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561, 569-70 (2009).

<sup>29</sup> *A.g.e.* s. 570.

bank records, phone records and other third party records.<sup>30</sup> As Justice Marshall mentioned in his *Smith* dissent, “It is idle to speak of ‘assuming’ risks in contexts where, as a practical matter, individuals have no realistic alternative.”<sup>31</sup> The functional critique is that the third party doctrine gives the government more power than is consistent with a free and open society.<sup>32</sup> According to Justice Marshall, “...Permitting governmental access to telephone records on less than probable cause may ... impede certain forms of political affiliation and journalistic endeavor that are the hallmark of a truly free society.”<sup>33</sup>

Despite of these criticisms, Prof. Orin S. Kerr believes that the third party doctrine ensures technological neutrality in Fourth Amendment rules. The use of third parties has a substitution effect: It enables wrongdoers to take public aspects of their crimes and replace them with private transactions.<sup>34</sup> For example, the pen register information would substitute for the same information that the police would have obtained without warrant by watching the suspect on public streets.<sup>35</sup> Similarly, the checking account records in *United States v. Miller* have a substitution effect on otherwise publicly observable transaction.<sup>36</sup> If there was no technological development, the same information could be obtained without a warrant. Thus, the doctrine makes sure that the Fourth Amendment is neutral to the technological improvements.

ii. “Knowing exposure”:

In *California v. Greenwood*, the investigator asked the trash collector to turn over Greenwood’s garbage bags to her. The Supreme Court ruled that “what a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of the Fourth Amendment protection”.<sup>37</sup> Since any member of the public could see the trash and evidence of criminal activity, it is not reasonable to expect the police to ignore the evidence.

iii. “Anyone could see”:

In *California v. Ciraolo*, the police inspected the backyard of a house from an airplane flying at 1.000 feet and discovered marijuana. The Court held that since anyone could (not would) see it, the inspection is not a search.<sup>38</sup>

---

<sup>30</sup> *A.g.e.* s. 571.

<sup>31</sup> *Smith*, 442 U.S. at 750 (Marshall, J., dissenting).

<sup>32</sup> Orin S. Kerr, *a.g.e.*, s. 572.

<sup>33</sup> *Smith*, 442 U.S. at 751 (Marshall, J., dissenting).

<sup>34</sup> Orin S. Kerr, *a.g.e.*, s. 573.

<sup>35</sup> *A.g.e.*, s. 577-78.

<sup>36</sup> *A.g.e.*, s. 578-79.

<sup>37</sup> *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35, 41 (1988); Ronald Jay Allen- William J. Stuntz- Joseph L. Hoffmann- Debra A. Livingston- Andrew D. Leipold, *a.g.e.*, s. 386.

<sup>38</sup> *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986).

iv. “Public is commonly there with sufficient regularity”:

In *Florida v. Riley*, the police observed a greenhouse from their helicopter at 400 feet and discovered marijuana. The Court held that as the public is commonly there with sufficient regularity, the observation is not a search.<sup>39</sup>

v. “Commonly used by public”:

In *Kyllo v. United States*, the police used a thermal imager to scan Kyllo’s home and detected marijuana. The sense enhancing thermal imager is not in general public use and the details of the home wouldn’t previously have been knowable without physical intrusion.<sup>40</sup> Thus, this is a search and the police need a warrant.

vi. “Open fields doctrine”:

Open fields are accessible to the public. Fences or “No Trespassing” signs do not effectively bar the public from viewing these fields in rural areas. There is no societal interest in protecting the privacy of the activities that occur in open fields, i.e. the cultivation of crops.<sup>41</sup> Thus, the society does not recognize a suspect’s subjective expectation of privacy in open fields as reasonable.

vii. “Dog sniff searches”:

A dog sniff search of a *suitcase* does not technically constitute a search because it is a *sui generis* search that reveals only the existence of contraband. A canine sniff by a well-trained narcotics detection dog doesn’t expose non-contraband items that otherwise would remain hidden from the public.<sup>42</sup> It also doesn’t require opening the luggage. The manner that the search is conducted is much less intrusive than a typical search. The owner is not subject to same embarrassment and inconvenience with more intrusive investigative methods.<sup>43</sup> All these factors makes dog sniff searches *sui generis*.

A dog sniff search of *the exterior of a car* is not a search so long as the car is legitimately stopped, the stop is not unreasonably long beyond the time necessary to issue a warning ticket and the police conduct ordinary inquiries incident to such a stop.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> *Florida v. Riley*, 488 U.S. 445, 454 (1989).

<sup>40</sup> *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 40 (2001); Ronald Jay Allen- William J. Stuntz- Joseph L. Hoffmann- Debra A. Livingston- Andrew D. Leipold, *a.g.e.*, s. 399-400.

<sup>41</sup> *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170, 179 (1984).

<sup>42</sup> *United States v. Place*, 462 U.S. 696, 707 (1983).

<sup>43</sup> *A.g.e.* s. 707.

<sup>44</sup> *Illinois v. Caballes*, 125 S. Ct. 834 (2005).

Drug sniffing by a dog on *the front porch of a home* is a search, since the front porch of a home is a part of the curtilage. A curtilage is both physically and psychologically linked to the home, where the expectation of privacy is heightened and constitutionally protected for the Fourth Amendment purposes.<sup>45</sup>

Similar to the U.S. law, The Turkish police can conduct dog sniff searches of luggage and cars without warrant. According to the article 18/ i of the Regulation on Investigative and Preventative Searches<sup>46</sup>, the police may do dog sniff searches without a warrant in a way that will not reveal inside of the searched material. The Customs Regulations<sup>47</sup> (Art. 72/A-e) also permit routine dog sniff searches of cars at borders.

To sum up, in cases when an individual's subjective expectation of privacy is not legitimate, the search that is conducted is not technically a "search" within the meaning of the Fourth Amendment and is not subject to the warrant and probable cause requirements of the Amendment.

## 2. Types of Searches

### a. *The United States*

The U.S. Supreme Court classifies searches according to their purposes: Searches for ordinary criminal law enforcement/crime control purposes and special needs searches for beyond the need of ordinary law enforcement. The former is conducted to generate evidence and investigate a criminal after a crime is committed, while the latter is more of preventive or administrative nature and government has other legitimate concerns than investigation.

Reasonableness is the heart of all search inquiries, regardless of whether a search is for law enforcement purposes or for special needs beyond the need of ordinary law enforcement. In searches for law enforcement purposes, the reasonableness inquiry is satisfied by balancing the privacy intrusion against the law enforcement need. In special needs cases, the balancing test is between the legitimate expectation of privacy and government's legitimate special need. *Vernonia Sch. Dist. 47J v. Acton* case supports this conclusion: "Whether a particular search meets the reasonableness standard is judged by balancing its intrusion on the individual's Fourth Amendment interests against its promotion of legitimate governmental interests".<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Florida v. Jardines, 133 S. Ct. 1409, 1410, 1411 (2013).

<sup>46</sup> Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği [A.Ö.A.Y.], R.G.: 01.06.2005 S: 25832.

<sup>47</sup> Gümrük Yönetmeliği, R.G.: 07.10.2009 S: 27369.

<sup>48</sup> Vernonia Sch. Dist. 47J v. Acton, 515 U.S. 646, 652-53 (1995).

Regarding searches for law enforcement purposes, the level of cause increases in proportion to the level of intrusion. The levels of cause are as follows: 1) “articulable reasonable suspicion” (that criminal activity is afoot, the suspect is armed and dangerous) for stops and frisks (*Terry, J.L.*)<sup>49</sup>; 2) “probable cause” for searches and seizures (*Katz*)<sup>50</sup>; 4) “more than probable cause” for a surgery to retrieve a bullet (*Winston*)<sup>51</sup>.

With regard to special needs searches for non-criminal law enforcement purposes, “reasonableness” balancing standard is applied to determine the legitimacy of governmental action.<sup>52</sup> Searches without individualized probable cause may even be reasonable. In *Acton*, which is a case regarding searches for regulatory needs, the Court ruled that “A search unsupported by probable cause can be constitutional...when special needs, beyond the normal need for law enforcement, make the warrant and probable-cause requirement impracticable”<sup>53</sup>. In two other special needs cases, the Court ruled the same:

In *O’Connor v. Ortega*<sup>54</sup>:

“Requiring an employer to obtain a warrant whenever the employer wishes to enter an employee's office, desk, or file cabinets for a work-related purpose would seriously disrupt the routine conduct of business and would be unreasonable. Moreover, requiring a probable cause standard for searches of the type at issue here would impose intolerable burdens on public employers.”

Similarly, in *New Jersey v. TLO*:

“accommodation of privacy interests of school children with substantial need of teachers and administrators for freedom to maintain order in schools does not require strict adherence to requirement that searches be based on probable cause to believe that subject of search has violated or is violating the law; rather, legality of search of student should depend simply on reasonableness, under all the circumstances, of the search.”<sup>55</sup>

“The warrant requirement, in particular, is unsuited to the school environment: requiring a teacher to obtain a warrant before searching a child suspected of an infraction of school rules (or of the criminal law) would unduly

---

<sup>49</sup> *Terry v. Ohio*, 88 S. Ct. 1868, 1869 (1968); *Florida v. J.L.*, 529 U.S. 266 (2000).

<sup>50</sup> *Katz*, 389 U.S. 347 (1967).

<sup>51</sup> *Winston v. Lee*, 105 S. Ct. 1611, 1613 (1985).

<sup>52</sup> *Joshua Dressler- Alan C. Michaels, a.g.e.*, s. 312.

<sup>53</sup> *Acton*, 515 U.S. at 653.

<sup>54</sup> *O’Connor v. Ortega*, 107 S. Ct. 1492, 1493 (1987).

<sup>55</sup> *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325, 341 (1985).

interfere with the maintenance of the swift and informal disciplinary procedures needed in the schools.’’<sup>56</sup>

Whether there is a need for individualized suspicion depends on the type of a special needs case. For searches stemming from administrative and regulative special needs, there is no need to have individualized suspicion and a warrant: drunk driving checkpoints (*Sitz*)<sup>57</sup>; border checkpoints (*Martinez-Fuerte*)<sup>58</sup>; stopping a car and asking questions when investigating a crime (*Lidster*)<sup>59</sup>; prison safety cautions (*Florence*)<sup>60</sup>; drug testing of athletes and participants of extracurricular activities (*Vernonia, Earls*)<sup>61</sup> etc. These are programmatic searches. Searches with investigative special needs also do not require a warrant, yet there must be individualized suspicion. These are generally conducted by people other than police officers, such as teachers at school (*T.L.O*) and government employers at work (*Ortega*).

#### ***b. Turkey***

There are two kinds of searches: Investigative or preventive. The former is to obtain evidence for criminal investigation, while the latter is to prevent commission of a crime or regulate some activities.

With regard to investigative searches, the Turkish Criminal Procedure Code includes several provisions for different places that are subject to search: 1) homes, offices or other places that are not open to public, persons, effects and papers; 2) offices of lawyers<sup>62</sup>; 3) computers<sup>63</sup>; 4) electronic surveillance<sup>64</sup>; 5)

<sup>56</sup> *A.g.e.*, at 340.

<sup>57</sup> *Mich. Dept. of State Police v. Sitz*, 110 S. Ct. 2481 (1990).

<sup>58</sup> *United States v. Martinez Fuerte*, 96 S. Ct. 3074 (1976).

<sup>59</sup> *Illinois v. Lidster*, 124 S. Ct. 885 (2004).

<sup>60</sup> *Florence v. Bd. of Chosen Freeholders*, 132 S. Ct. 1510 (2012).

<sup>61</sup> *Acton*, 515 U.S. at 646; *Bd. Of. Educ. Of Indep. Sch. Dist. No.92 of Pottawatomie County v. Earls*, 122 S. Ct. 2559 (2002).

<sup>62</sup> Searches at the office of lawyers: There is a strict warrant requirement. The public prosecutor and president (or his representative) of the bar association for which the lawyer is registered must be present during the search. CMK art.130.

<sup>63</sup> There is a strict warrant requirement for searches of computers. There must be no other way to get evidence to issue a search warrant. CMK art.134.

<sup>64</sup> A warrant issued by a justice of the peace, or if there is danger in delay, a written order from a public prosecutor is necessary for identification and record of a communication as well as the use of information obtained from signals. Afterwards, the public prosecutor must immediately submit his decision to the justice of the peace for approval and the justice of the peace shall make a decision within twenty-four hours. If the duration expires or the judge decides the opposite way, the measure should be lifted by the public prosecutor immediately (CMK art.135). [Feridun Yenisey, *Turkish Criminal Procedure Code [Ceza Muhakemesi Kanunu]*, Beta, 1. Bası, İstanbul, 2009, s. 141- 42]. The Court of Cassation ruled that it is illegal to use evidence

authorization of undercover informants<sup>65</sup>; 6) image or voice recording and surveillance by technical devices<sup>66</sup>.

As a general rule, i.e. searches of home, office or other places not open to public, persons, effects and papers, a search must be conducted to arrest a suspect or to obtain evidence for the alleged crime. Similar to the U.S. law, the Turkish system also requires probable cause that the suspect committed a crime. While there is a strict warrant requirement in the U.S. law, the Turkish system is more flexible. In cases when there is danger in delay and there is no time to get a warrant from a justice of the peace, a public prosecutor can issue a written order. Thus, if quickness is necessary for crime investigation purposes, the prosecutor has the right to allow a search. Furthermore, if there is danger in delay and the public prosecutor is not available, the superior of the security force can issue a written order for searches of places other than “homes, offices or other places not open to public”. If there is no such risk in lateness, the police have to get a warrant from the justice of the peace<sup>67</sup>. Searches for the purpose of arresting a suspect or gathering evidence could be conducted in the suspect’s or another person’s home, office or other places belonging to him, as well as effects or persons. To search another person’s home, there must be some specific facts to conclude that the person or evidence sought is at the place that

---

obtained from interception of communications without a warrant in violation of the right to privacy and communication. Y. 8. CD. E: 1999/9021 K: 1999/9538 T: 09.06.1999.

There must be more than probable cause and no other way to obtain evidence to issue a warrant.

The communication between a suspect and people with privilege to withdraw from testimony cannot be recorded. If the interception of communication between these people is realized afterwards, it must be immediately destroyed.

This measure is applicable only for the crimes mentioned in the related article (CMK art. 135).

<sup>65</sup> A warrant issued by a justice of the peace, or if there is danger in delay, a written order of a public prosecutor is necessary to authorize a public official as an undercover agent. Other requirements are “more than probable cause” and lack of other available means to obtain evidence. This measure is applicable only for the crimes mentioned in the related article (CMK art.139).

In the U.S. law, elicitation of information by undercover agents doesn’t even constitute a search under the third party doctrine. Interestingly, in Turkish law, it constitutes a search and must be conducted when there is no other way to obtain evidence. More than probable cause is required as well. The U.S. law doesn’t attribute any legitimacy to the subjective privacy interest of a suspect, whereas the Turkish Law permits deception of a suspect by undercover agents only when some strict conditions are fulfilled.

<sup>66</sup> There is a warrant requirement to monitor a suspect in the suspect’s office or in places open to public. There must be more than probable cause and no other available means to get evidence. This measure is applicable only for the crimes mentioned in the related article (CMK art. 140).

<sup>67</sup> CMK art. 119.

will be searched.<sup>68</sup> According to a scholar, this rule makes the suspicion level closer to more than probable cause.<sup>69</sup> Since the search will be conducted on the property of somebody not engaged in the offense, the police must have more concrete facts to support that the place contains evidence.<sup>70</sup>

With regard to preventive searches, it can be conducted for two main purposes: 1) to maintain public order and security, to protect other people's rights, to protect public health and morals, and to prevent any commission of crimes<sup>71</sup> 2) for administrative purposes<sup>72</sup>. Regarding the first purpose, there must be reasonable cause that reasons for a search mentioned in the regulation exists.<sup>73</sup> The article 19 of the Regulation on Investigative and Preventative Searches (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği) mentions the places that could be subject to such preventative searches: i) places where people enjoy their freedom of assembly and association; ii) entry and exit doors of universities upon request of rector or dean in exigent circumstances; iii) dormitories; iv) entry and exit of settlements; v) public transportation or private vehicles; vi) places of business and entertainment-for the purpose of preventing smuggling; vii) entry and exits of stadiums; viii) association and organizations; ix) other places open to the public and "often crowded". A justice of the peace must issue a warrant, except in cases of danger in delay when a written order of a governor is enough. Different than investigative searches in which a public prosecutor is authorized in cases of danger in delay, a governor's written order is needed in preventive searches.<sup>74</sup>

It is forbidden to conduct preventive searches at homes, places of business that are not open to public and attachments of these places, *even with a court order*.<sup>75</sup> Some scholars criticize this provision. According to a scholar,

---

<sup>68</sup> CMK art.117. Additionally, it is forbidden to conduct searches at night in "homes, offices or other places not open to public". The police can search these places during daytime except in danger in delay, or to catch a suspect red-handed, or to catch a fugitive. CMK art. 118.

<sup>69</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku [Criminal Procedure Law]*, Yetkin, 4. Bası, Ankara, 2010, s.300.

<sup>70</sup> *A.g.e.*

<sup>71</sup> A.Ö.A.Y. art. 19, 20.

<sup>72</sup> A.Ö.A.Y. art. 18. According to Prof. Yenisey, preventive searches for administrative and inspection purposes are not technically "searches". See Nurullah Kunter- Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku [Criminal Procedure Law]*, Beta, 16.Bası, İstanbul, 2008, s.980.

<sup>73</sup> A.Ö.A.Y. art. 20/1.

<sup>74</sup> P.V.S.K. art. 9.

<sup>75</sup> A.Ö.A.Y. art. 19; Nurullah Kunter- Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku [Criminal Procedure Law]*, Beta, 16. Bası, İstanbul, 2008, s. 979-80.



disallowing the police to enter a home (even with a warrant or a written order of a governor) to protect individuals' safety is illogical.<sup>76</sup> He emphasizes that one of the duties of the police is to protect people's life. The police and even ordinary people can protect other's safety under self-defense or the necessity doctrine.<sup>77</sup> Even though P.V.S.K. does not allow such entrance, the police must enter into a house under the Criminal Code<sup>78, 79</sup>.

Regarding preventive searches for administrative purposes, the police need not get a warrant or a written order from a governor. There is no need to have individualized suspicion. This type of preventive searches are conducted for inspection purposes such as control of licenses and other documents of cars and other vehicles, control of places open to the public in terms of public safety and security, requesting proof of identity, passport controls at borders, sweep controls by electromagnetic devices and dogs.<sup>80</sup>

### 3. Levels of Suspicion

The fundamental rule to decide on the level of suspicion is a "balancing test" under a reasonableness inquiry.<sup>81</sup> Government interest to conduct a search must be compared to the privacy interest of a suspect. There is a sliding scale approach to searches and seizures.<sup>82</sup> The scale of reasonable searches and seizures may require different levels of suspicion depending on the privacy intrusion and government interest in conducting a particular search: probable cause, reasonable suspicion, non-individualized suspicion<sup>83</sup>, and more than probable cause in rare occasions.

#### a. Probable Cause

When the facts and circumstances within a police officer's "knowledge and of which they had reasonably trustworthy information" are sufficient to warrant

---

<sup>76</sup> Doğan Soyaslan, "İdari Denetim ve Aramalar" [Administrative Searches], Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan, 2. Bası, Ankara, 2010, s. 2884.

<sup>77</sup> *A.g.e.*

<sup>78</sup> Türk Ceza Kanunu [T.C.K.] [Criminal Code], Kanun no: 5237 R.G.: 12.10.2004, art. 25.

<sup>79</sup> Doğan Soyaslan, "İdari Denetim ve Aramalar" [Administrative Searches], Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, 2. Bası, Ankara, 2010, s. 2885.

<sup>80</sup> A.Ö.A.Y. art. 18; Nurullah Kunter- Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoglu, *a.g.e.*, s. 980.

<sup>81</sup> *T.L.O.*, 469 U.S. at 355.

<sup>82</sup> "The Supreme Court never stated that there is a sliding scale concept of probable cause, but it has developed an alternate sliding scale approach to searches and seizures: it has said that some searches and seizures may be conducted on a lesser degree of suspicion than probable cause." Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 137.

<sup>83</sup> Non-individualized suspicion is the characteristic of administrative searches explained in the previous part.

a man of reasonable caution in the belief that an offense has been or being committed, probable cause exists.<sup>84</sup> Although it seems that probable cause is a theoretically uniform term, it is mostly affected by the seriousness of a crime and intrusion on privacy.

The common way to get some knowledge about crimes is through informants. In the U.S. law, the Court applies a totality of circumstances test to decide on whether information supplied by an informant constitutes probable cause.<sup>85</sup> This is the new view. Indeed, this view is the flexible version of the old view established by the Aguilar-Spinelli cases.<sup>86</sup>

In the Aguilar-Spinelli test, the Court looks for an informant's veracity, basis for knowing, and sufficient facts of criminality. For one thing, veracity is the reliability of an informant. Veracity can be corroborated through observation of innocent facts. However, it can't be self-verifying. For another thing, basis for knowing is the way an informant knows about a crime. The depth and detail of the tip can corroborate the basis for knowing. Thirdly, sufficient facts of criminality are facts suggesting that a crime is committed. Seemingly innocent facts are not enough. There must be facts considered as criminal. If one of these requirements is not satisfied, the court decides that there is no probable cause to issue a warrant. However, after *Gates*<sup>87</sup>, the Court looks for these elements not as strictly as before, that is, in a more flexible way. The difference from the old view is that one of these elements can substitute for or support another one. In *Gates*, the anonymous informant (no veracity) gives a very detailed tip to the police about Gate's involvement in selling drugs. Agents corroborate this tip through innocent facts. Since the veracity of the informant is corroborated through innocent facts observed by officers, the Court decided that the probable cause requirement is satisfied.

In Turkish Law, what is required to issue a warrant is called "makul şüphes"88. When translated, "makul şüphes" means reasonable suspicion. At first glance, it seems that suspicion requirement for issuing a warrant in the Turkish system is lower than the U.S. legal system.<sup>89</sup> Yet, it is not. The problem arises from the selection of words. The scopes of "reasonable suspicion (makul şüphes)" defined in the Regulation on Investigative and Preventative Searches

---

<sup>84</sup> *Brinegar v. United States*, 69 S. Ct. 1302, 1303 (1946).

<sup>85</sup> *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983).

<sup>86</sup> *Aguilar v. Texas*, 84 S. Ct. 1509 (1964); *Spinelli v. United States*, 89 S. Ct. 584 (1969).

<sup>87</sup> *Gates*, 462 U.S. at 269.

<sup>88</sup> CMK art. 116.

<sup>89</sup> In the U.S. System, reasonable suspicion is a lower standard than probable cause and it is required for stop and frisk. That's why I first thought that the Turkish criterion is lower.

and the “probable cause” defined by the U.S. Supreme Court are similar. According to the Article 6 of this Regulation:

“Reasonable suspicion is suspicion stemming from general life experience obtained during the course of life. In deciding reasonable suspicion, the place and time of search, the condition and manners of the person who will be searched, the features of effects that the suspect carries must be taken into consideration. There must be corroborating indications supporting tips. The suspicion must base on specific facts. There must be particular facts showing that evidence or person being searched may be found in the place under search.”

In the U.S. system, in *Brinegar v. United States* case<sup>90</sup>, the Court gave an exhaustive definition about what constitutes probable cause:

“...more than a bare suspicion and exists where the facts and circumstances within knowledge of the officers and of which they had reasonably trustworthy information are sufficient in themselves to warrant a man of reasonable caution in the belief that an offense has been or is being committed”.

Probable cause must exist with regard to these facts: 1) in the case of an arrest, an offense has been committed and the person to be arrested committed it, and 2) in the case of a search, a specifically described item subject to seizure will be found in the place to be searched.<sup>91</sup>

To understand the reason of this controversy, we must rely on the European Convention of Human Rights (ECHR), the agreement between member states of the Council of Europe. Turkey, which is one of the members, tends to adjust its codes to the standards of this convention. Moreover, in the hierarchy of norms, the ECHR precedes the Turkish Criminal Procedure Code. This stems from the constitutional norm mentioning that if there is any controversy between an agreement on human rights and a code, the norms of the agreement will be applied instead of the code.<sup>92</sup> As it has such a substantial effect on the Turkish law, the Turkish Criminal Procedure Code may be influenced from the ECHR and this could be the reason why it includes a term equal to reasonable suspicion translated as “*makul şüph*e”.

The E.C.H.R. mentions “reasonable suspicion” (“*makul şüph*e” in Turkish) as a requirement for arrest. The article 5 of the ECHR prohibits deprivation of liberty and security except for some reasons. One of the reasons in the provision is that:

---

<sup>90</sup> *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949).

<sup>91</sup> Joshua Dressler - Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 116.

<sup>92</sup> The Turkish Constitution art. 90.

“(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on **reasonable suspicion** of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;”

In some of its decisions, the European Court of Human Rights (ECtHR) explained what “reasonable suspicion” means:

“A “reasonable suspicion” that a criminal offence has been committed presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed an offence.<sup>93</sup> What may be regarded as ‘reasonable’ will however depend upon all the circumstances.”<sup>94</sup>

Another source mentions that:

“...it can only be regarded as reasonable if it is also based on facts or information which objectively link the person suspected to the supposed crime. There will, therefore, have to be evidence of actions directly implicating the person concerned or documentary or forensic evidence to similar effect. Thus, there should be no deprivation of liberty based on feelings, instincts, mere associations or prejudice (whether ethnic, religious or any other), no matter how reliable these may be regarded as an indicator of someone’s involvement in the commission of an offence...”<sup>95</sup>

As seen above, the scope and content of “reasonable suspicion” in the ECHR and CMK and “probable cause” in the U.S. System are equivalent. The only difference is the terms being used. Thus, to grant a warrant, the courts both in the U.S. and Turkey must take into consideration the same criteria.

### ***b. Reasonable Suspicion***

The Fourth Amendment to the U.S. Constitution requires probable cause for only searches and seizures. It doesn’t explicitly mention which criterion is applicable for stops and frisks. Another requirement of the Fourth Amendment

<sup>93</sup> Erdagoz v. Turkey, Eur. Ct. H. R., Eur. Ct. H.R., Application no. 21890/93, 1997, §51, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["erdag%F6z"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58108"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (last visited Sept. 10, 2014).

<sup>94</sup> Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom, Eur. Ct. H.R., Application no. 12244/86-12245/86- 12383/86, 1991, § 32, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57721#{"itemid":\["001-57721"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57721#{) (last visited Sept. 10, 2014); European Court of Human Rights, *Guide on Article 5- Right to Liberty and Security*, 2012, s. 13, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf) (last visited Sept. 10, 2014).

<sup>95</sup> Monica Macovei, *The Right to Liberty and Security of the Person*, Council of Europe, 2002, s. 25-26, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff4b> (last visited Sept. 10, 2014).

is “reasonableness”. Although there is no such specific provision in the Constitution for stop and frisk, the Court created “reasonable suspicion” requirement for stop and frisk by interpreting the “reasonableness requirement” of the Fourth Amendment. In making reasonable suspicion determination, police officers entitled to draw on “their own experience and specialized training to make inferences from and deductions about the cumulative information available to them that ‘might well elude an untrained person.’”<sup>96</sup>

The differences between “probable cause” and “reasonable suspicion” are:  
1) While probable cause involves a substantial basis for concluding that a search will turn up criminal evidence or that the person seized is guilty of an offense, a few specific and articulable facts with reasonable inferences from these facts would justify the intrusion in reasonable suspicion standard.<sup>97</sup> 2) Unlike probable cause that relies on “reasonable person standard”, reasonable suspicion is based upon “the standard of a reasonable police officer”.<sup>98</sup>

In *Terry v. Ohio*<sup>99</sup>, the Court rejected the idea that stop and frisk are outside the scope of the Fourth Amendment since they don’t reach to the level of search and seizure (classical stop and frisk theory). The Court perceives an arrest and a stop as a seizure of a person and a frisk as a search: “Whenever a police officer accosts an individual and restrains his freedom to walk away, he has ‘seized’ that person. And it is nothing less than sheer torture of the English language to suggest that a careful exploration of the outer surfaces of a person's clothing all over his or her body in an attempt to find weapons is not a “search.”<sup>100</sup> The Court also noted that the classical stop and frisk theory serves to divert attention from the central inquiry of the Fourth Amendment, which is reasonableness.<sup>101</sup> In *Pennsylvania v. Mims*, the Court similarly mentioned “the touchstone of our analysis under the Fourth Amendment is always “the reasonableness in all the circumstances of the particular governmental invasion of a citizen's personal security”<sup>102</sup>. Reasonableness depends on a balancing test: the government interest to search or seize against the invasion which the search or seizure entails.<sup>103</sup>

---

<sup>96</sup> Joshua Dressler - Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s.273; *United States v. Arvizu*, 534 U.S. 266, 273 (2002) (quoting *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411, 418 (1981).

<sup>97</sup> Joshua Dressler - Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 272-73.

<sup>98</sup> J. Hirby, *Definitions of Probable Cause v. Reasonable Suspicion*, *The Law Dictionary* (featuring Black’s Law Dictionary 2<sup>nd</sup> edition), <http://thelawdictionary.org/article/definitions-of-probable-cause-vs-reasonable-suspicion/> (last visited Sept. 16, 2014).

<sup>99</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

<sup>100</sup> *A.g.e.*, at 16, 17.

<sup>101</sup> *A.g.e.*, at 19.

<sup>102</sup> *Pennsylvania v. Mims*, 434 U.S. 106, 109 (1977) citing *Terry* 392 U.S. at 19.

<sup>103</sup> *Terry*, 392 U.S. at 21.

The Court, in *Terry*, emphasizes the difference between a stop and an arrest, and between a frisk and a search. The police must have suspicion that the person “may be” connected with criminal activity to stop and detain a person briefly. The more the police have suspicion, the longer the stop would be. Upon suspicion that he may be armed, the police have power to frisk him for weapons. If the stop and the frisk gave rise to probable cause that the suspect has committed a crime, the police would have power to arrest and conduct a full incident search of the person.<sup>104</sup>

The scope of the search must be "strictly tied to and justified by" the circumstances which rendered its initiation permissible.<sup>105</sup> The officers must not exceed the reasonable scope of a frisk when patting down the outer clothing. They can't place their hands in pockets or under the outer clothing until they feel weapons. They can reach and remove the guns only after they feel weapons during the frisk.<sup>106</sup>

In Turkish Law, there must be a “reasonable level of suspicion at a degree of anticipation” that a suspect either has committed/will commit a crime or potentially armed and dangerous, in order to stop him. This requirement, I believe, is similar to reasonable suspicion requirement in *Terry*. Suspicion must be corroborated with specific facts, observations and professional experience. A stop must not be arbitrary and longer than necessary to get the answers to the questions stemming from suspicion.<sup>107</sup> During a stop, an officer may ask questions about the behaviors of the suspect leading to suspicion. During questioning, if he gets reasonable and satisfactory answers to his questions, he can't prevent the suspect from leaving. The suspect does not have to answer the questions. If the police officer, during questioning, has more suspicion that the suspect is armed, he can search for weapons (frisk).<sup>108</sup> Only if he feels weapons during the frisk, he can reach inside the pockets and remove the guns. The rules are similar to the U.S. system in this regard.

### *c. More Than Probable Cause*

The touchstone of the Fourth Amendment is the “reasonableness test”.<sup>109</sup> In each case, the government interest in conducting a search or seizure must be balanced against individual's privacy intrusion. The level of suspicion that is

---

<sup>104</sup> *A.g.e.*, s. 10.

<sup>105</sup> *A.g.e.*, s. 19; *Warden Md. Penitentiary v. Hayden*, 387 U.S. 294, 310 (1967) (Justice Fortas, concurring).

<sup>106</sup> *Terry*, 392 U.S. at 30.

<sup>107</sup> A.Ö.A.Y. art. 27.

<sup>108</sup> A.Ö.A.Y. art. 27.

<sup>109</sup> *Mimms*, 434 U.S. at 107.

necessary for a search depends on whose interest is superior/more important or how significant in a particular case.

More than probable cause is generally required in rare occasions such as highly intrusive bodily searches. In *Winston*, the Court ruled:

“... surgical intrusion into attempted robbery suspect's left chest area to recover bullet fired by victim was unreasonable under the Fourth Amendment where surgery would require suspect to be put under general anesthesia, where medical risks, although apparently not extremely severe, were subject of considerable dispute, and where there was no compelling need to recover the bullet in light of other available evidence.”

Because there was other substantial additional available evidence that the suspect committed the alleged crime, there was no compelling government and public interest to get the bullet out. On the contrary, the privacy interest is more substantial than it is in an ordinary Fourth Amendment search. Surgery without the patient's consent is almost totally a divestment of the patient's control over surgical probing beneath his skin.<sup>110</sup> Therefore, the government interest doesn't justify the physical intrusion on the patient's body without his consent, and the cause level must be more than probable cause.

In Turkish law, electronic surveillance<sup>111</sup>, searches of computers<sup>112</sup> and authorization of undercover agents<sup>113</sup> require more than probable cause. This may be because of high intrusion that these searches entail. Electronic surveillance intrudes not only the right to privacy but also the right to free expression. The officer conducting surveillance may acquire private communications not related to the particular investigation. Similarly, the police may have knowledge about other unnecessary and private details of a suspect's life during searches of computers. Further, undercover agents deceive suspects to obtain necessary information from them. All these are considered as high intrusions in the Turkish system and justify setting a higher standard than probable cause.

#### **4. The Meaning of a “Seizure”**

##### ***a. Seizure of Property***

In the U.S. law, the Fourth Amendment protects not only people's privacy interests but also possessory interests and freedom of movement. A search

---

<sup>110</sup> *Winston v. Lee*, 105 S. Ct. 1611, 1613 (1985).

<sup>111</sup> CMK art. 135.

<sup>112</sup> CMK art. 134.

<sup>113</sup> CMK art. 139.

threatens the former, and a seizure the latter.<sup>114</sup> The seizure involving a possessory interest is called ‘seizure of property’, whereas the seizure related to freedom of movement is called ‘seizure of persons’.

A seizure of property occurs when there is some “meaningful interference” with an individual's possessory interest in that property.<sup>115</sup> The interference occurs when an officer exercises control over a suspect's premises by *destroying it*, or *removing it* from the suspect's actual or constructive possession, or *securing the premises*. If the police prevent a person from entering or taking away or destroying his personal property, this means securing the premises.<sup>116</sup> The interference must be “meaningful” to constitute a seizure. If a police officer merely picks up an object just to look at it or moves it for a small distance, it doesn't constitute a seizure because it's not “meaningful”.<sup>117</sup>

In Turkish law, seizure is a measure that removes the possessor's use of authority for the purposes of gathering evidence or future confiscation<sup>118</sup>. If a person gives his property with consent, the police can secure those items without a warrant. If there is no consent, the police can seize them with a warrant<sup>119</sup>. The Turkish Criminal Procedure Code includes one general and some specific rules regarding different kinds of seizures. Other than the general rule, the code specifically mentions some kinds of seizures that can be conducted on real estates, shares, assets; mails; and computers.<sup>120</sup>

#### ***b. Seizure of Persons: Arrest***

##### *i. The United States*

What constitutes a seizure differs whether a person seized is sitting still or running away. If the person is sitting still, there is no seizure if a reasonable innocent person would feel free to decline the officer's request or otherwise terminate the encounter.<sup>121</sup> If the person is running away, there must be either a submission to the authority or an application of physical force to constitute a seizure. Merely a show of authority is not enough.<sup>122</sup>

---

<sup>114</sup> Texas v. Brown, 460 U.S. 730, 747 (1983) (Stevens J., concurring).

<sup>115</sup> United States v. Jacobsen, 104 S. Ct. 1652, 1653 (1984).

<sup>116</sup> Joshua Dressler - Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s.104.

<sup>117</sup> *A.g.e.*

<sup>118</sup> T.C.K. art. 54-55.

<sup>119</sup> Nur Centel- Hamide Zafer, *a.g.e.*, 9. Basi, Istanbul, 2012, s. 377; CMK art. 123.

<sup>120</sup> CMK art. 128, 129, 134.

<sup>121</sup> United States v. Bostick, 501 U.S. 429 (1991); United States v. Drayton, 536 U.S. 194 (2002).

<sup>122</sup> California v. Hodari D., 111 S. Ct. 1547 (1991).



The rationale of an arrest is to prevent flight risk and maintain public safety. It is a seizure that has important consequences such as restraint and loss of liberty and other people's suspicions for the arrestee. For instance, the arrestee can lose his job, or it can cause other problems in relationships with people. Especially for these reasons, there must especially be probable cause to arrest somebody. According to the ancient common-law rule, the police can arrest without a warrant for 1) a felony or a misdemeanor in presence of officer, 2) felonies not committed in his presence but he has reasonable grounds for the arrest, and 3) breach of peace.<sup>123</sup> Misdemeanors need not amount to breach of peace. That is, a police officer can arrest a person without a warrant if he saw that the suspect committed a misdemeanor punishable only by fine.<sup>124</sup>

If a suspect is in public, the police do not need an arrest warrant to arrest the suspect. However, if the suspect is at his home, the police need an arrest warrant (no need for a search warrant) and reason to believe that the suspect is inside.<sup>125</sup> If he is at a third party's home, the police need both search and arrest warrants.<sup>126</sup> In this case, not only the suspect's freedom of movement but also the third party's privacy is under intrusion. That's why we need two different warrants.

The Fourth Amendment prohibits unreasonable searches and seizures. The police must not only have probable cause to make an arrest, but they must not use unreasonable and excessive force when arresting or temporarily detaining a suspect.<sup>127</sup> The use of deadly force is reasonable only when force is necessary to stop escape and when the police officer has probable cause to believe that the suspect poses a significant threat of death or injury to the officers or others.<sup>128</sup> In *Garner*, the Court held that if the fleeing suspect is apparently unarmed and non-dangerous, it is unreasonable to fire a fatal shot. According to the Court:

"The use of deadly force to prevent the escape of all felony suspects, whatever the circumstances, is constitutionally unreasonable. It is not better that all felony suspects die than that they escape. Where the suspect poses no immediate threat to the officer and no threat to others, the harm resulting from failing to apprehend him does not justify the use of deadly force to do so. . . . . the fact that the police arrive a little late or are a little slower afoot does not always justify killing the suspect..."<sup>129</sup>

---

<sup>123</sup> United States v. Watson, 96 S. Ct. 820, 825 (1976).

<sup>124</sup> Atwater v. Lago Vista, 532 U.S. 318, 336 (2001).

<sup>125</sup> Payton v. New York, 100 S. Ct. 1371 (1980).

<sup>126</sup> Steagald v. United States, 101 S. Ct. 1642, 1643 (1981).

<sup>127</sup> Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 154.

<sup>128</sup> *A.g.e.*, s. 155.

<sup>129</sup> Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1, 11 (1985).

Hence, after *Garner*, it is unreasonable to use deadly force just to prevent escape of an apparently unarmed suspect. The use of fatal force is justified, only if the fleeing suspect poses a serious threat to other people or an officer's life/physical integrity.

What is implicit in *Garner*'s excessive force analysis is the reasonableness analysis. The *Graham v. Connor* case expressly stated that all claims of the excessive use of police force - deadly or not- in the course of arrest, an investigatory stop and other 'seizure of a free citizen' should be analyzed under the Fourth Amendment and its reasonableness standard. The seriousness of the crime at issue, whether the suspect poses an immediate threat to the safety of officers or others, whether he is actively resisting arrest or attempting to evade arrest by flight are significant factors to be considered when applying reasonableness standard.<sup>130</sup>

ii. *Turkey*

The Turkish law has two circumstances when a person can be arrested: first, when a suspect is caught red-handed, and second, when the conditions of an arrest warrant or a warrant for pre-trial detention exist. In the first possibility, anybody in the society- including the police- can seize the suspect.<sup>131</sup> The Criminal Procedure Code explicitly authorizes other citizens to catch the suspect.<sup>132</sup> Yet, ordinary people cannot enter into the house of the suspect to seize him. They can only take measures to prevent him from escape, i.e. locking the door.<sup>133</sup>

In the second possibility, the police can conduct an arrest in cases when the conditions of an arrest warrant or a warrant for pre-trial detention are met and there is danger in delay.<sup>134</sup> An arrest warrant may be issued for fugitives or in cases when a suspect disobeys a summons or is unavailable.<sup>135</sup> The conditions to issue a warrant of pre-trial detention are:<sup>136</sup> 1) more than probable cause regarding the commission of a crime, 2) specific facts indicating flight risk or more than probable cause regarding possible destruction of evidence or danger of threatening witnesses, victim or other people, or the commission of any of the serious offenses enumerated in the Code 3) the punishment of the offense must require at least two years of incarceration 4) It must be reasonable to

---

<sup>130</sup> *Graham v. Connor*, 490 U.S. 386, 395, 396 (1989).

<sup>131</sup> Doğan Soyaslan, *a.g.e.*, s. 305, 306.

<sup>132</sup> CMK art. 90.

<sup>133</sup> Doğan Soyaslan, *a.g.e.*, s. 300.

<sup>134</sup> If there is no danger in delay, the justice of the peace must issue an arrest warrant.

<sup>135</sup> CMK art. 98/ 1, 2, 3.

<sup>136</sup> Doğan Soyaslan, *a.g.e.*, s. 307; CMK art. 90, 100.

detain somebody, when the duration of incarceration is considered. If all of these conditions are met and there is danger in delay and a public prosecutor or their superior is unavailable, police officers can arrest a person without a warrant or any order.<sup>137</sup>

The police must use reasonable force when making an arrest. The police must use force for the purpose of breaking the resistance of the suspect so long as it is in proportion to the level and nature of the resistance.<sup>138</sup> There are three types of force: physical force, forces other than weapons such as the use of handcuffs, and weapons. The level of force can increase gradually from physical force to forces other than weapons and to weapons, depending on the nature of resistance. The police are eligible to use weapons under circumstances mentioned below<sup>139</sup>:

- i. Self defense
- ii. When physical force and forces other than weapons weren't enough to defuse resistance. The use of weapons, in this case, must be in proportionate to the level of resistance and the purpose of breaking it.
- iii. For the execution of a warrant of arrest or detention, or to prevent the flight of the suspect caught red-handed. Weapons can be used just to apprehend him and in proportion to the purpose of preventing the flight. At first, the fleeing suspect must be warned to "stop". If he keeps fleeing, the police can fire the gun into the air to warn him again. If he still keeps fleeing and there is no way to apprehend him, the police may shoot him in proportion to the purpose to catch him.

The Turkish law allows the police to use weapons to stop a fleeing suspect. However, it doesn't mean that the Turkish law allows the police to shoot and kill in cases when a suspect is fleeing and there is no threat to officers or other's safety. Use of a weapon must be in proportion to the purpose of stopping the fleeing suspect.<sup>140</sup> For example, instead of shooting at his head, a police officer must shoot the suspect at his leg when he is only running without any danger to others. A police officer may decide on the place that he will shoot at the suspect's body depending on the degree of the threat that suspect poses to his or others' safety. The targeted place on the body may vary from his leg and upper

---

<sup>137</sup> CMK art. 90/ 2.

<sup>138</sup> Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu [P.V.S.K.] [The Statute on Duties and Powers of the Police], Kanun No: 2751, Tarih: 14 Temmuz 1934, art. 16/3. The scope of the authority to use force consists of physical force, other forces such as handcuffs, baton, pressurized water, teargas, barriers, dogs and horses of the police, other vehicles, and weapons.

<sup>139</sup> P.V.S.K. art. 16/ 7, 8.

<sup>140</sup> *A.g.e.*

body to his head. The important thing for the police is to act reasonably in consideration of the danger.

### 5. The Warrant Requirement and Its Exceptions

The Fourth Amendment to the U.S. Constitution requires a warrant to conduct a search on an individual's homes, papers, effects and persons. Similarly, the Turkish Constitution and Criminal Procedure Code have warrant requirements for searches at homes, papers, effects and persons. The Code also mentions that in cases where there is danger in delay, a public prosecutor's written order would be enough to conduct a search. In places other than "homes, offices or places not open to public", the superior of the security force can issue a written order to conduct a search, if there is danger in delay and the public prosecutor is unavailable.

Danger in delay is present when there is no time to get a warrant from a justice of the peace and when lack of immediate action would lead to 1) loss of evidence, 2) suspect's flight, or 3) difficulty in identifying the suspect.<sup>141</sup>

#### a. Exigent Circumstances

##### i. The United States

Exigent circumstances in which a warrantless search is lawful may exist in these circumstances: 1) Hot pursuit of a suspect<sup>142</sup>: immediate and continuous pursuit is required to constitute a hot pursuit.<sup>143</sup> 2) Destruction of evidence 3) Threat to the police or other's safety.<sup>144</sup>

In exigent circumstances, the police can act without a warrant, but must still have probable cause. The police also can freeze the situation while they're getting a warrant. For example, in *Illinois v. McArthur*, an officer prevented McArthur from going inside his home while other police officers were getting a search warrant.<sup>145</sup> The court held that the police officer's refusal to allow defendant to enter residence without a police officer until a search warrant was obtained was a "reasonable seizure" that did not violate the Fourth Amendment.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> A.Ö.A.Y. art. 4.

<sup>142</sup> *Hayden*, 387 U.S. 294, 310 (1967).

<sup>143</sup> *Welsh*, 466 U.S. at 753.

<sup>144</sup> *Minnesota v. Olson*, 495 U.S. 91, 100 (1990).

<sup>145</sup> *McArthur*, 121 S. Ct. 946 (2001).

<sup>146</sup> *A.g.e.*

Officers can create their own exigency so long as they don't violate or threaten to violate the Fourth Amendment. While deciding on whether the exigency created by the police has negated the reasonableness of a warrantless search, the Court considers objective factors, not the subjective intent of police officers. In *Kentucky v. King*, the police knocked on the door and declared their presence. When they heard the sounds indicative of things moving—which is sufficient to establish that evidence was being destroyed<sup>147</sup>, they got into the house without a warrant. In this case, by knocking on the door and announcing their presence, the police created their own exigency. Since the police did not create the exigency through an 'actual or threatened violation of the Fourth Amendment', the warrantless entry is allowed to prevent destruction of evidence.<sup>148</sup>

The gravity of underlying offense is an important factor in deciding whether to apply an exigency exception. The Court does not apply this exception for minor offenses, such as drunk driving. In *Welsh*, the suspect was driving erratically. The officer checked his registration on the system, learned the identity of the suspect, proceeded to his home, entered into the home without a warrant, and finally arrested him for drunk driving. The court ruled that a warrantless entry for a minor offense couldn't be justified on the grounds of exigent circumstances such as hot pursuit of a suspect, threat to public safety or destruction of evidence.<sup>149</sup>

ii. *Turkey*

Danger in delay and exigency are two possibilities when the police can conduct warrantless searches. Actually, exigency is a form of 'danger in delay'. Yet, the prejudice it may cause in case of delay is more imminent. In this regard, non-immediate risk of destruction of evidence and flight risk<sup>150</sup> are circumstances when danger in delay is present. Hot pursuit of the suspect<sup>151</sup>, protecting other's safety<sup>152</sup> and immediate risk of destruction of evidence (when caught red-handed)<sup>153</sup> are considered as exigent circumstances where there is no time to get a warrant or a

---

<sup>147</sup> *Kentucky v. King*, 131 S. Ct. 1849, 1855 (2011).

<sup>148</sup> *A.g.e.*, s. 1862.

<sup>149</sup> *Welsh*, 466 U.S. at 751; Ronald Jay Allen- William J. Stuntz- Joseph L. Hoffmann- Debra A. Livingston- Andrew D. Leipold, *a.g.e.*, s. 457.

<sup>150</sup> A.Ö.A.Y. art. 4-a.

<sup>151</sup> A.Ö.A.Y. art. 8-d.

<sup>152</sup> In terms of defense of others. A.Ö.A.Y. art. 8-f.

<sup>153</sup> There is no explicit rule mentioning that the police may conduct a warrantless search when there is immediate risk of destruction of evidence. Yet, the A.Ö.A.Y. art. 8-f. mentions that the police need not get a warrant to catch a suspect red-handed. One of the purposes of this provision is to prevent immediate destruction of evidence. That's why I believe the police may conduct a search to prevent destruction of evidence in cases when a suspect is caught red-handed. A.Ö.A.Y. art. 8-f.

written order. In the first case, there must be at least either a written order of a public prosecutor, or the superior of the security force when the public prosecutor is inaccessible. The superior of the security force cannot issue an order for searches at home, offices, or other places not open to the public.<sup>154</sup> In the second case, however, the police can conduct a search without a warrant or a written order.<sup>155</sup>

1. Hot pursuit of a suspect:

In cases when a suspect is fleeing from a police officer, or there are indications that a suspect was/is committing a crime and the police officer is on pursuit to seize him, the officer can conduct a search without a warrant at homes or automobiles that the suspect had entered, in order to seize the suspect.<sup>156</sup>

2. Destruction of evidence:

The U.S. Law includes two different possibilities about searches: a search could be either with or without a warrant. In contrast, the Turkish Law has a third possibility: in circumstances where there is danger in delay, a public prosecutor's written order is required to conduct a search. If he is unavailable, the superior of the security force can issue a written order, except for places not open to the public.

If it is probable that evidence will be lost and there is no time to get a warrant from the justice of the peace, danger in delay is present.<sup>157</sup> The public prosecutor's written order (later subject to approval) would be enough to conduct a search. If danger in destruction of evidence is imminent and there is no time to get a written order from either the public prosecutor or the superior of the security force<sup>158</sup>, i.e. the suspect is caught red-handed, the police can conduct a search without getting a written order.<sup>159</sup> If danger is not imminent, he must get a written order.

3. Threat to officers' or other's safety:

Warrantless searches that are conducted to protect society or individuals from any harm are lawful.<sup>160</sup> The basis of this rule is the right of an individual to defend a third party against an attack by using reasonable force.

---

<sup>154</sup> CMK art. 119 and A.Ö.A.Y. art. 4, 7.

<sup>155</sup> According to Prof. Yenisey, the Constitution art.20 commands that searches without a warrant or a written order conducted in exigent circumstances be submitted to the justice of the peace within 24 hours, regardless of whether there is any seizure or not. Nurullah Kunter- Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoglu, *a.g.e.*, s. 1013.

<sup>156</sup> A.Ö.A.Y. art. 8/d.

<sup>157</sup> A.Ö.A.Y. art. 4.

<sup>158</sup> Nurullah Kunter- Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoglu, *a.g.e.*, s.1013.

<sup>159</sup> A.Ö.A.Y. art. 8-f.

<sup>160</sup> A.Ö.A.Y. art. 8-f.

***b. Automobiles and Containers Therein***

In the U.S. Law, automobiles are not subject to the warrant requirement of the Fourth Amendment. The old rationale for the automobile exception was forward and backward exigency. Forward exigency demonstrates the mobility of cars.<sup>161</sup> *Chambers v. Maroney* case argues that all automobiles are “mobile” even if they sit unoccupied in a police impoundment lot.<sup>162</sup> Backward exigency demonstrates the unforeseeable need for a warrant. These two reasons for the exception are also mentioned in *Chambers*: “The circumstances that furnish probable cause to search are most often unforeseeable; moreover, the opportunity to search is fleeting since a car is readily mobile”.<sup>163</sup>

The new rationale for automobile exception is that automobiles have lesser expectation of privacy. In *Cardwell*, the Court applied the expectation of privacy standard, instead of the unforeseeable need and mobility. It ruled that “The search of a vehicle is less intrusive...One has a lesser expectation of privacy in a motor vehicle because its function is transportation and it seldom serves as one's residence or as the repository of personal effects”.<sup>164</sup> In this case, even if the police could practically have got a warrant (no unforeseeable need) and the vehicle was not mobile (in public parking lot), the Court ruled that because there is a lesser expectation of privacy in vehicles, there is no need to get a warrant.

Before *California v. Acevedo*<sup>165</sup> overruled *Arkansas v. Sanders* case, there were two kinds of container searches in automobiles. First, there can already be probable cause focused on a container and it may be later coincidentally placed in a car (*Chadwick and Sanders*).<sup>166</sup> The search of a container in the car must be conducted with a warrant. Second, the police may have probable cause to search a car and a container happened to be found during a lawful and a warrantless search (*United States v. Ross*).<sup>167</sup> Yet, the Court overruled its decision in *Sanders* that requires a warrant, and stated that “the protections of the Fourth Amendment must not turn on such coincidences”.<sup>168</sup> It additionally ruled that “The interpretation of the *Carroll* doctrine set forth in *Ross* now applies to all searches of containers found in an automobile. In other words, the police may search without a warrant if their search is supported by probable cause.”<sup>169</sup>

---

<sup>161</sup> *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

<sup>162</sup> Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 214.

<sup>163</sup> *Chambers v. Maroney*, 399 U.S. 42, 51- 52 (1970).

<sup>164</sup> *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583, 584, 586 (1974).

<sup>165</sup> *California v. Acevedo*, 500 U.S. 565 (1991).

<sup>166</sup> *Arkansas v. Sanders*, 442 U.S. 753 (1979); *United States v. Chadwick*, 433 U.S. 1 (1977).

<sup>167</sup> *United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982).

<sup>168</sup> *Acevedo*, 500 U.S. at 580.

<sup>169</sup> *A.g.e.*, s. 579.

After *Acevedo* that re-stated *Ross*, the object of a search and places in which there is probable cause that it may be found are main elements to be considered in container searches in cars.<sup>170</sup> Thus, we may conclude that if the police have probable cause as to a container, they can search just the container without a warrant. If the police have probable cause as to the whole car, they can conduct a warrantless search in places where there is probable cause that the object of the search may be found.<sup>171</sup> Similarly, if the police have probable cause, they can search a passenger's belongings that are capable of containing the object of the search.<sup>172</sup>

In Turkish Law, the Criminal Procedure Code requires a search warrant for places not open to public, such as homes, offices etc. It does not explicitly state that there must be a warrant for searches of automobiles. Yet, it implicitly requires a warrant. For one thing, even though anyone can see inside of a car, it is still considered as a private place of individuals.<sup>173</sup> Second, automobiles are one of the places that are not open to public access and we may infer that a warrant is necessary. Further, A.Ö.A.Y. art.5&7 explicitly requires a warrant for searches of automobiles, which supports our inference.

The police can conduct quick searches in a vehicle without a warrant in cases when there is some suspicion that it contains contrabands, weapons, ammunition, explosive materials and narcotics.<sup>174</sup>

a) *Plain View Exception*

During a lawful search, the police can discover any other evidence that is not specified in the warrant. The evidence could be related either to the offense of the search or to any other offense(s) unrelated to that particular investigation. In these circumstances, the question is whether the police can seize these items that are in plain view.

In the U.S. Law, the plain view doctrine has two requirements: 1) The police must be legitimately on the premises. The item must be found in an area where the police have the right to be. 2) It must be immediately apparent that items are subject to seizure. In *Arizona v. Hicks*, it is mentioned that there must be probable cause to believe that the item is contraband or seizable.<sup>175</sup> If the

---

<sup>170</sup> *A.g.e.*, s. 579-80.

<sup>171</sup> *United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982).

<sup>172</sup> *Wyoming v. Houghton*, 526 U.S. 295 (1999).

<sup>173</sup> Ersan Şen, "Araç Araması" [*Search of Cars*], August 2013, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1065968-arac-aramasi> (last visited Sept. 15, 2014).

<sup>174</sup> A.Ö.A.Y. art. 8/1- e.

<sup>175</sup> *Arizona v. Hicks*, 107 S. Ct. 1149 (1987).



police feel an illegal object during a lawful pat down of a suspect, it must be immediately apparent that the item is seizable.<sup>176</sup>

“Inadvertence” is not a requirement of the plain view doctrine. In *Horton v. California*, the Court emphasized that the Fourth Amendment does not prohibit warrantless seizure of evidence of crime in plain view, if the discovery of evidence was not *inadvertent*. Even though *inadvertence* is a characteristic of most legitimate “plain view” seizures, it is not a necessary condition.<sup>177</sup>

In Turkish Law, if evidence related to the offense under investigation (that is not specified in the search warrant) or evidence regarding another offense is found during a lawful search, the police must protect the evidence and immediately inform the public prosecutor about the situation. The police must request a written order from the public prosecutor or from the superior of the security force (if prosecutor is unavailable), to “seize” the evidence. The police must get the approval of a justice of the peace within twenty-four hours. The justice of the peace must declare his decision within forty-eight hours beginning at the moment of the seizure; otherwise, the seizure will automatically be removed.<sup>178</sup>

## 6. Searches Incident to Lawful Arrests

Sometimes, the arrest of a suspect could be dangerous as he is a potential criminal and he may tend to hurt other people or destroy any evidence that could be used at his trial. Thus, it is necessary to take some measures immediately after an arrest to prevent this.

In the U.S. Law, with regard to searches of people and places, the police can search a person, anything on the person, and the person’s grab area where he might gain weapons or destroy evidence immediately after a lawful arrest.<sup>179</sup> The police also can do a protective sweep in the immediate area for confederates where they have reasonable articulable suspicion regarding the presence of dangerous people. This sweep must be conducted at places confederates could be hiding. The Supreme Court held that “...the Fourth Amendment permits properly limited protective sweep in conjunction with in-home arrest when the searching officer possesses reasonable belief based on specific and articulable facts that area to be swept harbors individual posing danger to those on arrest scene.”<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> *Minnesota v. Dickerson*, 113 S. Ct. 2130, 2132 (1993).

<sup>177</sup> *Horton v. California*, 496 U.S. 128, 130 (1990).

<sup>178</sup> CMK art. 138/1; A.Ö.A.Y. art. 10.

<sup>179</sup> *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969); *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973).

<sup>180</sup> *Maryland v. Buie*, 110 S. Ct. 1093 (1990).

Regarding searches of cars, the police can search the grab area of an unsecured arrestee to protect arresting officers and to safeguard any evidence of the offense of arrest that the arrestee might conceal or destroy. The police may search a vehicle incident to a lawful arrest only if the arrestee is unsecured within reaching distance of the passenger compartment at the time of the search. Moreover, the police can search a car after arrest when it is reasonable to believe that there is evidence in the vehicle relevant to the crime of arrest.<sup>181</sup>

In Turkish Law, immediately after an arrest, the police must take precautions to prevent any possible destruction of evidence or harm to others.<sup>182</sup> This is a general rule that gives the police some discretion to decide on the existence of destruction of evidence/danger of harm to people and the places that carry this risk. Thus, they may search people, places and cars in consideration of these two factors under the reasonableness standard. The police must not act arbitrarily and search places where there is no risk of destruction of evidence or danger to others.

### 7. Consent

In the U.S. Law, validly obtained consent may justify a warrantless search regardless of whether there is probable cause or not.<sup>183</sup> Consent is valid only if it meets following conditions: 1) Voluntariness,<sup>184</sup> and 2) granted by someone with real<sup>185</sup> or apparent<sup>186</sup> authority to give consent, and 3) the search conducted must not exceed the scope of the consent granted.<sup>187,188</sup>

The voluntariness of consent is determined under the totality of circumstances. The important requirement is lack of coercion or threat.<sup>189</sup> The factors demonstrating coercion may be: 1) a show of force by the police that would suggest to the person that he is not free to refuse the consent, i.e. display of guns, 2) the presence of large number of officers, 3) persistent requests for consent after a refusal, 4) evidence related to the consenting person's age, mental condition, level of education, sex and race that indicates that his free will

---

<sup>181</sup> Arizona v. Gant, 556 U.S. 332 (2009).

<sup>182</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği [The Regulation on Arrest and Custodial Interrogation] R.G.: 01.06.2005 S: 25832, art. 6/ 2, 3; Nurullah Kunter- Feridun Yeni-sey- Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 977.

<sup>183</sup> Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 249.

<sup>184</sup> Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973).

<sup>185</sup> United States v. Matlock, 415 U.S. 164 (1974).

<sup>186</sup> Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

<sup>187</sup> Florida v. Jimeno, 500 U.S. 248 (1991).

<sup>188</sup> Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 249.

<sup>189</sup> Schneckloth, 412 U.S. at 227.

was compelled by the officer's conduct.<sup>190</sup> While knowledge of the right to refuse consent is one of the factors that will be taken into account, it is not a prerequisite for an effective consent to search.<sup>191</sup>

Consenting people must have either real or apparent authority upon premises. Third party consent issue arises if somebody other than the suspect consents to a search. With regard to the "real" authority, the validity of consent depends on whether a co-occupant physically presents when officers requested the search. If he is not present, other co-occupant may allow the search of the shared place against him.<sup>192</sup> The rationale is that one who shares the authority over a property with others assumes the risk that other occupants might permit the search of the common area.<sup>193</sup> If he is physically present and refuses to permit the entry to the home, the consent given by another occupant is not valid and does not justify the warrantless entry of home.<sup>194</sup>

Regarding "apparent" authority, an objective standard must be applied. The test announced by *Illinois v. Rodriguez* is: "would the facts available to the officer at the moment... warrant a man of reasonable caution in the belief that the consenting party had authority over the premises? ... If not, then warrantless entry without further inquiry is unlawful unless authority actually exists. But if so, the search is valid."<sup>195</sup>

The standard for analyzing the scope of consent is objective reasonableness: "what would the typical reasonable person have understood by the exchange between the officer and the suspect?"<sup>196</sup> Whether or not the consenting suspect *subjectively* thought about the container that was actually under search is unimportant. What we must consider is whether the officer acted *objectively* reasonable in interpreting the suspect's consent to include the right to open that particular container.<sup>197</sup>

Different than the U.S. law, consent does not make a warrantless search lawful in Turkish law. Actually, until 2007, the Regulation on Investigative and Preventive Searches included a rule that deems a warrantless search with consent lawful.<sup>198</sup> Yet, the Council of State abolished the rule on the grounds

---

<sup>190</sup> Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 252.

<sup>191</sup> *Schneekloth*, 412 U.S. at 227.

<sup>192</sup> *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

<sup>193</sup> *A.g.e.* s. 171 n.7.

<sup>194</sup> *Georgia v. Randolph*, 126 S. Ct. 1515, 1516 (2006).

<sup>195</sup> *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177, 188-89 (1990).

<sup>196</sup> *Jimeno*, 500 U.S. at 251.

<sup>197</sup> Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 257.

<sup>198</sup> A.Ö.A.Y. art. 8-f.

that government and individuals have unequal powers that may lead to involuntary consents. According to the Court, by consenting, a person waives his right to privacy. One cannot relinquish or abandon his right to privacy, which is indispensable. Allowing consent searches can ease the violation of the right to privacy. Consent is not one of the occasions stated in the Constitution justifying privacy intrusion as well.<sup>199</sup> Hence, for these reasons consent can no longer justify warrantless searches. From my point of view, consent is an important tool that saves time in investigations, especially when we consider the high workload of police officers and courts. Instead of abolishing the consent rule, we must specify the possible coercive acts and oversee the police to prevent coercive police acts leading to involuntary consent.

## **B. Evidence Obtained During Police Interrogation**

### *a) Totally Involuntary Statements*

The Fifth Amendment mentions “no one shall be compelled in any criminal case to be witness against himself.” That is, any compulsion of police officers rendering a statement involuntary would be unacceptable.<sup>200</sup> Any statement obtained in the police custodial interrogation must be voluntarily given by the suspect’s free will, in order to be used as evidence at trial. Voluntariness inquiry is a fact specific totality of circumstances test. The Court must consider not only the details of the interrogation itself such as the nature, amount and intensity of police inducements or other pressures, but also personal characteristics, attributes and background of a defendant.<sup>201</sup> There must be a coercive police activity to find that a confession is involuntary. The confession stemming from an effect of mental illness cannot be considered as involuntary.<sup>202</sup>

Similarly, the Turkish Criminal Procedure Code requires a statement to be based on the free will of a suspect. A suspect’s free will cannot be constrained namely by ill- treatment, torture, giving medicine, exhausting him, deception, coercion or threat, offer of unlawful benefit or other means affecting free will. If these means are used during interrogation, the statement obtained in the interrogation cannot be used as evidence at trial, even if the suspect willingly gave the statement. The code protects human dignity in the related article (Art. 148/1).

---

<sup>199</sup> D. 10.D. E: 2005/6392 K: 2007/948 T: 13.03.2007; D. IDDK. E: 2007/2257 K: 2012/1117 T: 14.09.2012; Nurullah Kunter- Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 979.

<sup>200</sup> *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 540 (1897).

<sup>201</sup> Jimmie E. Tinsley, *Involuntary Confession: Psychological Coercion*, 22 Am. Jur. Proof of Facts 2d 539, 543 (1980).

<sup>202</sup> *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986).

In a murder case, the suspect invoked his right to silence at interrogation. The police videotaped the conversation between the suspect and a police officer in the waiting hall of the courthouse, and wanted to use his confession as evidence at his trial. The Turkish Court of Cassation ruled that secretly videotaping the suspect's conversations without his knowledge – despite of his invocation of the right to silence- constitutes a deception. The statements obtained as a result of deception are totally involuntary and cannot be considered evidence.<sup>203</sup>

b) *Lack of Miranda Warnings*

In *Miranda v. Arizona*, the Supreme Court ruled that police custodial interrogation has an inherently compelling nature.<sup>204</sup> The case brought some procedural safeguards to make sure that a suspect gives statements with his free will without compulsion. These safeguards, which are called “Miranda warnings”, are as follows: Warning the suspect that 1) he has the right to remain silent; 2) anything said can and will be used against him in the court; 3) he has the right to consult with a lawyer and to have a lawyer with him during interrogation; and 4) if he is indigent, he can get a lawyer to represent him. Without these warnings, the statements taken in custodial interrogation are inadmissible at trial.

The Miranda warnings are required when there is a custodial interrogation. We must thus determine the meanings of custody and interrogation. There are two inquiries essential to the “custody” determination: “first, what were the circumstances surrounding the interrogation; and second, given those circumstances, would a reasonable person have felt he or she was not at liberty to terminate the interrogation and leave”.<sup>205</sup> When analyzing the circumstances “the location of the questioning, its duration, statements made during the interview, the presence or absence of physical restraints during the questioning, and the release of the interviewee at the end of the questioning” may be relevant factors.<sup>206</sup> In this regard, a conversation with a police officer at the police station does not necessarily mean that the person is under custody.<sup>207</sup> Similarly, a person may be in custody in his own home. In *Orozco v. Texas*<sup>208</sup>, for example, the Court held that the suspect was in custody when four police officers entered his bedroom and questioned him there at 4.00 am.<sup>209</sup> The examination of circumstances mustn't depend on the subjective views of either the

---

<sup>203</sup> Y. 1. CD. E: 2003/3819 K: 2004/299 T: 16.2.2004.

<sup>204</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 467 (1966).

<sup>205</sup> *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99, 112 (1995).

<sup>206</sup> *Howes v. Fields*, 132 S. Ct. 1181, 1189 (2012).

<sup>207</sup> *California v. Beheler*, 463 U.S. 420 (1984).

<sup>208</sup> *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324 (1969).

<sup>209</sup> Joshua Dressler- Alan C. Michaels, *a.g.e.*, s. 470.

interrogating officers or the person being questioned.<sup>210</sup> There must be an objective assessment from the suspect's perspective: what a reasonable person in the suspect's position would have understood from the situation. Would a reasonable person think that he is free to end the conversation and leave? Would a reasonable person believe that he was under arrest or in "the functional equivalent of formal arrest"<sup>211</sup>? In this regard, if an officer's conduct would suggest a reasonable person in the suspect's position that he is "functionally under arrest", although the person subjectively thought that he is not, Miranda warnings are required prior to interrogation.<sup>212</sup>

Regarding the determination of interrogation, there must be 'express questioning or its functional equivalent'. Functional equivalent of the express questioning can be 'any words or actions on the part of the police that the police should know are reasonably likely to elicit an incriminating response from the defendant'.<sup>213</sup> The functional equivalent of interrogation "focuses primarily upon the perceptions of the suspect, rather than the intent of the police".<sup>214</sup> The police officer's subjective intent to elicit an incriminating response is not essential to this determination.<sup>215</sup> The incriminating response refers to any inculpatory or exculpatory statements that the prosecution may introduce at trial. The phrase "incriminating response" means both inculpatory and exculpatory statements that the prosecutor likely will use at trial.<sup>216</sup>

c) *Invocation and Waiver of Miranda Rights*

After the police read the Miranda warnings, a suspect can either invoke or waive his right to silence and the right to counsel. The invocation of the right to silence and the right to counsel must be clear<sup>217</sup>, unambiguous, and unequivocal<sup>218</sup>. If the right to silence is invoked, the police must stop questioning and 'scrupulously honor' the suspect's 'right to cut off questioning'.<sup>219</sup> They can question the suspect two hours later about a different crime so long as they re-Mirandize him.<sup>220</sup> If the right to counsel is invoked, the

---

<sup>210</sup> *A.g.e.*, s. 468.

<sup>211</sup> *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420, 442 (1984).

<sup>212</sup> *Joshua Dressler- Alan C. Michaels, a.g.e.*, s. 468.

<sup>213</sup> *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291, 301 (1980).

<sup>214</sup> *A.g.e.*

<sup>215</sup> *Joshua Dressler- Alan C. Michaels, a.g.e.*, s. 473.

<sup>216</sup> *Innis*, 446 U.S. 291, 301 n.5.

<sup>217</sup> *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477, 486 (1981).

<sup>218</sup> *Davis v. United States*, 512 U.S. 452, 454, 462 (1994).

<sup>219</sup> *Mosley*, 423 U.S. at 104.

<sup>220</sup> *A.g.e.*, s. 104, 105, 107.

police cannot interrogate the suspect until an attorney is present.<sup>221</sup> Further interrogation cannot take place unless the suspect himself initiates further communication with the police.<sup>222</sup> Even if the suspect consults an attorney at the first part of the conversation, the officers cannot re-initiate the conversation without the attorney's presence again. This is because "the Fifth Amendment protection against re-initiation of questioning of accused that has requested assistance of counsel is not terminated or suspended when suspect has consulted with an attorney..."<sup>223</sup> If the invocation is ambiguous, the police can ask clarifying questions to help protect the rights of the suspect and to minimize the chance of suppression. Yet, they have no obligation to clarify.<sup>224</sup>

After the rights are read, a suspect can waive his rights. The waiver must be 1) express or implied, and 2) voluntary, 3) knowing and intelligent. For one thing, an explicit statement of waiver is not necessary. "The prosecution... does not need to show that a waiver of Miranda rights was express. An implicit waiver of "the right to remain silent" is sufficient to admit a defendant's statement into evidence."<sup>225</sup> Waiver can be inferred from the actions and words of the person interrogated.<sup>226</sup> Secondly, the relinquishment of the right must be "the product of free and deliberate choice rather than intimidation, coercion, or deception."<sup>227</sup> Finally, to make a knowing and intelligent waiver, the suspect must be fully aware of "both the nature of the right being abandoned and the consequences of the decision to abandon it."<sup>228</sup> Whether a waiver is 'voluntary' and 'knowing and intelligent' must be analyzed under the totality of circumstances. Specific facts and circumstances surrounding a particular case such as background, experience and conduct of the accused must be taken into account.<sup>229</sup>

In Turkish Law, Miranda warnings must be given even before the custodial interrogation: the police must give the warnings immediately after the arrest.<sup>230</sup> The police must give written warnings. Only if it is impossible to find the written document at the time of an arrest, the police can give oral warnings.<sup>231</sup>

---

<sup>221</sup> *Edwards*, 451 U.S. at 482 (1981).

<sup>222</sup> *Oregon v. Bradshaw*, 462 U.S. 1039, 1044 (1983).

<sup>223</sup> *Minnick v. Mississippi*, 111 S. Ct. 486 (1990).

<sup>224</sup> *Davis*, 512 U.S. at 454, 461-62.

<sup>225</sup> *Berghuis v. Thompkins*, 130 S. Ct. 2250, 2261 (2010).

<sup>226</sup> *North Carolina v. Butler*, 441 U.S. 369, 373 (1979).

<sup>227</sup> *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412, 421 (1986).

<sup>228</sup> *A.g.e.*

<sup>229</sup> *Edwards*, 451 U.S. at 482-83.

<sup>230</sup> CMK art. 90/4.

<sup>231</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği [The Regulation on Arrest and Custodial Interrogation], art. 6/4.

The police must again deliver the Miranda warnings before interrogating the suspect.<sup>232</sup>

The Court of Cassation reviews the trial court decisions on the grounds of compliance with law. The Criminal Procedure Code prohibits any use of illegally obtained evidence at trial and requires the Court of Cassation reverse the case<sup>233</sup>. Since the Code also requires the interrogation begin with the reminder of Miranda rights, the lack of this requirement would be unlawful under the Code and make the evidence illegally obtained. Miranda rights must be given at the beginning of the trial as well.<sup>234</sup> The precedents of the Court of Cassation are mostly with regard to the lack of warnings at trial- rather than at police interrogation. The Court reversed a significant amount of cases because of the lack of Miranda rights prior to questioning at trial.<sup>235</sup> In an earlier decision, the Court ruled that the Miranda rights are the cores of the right to defend oneself. The rights are mandatory and required for public order. Even if the suspect is acquitted, lack of these warnings at trial leads to the reversal of trial court decisions.<sup>236</sup>

## CONCLUSION

As it is seen, both Turkish and the United States law have similar requirements with slight differences. Their principal purposes are to protect the privacy interests of individuals from unduly and arbitrary government intrusions and to prevent police officers from compelling an individual to incriminate himself. Regarding unreasonable searches, while the U.S. system bases upon a strict distinction between searches conducted with and without a warrant, the Turkish system is more flexible and has an additional third possibility: a written order of a public prosecutor in cases of danger in delay. In cases when the public prosecutor is unavailable, the superior of the security force can issue written orders.

Other important difference is that in the U.S. system, statements obtained by undercover agents do not hold any legitimate expectation of privacy under the third party doctrine, whereas, according the Turkish system they are considered as deception if obtained without fulfilling warrant and more than

---

<sup>232</sup> CMK art. 147.

<sup>233</sup> C.M.U.K. art. 307, 308, 321 (still valid); CMK art. 289/1-i.

<sup>234</sup> CMK art. 191/3-c.

<sup>235</sup> *Bkz.* A. Rıza Çınar, *a.g.e.*, s. 53-54; YCGK. E: 1995/6-238 K: 1995/305 T: 24.10.1995; Y. 1.CD. E: 2005/1478 K: 2005/3290 T: 16.11.2005.

<sup>236</sup> YCGK. E: 1994/6-322 K: 1994/343 T: 19.12.1994; YCGK. E: 1995/6-163 K: 1996/66 T: 26.3.1996.



probable cause standards. That is, the former system does not deem it a search; the latter has strict requirements to prevent arbitrariness.

I am aware that exclusionary rule is an integral part of the topic of “illegally obtained evidence”. Yet, it was not possible to scrutinize that topic in this article, as it is another nuanced and complicated subject. I hope to analyze the Turkish and the U.S. views of the exclusionary rule in a future article.

**BIBLIOGRAPHY***Constitutions, Statutes and Regulations*

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği [A.Ö.A.Y.] [The Regulation on Investigative and Preventive Searches], R.G.: 01.06.2005 S: 25832.

Ceza Muhakemesi Kanunu [CMK] [Criminal Procedure Code], Kanun no (Law no): 5271 R.G. (Official Gazette): 17.12.2004 Sayı: 25673 Kabul Tarihi (enacted): 4.12.2004.

Gümrük Yönetmeliği [The Customs Regulations], R.G.: 07.10.2009 S: 27369.

Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu [P.V.S.K.] [The Statute on Duties and Powers of the Police], Kanun No: 2751, Tarih: 14 Temmuz 1934.

The Turkish Constitution

The United States Constitution

Türk Ceza Kanunu [T.C.K.] [Criminal Code], Kanun no: 5237 R.G.: 12.10.2004.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun [The Statute Amending Some of the Articles of the Constitution], Kanun no: 5982 Tarih: 07.05.2010.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği [The Regulation on Arrest and Custodial Interrogation] R.G.: 01.06.2005 S: 25832.

*Cases and Internet Sources*

Aguilar v. Texas, 84 S. Ct. 1509 (1964).

Arizona v. Gant, 556 U.S. 332 (2009).

Arizona v. Hicks, 107 S. Ct. 1149 (1987).

Arkansas v. Sanders, 442 U.S. 753 (1979).

Atwater v. Lago Vista, 532 U.S. 318 (2001).

Bd. Of. Educ. Of Indep. Sch. Dist. No.92 of Pottawatomie County v. Earls, 122 S. Ct. 2559 (2002).

Berghuis v. Thompkins, 130 S. Ct. 2250 (2010).

Berkemer v. McCarty, 468 U.S. 420 (1984).

Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

Brinegar v. United States, 69 S. Ct. 1302 (1946).

California v. Acevedo, 500 U.S. 565 (1991).

California v. Beheler, 463 U.S. 420 (1984).

California v. Hodari D., 111 S. Ct. 1547 (1991).

- California. v. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986).  
California. v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988).  
Cardwell v. Lewis, 417 U.S. 583 (1974).  
Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925).  
Chambers v. Maroney, 399 U.S. 42 (1970).  
Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969).  
Colorado v. Connelly, 479 U.S. 157 (1986).  
Davis v. United States, 512 U.S. 452 (1994).  
Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).  
Florence v. Bd. of Chosen Freeholders, 132 S. Ct. 1510 (2012).  
Florida v. J.L., 529 U.S. 266 (2000).  
Florida v. Jardines, 133 S. Ct. 1409 (2013).  
Florida v. Jimeno, 500 U.S. 248 (1991).  
Florida. v. Riley, 488 U.S. 445 (1989).  
Georgia v. Randolph, 126 S. Ct. 1515 (2006).  
Graham v. Connor, 490 U.S. 386 (1989).  
Horton v. California, 496 U.S. 128 (1990).  
Howes v. Fields, 132 S. Ct. 1181 (2012).  
Illinois v. Caballes, 125 S. Ct. 834 (2005).  
Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983).  
Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).  
Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).  
Illinois. v. Lidster, 124 S. Ct. 885 (2004).  
Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).  
Kentucky v. King, 131 S. Ct. 1849 (2011).  
Kyllo v. United States, 533 U.S. 26 (2001).  
Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).  
Maryland. v. Buie, 110 S. Ct. 1093 (1990).  
Mich. Dept. of State Police v. Sitz, 110 S. Ct. 2481 (1990).  
Minnesota v. Dickerson, 113 S. Ct. 2130 (1993).  
Minnesota v. Olson, 495 U.S. 91 (1990).

Minnick v. Mississippi, 111 S. Ct. 486 (1990).  
Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).  
Moran v. Burbine, 475 U.S. 412 (1986).  
New Jersey v. T.L.O., 469 U.S. 325 (1985).  
North Carolina v. Butler, 441 U.S. 369 (1979).  
O'Connor v. Ortega, 107 S. Ct. 1492 (1987).  
Oliver v. United States, 466 U.S. 170 (1984).  
Oregon v. Bradshaw, 462 U.S. 1039 (1983).  
Orozco v. Texas, 394 U.S. 324 (1969).  
Payton v. New York, 100 S. Ct. 1371 (1980).  
Pennsylvania v. Mimms, 434 U.S. 106 (1977).  
Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980).  
Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973).  
Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).  
Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979).  
Spinelli v. United States, 89 S. Ct. 584 (1969).  
Steagald v. United States, 101 S. Ct. 1642 (1981).  
Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985).  
Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).  
Texas v. Brown, 460 U.S. 730 (1983).  
Thompson v. Keohane, 516 U.S. 99 (1995).  
United States v. Arvizu, 534 U.S. 266 (2002).  
United States v. Bostick, 501 U.S. 429 (1991).  
United States v. Chadwick, 433 U.S. 1 (1977).  
United States v. Drayton, 536 U.S. 194 (2002).  
United States v. Jacobsen, 104 S. Ct. 1652 (1984).  
United States v. Martinez Fuerte, 96 S. Ct. 3074 (1976).  
United States v. Matlock, 415 U.S. 164 (1974).  
United States v. Miller, 96 S. Ct. 1619 (1976).  
United States v. Place, 462 U.S. 696 (1983).  
United States v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973).

- United States v. Ross, 456 U.S. 798 (1982).
- United States v. Watson, 96 S. Ct. 820 (1976).
- United States v. White, 401 U.S. 616 (1971).
- Warden Md. Penitentiary v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).
- Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).
- Winston v. Lee, 105 S. Ct. 1611 (1985).
- Wyoming v. Houghton, 526 U.S. 295 (1999).
- AYM., Siyasi Parti Kapatma Davası [The Case of Political Party Closure], T: 22.6.2001 E: 1999/2 K: 2001/2.
- D. 10.D. E: 2005/6392 K: 2007/948 T: 13.03.2007.
- D. IDDK. E: 2007/2257 K: 2012/1117 T: 14.09.2012.
- Y. 1. CD. E: 2003/3819 K: 2004/299 T: 16.2.2004.
- Y. 1.CD. E: 2005/1478 K: 2005/3290 T: 16.11.2005.
- Y. 8. CD. E: 1999/9021 K: 1999/9538 T: 09.06.1999.
- YCGK. E: 1994/6-322 K: 1994/343 T: 19.12.1994.
- YCGK. E: 1995/6-163 K: 1996/66 T: 26.3.1996.
- YCGK. E: 1995/6-238 K: 1995/305 T: 24.10.1995.
- YCGK. E: 2005/7-144 K: 2005/150 T: 29.11.2005.
- Erdagoz v. Turkey, Eur. Ct. H. R., Eur. Ct. H.R., Application no. 21890/93, 1997, §51, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["erdag%F6z"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58108"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (last visited Sept. 10, 2014).
- European Court of Human Rights, *Guide on Article 5- Right to Liberty and Security*, 2012, s. 13, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf) (last visited Sept. 10, 2014).
- Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom, Eur. Ct. H.R., Application no. 12244/86-12245/86- 12383/86, 1991, § 32, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57721#{"itemid":\["001-57721"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57721#{) (last visited Sept. 10, 2014).
- HIRBY J., *Definitions of Probable Cause v. Reasonable Suspicion*, The Law Dictionary (featuring Black's Law Dictionary 2<sup>nd</sup> edition), <http://thelawdictionary.org/article/definitions-of-probable-cause-vs-reasonable-suspicion/> (last visited Sept. 16, 2014).
- MACOVEI Monica, *The Right to Liberty and Security of the Person*, Council of Europe, 2002, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDC TMContent?documentId=090000168007ff4b> (last visited Sept. 10, 2014).
- ŞEN Ersan, "Araç Araması" [Search of Cars], August 2013, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1065968-arac-aramasi> (last visited Sept. 15, 2014).

*Books and Articles*

- ALLEN Ronald Jay - STUNTZ William J. - HOFFMANN Joseph L. - LIVINGSTON Debra A. - LEIPOLD Andrew D., *Criminal Procedure: Investigation and Right to Counsel*, Wolters Kluwer Law & Business, 2<sup>nd</sup> ed., New York, 2011.
- CENDEL Nur – ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku [Criminal Procedure Law]*, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2013.
- ÇINAR A. Rıza, “*Hukuka Aykırı Kanıtlar*” [*Illegal Evidence*], TBB Dergisi, Sayı 55, Ankara, 2004.
- DRESSLER Joshua - MICHAELS Alan C., *Understanding Criminal Procedure: Investigation*, Lexis Nexis, 5. Bası, 2010.
- KERR Orin S., *The Case for the Third Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561 (2009).
- KUNTER Nurullah - YENİSEY Feridun - NUHOĞLU Ayşe, *Muhakeme Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku [Criminal Procedure Law]*, Beta, 16.Bası, İstanbul, 2008.
- ROCHE Brien A. - ROCHE John K. - ROCHE Sean P., *Law 101*, Sphinx, 2. Bası, Illinois, 2009.
- SOYASLAN Doğan, “*İdari Denetim ve Aramalar*” [*Administrative Searches*], Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Turhan, 2. Bası, Ankara, 2010.
- SOYASLAN Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku [Criminal Procedure Law]*, Yetkin, 4. Bası, Ankara, 2010.
- YENİSEY Feridun, *Turkish Criminal Procedure Code [Ceza Muhakemesi Kanunu]*, Beta, 1. Bası, İstanbul, 2009.

**DER BEITRAG DER AFRIKANISCHEN  
MENSCHENRECHTSKOMMISSION ZUR ACHTUNG  
DER BANJUL-CHARTA (ROLLE DER KOMMISSION,  
ZUSTÄNDIGKEIT UND VERFAHREN)**

*Ercan YASAR LL.M.\**

**ÖZET:**

Bu çalışmada Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonunun rolü ve yetkisi ele alınmış, bir yandan da Hükümet Dışı Organizasyonların bu kıtadaki insan ve halkların haklarını korumaya ilişkin etkinlikleri ve insancıl bir hukuk düzeninin oluşmasındaki pozitif etkileri tasvir edilmeye çalışılmıştır. Bilindiği üzere Afrika Birliği Örgütü 2002 yılında kendini lağvetmiş daha doğru bir tabir ile 1963'ten beri taşıdığı bu 'Afrika'daki İnsan ve Halkların Haklarını korumaya ilişkin' bayrağı 2002 yılında kurulan Afrika Birliği'ne devretmiştir. Çalışmamızda bu teşkilat değişikliğinin Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonuna etkileri ve bölgedeki insan ve halkların haklarının korunması ve geliştirilmesindeki, daha geniş bir perspektif ile bu hakların 'hukuki normlar' ve 'yaptırım uygulayabilecek teşkilatlanma' aracılığıyla garanti altına alınmasındaki tesiri üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Ayrıca makalemizde Afrika Kıtasındaki ülkelerin ulusal düzenlemelerindeki insan haklarına ilişkin boşluklar ele alınıp Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonunun bu ülkelerdeki modern hukuk prensiplerinin yerleşmesinde üstlendiği görev ve bölgedeki güncel hukuki durumun nakledilmesi amaçlanmıştır. Konumuzun esasını teşkil etmemesine rağmen, ehemmiyeti gereği Afrika Birliğine ilham kaynağı olmuş Avrupa Birliği teşkilatı, bölgedeki insan hakları teşkilatları ve uluslararası insan hakları teşkilatları ile yer yer karşılaştırmalara da yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Afrika Adalet Divanı, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi, Komisyonun Rolü, Afrika Birliği Örgütü, Afrika Birliği, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi (Banjul-Charter), Afrika Şartı, Afrika Komisyonun görev ve Yetkileri.

**ABSTRACT:**

The goal of this paper is to describe the role of the African Commission on Human and Peoples' Rights (hereinafter called "the African Commission") and its competence and as well as the influence of non-governmental organizations (NGOs) for the protection of Human and Peoples' Rights in the African continent. Furthermore, the paper seeks to describe the role of the African Commission after the new establishment

---

\* Freie Universität Berlin.

of African Union in 2002. The paper also analyses human rights gaps in African States and responsibility of African Commission for the improvement of the juristic situation in African States. There is examined, how effectively the African Commission works in favour of a domestication of international human rights standards in Africa and how good the current situation is in comparison with Europe and international human rights.

**Keywords:** African Commission on Human and Peoples' Rights (ACommHPR), African Union (AU), African Court of Justice, African Court on Human and Peoples' Rights (ACtHPR), the Role of the Commission, the Organization of African Unity (OAU), African Union (AU), The African Charter on Human and Peoples' Rights (the Banjul Charter), Competence and procedure of the African Commission.



### **Einleitung und kurzer historischer Überblick**

In den 50er und 60er Jahren entstanden auf dem afrikanischen Kontinent viele neue, unabhängige Staaten. Daraus folgte eine Unstabilität der Staaten und Staatsgrenzen, welche viele Rechtsverletzungen mit sich brachte. Diese damaligen innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Konflikte erforderten die Gründung der „Organisation für Afrikanische Einheit“ (Organisation of African Unity, 25 Mai 1963), welche sich später auflöste und ab 2002 ihr Ziel durch die „African Union“ (abgekürzt: AU) fortführte.<sup>1</sup>

Im Jahr 1981 wurde von der Organisation für Afrikanische Einheit (OAU) die Afrikanische Charta der Menschen- und Völkerrechte (im Folgenden wird diese als Afrikanische Menschenrechtskonvention bzw. AfrMK oder Afrikanische Charta abgekürzt) mit voller Zustimmung der beteiligten Staaten in Nairobi beschlossen und trat im Folgenden im Jahr 1986 in Kraft.<sup>2</sup>

Die Afrikanische Kommission der Menschen- Völkerrechte wurde gemäß Art. 30 der oben erwähnten Afrikanischen Charta<sup>3</sup> gegründet, um die Menschen- und Völkerrechte in Afrika zu fördern und ihren Schutz sicherzustellen. Die Kommission ist dabei eher ein Informationsorgan zu Gunsten der Bürger und der Staaten als ein Rechtsprechungsorgan zum Schutz der Menschenrechte. Und in der Tat begann die Arbeit der Kommission erst nach der Auswahl der elf Kommissionsmitglieder am 29 Juli 1987 in Addis Abeba.<sup>4</sup> Später wurde klar, dass die OAU einen Gerichtshof für den Schutz der Menschen- und Völkerrechte benötigt, welcher somit im Jahr 1998 eingerichtet wurde.

Im August 1999 versammelten sich die Staats- und Regierungschefs der Organisation für Afrikanische Einheit (Organisation of African Unity) in Sirte (Libyen). Im Rahmen dieser Konferenz wurde beschlossen eine Afrikanische Union „African Union“ zu gründen um die Unionsarbeit durch eine verbesserte Struktur und eine Erweiterung des Umfangs effektiver zu gestalten. Im Juli 2002 wurde die Afrikanische Union mit Unterzeichnung der 53 Staaten in Durban, Südafrika ins Leben gerufen.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Siehe Satzung der Einrichtung bzw. Gründung der OAU und Sirte Declaration von 8-9 Sep. 1999 EAHG/Draft/Decl. (IV) Rev.1.; Für die Afrikanische Union siehe *Rechner, Jonathan D.*, From the OAU to the AU, S. 10 ff.

<sup>2</sup> *Benedek, Wolfgang*, Berichte und Urkunde, ZaöRV 1994, S. 153.

<sup>3</sup> Afrikanische Charta wird auch als „Banjul Charta“ genannt.

<sup>4</sup> Erste Sitzung der Kommission war 2 Nov. 1987.; Siehe, *Gemalmaz, Semih* Afrika insan ve halkların hakları komisyonu, MHB Cilt 9 Sayı 1, 1989, S. 11 ff.

<sup>5</sup> <http://au.int/en/about/nutshell> (zuletzt aufgerufen am 02.01.2014.); vgl. *Wachira, George Mukundi*; African Court on Human and Peoples' Rights. S. 6.

Damit man ein Ausblick über die Struktur der Charta haben kann, wird im Folgenden ein kurzer Überblick über die Struktur der Afrikanische(n) Charta dargestellt:

Die Afrikanische Charta enthält eine Präambel, in der die Hauptziele der Gründungscharta der Organisation für Afrikanische Einheit (OAU) verankert sind. Die Afrikanische Charta besteht aus drei Hauptteilen mit insgesamt 68 Artikeln. Die ersten 29 Artikel weisen die „Rechte und Pflichten“ der Menschen und der Völker auf. Der zweite Teil der Charta mit dem Titel „Schutzmaßnahmen“ umfasst die Artikel 30 bis 63. Dieser zweite Teil hat für die vorliegende Arbeit eine wesentliche Bedeutung, weil er die unten analysierte Afrikanische Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker festlegt.<sup>6</sup>

In den nachfolgenden Ausführungen wird der zweite Teil der Charta, der die Zusammensetzung, Organisationen, Zuständigkeiten und das Verfahren der Kommission umfasst, näher behandelt.

## **I. Die Stellung der Kommission**

### **1.) Gründung, Zusammensetzung und Sitz der Kommission**

Bei einer Tagung der Afrikanischen Justizvereinigung im Jahr 1961 in Lagos wurde zum ersten Mal die Idee zur Gründung der Menschenrechtskommission zur Sprache gebracht.<sup>7</sup> Ihr folgten weitere Seminare und Konferenzen, um die spezielle Bedeutung der Menschenrechte zu erörtern und Kodifizierung der Menschenrechte in Gang zu setzen.

Um einen umfassenden Entwurf des ersten Teils unter dem Namen „Rechte und Pflichten“ zu formulieren, wurde im November 1979 eine Kommission zur Aufsicht des Menschenrechtsschutzes und der Rechte der afrikanischen Völker geplant. Demzufolge wurden bei der Versammlung von Staats- und Regierungschefs der OAU in Addis Abeba am 29. Juli 1987 elf Mitglieder der Kommission gewählt, die am 2. November 1987 ihre Tätigkeit aufgenommen haben.<sup>8</sup> Seit der Gründung der Afrikanischen Union 2002 (AU) werden die Mitglieder der Kommission in der Generalversammlung der Staats- und Regierungschefs der AU in geheimer Wahl gewählt.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> *Kadjo Edem*, Die Afrikanische Charta, EuGRZ 1990, S. 307.

<sup>7</sup> *Much, Christian*, Der afrikanische Charta, Europa-Archiv, Folge 1/1988. S. 17.

<sup>8</sup> Der Europäischen Menschenrechtskommission gehört jeweils ein Mitglied von Mitgliedstaaten an (EMRK Art. 20), die Amerikanische Menschenrechtskommission besteht aus 7 Mitgliedern, (AMRK Art. 34).

<sup>9</sup> *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 4.

Gemäß Art. 32 AfrMK darf ein Staat nur durch ein Mitglied in der Kommission vertreten werden. Jeder Vertragsstaat kann nach Art. 33 AfrMK bis zu zwei Kandidaten vorschlagen, von denen mindestens einer über die zugehörige Staatsbürgerschaft verfügen muss. Beiden Kandidaten müssen jedoch einem der Vertragsstaaten angehören.

Die Kommissare werden von allen Staats- und Regierungschefs, also auch von Nichtunterzeichnern der Charta, gemäß Art. 36 AfrMK geheim für sechs Jahre Wiederwahloption gewählt. Sowohl im interamerikanischen (AMRK Art. 36 I) als auch im europäischen System (EMRK Art. 21) werden die Kommissionsmitglieder ebenfalls vom ganzen Plenarorgan gewählt (Generalversammlung der OAS, Ministerausschuss des Europarats), nicht nur von den Vertragsparteien.<sup>10</sup> Dies zeigt, dass die anderen Konventionen von der Afrikanischen Charta als Vorbild genommen wurden.

An der ersten Wahl der Kommissionsmitglieder nahmen fast alle Afrikanischen Länder teil, unabhängig davon, ob sie den Vertrag über Afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker unterzeichnet hatten oder nicht. Die Hoffnung der Gründer bestand darin, die Nicht-Mitgliedstaaten im Laufe der Zeit an den Vertrag zu binden.<sup>11</sup>

Auf der ersten Kommissionssitzung wurde Isaac Nguema als Präsident und Ibrahim Badawi El-Scheikh als Vize-Präsident von den Kommissionsmitgliedern gewählt.<sup>12</sup> Ihm folgte im Oktober 1989 der Nigerianer U. Oji Umozurike, der im Oktober 1991 durch Ibrahim Ali Badawi El Sheikh aus Ägypten abgelöst wurde, so dass die ersten drei Vorsitzenden verschiedene Regionen und Rechtstraditionen repräsentierten.<sup>13</sup>

## **2. Die Kommissionsmitglieder**

Die Mitglieder der Kommission genießen bei der Ausübung ihres Amtes diplomatische Privilegien und Immunitäten nach Art. 43 AfrMK. Sie genießen allerhöchste Achtung, sind für ihre hohe Moralität, Integrität und Unparteilichkeit bekannt und verfügen über die Sachkenntnisse auf dem Gebiet für das Menschen- und Völkerrecht. Dabei sollen gemäß Art. 31 AfrMK die Personen mit der Erfahrung auf dem Rechtsgebiet bevorzugt werden.

---

<sup>10</sup> *Tonndorf, Uwe*, Menschenrechte in Afrika, S 327.

<sup>11</sup> *Gemalmaz*, Afrika insan ve halkların hakları komisyonu, MHB Cilt 9 Sayı 1, 1989, S. 10ff.

<sup>12</sup> *Gemalmaz*, Afrika insan ve halkların hakları komisyonu, MHB Cilt 9 Sayı 1, 1989, S 12.

<sup>13</sup> *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 330.; Außerdem sind die Informationen über aktuelle und bisherige Kommissionsmitglieder unter diesem Link (Current commissioners: <http://www.achpr.org/about/>; http://www.achpr.org/about/former-commissioners/aufgerufen am 02.01.2014) abrufbar.

Gemäß Art. 31 AfrMK besitzen die Mitglieder der Kommission eigene persönliche Eigenschaften und üben ihre Tätigkeit unparteiisch und unabhängig von den Interessen ihrer Länder aus. Es ist jedoch darüber diskutiert worden, ob ein Minister eines Landes, der sein Land nach außen vertritt, zugleich Mitglied der Kommission sein darf. Einerseits erklärte die Mehrheit der Kommission, die Unabhängigkeit<sup>14</sup> sei eine Frage der Praxis nicht der Theorie. Andererseits ermöglicht eine Kommissionsmitgliedschaft von einem Regierungsvertreter bestimmte interne Diskussionen bezüglich seines Landes zu beeinflussen. Letztendlich aber sind die Entscheidungen in der Kommission kollektiv zu treffen.<sup>15</sup> Trotz diesen theoretisch richtigen Unabhängigkeitsbegründungen waren in der Tat die Kommissionsmitglieder von den Interessen ihrer Länder abhängig und auch solche, die keine unmittelbare Verbindung mit der Regierung ihrer Länder hatten, wurden von Politikern beeinflusst.<sup>16</sup> Daraufhin forderte die AU durch eine Verbalnote im Jahr 2005 von den Mitgliedstaaten, die Staatsbeamte oder diplomatische Vertreter für die zukünftigen Kommissionsmitglieder nicht mehr zu nominieren.<sup>17</sup>

Im Angesicht politischer Gründe und Unabhängigkeitsbedenken befindet sich der Sitz der Kommission gemäß Art. 4 GO (Geschäftsordnung) in der Hauptstadt des kleinen westafrikanischen Staates Gambia, in Banjul. So wurde eine mühselige Verkehrsverbindung zu der Stadt Banjul und damit verbundene verdoppelte Arbeit der Kommission in Kauf genommen.<sup>18</sup> Nach Art. 2 GO ist die Sitzungsdauer auf zwei Mal im Jahr jeweils zwei Wochen festgelegt worden. Allerdings dauern die Sitzungen in der Praxis aus den wirtschaftlichen Gründen etwa 8-10 Tage. Da die Termine und der Tagungsort kurzfristig bestimmt werden, können sich besonders die Nicht-Regierungsorganisationen, die an den Tagungen teilnehmen möchten, nicht gut genug vorbereiten, womit die Produktivität der Sitzungen beeinträchtigt wird.<sup>19</sup>

### 3. Die Finanzierung der Kommission

Die Finanzierung der Kommission ist für ihre Arbeitsfähigkeit und Unabhängigkeit von großer Bedeutung, deshalb wird sie durch klare Regeln

---

<sup>14</sup> Die Mitglieder gehörten der Kommission „in persönlicher Eigenschaft, nicht als Vertreter ihres Landes“ an. Art. 31 Nr. 2 AfrMK.

<sup>15</sup> Zum Ganzen vgl. *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 329.

<sup>16</sup> Vgl. *Hansungule*, African courts and the African Commission on Human and Peoples' Rights, S. 251 f.

<sup>17</sup> *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 4 f.

<sup>18</sup> Vgl. *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 331.

<sup>19</sup> *Tonndorf Uwe*, a.a.O., S. 331; *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 4 ff.

festgelegt. Als ein Organ der OAU (seit 2002: AU) werden die Kosten der Kommission für Personal, Sachmittel und Dienstleistungen gemäß Art. 30 AfrMK von der OAU/AU getragen. Damit werden die Bezüge und Zulagen für die Mitglieder der Kommission, die personelle und sachliche Versorgung der Kommission aus dem regulären OAU-Haushalt finanziert. Dafür ist der Generalsekretär der OAU nach Art. 41 AfrMK verantwortlich.<sup>20</sup>

Wie die Kommission finanziert wird, wird von der Konferenz der Staats- und Regierungschefs beschlossen. Und dementsprechend kann dieses Thema von der Kommission im Rahmen der Artikel 41, 44 AfrMK und Art. 24. GO diskutiert werden. Allerdings verfügt die Kommission auch über ihr eigenes Budget. Es wird als ein Teil des Gesamtbudgets für die OAU abgeschlossen. Die Kommission teilt dem Generalsekretär der OAU ihre diesbezüglichen Vorschläge mit, die sie dem zuständigen Beratungsgremium zuleitet. Das beschlossene Budget der Kommission teilt sein Schicksal mit den anderen im Gesamtbudget der OAU enthaltenen Posten.<sup>21</sup> Die Auszahlung des Budgets ist erst dann möglich, wenn die Mitgliedstaaten der OAU ihre Beiträge an die Organisation überweisen, jedoch wurde dies von mehreren Mitgliedsländern nicht eingehalten. So tätigten bestimmte Länder sogar über ca. 15 Jahre lang keine Überweisungen an die Organisation. Aus diesem Grund wurde das Budget der Kommission bisher nur zum Teil ausgezahlt.<sup>22</sup>

Unter diesen Bedingungen kann man von der Kommission nicht erwarten, dass sie ihre Arbeit effektiv ausübt. So war sie wegen der Unterbesetzung und geringer sachlicher Ausstattung kaum arbeitsfähig. Wie oben schon erwähnt wurde, wurde zum Beispiel die Sitzungszeit wegen der finanziellen Gründe von zwei Wochen auf 10 Tage reduziert. Anscheinend hat die Situation sich bisher (auch in der Zeit der Afrikanischen Union) nicht hinreichend verändert, sodass bei der 53. ordentlichen Versammlung der Afrikanischen Kommission in Banjul (9-23.03.2013) die finanziellen Probleme noch aktuell waren. Die Kommission leidet folglich aktuell noch unter mangelnder Unterstützung der Afrikanischen Union (AU) und ist auf der Suche nach externen Finanzierungsquellen. Aber zumindest sind die Sitzungen nicht mehr 10 Tagen lang sondern, wie im Art. 2 GO geregelt, 2 wöchig.<sup>23</sup>

Aufgrund der damals entstandenen Situation war die Kommission auf die Hilfe von den nichtafrikanischen Staaten und Organisationen wie EU und NGOs angewiesen. Daraufhin bekam sie die Finanzhilfe von der EU, Schweden

---

<sup>20</sup> Vgl. Artikel 41, 44 AfrMK.

<sup>21</sup> *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 333.

<sup>22</sup> *Tonndorf, Uwe*, a.a.O. S. 333.

<sup>23</sup> Vgl. *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 3. f. 13 ff.

und Dänemark. Diese Abhängigkeit von den nichtafrikanischen staatlichen und nichtstaatlichen Finanzquellen wurde wegen der Unabhängigkeit der Kommission stets stark kritisiert.<sup>24</sup>

#### **4. Die Rolle der Nicht-Regierungsorganisationen (NGOs) im afrikanischen Menschenrechtsschutz**

Die Afrikanische Kommission hat ihre Aufgeschlossenheit gegenüber den Mitarbeitern von afrikanischen und internationalen Nichtregierungsorganisationen (NGOs), die in der AfrMK nicht offensichtlich zur Sprache kamen, aber auch nicht ignoriert wurden, durch eine Reihe von Maßnahmen unter Beweis gestellt.<sup>25</sup> Wie eine Nichtregierungsorganisation den Beobachterstatus haben kann, wird in Art. 76, 77 GO festgestellt. Demnach hatten ihr bis Anfang der 90er Jahre bereits 110 NGOs, darunter etwa ein Viertel internationale Organisationen, auf Antrag einen Beobachterstatus anerkannt und sich damit zur Mitarbeit versichert.<sup>26</sup> Am Ende der 17. Sitzung im März 1995 stand die Zahl der NGOs mit Beobachterstatus bei der Kommission bei 153.<sup>27</sup> Diese Zahl der Nicht-Regierungsorganisationen, die eine wichtige Rolle für die Förderung und den Schutz der Menschenrechte spielen, hat sich bis Ende 2012 auf 375 erhöht.<sup>28</sup> Wobei am Ende 2013 ein normaler Anstieg von 375 zu 466 NGOs, darunter 19 aus dem Vereinigten Königreich (UK), 17 aus den Vereinigten Staaten von Amerika (USA), 16 aus der Schweiz, 12 aus Frankreich und 2 aus Deutschland verzeichnet werden konnte.<sup>29</sup>

Die den Beobachterstatus habenden NGOs erhielten die Möglichkeit, den Inhalt ihrer geplanten oder durchgeführten Aktivitäten bezüglich Menschenrechtssituationen in ihren Ländern vorzustellen.<sup>30</sup> Somit haben sie eine bedeutsame Rolle bei der Überwachung der afrikanischen Länder, in Hinblick auf deren Einhaltung der von der OAU/AU auferlegten Aufgaben, inne.<sup>31</sup>

Nebenbei wirken die NGOs auch an der Prüfung der periodischen Berichte der Vertragsstaaten über Maßnahmen zur Implementierung der Afrikanischen Charta mit. Diese Berichte sind gemäß Art. 62 AfrMK die Staatenberichte, die grundsätzlich periodisch alle zwei Jahre erscheinen sollen. Außerdem können NGOs zu den Staatenberichten Stellung nehmen und Gegenberichte verfassen.

---

<sup>24</sup> *Bortfeld Matthias*, Der Afrikanische Gerichtshof für Menschenrechte, S.62.

<sup>25</sup> *Benedek, Wolfgang*, Berichte und Urkunde, ZaöRV 1994, S. 154.

<sup>26</sup> *Benedek, Wolfgang*, Berichte und Urkunde, ZaöRV 1994, S. 154.

<sup>27</sup> *Graf, Michael*, Die Afrikanische Menschencharta, S. 104.

<sup>28</sup> *Barthel, David*, Die neue Sicherheits- und Verteidigungsarchitektur der Afrikanischen Union, S. 41.

<sup>29</sup> <http://www.achpr.org/network/> (aufgerufen am 03.01.2014).

<sup>30</sup> Vgl. *Graf, Michael*, Die Afrikanische Menschencharta, S. 106.

<sup>31</sup> Vgl. *Graf, Michael*, Die Afrikanische Menschenrechtcharta, S. 106.

Deshalb nehmen sie an jeder öffentlichen Kommissionssitzung teil, damit sie ihre Mitwirkungsmöglichkeiten bei der Arbeit der afrikanischen Kommission vortragen und die Empfehlungen zur Verbesserung des Schutzes der Menschenrechte geben können. Bei der 53. ordentlichen Versammlung der Afrikanischen Kommission (Banjul/Gambia, 9-23 April 2013) waren 453 afrikanische und internationale NGOs vertreten.<sup>32</sup>

Außerdem hatten die NGOs einen großen Anteil an der Gründung des afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofes (der Afrik. Gerichtshof für Menschen- und Völkerrechte) inne.

Wie oben bereits erwähnt, können die Nicht-Regierungsorganisationen die Kommissionsmitglieder mit kritischen „Gegenberichten“ versorgen, die dann in der Befragung der Regierungsvertreter dazu benutzt werden können, gezielt einzelne Menschenrechtverletzungen anzusprechen. Dazu müssen die Staatenberichte nicht nur veröffentlicht, sondern auch den NGOs vor der Berichtsprüfung zur Verfügung gestellt werden. In der Tat läuft es bedauerlicherweise nicht wie vorgestellt. Selbst die Kommissionsmitglieder konnten in der Vergangenheit die Staatenberichte zum Teil erst am Tag der Prüfung erhalten, geschweige denn Nichtregierungsorganisationen.<sup>33</sup>

Aus den oben erwähnten Behinderungen kann man schlussfolgern, dass unter diesen Bedingungen die Nichtregierungsorganisationen ihre Mission zur Verbesserung des Menschenrechts nicht wie erwünscht erfüllen können. Aus dem systematischen Report der Kommission von April 2013 ist erkennbar, dass die NGOs bisher bei der Förderung der Menschenrechte und der Einhaltung der Afrikanischen Charta keine hinreichende Leistung gezeigt haben.<sup>34</sup>

## **5. Das Sekretariat der Kommission**

Die Afrikanische Menschenrechtskonvention sieht vor, dass der Generalsekretär der Organisation für Afrikanische Einheit (Seit 2002 AU) den Sekretär der Kommission ernannt.<sup>35</sup> Das Sekretariat bzw. der Sekretär ist für das Personal, Sachmittel und Dienstleistungen zuständig. Die Finanzierung des Sekretariats wird gem. Art. 41 AfrMK von der OAU/AU getragen.

---

<sup>32</sup> 34th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Submitted in Accordance with Article 54 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul, The Gambia, 9-23 April 2013).

<sup>33</sup> *Graf, Michael*, a.a.O., S. 106.

<sup>34</sup> 34th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Submitted in Accordance with Article 54 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul, The Gambia, 9-23 April 2013).

<sup>35</sup> Artikel 41. AfrMK.

Da die Kommission außerhalb der Versammlungszeit nicht in Banjul anwesend ist, soll sich das Sekretariat um die Vor- und Nachbereitungen der Sitzungen kümmern. Zudem soll der Sekretär gemäß Art. 23 GO (Geschäftsordnung) nach Maßgabe des Kommissionsvorsitzenden den Sekretariatsbetrieb leiten, das Archiv der Kommission verwalten, die Kommissionsmitglieder bei der Arbeit unterstützen und als Vermittler der Mitteilungen dienen, die bei der Kommission eingehen.<sup>36</sup>

In der Praxis konnte das Sekretariat die Anweisungen nicht regelmäßig befolgen. Demzufolge konnte das Sekretariat seine Aufgaben nicht wünschenswert erfüllen. Z.B. gingen die Individualmitteilungen über Menschenrechtverletzungen verloren oder auch viele Briefe wurden nicht weitergeleitet. Auch die Übersetzungen waren fehlerhaft oder sie fehlten vollständig. Ferner waren die Sitzungen aufgrund des Nichtnutzens von bereitstehenden Mitteln mangelhaft vorbereitet.<sup>37</sup>

Nebenbei tauchten viele Probleme wegen der mangelhaften Finanzierung durch die OAU gerade im Sekretariatsbereich auf. Zudem hatte das Sekretariat in den ersten fünf Jahren kein einziges Kopier- oder Faxgerät. Auch litt das Sekretariat stets unter mangelndem Personal, was direkterweise die Arbeit des Sekretariats und damit auch schlussfolgernd die Effektivität der Kommission negativ beeinflusste.<sup>38</sup> Anscheinend hat sich die Situation verbessert. Trotz allem bleibt ein großes Optimierungspotential. Im Jahr 2013 wurde protokolliert, dass im Jahr 2009 für das Sekretariat 33 Stellen genehmigt wurden, wobei davon bisher nur 10 Personen eingestellt wurden. Im Hinblick auf die zunehmende Anzahl der Aufgaben hat das Sekretariat weiterhin Personalsorge.<sup>39</sup> Trotz dieser schlechten Situation muss das Sekretariat bzw. die Kommission gegen die Menschenrechtsverletzungen bekämpfen.

---

<sup>36</sup> Bortfeld, *Matthias*, Der afrikanische Gerichtshof für Menschenrechte, S. 63.

<sup>37</sup> Tonndorf, *Uwe*, Menschenrechte in Afrika, S. 335.

<sup>38</sup> Bortfeld, *Matthias*, a.a.O., S. 64.

<sup>39</sup> Thirty-three (33) new positions were approved for the Commission's Secretariat in 2009. Of these, only 10 have been recruited, comprising 3 Drivers, 1 Receptionist, 1 Protocol Assistant, 1 Accounts Assistant and just 4 Legal Officers. At the same time, the Secretariat lost the services of 2 Senior Legal Officers, who are yet to be replaced. Consequently, the staffing situation at the Commission's Secretariat continues to be a great cause for concern, especially in light of the number of tasks being assigned to the Commission by the Policy Organs, the number of cases being referred to the African Court by the Commission, and the increasing workload arising from the number of complaints being lodged with the Commission.; 34th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Submitted in Accordance with Article 54 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul, The Gambia, 9-23 April 2013).



## **II. Die Kompetenzen der Kommission**

Die Banjul Charta sieht für die Kommission folgende Aufgaben vor: Die Förderung der Rechte des Menschen und der Völker, den Schutz der Rechte des Menschen und der Völker, sowie die Auslegung der Charta und die anderen Aufgaben, die ihr möglicherweise von der Staatskonferenzen übertragen werden.

Neben diesen Aufgaben hat die Kommission die Aufklärungspflicht. Die Kommission ist für diese Aufgabe nicht allein zuständig und versucht die afrikanische Bevölkerung mit den anderen Organisationen durch die Seminare, Symposien und Konferenzen über ihre Rechte zu informieren. Die regionalen und internationalen Institutionen, die sich mit Menschenrechtsfragen beschäftigen, bemühen sich ständig für derartige Beratung.<sup>40</sup>

### **1. Die Förderinstrumente der Kommission**

Im Gegenteil zu den anderen regionalen Menschenrechtskommissionen hat die afrikanische Kommission neben der Gewährleistung der Menschenrechte eine weitere Aufgabe, nämlich deren Förderung.<sup>41</sup> Man kann für die Förderung der Menschenrechte unterschiedliche Möglichkeiten und Förderinstrumente einsetzen, da es in der Afrikanischen Charta keine vertraglichen Grenzen gibt. Mit der Gründung des Afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofes konnte die Kommission sich noch mehr auf die Förderung der Menschenrechte konzentrieren, weil durch die Zusammenarbeit und Aufgabenverteilung die Kommission mehr Zeit für die Menschenrechtsförderung hat, als früher. Seit 2010 verstärken sich die beiden Organe der AU gegenseitig noch effektiver.<sup>42</sup>

Die Kommission hat die Funktion die Bürger über ihre Rechte und Freiheiten in Kenntnis zu setzen. Durch Aufklärung über die Rechte können die Misshandlungen überwunden werden, die immer noch im Namen der Tradition und Religion begangen werden. Demgemäß fordert die Kommission die ständige Durchführung dieser Aufgabe um längerfristig die gewünschten Ziele zu erreichen. Die Kommission arbeitet dafür mit Radio- oder Fernsehsendungen und/oder der Aufnahme von Menschenrechtsunterricht in die Lehrpläne der Sekundarschulen, sowie durch das Veranstellen von Seminaren und Konferenzen die nationalen und internationalen Menschenrechtsschutzinstitutionen unterstützen. Gemäß Art. 45

---

<sup>40</sup> *Gemalmaz, Semih*, Afrika insan ve halkların hakları komisyonu etkinlikleri Nisan 1988 Mart 1991, S. 55.

<sup>41</sup> *Worku, Messelech*, Entwicklungstendenz des regionalen Menschenrechtsschutzes, S. 114.

<sup>42</sup> Siehe Projektarbeit des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) über die Stärkung der Kapazitäten des Afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofs; <http://www.giz.de/de/weltweit/15870.html> (Zuletzt aufgerufen am 29.01.14)

AfrMK soll die Kommission zur Umsetzung ihrer Mission mit anderen afrikanischen und internationalen Einrichtungen wie NGOs kooperieren.<sup>43</sup>

Auffällig ist, dass die Afrikanische Charta viel Wert auf die Förderung der Menschen- und Völkerrechte legt und sodass sie dies in Art. 45 AfrMK als eine der wichtigsten Aufgaben der Kommission verankert hat. Die Förderungsinstrumente sind demgemäß vielfältig und werden nach einem Aktionsplan, den die Kommission festlegt, durchgeführt.<sup>44</sup> In der Tat macht die Kommission ihre Arbeit jedoch nur eingeschränkt, da die Kommissare sich zum Teil mehr auf ihre Nebentätigkeiten konzentrieren und dadurch die Förderungspolitik der Afrikanischen Charta von Menschen- und Völkerrechte vernachlässigen.<sup>45</sup>

Bedauerlicherweise hat die Kommission auch den Dokumentations- und Informationsauftrag nur schleppend ausgeführt. Bis 1994 hatte sie sogar überhaupt keine Dokumentarabteilung. Da folglich die entsprechenden Unterlagen nicht ordnungsgemäß archiviert sind, wurde die knappe Zeit vieler bisheriger „periodischer“ Sitzungen für nutzlose Wiederholungen verschwendet.<sup>46</sup>

In der zweiten Sitzung der Kommission im Jahr 1988 hatte sie ihre Aufgaben durch ein Aktionsprogramm festgelegt. Dieses Programm wurde von der Kommission überwiegend durchgesetzt. Außerdem empfahl damals die Kommission den „21. Oktober“ als Tag der Menschenrechte in Afrika und plante einen Wettbewerb zum Thema „Menschenrechte“. Gleichzeitig wurde von der Kommission die Gründung einer Menschenrechtsinstitution gefördert.<sup>47</sup> Die Kommission hat zwischenzeitlich ihre Förderungsmaßnahmen vermehrt und verbreitet. Nach der Gründung der Afrikanischen Union konzentriert sich die Kommission mit Hilfe der NGOs stark auf die Förderung der Menschenrechte.

Als Resümee lässt sich festhalten, dass die Kommission ihre Förderungsaufgabe nicht planmäßig erfüllt hat. Einerseits weil all diese Veranstaltungen, Seminare und Konferenzen eine gewisse Finanzierung und Fachkräfte erforderten, andererseits weil die Kommissionsmitglieder sich vielmehr mit den Interessen ihrer Länder beschäftigten als diese Förderungen

---

<sup>43</sup> Siehe Artikel 45. AfrMK.

<sup>44</sup> Bortfeld, *Matthias*, a.a.O., S. 68.

<sup>45</sup> *Hansungule*, African courts and the African Commission on Human and Peoples' Rights, S. 250 ff.

<sup>46</sup> Bortfeld, *Matthias*, a.a.O., S. 69.

<sup>47</sup> *Gemalmaz, Semih*, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu Etkinlikleri, 1998-1991, S. 55.

voranzutreiben.<sup>48</sup> Für diese Kommissare waren die Interessen ihrer Regierungen wichtiger als diese Förderinstrumente. Sogar nur deswegen wird ihre Unabhängigkeit von ihren Regierungen ständig mit Recht debattiert und in Frage gestellt werden.

#### **a. Das Staatenberichtsverfahren (Art. 62 AfrMK)**

Dieses klassische Förderinstrument hat einen nichtafrikanischen Hintergrund. Zum ersten Mal wurde es bei den Vereinten Nationen angewendet. Am Anfang war es für die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen freiwillig. Es hat sich aber im Laufe der Zeit in eine Rechtspflicht umgewandelt. Die Afrikanische Charta übernimmt diese Institution wahrscheinlich von den anderen internationalen (bzw. Supranationalen) Verträgen und sieht vor, dass jeder Mitgliedstaat mit Ratifizierung dieses Vertrags sich verpflichtet, alle zwei Jahre periodische Berichte zu liefern.<sup>49</sup> Der Bericht soll die gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen im Hinblick auf die Verwirklichung der Rechte und Freiheiten, die in Charta anerkannt und garantiert werden, vorlegen.<sup>50</sup>

Das Staatenberichtsverfahren ist hauptsächlich ein Instrument der Menschenrechtsförderung, das den Dialog zwischen dem kompetenten Organ und den einzelnen Regierungen sicherstellt. Mit dem Bericht wird geprüft, ob die Vertragsstaaten die Vertragsinhalte in ihr innenstaatliches Recht umgesetzt haben, sollten die Vertragsinhalte bis diesem Zeitpunkt von den Vertragsstaaten nicht umgesetzt worden sind, bemüht sich die Kommission die Schwierigkeiten und Hindernissen bei der Umsetzung zu überwinden. Das wesentliche Ziel der Staatenberichte ist die Prüfung der Verbesserung der Menschenrechtssituationen in den Vertragsstaaten.<sup>51</sup>

Die Afrikanische Charta fordert von den Vertragsstaaten einen Prüfungsmechanismus, um die Einhaltung der in der Konvention verankerten Menschenrechte zu kontrollieren,<sup>52</sup> da ohne Prüfung nicht festgestellt werden kann, ob die Vertragsstaaten ihre Aufgaben erfüllt haben. Als Kontrollmechanismus der Afrikanischen Charta bilden die Berichterstattungen im Vergleich zu den vielfältigen Beschwerdeverfahren die Kontrollmodalität

---

<sup>48</sup> *Hansungule*, African courts and the African Commission on Human and Peoples' Rights, S. 250 ff.

<sup>49</sup> Die Afrikanische Menschenrechtskommission sieht außer periodischem Bericht noch zwei Berichtsarten vor: Der Erstbericht (Initial report) und bei Bedarf Zusatzbericht (supplementary reports).

<sup>50</sup> *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 72.

<sup>51</sup> Vgl. Artikel 47 ff. AfrMK.

<sup>52</sup> Wie z.B. Individual- und Staatenbeschwerde oder Berichterstattungspflicht.

mit dem geringsten Eingriff in die staatliche Souveränität. Deswegen sind die Staatenberichte eine weit verbreitete Methode für die Implementierung der Menschenrechte.<sup>53</sup>

#### **b. Richtlinien für Staatenberichte**

Obwohl fast in allen regionalen oder internationalen Menschenrechtskonventionen die periodischen Berichte notwendig geregelt wurden, wurde bisher nicht festgelegt, wie diese aufgebaut werden und welchen Inhalt sie haben sollen.<sup>54</sup> Das gleiche gilt für die afrikanische Charta, in der zudem auch nicht vorgesehen ist, welches Organ sich mit den Staatenberichten befassen soll. Obwohl es in den Aufgaben der Kommission nicht beschrieben wurde, hat sie in ihrer 24. Sitzung im Jahr 1988 beschlossen, diese Aufgabe zu übernehmen.<sup>55</sup> Daraufhin hat die Kommission das Staatenberichtsverfahren in ihre Geschäftsordnung (GO 81 ff.) aufgenommen. Außerdem wollte die Kommission die allgemeinen Richtlinien über Form und Inhalt der Staatenberichte ausarbeiten bzw. regulieren. Dadurch kann die Kommission festlegen, was der Bericht eines Vertragsstaats beinhalten muss.<sup>56</sup> So muss jeder Bericht beinhalten, wie die Situation der bürgerlichen und politischen Rechte, der wirtschaftlichen und sozialen Rechte, der Rechte der Völker, der Pflichten, der Eliminierung aller Formen rassistischer Diskriminierung, der Unterdrückung und Bestrafung des Verbrechens der Apartheid und der Eliminierung jeder Form der Diskriminierung der Frau im jeweiligen Berichtstaat ist.<sup>57</sup>

Nach dem Erstbericht Ägyptens, im Oktober 1988, hat die Kommission bemerkt, dass ein detaillierter Richtlinienkatalog notwendig ist. So enthielt der Bericht Ägyptens nur sehr allgemeine Informationen und konkrete innerstaatliche Umsetzungsinformationen fehlten. Daraufhin hat die Kommission in ihrer regulären Sitzung, der 10. Sitzung der Kommission im Jahr 1991, beschlossen, einen Fragenkatalog an die Vertragsstaaten zu schicken. Damit gab man den Vertragsstaaten eine Anleitung zum Schreiben ihrer Berichte.<sup>58</sup>

*Gaer* kritisierte den Richtlinienkatalog mit Recht und bezeichnete ihn als „more confusing than helpful“.<sup>59</sup> Der Richtlinienkatalog war also nicht hilfreich,

---

<sup>53</sup> *Worku, Messelech*, a.a.O., S. 118.

<sup>54</sup> *Worku, Messelech*, a.a.O., S. 114.

<sup>55</sup> *Graf, Michael*, a.a.O., S. 81.

<sup>56</sup> *Graf, Michael*, a.a.O., S. 81.

<sup>57</sup> *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 345.

<sup>58</sup> *Worku, Messelech*, a.a.O., S. 129.

<sup>59</sup> Zitiert nach, *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 73.

unter anderem da die Fragen nicht präzise waren. Außerdem wurden sie nicht folgerichtig strukturiert und den bürgerlichen und politischen Rechten wurde im Vergleich mit den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten eine geringe Relevanz zugeschrieben.<sup>60</sup> Zudem wurde der Fragenkatalog kritisiert, weil er zu lang und zu kompliziert war. Aus diesen Gründen hat die Kommission eine einfachere Berichterstattungsform ausgearbeitet, in der die Vertragsstaaten ihre Berichte verfassen können.<sup>61</sup>

Die Kommission hat sich bemüht, eine möglichst umfassende Resonanz von den berichtenden Staaten zu bekommen.<sup>62</sup> Es konnte jedoch in der Praxis nicht vollständig umgesetzt werden. Bei dem ersten Berichtsverfahren hat man gesehen, dass die Kommissionsmitglieder auf die Staatenberichte und die Befragung des Regierungsvertreters nicht ausreichend vorbereitet waren.<sup>63</sup>

## **2. Die Schutzfunktion der Kommission**

Wie in allen regionalen und internationalen Menschenrechtssystemen soll vertraglich gesicherter Schutz der Rechte des Einzelnen auch im afrikanischen Menschenrechtssystem die erste Aufgabe sein, weil die Rechte der Einzelperson gegenüber dem jeweiligen Staat geschützt werden sollen. Dementsprechend wurde der Schutz der Menschenrechte und der Rechte der Völker als die zweite Aufgabe der Kommission in Artikel 45 Nr. 2 AfrMK verankert. Weil das Individuum gegenüber der Staatsmacht sehr schwach ist, muss die Kommission das Individuum gegen Staatseingriffe beschützen. Für den Rechtsschutz des Einzelnen ist die institutionelle Hilfe erforderlich. Ob das Individuum gegenüber der Staatsmacht bisher durch die Kommission gehütet wurde, wenn Ja, in wie weit war dieser Schutz, oder waren sie überhaupt genug für den Schutz des Einzelnen, ist fraglich. Aber auf jeden Fall sind diese theoretischen Maßnahmen ohne Praktizierung sinnlos.

### **a. Schutzaufgaben im Rahmen der Vereinten Nationen**

Obwohl es nicht ausdrücklich in der Afrikanischen Charta verankert wurde, hat die Kommission die Aufgaben, welche im Rahmen der Organisation der Vereinten Nationen (UNO) auftreten, in ihre Praxis hinzugefügt. In diesem Zusammenhang hat die UNO im Jahr 1954 einen Entwurf des Pakts über bürgerliche und politische Rechte vorgelegt, in dem es abgesehen vom Berichtssystem noch eine Möglichkeit einräumt gegen Paktverletzungen zu klagen. Allerdings kann dieser Rechtsweg nur zwischen Vertragsstaaten zur

---

<sup>60</sup> *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 73.

<sup>61</sup> *Worku, Messelelech*, a.a.O., S. 120.

<sup>62</sup> *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 73.

<sup>63</sup> *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S.73.

gegenseitigen Anklage benutzt werden und somit kann ein Vertragsstaat vor einen Menschenrechtsausschuss gebracht werden.<sup>64</sup>

**b. Mitteilungen der Vertragsstaaten von Charta (Art. 47–54 AfrMK)/  
Staatenbeschwerden**

Die Staatenbeschwerden können laut Afrikanischer Charta auf zwei Arten verwirklicht werden. Zum einen kann ein Vertragsstaat sich an einen anderen Vertragsstaat wegen der Verletzung der in der Afrikanischen Charta festgelegten Rechte wenden. Diese Beschwerde oder Mitteilung wird zum Generalsekretär der OAU/AU und dem Präsidenten der Kommission gesendet. Innerhalb von drei Monaten kann der beschuldigte Staat dem Beschwerde führenden Staat zur Aufklärung der betreffenden Frage eine schriftliche Begründungen bzw. Erklärungen zukommen lassen. Die Frist beginnt gem. Art. 47 AfrMK mit dem Empfang der Mitteilung. Die Mitteilung muss nach Art. 47 AfrMK schriftlich erfolgen und die beiden Staaten müssen Vertragsstaaten sein. Falls eine von beiden Parteien mit dem Vorgang nicht einverstanden ist, kann er sich gem. 48 AfrMK an die Kommission wenden. Somit können sich der Beschwerde führende und der beschuldigte Staat unmittelbar an die Kommission richten.<sup>65</sup> Falls der beschuldigte Staat innerhalb der angegebenen Frist von drei Monaten keine Antwort gibt, oder wie oben gesagt, das konkrete Problem nicht zufriedenstellend gelöst werden kann, können sich die beiden Staaten nach Art. 48 AfrMK an die Kommission wenden und auch andere Vertragsstaaten darüber informieren. Falls die Kommission es für notwendig hält, kann sie sich gem. Art. 51 Nr. 2 AfrMK vermittelt durch das Sekretariat von einem oder beiden Vertragsstaaten zusätzliche mündliche oder schriftliche Informationen einholen.<sup>66</sup>

Außerdem kann ein Vertragsstaat eine Beschwerde über einen anderen Vertragsstaat einlegen, auch wenn der betroffene Staat die Vorschriften des Artikels 47 AfrMK nicht unmittelbar verletzt hat. So ist es ausreichend, dass der Beschwerde führende Staat „nur“ der Ansicht ist, dass ein anderer Vertragsstaat die Vorschriften der Afrikanischen Charta verletzt hat. Die Mitteilung wird gemäß Art. 49 AfrMK an den Präsident der Kommission, den Generalsekretär der OAU/AU und den betroffenen Staat gerichtet.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> *Worku, Messelech*, a.a.O., S. 137.

<sup>65</sup> Artikel 47- 48. AfrMK.

<sup>66</sup> Artikel 51. Nr. 2 AfrMK.

<sup>67</sup> „Im Unterschied zur amerikanischen Konvention kann sich die Kommission mit Beschwerden von einem Vertragsstaat gegen einen anderen befassen, ohne dass die Vertragsstaaten zusätzlich zur Ratifikation der Afrikanischen Charta eine weitere Erklärung angegeben hatten, mit der sie die Zuständigkeit der afrikanischen Kommission für die Befassung mit Staatenbeschwerden anerkannt hatten“ Zitat von Worku, a.a.O., S. 138.

Die Afrikanische Charta sieht unterschiedliche Verfahren für die Staatenbeschwerde und sogenannte „andere Mitteilungen“ vor. Bis zum heutigen Zeitpunkt ist diese Art der Beschwerde nur einmal vorgekommen. In diesem Fall hatte die Demokratische Republik Kongo eine Beschwerde gegen die Länder Burundi, Ruanda und Uganda mit Begründung der Menschenrechtsverletzung durch den militärischen Einsatz eingelegt.<sup>68</sup> Die Möglichkeit der Staatenbeschwerde kann besonders bei der Aufklärung der Kollektivrechtsverletzungen eine große Rolle spielen. Z.B. kann es bei schweren Straftaten wie Völkermorde oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Nachbarland effektiv genutzt werden.<sup>69</sup>

### **c. Die anderen Mitteilungen (Art. 55–59 AfrMK) /Individualbeschwerde**

Die Artikel 55-59 AfrMK regeln das Verfahren für die anderen Mitteilungen. Die Charta enthält den Begriff der Beschwerde nicht, sondern nur den Begriff der Mitteilung. Auch dieser Umstand sei ein Teil der Taktik, alle Begriffe und Zusammenhänge im Text zu vermeiden, welche die Akzeptanz bei den Regierungen gefährden können.<sup>70</sup> Da die anderen Mitteilungen nicht nur aus Individualbeschwerden bestehen, sondern verschiedene Beschwerdearten in diesem Begriff enthalten sind, kann man sagen, dass das Individualbeschwerdeverfahren ein Teil der anderen Mitteilungen ist.<sup>71</sup>

Als das Individualbeschwerdeverfahren zum ersten Mal praktiziert wurde, erklärte der damalige OAU-Generalsekretär *Edem Kadjo*, dass es an der Kommission liege, ihre Rolle ohne Komplexe und Zögern zu festigen, eine Rechtsprechung zu entwickeln und das Recht anzuwenden.<sup>72</sup> Bedauerlicherweise wurde bisher keine Rechtsprechung durch die Entscheidungen der Kommission entsteht. Man erwartet dass es sich mit Hilfe des afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofes entstehen lässt.

#### **aa. Formale Voraussetzungen einer Individualbeschwerde (Art. 56 AfrMK)**

Mit der Erfüllung der folgenden Kriterien werden die Individualbeschwerden vor der afrikanischen Menschenrechtskommission zugelassen:

Die Mitteilungen (die Beschwerdeanträge) müssen erstens die Identität des Verfassers angeben,<sup>73</sup> selbst wenn dieser bei der Kommission beantragt hat,

<sup>68</sup> Siehe *D. R. Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 227/99 (2003).; vgl. *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 4. f. M.w.N.

<sup>69</sup> *Benedek, Wolfgang*, Berichte und Urkunde, ZaöRV 1994, S. 158.

<sup>70</sup> *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 351.

<sup>71</sup> Mehr dazu: *Benedek, Wolfgang*, a.a.O., S. 158; *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 351.

<sup>72</sup> *Kadjo, Edem*, a.a.O., S. 310.

<sup>73</sup> "Es gibt die Zulässigkeitsvoraussetzung, dass der Verfasser Angehörige eines Vertragsstaates oder eines afrikanischen Staates sein muss. Hier kann man herausfinden, dass es möglich ist, wenn die anderen Voraussetzungen erfüllt sind, kann jeder diese Individualbeschwerde

seinen Namen nach Art. 56 Nr. 1 AfrMK vertraulich zu behandeln. Eine Individualbeschwerde oder jede andere Mitteilung des Dritten ist nur zulässig, falls die Kommission den Verfasser erkennen lässt.<sup>74</sup> Die Kommission hat allerdings betont, dass es nicht gleichzeitig bedeuten muss, dass der Beschwerdeführer bzw. der Betroffene(r) namentlich genannt werden muss.<sup>75</sup> Der Beschwerdeführer muss nicht das Opfer der mutmaßlichen Rechtsverletzungen sein. Anstatt des Opfers können Dritte, insbesondere Nichtregierungsorganisationen (NGOs), als Antragsteller/Verfasser von Mitteilungen Dienst leisten.<sup>76</sup>

Gemäß Art. 56 Nr. 2 AfrMK müssen die Mitteilungen mit der Charta der Organisation für Afrikanische Einheit oder mit der vorliegenden Charta vereinbar sein. Unter diesem Punkt wird es ersichtlich, dass die Mitteilungen keine unmittelbare Beziehung mit den Rechten der Afrikanischen Charta haben, sondern nur mit dieser Charta vereinbar sein müssen.

Zweitens dürfen die Mitteilungen nach Art. 56 Nr. 3 AfrMK keine den betroffenen Staat, seine Institutionen oder die OAU/AU verunglimpfenden oder beleidigenden Ausdrücke enthalten. Ebenfalls unzulässig sind gemäß Art. 56 Nr. 4 AfrMK Mitteilungen, die nur aus der Nachrichten der Massenmedien bestehen.

Drittens müssen grundsätzlich vor der Mitteilung gemäß Art. 56 Nr. 5 AfrMK zunächst aller innerstaatlichen Rechtsmittel ausgeschöpft werden. Da sich das Warten auf das innerstaatliche Rechtsmittelverfahren manchmal nicht lohnt, weil es sehr lange dauern kann, ist es nicht immer notwendig zunächst den innerstaatlichen Rechtsprozess zu verfolgen.<sup>77</sup>

Viertens muss die Mitteilung innerhalb eines vertretbaren und vernünftigen Zeitraumes übersendet werden. Die Frist beginnt nach Art. 56 Nr. 6 AfrMK mit der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsverfahrens oder mit der Zeit, die die Kommission für den Beginn ihrer Aufrufungsfrist festgelegt hat.

Zuletzt muss es sich gemäß Art. 56 Nr. 7 AfrMK um eine Mitteilung handeln, die nach den Prinzipien der Charta der Vereinten Nationen oder der Charta der Organisation für Afrikanische Einheit oder den Vorschriften der vorliegenden Charta nicht bereits entschieden worden ist.

---

benutzen. Bis April 2003 hat die Kommission 289 solcher Mitteilungen erhalten." *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 78.

<sup>74</sup> Art. 56 Nr. 1, Regel 114 (3) (a) RoP.

<sup>75</sup> *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 77.

<sup>76</sup> *Benedek, Wolfgang*, *Berichte und Urkunde*, ZaöRV 1994, S. 166.

<sup>77</sup> Artikel 56 Nr. 5 AfrMK.



Von der Afrikanischen Charta selbst werden keine ungewöhnlichen formalen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solchen Mitteilung gestellt. Die Situation in Afrika wird in besonderer Weise Rechnung getragen, so kann die Kommission auf die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges verzichten kann, indem mittelbare Ausschlussfrist vorgegeben wird.<sup>78</sup> Außerdem, um die Einreichung der Beschwerde zur Kommission zu erleichtern, ist die anwaltliche Vertretung auch nicht erforderlich.<sup>79</sup> Die Kommission hat diesbezüglich Ermessensspielraum bzw. Ermessensfreiheit.<sup>80</sup>

#### **bb. Bewertung des Verfahrens**

Da es in der Afrikanischen Charta nicht ausdrücklich geregelt wurde, stellte die Kommission in ihrer Geschäftsordnung, in Art. 114 GO, fest, dass sie das Prüfungsorgan der Mitteilungen der Individuen und der Nicht-Regierungsorganisationen ist. Folglich wird in der Literatur angezweifelt, ob die Kommission überhaupt die diesbezügliche Entscheidungskompetenz hat.<sup>81</sup>

In den meisten Fällen der Beschwerden treten NGOs anstatt Individuen als Beschwerdeführer auf. Im 6. Jahresbericht befanden sich beispielsweise 49 Fällen, wovon 29 von den NGOs eingereicht wurden. Es ist fraglich, warum die Individuen so selten als Beschwerdeführer auftreten. *Worku* führt mit Recht die Unzulänglichkeiten des Beschwerdeverfahrens als wichtigsten Grund an.<sup>82</sup> Aber auch die Angst vor der staatlichen Macht, die Unkenntnis der Menschen über ihre Rechte und über diese Organisation, sowie über diese Beschwerdemöglichkeit spielen eine große Rolle.

Falls die Menschenrechtskommission bei der Untersuchung der ihr vorgelegten Fälle auf das Vorliegen ernsthafter, massiver oder schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen stößt, muss sie nach Art. 58 Abs. 1 AfrMK auf diese Situation bei der Konferenz der Staats- und Regierungschefs aufmerksam machen. Ob es sich um derart „*ernsthafte, massive oder schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen*“ handelt, ist unklar wie die Kommission verfahren soll. Folglich wird dies in der Literatur mit Recht kritisiert, da einerseits der Begriff „*ernsthafte, massive oder schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen*“ unbestimmt ist, und andererseits „*es hier eine Rechtliche gab und bisher von der Kommission oder der OAU/AU nicht ausgefüllt war*“.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 79 f.

<sup>79</sup> *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 6 ff.

<sup>80</sup> *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 79.

<sup>81</sup> *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 6 ff.; vgl. *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 79.

<sup>82</sup> *Worku, Messelech*, a.a.O., S. 146.

<sup>83</sup> So kritisiert beispielweise *Benedek*: „Weiter stellte sich bisher die Frage, was mit „gewöhnlichen Beschwerden“ zu geschehen hat, die nicht auf eine Situation schwerer und

Die Kommissionsentscheidungen sind nur Empfehlungen (recommendations) und für den beschuldigten Staat rechtlich nicht bindend. Deswegen haben die Schutzfunktionen der Kommission auch aufgrund mangelnder Sanktionsmöglichkeiten und des lang dauernden Verfahrens keine große Bedeutung.<sup>84</sup>

### 3. Die Arbeit der Kommission in der Praxis (Berichte und Verfahren)

Die Afrikanische Menschenrechtskommission muss bisher als abhängig von der OAU/AU gesehen werden. Die wichtigen Gründe dafür sind: Die finanzielle Abhängigkeit der Kommission von der OAU/AU und die Bestimmung der Kommissionsmitglieder durch die OAU/AU.<sup>85</sup>

Zudem ist der Ablauf der Zusammenarbeit der Vertragsstaaten mit der Menschenrechtskommission erstaunlich langsam. Dabei werden die vielfältigen und bereichernden Möglichkeiten, die eine solche Zusammenarbeit zur Förderung der Menschenrechte auf dem afrikanischen Kontinent haben könnte, in der Praxis von den Vertragsstaaten bisher bewusst ignoriert worden.<sup>86</sup> Nach der Gründung des Afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofs besonders ab 2010 haben die Afrikanische Kommission und der Afrikanische Menschenrechtsgerichtshof ihre Verfahrensregeln in Einklang gebracht. Demzufolge konnte die Kommission die Überwachung der Einhaltung der Menschenrechte im Sinne der Afrikanischen Charta dem Afrikanischen Menschenrechtsgerichtshof überlassen und sich vielmehr mit der Förderung der Menschenrechte befassen.<sup>87</sup> Im Jahr 2011 hat die Kommission erstmal in ihrer Geschichte dem Afrikanischen Menschenrechtsgerichtshof einen Fall vorgelegt und danach folgten als Frucht der Zusammenarbeit zwischen Kommission und dem Afrikanischen

---

massiver Menschenrechtsverletzungen hinweisen, wenn also „gewöhnliche“ Menschenrechtsverletzungen im Einzelfall festgestellt werden. Hier besteht in der Afrikanischen Charta eine Lücke, die auch durch die Verfahrensregeln der Kommission bisher nicht gefüllt wurde. In den ersten Jahren schien die Kommission dazu zu neigen, Menschenrechtsverletzungen allgemein als schwerwiegend zu betrachten und somit mit Ausnahme von Bagatellfällen auf eine Prüfung der Schwere und Massivität der Verletzung zu verzichten. Im Schlusskommunique der 13. Session wird hingegen erstmal eine solche Feststellung getroffen. Aber im Jahresbericht der Kommission wiederum findet sich kein Hinweis auf eine derartige Unterscheidung.“ *Benedek, Wolfgang*, Berichte und Urkunde, ZaöRV 1994, S. 162.

<sup>84</sup> Vgl. *Worku, Messelech*, a.a.O., S. 150.; *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 6 ff. M.w.N.

<sup>85</sup> Artikel 33. AfrMK.

<sup>86</sup> *Graf, Michael*, a.a.O., S. 85.

<sup>87</sup> Siehe Projektarbeit des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) über die Stärkung der Kapazitäten des Afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofs; <http://www.giz.de/de/weltweit/15870.html> (Zuletzt aufgerufen am 29.01.14).

Menschenrechtsgerichtshof 2 weitere Fälle.<sup>88</sup> In 2011 verfasste die Kommission Richtlinien und Prinzipien zu wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten „*the Guidelines and Principles on economic social and cultural Rights*“, um die Menschenrechte zu fördern und die Pflichte der Vertragsstaaten konkreter auszudrücken.<sup>89</sup> Diese positiven Zeichen der Kommission wecken die Hoffnung, dass im Laufe der Zeit die Förderung der Menschenrechte im afrikanischen Kontinent noch breiter und effektiver werden kann.

Alle Maßnahmen, die von der Afrikanischen Menschenrechtskommission nach Einhaltung der Charta getroffen werden, bleiben geheim, es sei denn, die Generalversammlung der Staats- und Regierungschefs der OAU (seit 2002 des Exekutivrats der AU) beschließt etwas anders. Das heißt, wenn sich die Konferenz der Staats- und Regierungschefs für die Veröffentlichung der Berichte nicht entscheidet, bleiben diese nach Art. 59 Nr. 1 AfrMK vertraulich.<sup>90</sup>

Neben den in Art. 45 AfrMK festgelegten Aufgaben muss die Kommission abschließend bereit sein, jede andere Aufgabe, die ihr von der OAU/AU Konferenz übertragen wird, zu untersuchen und zu entscheiden.<sup>91</sup>

#### **4. Interpretation der Charta**

Die Interpretation der afrikanischen Charta ist eine wichtige Aufgabe<sup>92</sup> der Afrikanischen Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker. Nach Artikel 45 Nr. 3 AfrMK interpretiert die Kommission jede einzelne Vorschrift der afrikanischen Charta auf Antrag einer Vertragspartei, einer Institution der OAU/AU oder einer von der OAU/AU anerkannten afrikanischen Organisation.<sup>93</sup>

Bis 1992 hat die Kommission Prinzipien und Regeln zur Lösung rechtlicher Probleme im Zusammenhang mit den Rechten der Menschen und der Völker, mit denen die afrikanischen Regierungen ihre Gesetze verbessern könnten, nicht schriftlich ausgearbeitet, sondern ignoriert.<sup>94</sup>

---

<sup>88</sup> Vgl. *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 10 ff.; siehe auch African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, Application No. 004/2011; Sowie Kenya, Application No. 006/2012 und Libya Application No. 002/2013.

<sup>89</sup> Siehe <http://www.achpr.org/instruments/economic-social-cultural/> (Zuletzt aufgerufen am 01.02.14) und vgl. *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 4 ff.

<sup>90</sup> Vgl. *Breutz, Iris*, Das afrikanische Menschenrechtssystem, S. 5 ff.

<sup>91</sup> *Graf, Michael*, a.a.O., S. 85.

<sup>92</sup> Die Interpretation der Afrikanischen Charta ist sowohl das Recht als auch die Pflicht der Kommission.

<sup>93</sup> Art. 45 Nr.3 AfrMK.

<sup>94</sup> *Bortfeld, Matthias*, a.a.O., S. 86.

Erst auf der 11. Sitzung der Kommission in Tunis im März 1992 hat sich die Kommission mit der Auslegung einzelner Normen der Afrikanischen Charta beschäftigt. Sie hat eine Resolution verabschiedet, in der sie die Ausfüllung der Lücken über die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit fordert.<sup>95</sup>

Auf der 13. Sitzung hat sich die Kommission zum ersten Mal auf das Entwicklungsrecht konzentriert. Der Kommissar *Beye* brachte im Arbeitspapier einige interessante Details zur Sprache, welche die zukünftige Behandlung des Menschen- und Völkerrechts bei der Entwicklung in der Kommission bestimmen wird.<sup>96</sup> So argumentiert *Tonndorf*, dass *Beye* somit ausdrücklich den einzelnen Menschen als Individuum hervorhebt. Erst danach folgen die Völker, Nationen und Länder.<sup>97</sup>

Zusammenfassend zeigt sich, dass die knappe Zeit für ordentliche Sitzungen und der finanzielle und personelle Mangel, dazu geführt haben, dass sich die Kommission bisher nur eingeschränkt mit der Interpretation der Charta beschäftigt hat. Wie *Tonndorf* sehr gut zusammenfasst: „Insgesamt steckt der Prozess der Herausbildung einer afrikanischen Rechtsprechung der Menschenrechte bei der Kommission noch in den Kinderschuhen.“<sup>98</sup>

### III. Fazit

Obwohl die Afrikanische Kommission der Menschen- Völkerrechte bisher bei der Entwicklung der Menschen- und Völkerrechte in Afrika eine große Rolle gespielt hat und in der internationale Arena immer mehr anerkannt wird, und nebenbei sich ständig verbessert, sind diese Verbesserungen trotzdem nicht genug für eine supranationale bzw. regionale Menschenrechtsorganisation, weil die Kommission bisher nicht das geplante und erwünschte Vertrauen und sowie Wirkung in der Kontinent und in der Afrikanische Union erlangen hat. Die Hauptgründe wie Mangelhafte und auch abhängige Finanzierung, mangelnde Personenkraft, unplanmäßige Arbeitsablauf usw. wurden oben diskutiert und erst müssen diese Hindernisse überwinden werden, damit die Kommission sich auf ihre Arbeit konzentrieren kann. Die Kommission muss die Initiative ergreifen um nicht unter dem Schatten des neue-gegründeten afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofes zu fallen. Bisherige Rechtspraxis bestätigt, dass die koordinierte Zusammenarbeit zwischen diese beiden Institutionen (besonders ab 2010, siehe oben) ein hohes Maß an Effektivität für Bekämpfung gegen die Menschenrechtverletzungen in Afrika ermöglicht hat. Diese

---

<sup>95</sup> *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 360.

<sup>96</sup> *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 361.

<sup>97</sup> *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 362.

<sup>98</sup> *Tonndorf, Uwe*, a.a.O., S. 363.

Koordination muss nicht nur mit afrikanischem Menschenrechtsgerichtshof sondern auch mit aller anderen Institutionen der Afrikanischen Union beschafft werden.<sup>99</sup> Um die Menschenrechtsverletzungen in der Region reduzieren zu können.

Die wichtigen Aufgaben der Afrikanischen Menschenrechtskommission vor der Gründung des afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofes waren Schutz der Rechte des Menschen und der Völker und die Auslegung der afrikanischen Charta und gleichzeitig arbeitete die Kommission ähnlich wie ein Gerichtshof. Deshalb könnte damals behauptet werden, dass die Kommission sich als Rechtsprechungsorgan, obwohl es in der Praxis nicht bemerkenswert geschaff wurde, betätigt. Nach der Gründung des afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofes wurde diese Rechtsprechungsaufgabe teilweise zu dem afrikanischen Menschenrechtsgerichtshof übergeben und die Kommission hat sich fortan vielmehr mit der Förderung der Menschenrechte und Rechte der Völker im Kontinent konzentriert. Theoretisch könnte behauptet werden, dass die Kommission sich damit von einem Rechtsprechungsorgan zu einem reinen Überwachungsorgan wechselte aber trotz dieser Umwandlung erhält die afrikanische Menschenrechtskommission noch mehr Wert bei der Konventionsauslegung und dem Schutz der Menschen- und Völkerrechte, weil der Afrikanische Menschenrechtsgerichtshof gemäß Art. 2 des Protokolls zur Errichtung des afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofs zuständig ist, die Kommissionsarbeit zu ergänzen und zu unterstützen. Außerdem bekommt die Kommission anstatt seine Gerichtsfunktion zu verlieren, eine zusätzliche Aufgabe, nämlich das Annehmen der Individualbeschwerde. Aus diesen Gründen kann nicht behauptet werden, dass die Kommission zu einem reinen Überwachungsorgan umgewandelt wird, sie behält ihre Kompetenzen und nutzt diese Kompetenzen mit Kooperation des afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofes noch mehr effektiver.

Zusammenfassend kann beschlossen werden, die Rolle der afrikanischen Kommission bei der Demokratisierung und Durchsetzung der Menschen- und Völkerrechte in afrikanischem Kontinent kann nicht verneint werden. Sie ist effizientes Mittel bei der Bekämpfung der Menschenrechtsverletzungen des Kontinents. Trotz finanzieller und personelle Mangelhaft versucht die Kommission als das älteste Organ immer ein optimal mögliches Resultat gegen die Menschenrechtverletzungen und Verletzungen gegen völkerrechtliche Anordnungen zu erreichen. Um die Kommission noch eindrucksvoller zu machen, müssen wie oben unter „die Schutzfunktionen der Kommission“ erklärt wurde, die Kommissionsentscheidungen von der Vertragsstaaten noch

---

<sup>99</sup> Zum ganzen vgl. *Murray, Rachel* (2007) African Commission on Human and Peoples' Rights (ACommHPR), [MPEPIL], S. 1 ff.

mehr respektiert werden und diese Entscheidungen müssen eine wirksame Sanktionsmöglichkeit bekommen, weil bisher die Schutzfunktionen der Kommission auch aufgrund mangelnder Sanktionsmöglichkeiten und des lang dauernden Verfahrens keine große Bedeutung gehabt haben. Neben all diesen erwähnten Hindernissen spielt die politische Unstabilität des Kontinents auch eine große Rolle bei der nicht Anerkennung und nicht Durchsetzung der Menschen- und Völkerrechte in Afrika. Es besteht immer noch die Hoffnung, dass im Laufe der Zeit all diese Probleme werden minimiert und die afrikanische Menschenrechtskonvention und „dadurch auch“ die afrikanische Menschenrechtskommission ihre Verdienst erwerben können.

### **Abkürzungsverzeichnis**

- a.a.O.** : am angegebenen Ort
- Abs.** : Absatz
- AfrMK** : Afrikanische Charta für Menschenrechte und Rechte der Völker
- AMRK** : Amerikanische Menschenrechtskonvention
- Art.** : Artikel
- EMRK** : Europäische Menschenrechtskonvention
- EuGRZ** : Europäische Grundrechte Zeitschrift
- f., ff.** : und die folgende/n
- GO** : Geschäftsordnung
- m.w.N** : mit weiteren Nachweis-en
- NGO** : Non Governmental Organization (Nicht Regierungsorganisationen)
- OAU** : Organization of African Unity
- OAU/AU**: Organization of African Unity und sowie Afrikanische Union (African Union)
- S.** : Seite
- UNO** : United Nations Organisation
- ZaöRV** : Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

### **LITERATURVERZEICHNIS**

- Barthel, David**, Die neue Sicherheits- und Verteidigungsarchitektur der Afrikanischen Union, Springer, 1. Auflage 2011
- Benedek, Wolfgang**, Berichte und Urkunde, Durchsetzung von Rechten des Menschen und Völker in Afrika auf regionaler und nationaler Ebene In: ZaöRV 1994, S. 150-181
- Bortfeld, Matthias**, Der Afrikanische Gerichtshof für Menschenrechte, Eine Untersuchung des Zusatzprotokolls zur Afrikanischen Charta für die Menschenrechte und die Rechte der Völker Baden-Baden, Nomos, 2005, Universität Hamburg, 2004
- Breutz, Iris**, Das afrikanische Menschenrechtssystem, Kapitel 27, in: Britta, Utz (Hrsg.) in Handbuch der Menschenrechtsarbeit Edition 2010 / 2011
- Gemalmaz, Semih**, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonunun Etkinlikleri: Nisan 1988-Mart 1991
- Ders.** Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, MHB Cilt 9 Şayi 1 İstanbul, 1989, S. 10-26

- Ders.** Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler, MHB, Yıl: 7, Şayi. 2, İstanbul, 1987. S. 131-145
- Ders.** Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın Kavram, Kurum ve İşlevleri Üzerine Eleştirel Bir Çözümleme Denemesi, MHB, Yıl: 8, S. 2, İstanbul, 1988. S. 265-294
- Graf, Michael**, Die Afrikanische Menschenrechtscharta, Institut für Afrika-Kunde, Hamburg, 1997
- Hansungule, Michelo**, African courts and the African Commission on Human and Peoples' Rights, In: Human Rights in Africa, Legal Perspectives on their Protection and Promotion, Herausgeber (ed.) *Anton Bösl and Joseph Diescho*, Konrad Adenauer Foundation, Windhoek, Namibia, 2009
- Kadjo, Edem**, Die Afrikanische Charta der Rechte des Menschen und der Völker in ihrem historischen Zusammenhang, EuGRZ 1990, S. 306 (zit.: *Kadjo Edem*, Die Afrikanische Charta, EuGRZ 1990, S.)
- Lüthke, Karsten**, Der Regionale Menschenrechtsschutz in Afrika, Amerika und Europa, Hrsg., *Amnesty International*, Fischer Verlag, Frankfurt am Main, August 1988
- Much, Christian**, Die Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker, Europa-Archiv, Folge 1/1988, S. 17 (zit.: *Much, Christian*, Der afrikanische Charta, Europa-Archiv, Folge 1/1988. S.)
- Murray, Rachel (2007)** African Commission on Human and Peoples' Rights (ACommHPR), Product: Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]
- Rechner, Jonathan D.** From the OAU to the AU, a normative shift with implications for peacekeeping and conflict management, or just a name change? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006
- Rogge, Kersten**, Eine Menschenrechtskommission für Afrika? EuGRZ 7/1980, S. 22
- Seck, Moustapha**, Plädoyer für Erziehung auf dem Gebiet der Menschenrechte in Afrika, EuGRZ 1990, S. 311
- Tonndorf, Uwe**, Menschenrechte in Afrika: Konzeption, Verletzung und Rechtsschutz im Rahmen der OAU, Arnold Bergstraesser-Institut, Freiburg 1997
- Wachira, George Mukundi**, African Court on Human and Peoples' Rights "Ten years on and still no justice" United Kingdom 2008
- Worku, Messelech**, Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht/Entwicklungstendenzen des regionalen Menschenrechtsschutzes, Die Afrikanische Charta der Rechte des Menschen und der Völker. Berlin Verlag, Band 40, 2000
- Zimmermann, Andreas/Bäumler, Jelena**, Der Afrikanische Gerichtshof für Menschen- und Völkerrechte, KAS Auslandsinformationen 7/2010



## **KOMPOZİT DOKU NAKLİ**

*Burcu GÖRKEMLİ\**

### **GİRİŞ**

Son dönemlerde adından sıkça bahsedilen kompozit doku nakilleri, organ ve doku nakli türlerindedir. Ancak diğer nakil türlerinden farklı olarak hastaların hayatlarını sürdürmelerine yönelik olmaktan öte, yaşam kalitesini artırma yönünde gelişen tıbbi müdahalelerdir. Teknolojik gelişmelerin hayatın her alanına yansıdığı günümüz dünyasında, kişilerin hayatlarını idame ettirme isteği, hayat standartlarını üst seviyede tutmak suretiyle gerçekleştirme arzusuyla birleşmektedir. Bu durum ise, kompozit doku naklini endikasyon bakımından diğer tıbbi müdahalelerden ayırtmaktadır. Hastanın ayrıntılı ve açıklayıcı olacak bir biçimde aydınlatılması sonucunda rızasının alınması ve en önemlisi hastanın hayatı boyunca bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlara ve neticesinde komplikasyon ve yan etkilere maruz kalacağı gerçeği ile, hekimlerin hukuki ve cezai sorumluluklarının ne olacağı konusunun hukuki zemine oturtulmak suretiyle, açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir.

Ceza hukukunun kişilere yüklediği sorumluluk bakımından, rıza açıklamasının bir sonuç doğurması ya tıbbi gereklilik halinin mevcudiyetini ya da bu alanla ilgili kanuni düzenlemeyi gerektirir. Kompozit doku naklinde ise, ateşli silah yaralanmaları gibi durumlar dışında, tıbbi gereklilik halinin mevcut olmadığı vakalar ile karşılaşılmakta; kanuni düzenleme bakımından ise kompozit doku nakli Bakanlığın çıkarmış olduğu bir yönerge ile gerekçelendirilmektedir. Kişilerin yaşamı ve yaşam kalitesini bu denli etkileyen bir konunun yürütme organının işlemi ile düzenlenmiş olması; buna karşılık organ ve doku naklinin olması gerektiği gibi kanunlarımızda ayrıntılı bir şekilde düzenleniyor olması, kişilerin Anayasa ile korunan yaşama hakkı bakımından büyük bir tezattır. Ayrıca, hayati öneme sahip böyle bir konunun kanunen düzenleme altına alınmış olması, bu konuda hekimlerin yapacakları operasyonlarda sorumluluklarının belirlenmesi açısından da bir belirsizlik ortamı oluşturmuştur. Bu çalışmanın hareket noktası; kompozit doku nakli konusunun genel çerçevede ele alınmak suretiyle bu alandaki kanuni düzenleme gereksinimi ve bu bağlamda hekimlerin cezai sorumluluğunun ne olacağı meselesidir.

---

\* Avukat, Kayseri Barosu, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

## I. KOMPOZİT DOKU NAKLİ

Kompozit doku naklindeki kompozit kelimesi, “*homojen bir yapıya sahip olmayıp farklı/çoklu doku ve organ parçalarından meydana gelen*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>1</sup>. Kompozit doku nakli ise, doku donörü tarafından verilen; yüz, el, ayak parmakları, karın duvarları vb. birden fazla doku tiplerini içeren, sağlam doku parçalarını ya da tamamını onarım veya değiştirme amaçlı olarak, alıcının hasarlı veya çalışmayan dokusu yerine koymak suretiyle, söz konusu hasarlı bölgenin kanlanması, hareket ve duyu kazanmasına vesile olan, nakil sonrası hastalık riskini azaltmak için alıcının bağışıklık sistemini baskılayan ilaçları kullanmasına ihtiyaç duyulan nakil olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>.

Ayrıca kompozit doku nakli, deri dahil derialtı dokusu, kas, kemik, sinir ve kan damarları gibi farklı dokuları da kapsamaktadır<sup>3</sup>. Bunun yanında kompozit doku naklinde, deri dokusunun vücuda giren antijenin kendisine karşı antikor oluşturma yeteneği ve bu yeteneğin derecesi bakımından riski yüksektir<sup>4</sup>. Dolayısıyla, söz konusu nakil gerçekleştirilmeden önce, uygulanabilecek tedavi seçenekleri tüketilip, ciddi işlevsel kayıplara sahip hastaların yüksek riskli bu operasyon hakkında bilinçlendirilmeleri gerekmekte; özellikle de kompozit doku uyumsuzluğu neticesinde hastanın hayatının riske gireceğini, en azından hastanın vücudunda enfeksiyon ve çeşitli kanser tiplerinin oluşma riskinin artacağı hususunda, hastanın açık ve ayrıntılı bir şekilde aydınlatılmak suretiyle onamının alınması gerekmektedir<sup>5</sup>. Yarar-zarar dengesi gözetildiğinde, naklin sağlayacağı yarara karşın riskler ağır basıyorsa bu operasyonun yapılmasından kaçınılmalıdır<sup>6</sup>.

Yine Sağlık Bakanlığı'nın 29.03.2011 tarihli Kompozit Doku Nakli Merkezi Yönergesi'nin 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (ğ) bendinde,

<sup>1</sup> Türk Tabipler Birliği, “Kompozit Doku Nakilleri Raporu, Haziran 2012”, ([http://www.tpcd.org.tr/uploads/media/kompozitrpr\\_2012.pdf](http://www.tpcd.org.tr/uploads/media/kompozitrpr_2012.pdf), 10 Mart 2014).

<sup>2</sup> Fedaral Register / Vol. 76, 242 / Friday, December 16, 2011 / Proposed Rules, (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-12-16/pdf/2011-32204.pdf>, 27 Kasım 2013).

<sup>3</sup> K. V. Ravindra, S. Wu, L. Bozulic, H. Xu, W. C. Breidenbach, S. T. Ildstad, “Composite Tissue Transplantation: A Rapidly Advancing Field”, (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2692668>, 2 Ocak 2014).

<sup>4</sup> M Isobe, J Suzuki, S Yamazaki, et al. “Acceptance of primary skin graft after treatment with antiintercellular adhesion molecule-1 and anti- K leukocyte function-associated antigen-1 monoclonal antibodies in mice. Transplantation 1996; 62: 411. [PubMed: 8779692]”; K. V. Ravindra, S. Wu, L. Bozulic, H. Xu, W. C. Breidenbach, S. T. Ildstad, “Composite Tissue Transplantation: A Rapidly Advancing Field”, (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2692668>, 2 Ocak 2014).

<sup>5</sup> Türk Tabipler Birliği, agm.

<sup>6</sup> Türkiye Biyoetik Derneği, “Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Raporu (Ülkemizde Son Dönemde Gerçekleşen Organ ve Kompozit Doku Nakilleri Bağlamında), 24 Mart 2012”, ([http://iris-interaktif.com/Biyoetik/files/raporlar/TBD\\_OrganNakli\\_Raporuu.pdf](http://iris-interaktif.com/Biyoetik/files/raporlar/TBD_OrganNakli_Raporuu.pdf), 11 Mart 2014).

kompozit doku nakli, “*vücut bütünlüğünü bozan ve fonksiyon kaybına yol açacak şekilde kompozit doku kaybı olan hastalara form ve fonksiyon restorasyonu amacı ile yapılan ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla uygulanan kompozit doku nakli ameliyesi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Dünyada ilk olarak gerçekleştirilen kompozit doku nakil türlerinden olan el nakilleri, 1998 yılında, Fransa ve Amerika’da gerçekleştirilmiş olup; bu tıbbi gelişmeleri 2005 yılında Fransa’da, 2006 yılında Çin’de gerçekleştirilen yüz nakilleri izlemiştir<sup>7</sup>. Ülkemizde ilk olarak 2010 yılında yapılan kompozit doku nakli türü olan kadavradan çift kol nakli ve 2011 yılında yapılan rahim nakli, Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi tarafından gerçekleştirilmiştir<sup>8</sup>.

Türkiye’de başarıyla gerçekleştirilen kompozit doku nakillerinin önemine binaen Sağlık Bakanlığı söz konusu Yönerge ile kompozit doku naklinin hangi aşamalardan geçmek suretiyle yapılabileceği noktasında düzenlemeler getirmiştir. Öncelikle Yönerge’nin 4’üncü ve 5’inci maddelerinde belirtilen nakil işleyiş süreci ile ilgili olmak üzere, Bakanlığa görüş bildirme yükümlülüğünde olan Kompozit Doku Nakli Bilimsel Danışma Komisyonu kurulur. Yine Yönerge’nin 7’nci ve 8’inci maddelerinde her kompozit doku nakli merkezinin bulunduğu hastanede, söz konusu Yönerge kapsamındaki kompozit doku naklinden önce, naklin yine Bakanlığın belirleyeceği endikasyon listesine uygun olup olmadığını, alıcının onamının usulüne uygun olarak alınıp alınmadığını ve yapılacak naklin sosyal ve etik açıdan uygun olup olmadığını değerlendirmekle görevli Kompozit Doku Nakli Konseyi kurularak; ancak bu şartlar sağlandığı sürece kompozit doku naklinin gerçekleştirilebileceği üzerinde önemle durulmaktadır.

Çağdaş toplumun bir gereği olarak, yapılacak naklin sosyal açıdan uygunluğu, yapılacak hizmetlerin hastaya ulaşmasında devlet organlarının, kanun koyucunun, hastaneler ve çalışanlarının, hekimlerin, yazılı ve görsel medyanın, toplumun ve bireylerin, insani ve etik ilkeler ışığında, hastanın yararına ve toplumun gereksinimlerine uygun olarak yerine getirilmesidir<sup>9</sup>. Kompozit doku nakilleri, dünyada olduğu gibi Türkiye’de de yeni bir alan olması sebebiyle, bu alanda belli düzeyde bilgi ve tecrübelerle ihtiyaç duyulmakta; ayrıca, farklı görüşlere sahip olanların bilimsel platformlarda, söz konusu nakiller hakkında

<sup>7</sup> Türk Tabipler Birliği, agm; Gordon CR et al. “The world’s experience with facial transplantation what have we learned thus far?”, Vol 63, Issue 5, pp 572-578, doi: 10.1097/SAP.0b013e3181ba5245, 10 Mart 2014).

<sup>8</sup> Türk Tabipler Birliği, agm; “Akdeniz Üniversitesi’nde Dünyada İlk Rahim Nakli Yapıldı”, (<http://www.hurriyet.com.tr/yasasinhayat/18446857.asp>, 10 Mart 2014); “Bu Kadarına da Raziyim”, (<http://www.haberturk.com/saglik/haber/720895-bu-kadarina-da-raziyim>, 10 Mart 2014).

<sup>9</sup> Nurdan Sena Nurdağ, “Yüz Nakli ve Etik”, (<http://www.slideshare.net/aguner/yz-nakli-ve-etik>, 11 Mart 2014).

uzun vadede elde edilen sonuçlar dahilinde, ele alması gereken sosyal yönü itibariyle hassas bir alandır<sup>10</sup>.

Kompozit doku nakli, organ ve doku nakli türlerinden olmakla birlikte, her türlü organ ve doku, hastanın yaşamına devam edebilmesi adına Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun konusunu oluşturabilmektedir. Aksine, kompozit doku nakli ise en başta yaşam kalitesini artırmaya yönelik olmakla, naklin yapılabilmesi Yönerge'de belirtilen endikasyon şartlarını taşıdığı müddetçe gerçekleştirilebilir.

## II. KOMPOZİT DOKU NAKLİNDE ENDİKASYON

Genel itibariyle endikasyon, bir hastalıkta izlenecek tedavi yöntemi ve müdahalenin belirlenmesi olmak üzere; bir ilacın hangi hastalıklara ve hangi biçimde uygun olacağını veya bir operasyonun hangi koşullarda gerekli olduğunu ifade eder<sup>11</sup>. Endikasyon koymak çoğu zaman hekimlerin verdiği en önemli kararlardan olup; endikasyon, tıbbi bir müdahale veya cerrahi girişimin gereklilik sebebidir<sup>12</sup>. Örneğin, kolu kırılan hastada kolu alçıya alma endikasyonu vardır (çünkü alçıya almak kırığın tedavisidir); ama o hastaya antibiyotik verilmesi endikasyonu yoktur (çünkü antibiyotik kırığın direkt tedavisi değildir)<sup>13</sup>. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için, endikasyon yani tıbbi gereklilik şarttır<sup>14</sup>.

Kompozit doku naklinin tanımlanması bakımından da üzerinde durulması önem arzeden husus, nakil türleri ile endikasyonlar arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağı meselesidir. Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin 10'uncu maddesinde Kompozit Doku Nakli Merkezi'nin faaliyete geçebilmesi için Bakanlıktan alacağı faaliyet izin belgesinde yer alabilecek nakil türleri belirtilmek suretiyle; yapılacak her nakil türüne ilişkin endikasyonlar, Bakanlıkça hazırlanan ve Bakanlık resmi internet sayfasında yayınlanan endikasyon listesinde belirtileceği ifade edilmiştir. Endikasyon listesine Konsey kararı ile yapılan nakillerde, nakil sonucunun endikasyon yönünden değerlendirilmesinde Yönerge'nin 5'inci maddesinde de belirtildiği üzere Kompozit Doku Nakli Bi-

<sup>10</sup> Türk Tabipler Birliği, agm.

<sup>11</sup> BSTS/İç Hastalıkları Terimleri Sözlüğü, (<http://www.sozce.com/nedir/112462-endikasyon>, 11 Mart 2014).

<sup>12</sup> Endikasyon Hakkında Ansiklopedik Bilgi, (<http://www.turkcebilgi.com/ansiklopedi/endikasyon>, 11 Mart 2014).

<sup>13</sup> Endikasyon Hakkında Ansiklopedik Bilgi, (<http://www.turkcebilgi.com/ansiklopedi/endikasyon>, 11 Mart 2014).

<sup>14</sup> Hakan Hakeri, "Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi, 2. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu Notları, 13-14 Kasım 2009", ([http://www.mertvan.av.tr/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=373](http://www.mertvan.av.tr/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=373), 11 Mart 2014).

limsel Danışma Komisyonu; bu Yönerge kapsamındaki her kompozit doku naklinden önce, naklin endikasyon listesine uygun olup olmadığı yönünde ise Yönerge'nin 8'inci maddesi gereğince Kompozit Doku Nakli Konseyi görevlidir.

Kompozit doku nakli hususunda, Sağlık Bakanlığı'nın yayınlamış olduğu endikasyon listesi çeşitli alt başlıklardan oluşmaktadır. İlk olarak, "*Ekstremitte Transplantasyonu için Güncel Endikasyonlar Rehberi*" başlığı altında, üst ekstremitte transplantasyonu için standart olan endikasyonları, amputasyon nedenleri, yaş ve cinsiyet özellikleri, alt ekstremitte transplantasyon endikasyonları, doğumsal ekstremitte transplantasyon endikasyonları, transplantasyon için hazırlıkları, fizik tedavi ve rehabilitasyonları, transplantasyon yapılacak olan kişide eşlik eden bir tıbbi hastalık veya travma öyküsünün minimal olması ve tüm uygun organ sistemlerinin normal sınırlar içinde olması, immünsüpresif tedavi incelenmektedir. İkinci olarak, "*Ekstremitte Nakli için Kontrendikasyon Rehberi*" başlığı altında, genel itibariyle tedaviye uyumsuzluk öyküsü, edinsel immün yetmezlik sendromu (AIDS) veya kronik immün yetmezliği saptananlar, önemli psikiyatrik ve mental bozukluk öyküsü olanlar, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı öyküsü olan hastalar, pozitif verici ve negatif alıcı olma durumu, bağ dokusu hastalığı olanlar incelenmektedir. Üçüncü olarak, "*İnce Barsak Nakli Endikasyonları*" başlığı altında, genel itibariyle çocuklarda; kısa barsak sendromu, ince barsak neoplazileri, ince barsak elektrolit emilim bozuklukları, yetişkinlerde; tıbbi tedaviye cevapsız granülamatoz barsak hastalıkları, travmatik nedenle oluşmuş kısa barsak sendromları incelenmektedir. Dördüncü olarak, "*Yüz ve Saçlı Deri Transplantasyonu için Güncel Endikasyonlar Rehberi*" başlığı altında, genel itibariyle yapılacak nakille ilgili en az ağız, burun ve göz kapağı bölgelerinden birinde fonksiyonel bir kazanım sağlanmasının amaçlanması, yüz nakli yaptırmak için kararlılık, 15-60 yaş arasında olmak, mental durumun psikiyatrik testler ile transplantasyon için uygun olması incelenmektedir. Beşinci olarak, "*Yüz ve Saçlı Deri Nakli için Kontrendikasyon Rehberi*" başlığı altında, genel itibariyle tedaviye uyumsuzluk öyküsü, son evre organ hastalığı, önemli psikiyatrik bozukluk öyküsü, iki taraflı tam körlük, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı öyküsü olan hastalar, bağ dokusu hastalığı olanlar incelenmektedir. Altıncı olarak, "*Üst Solunum/Sindirim Yolu Transplantasyonu için Güncel Endikasyonlar Listesi*" başlığı altında, genel itibariyle 18-60 yaş arasında olmak, eşlik eden tıbbi hastalık veya travma öyküsünün minimal olması, mental durumun psikiyatrik testler ile transplantasyon için uygun olması incelenmektedir. Yedinci olarak, "*Güncel Üst Solunum/Sindirim Nakli için Kontrendikasyon Rehberi*" başlığı altında, genel itibariyle tedaviye uyumsuzluk öyküsü, son evre organ hastalığı, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı öyküsü, bağ dokusu hastalığı incelenmektedir.

Yapılan naklin izlenmesi ve denetimi kapsamında, Yönerge'nin 26'ncı maddesinde önemle üzerinde durulduğu görülmekle; bir rapor halinde Bakanlı-

ğa gönderilen nakil sonucu ve Konsey kararları, Komisyon tarafından değerlendirilecektir. Endikasyon listesine uygun nakil yapmadığı tespit edilen merkez Bakanlıkça uyarılacaktır. Uyarıya rağmen tekrar endikasyon listesine aykırı nakil gerçekleştirdiği komisyon tarafından tespit edilen merkezin ruhsat ve faaliyet izin belgesi Bakanlıkça iptal edilecektir. Bunun yanında yapılacak naklin endikasyon listesine aykırı olmasının ceza hukuku bakımından sorumluluk doğurması söz konusudur. Ceza hukukunda rıza açıklamasının sonuç doğurabilmesi, tıbbi gereklilik ve zorunluluk kriterlerine bağlı olup; tıbbi gereklilik ve zorunluluk halinin mevcut olmaması halinde, hukuka uygunluk hali bir kanuni düzenleme ile mümkün olacaktır<sup>15</sup>. Mevzuat düzenlemesi olan endikasyon listesine uygun nakil yapmama, hukuka uygunluk halini ortadan kaldırıp, ceza hukuku sorumluluğunu doğuracaktır.

Görüldüğü üzere, endikasyon meselesi hekimler tarafından düzenlenmesi gereken özel ve teknik bir alan olmakla birlikte; hekimin tedavi özerkliği bertaraf edilmek suretiyle, söz konusu Yönerge bu alanda karara varacak merciin Kompozit Doku Nakli Konseyi olduğunu belirtmiştir<sup>16</sup>. Burada tartışılması gereken sorun ise, Bakanlığın hazırlamış olduğu Yönerge ile tamamen hekime tanınmış olan tedavi özerkliği ilkesinin göz ardı edilerek, sınırlandırılmasının hukuka uygun olup olmaması durumudur<sup>17</sup>. Hekimlik mesleğinin tedavi özerkliği; tedavi gereğinin bulunup bulunmadığı, hekimin vicdanıyla çelişen metotları ve belirli bir ilaç tedavisinin uygulanmasına zorlanamayacağı, hekimin kendisi için uygun görünen teşhis ve tedavi yöntemini seçme hakkı kapsamındadır<sup>18</sup>.

Ayrıca Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 6'ncı maddesinde, "*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir*" şeklindedir. Fakat hekimlerin tedavi özerkliği kapsamında yapacağı tercihlerini sınırlamak amacıyla, yasama organı veya idari merciiler uygulamadaki keyfilikleri önleyebilmek adına bazı alanlarda gerekli düzenlemelerde bulunabilirler<sup>19</sup>. Bu düzenlemelerin ölçüsü ise, Bakanlığın yapacağı her müdahalede hekimlerin tedavi özerkliğini kısıtlamak değil, keyfilik önüne geçmek olmalıdır.

<sup>15</sup> Mehmet Arıcan, "Çift Kol ve Çift Bacak Naklinde Hekimin Cezai Sorumluluğu", (<http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-mehmet-arican/cift-kol-ve-bacak-naklinde-hekimin-cezai-sorumlulugu/>, 2 Aralık 2013).

<sup>16</sup> Hakan Hakeri, "Yüz, Kol, Bacak Nakli ve Hukuksal Sorunlar", (<http://www.medimagazin.com.tr/hekim/hukuk-etik/tr-yuz-kol-bacak-nakli-ve-hukuksal-sorunlar-2-17-41579.html>, 2 Aralık 2013).

<sup>17</sup> Hakeri, agm.

<sup>18</sup> Hakan Hakeri, "Sağlık Bakanlığı'nın Eşdeğer İlaça İlişkin Genelgesi Hukuka Aykırı", ([http://tiphukuku.org.tr/article.php?article\\_id=5](http://tiphukuku.org.tr/article.php?article_id=5), 29 Kasım 2013).

<sup>19</sup> Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2012, s.132.

Nitekim idarenin sağlık hizmetlerini yürütürken, nitelik, oluş biçimi ve sonuçları bakımından ileri teknoloji ve özel ihtisas yöntemlerinin kullanıldığı göz önüne alındığında; idarenin riskli ve tehlikeli bu faaliyetleri, idarenin kusursuz sorumluluğunu da beraberinde getirecektir<sup>20</sup>. Bunun yanında, Fransız Danıştay riskli veya yeni kullanılan birtakım ameliyat yöntem ve tekniklerinden doğan zararlarda, idarenin sorumluluğunda kusursuz sorumluluk yoluna gitmekte; fakat Türk Danıştay'ı bu yöntemi benimsemeyerek, eski içtihatları doğrultusunda kararlar vermeye devam etmektedir<sup>21</sup>. Danıştay 10'uncu Dairesinin bir kararında, “...İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlüğünün doğması için, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir...guatr ameliyatı sırasında paratiroid bezlerinin zarar görmesi ve alınması nedeniyle yaşamını sürekli ilaç tedavisine bağlı olarak sürdürebilecek duruma gelen ve çalışma gücü kaybına uğrayan davacının, maddi ve manevi tazminat davasının, ameliyat sürecinde ve tedavisinde idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının...” denilmek suretiyle, yerel mahkemenin kusursuz sorumluluk prensibi çerçevesinde verilen kararında isabet görülmemiş; söz konusu karar Danıştay tarafından bozulmuştur<sup>22</sup>. Fakat Lyon İdare Mahkemesi'nin de dile getirdiği üzere, sağlık hizmetlerinin riskli faaliyetlerini içeren ve ileri teknoloji yöntemlerinin kullanıldığı belli alanları ile terapi sonucunda olağanüstü yaşamsal koşullara yönelik rahatsızlıklar içeren normal olmayan ve önemli zararların olduğu söz konusu alanlarda, idarenin kusursuz sorumluluğunun uygulanması gerekmektedir<sup>23</sup>.

Görüldüğü üzere, bazı kompozit doku nakillerinde de olduğu gibi yüksek riskli tıbbi müdahalelerde, idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekmektedir. Ayrıca kompozit doku naklinde, endikasyon meselesi hususunda her ne kadar hekimlerin tedavi özerkliği bulursa da, doğurduğu sorumluluk

<sup>20</sup> Fatih Birtek, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, ([http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_773.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_773.htm), 12 Mart 2014)

<sup>21</sup> Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetini Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=62](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62), 12 Mart 2014).

<sup>22</sup> Danıştay 10'uncu Dairesi'nin 29.12.1999 gün ve 1997/6600 esas ve 1999/7409 sayılı kararı, yayınlanmamıştır; Zuhâl Bereket Baş, Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Ankara, Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 68, Danıştay Matbaası, 2004, s.78.

<sup>23</sup> Baş, s.81; C.A.A.Lyon, 17.10.1990, Stefani Longin, AJDA 1991, 125, chr. Sougoulet et Lolaumy.

bakımından Bakanlığın yapacağı her müdahale, hekimlerin tedavi özerkliğini kısıtlamaksızın keyfiliğin önüne geçmek şeklinde olmalıdır.

### III. KOMPOZİT DOKU NAKLİNDE HASTANIN AYDINLATILMASI VE ONAMININ ALINMASI

Tıbbi müdahalenin tarafları olan hekim-hasta ilişkisinde, hekimin hastasını uygulayacağı tıbbi müdahale hakkında tam anlamıyla aydınlatmak suretiyle, hastasının aydınlatılmış onamını alması gerekmektedir.

Genel anlamıyla tıbbi müdahale, tıp biliminde genel kabul görmüş düzenlemelere uygun olarak gerçekleştirilen, kişilerin bedensel, fiziksel ve ruhsal rahatsızlıkları çerçevesinde tedavi, teşhis ve cerrahi müdahaleleri de içeren, aksi durumda hastalığın vermiş olduğu acıları azaltmak, hiç olmazsa hastalıklardan korumak maksadıyla yapılan müdahaleler, etik, ahlaki ve hukuki olarak tıbbi müdahale şeklinde ifade edilmektedir<sup>24</sup>.

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmek, hastanın aydınlatmanın amacına uygun olarak gerçekleştirilmek suretiyle rıza vermesi sonucunda gerçekleşmekle; aydınlatmada amaç ise, hekimin hastayı uygulayacağı tıbbi müdahale hakkında kendi hür iradesiyle karar verebilecek şekilde bilgilendirmesidir<sup>25</sup>. Hastanın aydınlatılması teşhis ve tedavinin her aşamasını kapsamakla; ilk adım hekimin elde ettiği bulgulara yönelik tanı koyması olup, hekim daha sonra koymuş olduğu bu tanıyla birlikte, hastayı yaşayacağı tedavi gelişimi ve sonuçta meydana gelebilecek olası risklere karşı ayrıntılı bir şekilde bilgilendirme, hastanın kafasında soru işaretleri bırakmamadır<sup>26</sup>. Ayrıca hekimin hastaya uygulanacak nakil konusunun, hastanın yaşamına yönelik veya yaşam kalitesini artırmaya yönelik olup olmadığı hususunda da aydınlatması gerekmektedir.

<sup>24</sup> Mustafa Sütlaş, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, Chiviyazıları Yayınevi, 1. Baskı, 2000, s.42; Cüneyt Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1. Baskı, 1993, s.15; Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı Yayınevi, 1991, s.5; Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s.24; Nevzat Güreli, Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XLV-XLVII, 1979-1980-1981, Sayı 1-4, s.270-271; Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ulusal Sempozyum, Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam (16-17 Ocak 2009), s.4.

<sup>25</sup> Murat Doğan, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ulusal Sempozyum, Hekimin Hukuki Sorumluluğu (16-17 Ocak 2009), s.45.

<sup>26</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2002/716 esas, 2003/91 karar sayılı kararında, "Davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde, tedavide kullanılan ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceğinin kendisine bildirilmemesi ve böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlama gerekliliğinin gösterilmemesinin ağır hizmet kusurunun olduğu ve manevi tazminata hak edeceği açıktır." denilmektedir.



Kompozit doku nakli türlerinden olan üreme dokularının nakli hastanın yaşamına yönelik iken, el ve yüz nakilleri hastanın yaşam kalitesini artırmaya yöneliktir<sup>27</sup>.

Kompozit doku naklinde, hekimler hastaları ile ilgili olarak nakil türünün belirlenmesi, naklin yapılabilirliği ve uygulanabilirliği; yapılacak nakille birlikte hastanın hayat boyu bağışıklık sisteminin baskılanması hususunda çalışmaların geliştirilmesi; hastanın kendisi ve çevresiyle yaşayacağı etik, sosyal, psikolojik endişelerin tespit edilmesi; yapılacak nakil için ilgili kuruluşların onayının alınması; gerekli kriterler gözetilmek suretiyle, alıcının ve donörün dikkatli bir şekilde belirlenmesi, nakli yapacak hekimlerin takip etmesi gereken hususlardır<sup>28</sup>.

Hastanın aydınlatılmasının temelinde yatan husus, tıbbi müdahale öncesi hastanın oluru almak adına bilinçlendirilmesidir. Hastanın kendisine uygulanacak operasyon ile ilgili olarak davranışlarının sonuçlarını bilebilecek durumda olması ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir<sup>29</sup>. Aksi durumda hastanın vereceği geçersiz rıza neticesinde yapılan müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Yetişkinler için geçerli olan bu duruma, çocuklarda ek bir takım şartlar gerekmektedir. Reşit olmayan kişilerin ayırt etme gücüne sahip olup, davranışlarının sonuçlarını bilmesi gerekmektedir; ayrıca reşit olmayan kişinin kendisine uygulanacak müdahale hakkında dinlenilmesi ve mutlaka veli ve vasisinin öncelikle rızalarının alınması gerekmektedir (Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24/1 ve madde 26).

Aydınlatmanın zamanı çok önemli olup, her türlü baskıdan uzak bir şekilde, hastanın sağlıklı düşünebilmesine imkân vermek suretiyle, zamanında yapılmalıdır<sup>30</sup>. Hastadan alınacak aydınlatılmış onam, uygulanacak tıbbi müdahalelerin türüne göre değişmekle birlikte en az 24 saat evvelinden alınmak suretiyle, hastanın aklına gelebilecek bütün sorular cevaplandırılarak gerçekleştirilme-

<sup>27</sup> Valarie Blake, J D, M A, and Karita Shah, M D, M B E, "Reproductive Tissue Transplants Defy Legal and Ethical Categorization", (<http://virtualmentor.ama-assn.org/2012/03/hlaw1-1203.html>, 8 Aralık 2013).

<sup>28</sup> Maria Siemionow, M D, and Yalcın Kulahcı, M D, "Facial Transplantation", (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2884851/>, 7 Aralık 2013); M Siemionow, G Agaoglu "Perspectives for facial allograft transplantation in humans. In: Siemionow MZ; ed. Tissue Surgery. London: Springer-Verlag; 2006: 119-134"; M Siemionow, S Ozmen, Y Demir "Prospects for facial allograft transplantation. Plast Reconstr Surg 2004; 15: 1421-1428"; M Siemionow, G Agaoglu "Allotransplantation of the face: how close are we? Clin Plast Surg 2005; 32: 401-409".

<sup>29</sup> Nuri Erdoğan, Mithat Kara, Abdullah Hızal, Sevinç Arslan Hızal, Aydınlatılmış Onam: Uygulama ve Tıp Hukuku Açısından Sorunlar, Erciyes Tıp Dergisi, Cilt 33, 2011, Sayı 2, s.165-170.

<sup>30</sup> Hakeri, s.301.

lidir<sup>31</sup>. Aydınlatma borcunun kapsamı bazen genişlemekte, bazen de daralmaktadır. Aydınlatmanın kapsamı uygulanacak tıbbi müdahalenin ivediliğinin bulunmaması, müdahaleye bağlı tehlikenin büyümesi, tıbbi müdahale ile doğrudan tedavinin amaçlanmaması, hastanın açık arzusu ile genişlemekte; ancak, tıbbi müdahalenin ivedi olması, müdahaleye bağlı tehlikenin küçük olması, hastanın bu yönde açık arzusu, aydınlatmanın hastanın moralini bozması, hastanın yeterli bilgiye sahip olması hallerinde ise daralmaktadır<sup>32</sup>.

Yapılacak nakilde tıbbi gereklilik ve zorunluluk halinin mevcudiyeti veya yapılacak nakille ilgili kanuni düzenleme söz konusu ise, hasta aydınlatıldıktan sonra, yaşayacağı bu sürece yönelik onayının bulunup bulunmadığını belirtmek suretiyle; ki hastanın rızası alınmışsa artık yapılan müdahale hukuka uygun hale gelecek, böylece aydınlatılmış onamla hekim, hukuki ve cezai sorumluluktan da kurtulmuş olacaktır<sup>33</sup>.

Aydınlatılmış onamın alınmasında, aydınlatmayı ispat yükünün hekimin üzerinde olduğu yönünde Yargıtay kararları mevcuttur<sup>34</sup>. Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi'nin 1977/2541 sayılı kararında, "... Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer." denilmekte, ispat yükünün hekimin üzerinde olduğu görülmektedir. Bunun yanında aydınlatma borcuna ilişkin olarak, hekimin hakkında açılan davalarda kendi lehine iddiaların aksini ispatlaması oldukça zordur<sup>35</sup>. Bu konuda Yargıtay 13'üncü Hukuk Dairesi'nin 2008/10750 sayılı kararında, "...Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi..." denilmekle, hekimin hastayı aydınlattığına yönelik, ispat vasıtası olarak yazılı bir belge bulundurması gerektiği vurgulanmaktadır.

Günümüz hukuk dünyasında, tıbbi müdahalelerde hekimlerin eylemlerinin hukuka uygun olabilmesi, tıbbi müdahaleye maruz kalacak hastanın aydınlatılmış onamı ile mümkün olacaktır<sup>36</sup>. Tıbbi müdahalelerde hekimin hastadan aydınlatılmış onamını almaması durumunda, hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı hukuki ve cezai sorumluluğu doğacaktır<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Erdoğan, Kara, Hızal, Hızal, agm., s.165-170.

<sup>32</sup> Doğan, s.46-47.

<sup>33</sup> Ahmet Nezih Kök, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine göre Aydınlatma ve Rıza, Uluslararası Sempozyum, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (11-12 Kasım 2005), s.121; Çakmut, s.40.

<sup>34</sup> Doğan, s.48.

<sup>35</sup> Ş. Berfin Işık Yılmaz, Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012 Ocak-Şubat, Sayı 98, s.406.

<sup>36</sup> M. Erdal Güzeldemir, "Hasta Bilgilendirmenin Önemi", ([http://www.gata.edu.tr/Metin/Hasta\\_bilgilendirmenin%C3%B6nemi.doc](http://www.gata.edu.tr/Metin/Hasta_bilgilendirmenin%C3%B6nemi.doc), 12 Mart 2014).

<sup>37</sup> Güzeldemir, agm.

Kompozit Doku Nakli Yönergesi'nin 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında önemle belirtildiği üzere, merkezin yapacağı her bir nakil türü için bu Yönerge-deki niteliklere haiz, tıbbi açıdan sorumlu bir uzman, nakil işleminin yaşam kurtarıcı olmayan özelliğini vurgulamak suretiyle, alıcının yaşam boyu bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlara bağlı yan etkilere ve nakil işlemlerine bağlı diğer tüm komplikasyonlara maruz kalacağı konuların, alıcıya bildirilmesinden ve hastadan bilgilendirilmiş onamının alınmasından sorumludur. Hastaların vücuduna nakledilen doku bedene yabancı kalmakla; alıcının bağışıklık sistemi nakledilen dokuya yönelik savaş başlatmakta, tabiri caizse bu savaşı bastırmak adına organ ve doku nakli alıcılarının bağışıklık sistemlerini baskılayıcı nitelikte olan ve kanser yapma gibi hayatlarını tehlikeye sokan ilaçlarla yaşam boyu baş başa kalacaklarının belirtilmesi, bu yönde ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmeleri gerekmektedir<sup>38</sup>.

Yönerge'nin 28'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde kompozit doku nakli alıcı adayının, nakil işlemi yapılmadan önce mekanik ve myoelektrik protez ve ortez gibi mevcut diğer alternatifleri kullanmış olmasına rağmen veya doku veya organ kaybının düzeltilmesine yönelik yapılan ameliyatlara rağmen tatmin olmadığını, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından yazılı olarak beyan edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Burada alınacak onam, özellikle hastanın psikolojik bakımdan da aydınlatılmasını içeren üst kavram olup, bu şekilde aydınlatmayı içermeyen söz konusu onam fesada uğramış olacaktır. Verilen onamın fesada uğramış onam olmaması için, hekimin hastasını, hastasının en iyi anlayacağı şekilde yapacağı tıbbi müdahale hakkında bilgilendirmek suretiyle, hastaya tıbbi müdahaleyi kabul veya red etme hakkı ile baş başa bırakması gerekir<sup>39</sup>. Otonomi aydınlatması olarak anılan süreçte, hasta hür iradesiyle ve tedavi olma sorumluluğu bilincinde hareket etmek suretiyle karar vermesi gerekmektedir<sup>40</sup>.

Hekimin hastasının aydınlatılmış onamını alırken, hastanın tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek tüm riskleri anlatması gerekir<sup>41</sup>. Bunun yanında, hekim hastaya uygulanacak bütün tedavi çeşitlerinin faydaları ve yan etkileri hakkında hastalarını bilgilendirmeli; aynı zamanda hekim tarafından yapılan bu açıklamaların hiçbir zaman için "*hekimin hastayı ikna etmesi*" boyutuna ulaşmamalıdır<sup>42</sup>. Hasta hekim tarafından verilen bilgileri, kendi özgür iradesi çer-

<sup>38</sup> Serdar Nazif Nasır, "Kompozit Doku Nakli", (<http://serdarnasir.com/nakil.php>, 7 Aralık 2013).

<sup>39</sup> Metin Feyzioğlu, Birgül Feyzioğlu, Ceren Fırat, "Hekimin İlaçların Yan Etkilerinden Dolayı Sorumluluğu-Sorular ve Cevaplarla İnceleme", (<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/hekim-yan-etki.html>, 12 Mart 2014).

<sup>40</sup> Hakeri, s.275.

<sup>41</sup> Feyzioğlu, Feyzioğlu, Fırat, agm.

<sup>42</sup> Feyzioğlu, Feyzioğlu, Fırat, agm.

çevesinde değerlendirerek, kendi yararı doğrultusunda kendisi hakkında kararını vermelidir<sup>43</sup>. İkna edebilmek adına, hekimin hastaya yapacağı bilgilendirmede, verdiği bilgilerin nitelik ve niceliğini değiştirerek, hekimin görüşünü hastaya kabul ettirmek istemesi, tıp etiğine ve hasta haklarına aykırılık teşkil edecektir<sup>44</sup>.

Bunun yanında, Yönerge'nin 28'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde ve yine Yönerge'nin ek kısmında söz konusu nakle hastanın uygunluğunu kontrol ve değerlendirme amaçlı işlemlerin hastanın bizzat kendisi tarafından onandığını ve hemfikir olduğunu belirleyen bilgi ve durumları sunan onam bilgi formu düzenlenmiştir. Aslında burada tıp hukuku bakımından da özel öneme haiz duruma karşılaşılmış olmakla; tıbbi çaba ve gelişmelerin önünü açmak maksadıyla alışıl gelmiş tıbbi müdahaleler dışında bir müdahalede bulunulacak ise, hastanın kendisine uygulanacak operasyon kapsamında tam anlamıyla eksiksiz diyebileceğimiz bir şekilde aydınlatılması gerekmektedir<sup>45</sup>.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11'inci maddesinde, "...tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağına muhtemel bulunması şarttır." denilmekle, hekimin hastaya uygulayacağı tıbbi müdahalelerde fayda-zarar dengesini gözeterek, hekimin hasta için faydalı ve başarılı olacak müdahalelerde bulunması gerektiği, en azından tatbik edilen tedavide, mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir sonuç alınmaması durumu şart koşulmuştur. Kompozit doku naklinde nakil yapılmadan evvel, alıcının protez ve ortez gibi mevcut diğer alternatifleri kullanmış olmasına rağmen veya doku veya organ kaybının düzeltilmesine yönelik yapılan ameliyatlara rağmen tatbik olmadığına belgelenmesi gerekmektedir. Netice itibarıyla, kompozit doku uyumsuzluğu hastanın hayatını riske sokmakta, en azından hastanın vücudunda enfeksiyon ve çeşitli kanser tiplerinin oluşma riskini artırmaktadır<sup>46</sup>. Yarar-zarar dengesi gözetildiğinde, naklin sağlayacağı yarara karşın risklerin ağır basması durumunda, yüksek riskli kompozit doku nakli yapılmasından kaçınılmalıdır<sup>47</sup>. Görüldüğü üzere kompozit doku nakli yüksek riskli bir müdahale olup, hekim-hasta ilişkisinin dolayısıyla hastanın aydınlatılmasının söz konusu

<sup>43</sup> N. Yasemin Oğuz, "Temel Yönleriyle Psikiyatride Hasta Hakları", ([http://www.yaseminyalim.com/wp-content/uploads/2008/07/full\\_44.doc](http://www.yaseminyalim.com/wp-content/uploads/2008/07/full_44.doc), 13 Mart 2014); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 1976/6297 esas, 1977/2541 karar sayılı kararında, "Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değerli olan bir rızadır." denilmektedir.

<sup>44</sup> Oğuz, agm.

<sup>45</sup> Hakeri, agm.

<sup>46</sup> Türk Tabipler Birliği, agm.

<sup>47</sup> Türkiye Biyoetik Derneği, agm.

müdahalede en önemli aşama olması ve hastanın kompozit doku nakline başvurmadan evvel, diğer tedavi yöntemlerini denemesi gerekmektedir.

Ayrıca hastanın aydınlatılmış onamının alınma süreci içerisinde Yönerge'nin ek kısmında mevcut bulunan ve hastanın yapılacak ameliyatın tedavi hedefleriyle hayat kurtarıcı olmadığını açık bir şekilde anladığını, daha önceden bildiği ve yine de kendisine hatırlatılmış olan, tıbbi sorumlunun kendisine sunduğu ve hemen sahip olabileceği (biyomekanik protezler başta olmak üzere) gösterilmesine rağmen, kendisinin bu protezleri etkili olarak defalarca denediğini ancak kullanışsız bulduğunu, bu sebeplerle de kendisine uygun görmediğini belirten, yaşam kalitesini artırıcı kompozit doku nakli onam bilgi formu da bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*" denilmekte olup; kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı var ise, bu noktada rıza fiili hukuka uygun hale getirecektir.

Hukukumuzda alınacak rızanın sonuç doğurabilmesi, söz konusu alanda kanuni bir düzenlemenin bulunmaması durumlarında ya tıbbi gereklilik ya da zorunluluk halleri ile mümkün olacaktır<sup>48</sup>. Anayasa'nın 17'nci maddesinde, "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*" denilmekte, kişilerin vücut bütünlüğüne ancak tıbbi gereklilik ve zorunluluk hallerinde, kişilerin de rızaları dahilinde dokunulabileceği, bu haller dahilinde yapılan tıbbi müdahalelerin kişilerin haklarına saldırı sayılmayacağı ve ceza hukuku bakımından sorumluluğu olmayacağı bir durum söz konusu olacaktır<sup>49</sup>.

Kompozit doku naklinin yaşam kurtarıcı olmayan özelliği dikkate alındığında, ateşli silah yaralanmaları gibi durumlar dışında, tıbbi gereklilik halinin mevcut olmadığı vakalar ile karşılaşılacak; ortada alıcının rızasını hukuka uygun hale getirecek bir hal de söz konusu olmayacaktır. Bu durum ancak bu alanda yapılacak kanuni bir düzenlemeyle hukuka uygun hale gelebilecektir. Kan ve organ nakli, kürtaj, kısırlaştırma gibi tıbbi müdahalelerde endikasyon yani tıbbi gereklilik ve zorunluluk halinin mevcut olmadığı durumlarda, hastaya uygulanacak tıbbi müdahale ile ilgili kanuni düzenlemeler, kanun hükmünü icra niteliğinde olduğundan, "yasal endikasyon" olarak kabul edilmekte; bu durumda hastaya uygulanacak tıbbi müdahaleler de, hastanın aydınlatılmış onamı ile birlikte hukuka uygun hale gelmektedir<sup>50</sup>. Aynı şekilde kompozit doku naklinde de tıbbi gereklilik ve zorunluluk hallerinin bulunmadığı durumlar için yasal

<sup>48</sup> Arıcan, agm.

<sup>49</sup> Yılmaz, agm., s.390.

<sup>50</sup> Hakeri, s.403-405.

endikasyon şartları getirilmek suretiyle, yapılacak operasyonların hastanın onamı dahilinde hukuka uygun hale getirilmesi sağlanmalıdır.

Bunun yanında bir kadavradan kompozit dokunun alınabilmesi, Yönerge'nin 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasında belirli şartlara bağlanmıştır. Söz konusu durumda, potansiyel donörün sağlığında imzalamış olduğu veya donör ölümü sonrasında bağış yapmaya yetkili yakınlarının imzaladığı bağış formunda, kompozit dokuların bağışlandığı ayrı bir madde olarak belirtilmiş olmak suretiyle, kadavradan kompozit doku alınabilecektir. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 14'üncü maddesinde, "*Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında herhangi bir yakınının muvafakatıyla ölüden organ veya doku alınabilir. Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz.*" şeklindedir. Görüldüğü üzere, 2238 sayılı kanunda, organ ve doku nakli alımı hususunda, Kompozit Doku Nakli Yönergesi'nde belirtilen "*kompozit dokuların bağışlandığı ayrı bir madde olarak belirtilmiş olmak suretiyle*" şeklinde bir ifade bulunmamaktadır. Organ ve doku nakli türlerinden olan kompozit doku nakillerinde aranan bu şartın, organ ve doku nakillerinde aranmıyor olması, benzer iki alan olan bu müdahaleler arasında uyumsuzluk meydana getirmektedir. En azından kompozit doku nakillerinde getirilen bu düzenlemenin daha ayrıntılı bir şekilde kanunen düzenlenmesi kaydıyla, organ ve doku naklinden farklı olarak, hangi dokuların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği endikasyon listesiyle birlikte değerlendirilerek ortaya koyulmalıdır.

Bunun yanında 2238 sayılı kanunun 10'uncu maddesinde 02.01.2014 tarihli 6514 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, "*Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılır.*" denilmekle, madde metni genişletilmiş, yurt dışından organ ve doku teminini, nakillerin Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarla yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu maddede yapılan düzenlemenin, kompozit doku nakli alanında da yine kanuni düzenleme ile uygulanması, hassas olan bu alan için de güvenli bir ortam oluşturacaktır.

#### **IV. KOMPOZİT DOKU NAKLİ ÇERÇEVESİNDE HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU**

Her şeyden evvel belirtmek gerekir ki; tıbbi çalışmalar hızla gelişmekte, buna bağlı olarak da hekimler yeni uygulama yöntemleri icat etmekte ve bu

yöntemler de söz konusu yöntemlerin uygulanabileceği ilk ameliyatları beraberinde getirmektedir<sup>51</sup>. Yapılacak olan bu ameliyatlarda hekim, başarı yüzdesini ön planda tutmak suretiyle en az riskle karşılaşacağı yönetime odaklanmalı, böylece riski artırma yasağına riayet etmelidir<sup>52</sup>.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11'inci maddesinde, "... tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağına muhtemel bulunması şarttır." denilmekle, hekimin hastaya uygulayacağı tıbbi müdahalelerde fayda-zarar dengesini gözeterek, hekimin hasta için faydalı ve başarılı olacak müdahalelerde bulunması gerektiği, en azından tatbik edilen tedavide, mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir sonuç alınmaması durumu şart koşulmuştur. Hekimin yapacağı operasyonlar bakımından sorumluluğunu en aza indirgeyebilmesi, hastanın sağlığına kavuşması durumu ile, gerçekleşmesi ve olabilesi en yüksek tedavi ilişkisini iyi bir şekilde kurgulamasıyla mümkün olacaktır. Hiçbir zaman hekim tedavi ve başarı arasındaki oranı ve ölçüyü bozacak hayalperestliklere kapılmamalıdır.

Yakın zamanda meydana gelen ve dünyada bir ilke imza atan, Hacettepe Üniversitesi'nde gerçekleştirilen Şevket Çavdar isimli hastanın çift kol ve bacak naklinde, yapılan operasyon ne yazık ki başarısızlıkla sonuçlanarak, hastanın kaybı sonucunu doğurmuştur. Yapılan operasyon çerçevesinde, kolu ve bacağı olmayan bir hastanın yıllardır bu durumuna uyum sağlamış olan vücuduna sonradan eklenen çift kol ve bacakla başarı sağlanacağı düşünülmesinde, hastanın aydınlatılmış onaminin mevzuat hükümlerine uygun bir şekilde alınıp alınmaması, Bakanlığın yayınlamış olduğu endikasyon listesine uygun bir tıbbi müdahalenin yapılıp yapılmaması, Şevket Çavdar'a yapılan operasyonun değerlendirilmesi açısından önemli olup, tartışılması gereken hususlardır.

Kompozit Doku Nakli Yönergesi'nde önemle üzerinde durulduğu görülen Bakanlıkça hazırlanan ve Bakanlık resmi sitesinde yayınlanmış olan 18 Kasım 2011 tarihli Endikasyon Listesi'nde çift kol ve bacak nakliyle ilgili olarak, "*çift kol naklinin ancak dirsek altı arasında kalan bölgeden olmak üzere iki taraflı yapılabileceği, çift kolu olmayan hastalarda ise naklin dominant tarafa yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bacak nakillerinde ise, iki taraflı kol nakline ilave bir veya iki taraflı bacak eksikliği olan hastalara diz altından itibaren kalan bölge için tek veya iki taraflı nakil yapılması öngörülmektedir*"<sup>53</sup> şeklindedir. Şevket Çavdar'a yapılan kompozit doku naklinde, yapılan operasyonun endikasyon listesine uygunluğunun tartışılması gerekmektedir.

<sup>51</sup> Hakeri, agm.

<sup>52</sup> Hakeri, agm.

<sup>53</sup> Arıcan, agm.

Öncelikle çift kol ve bacak naklinin endikasyon listesine göre kol nakillerinde dirsek altından, bacak nakillerinde ise diz altından yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Fakat basından edinilen bilgiler çerçevesinde, nakli gerçekleştiren hekimle yapılan röportajlarda, endikasyon listesinde belirtilen durumdan haberdar olduğunu; fakat belirtilen endikasyon listesinin bağlayıcı olmadığını, aynı alanda uzmanlık yapan meslektaşının da aynı şekilde çift kol nakli yaptığı yönünde açıklamalarda bulunulmuştur<sup>54</sup>. Görüldüğü üzere, en kısa zamanda kompozit doku nakli ile ilgili bağlayıcı kurallar getirilmek suretiyle kanuni düzenleme yoluna gidilmelidir. Yine basından elde edilen bilgiler ışığında, yapılan operasyonla ilgili iddialardan birisi de 14 yıldır günde 2 paket sigara içen Şevket Çavdar'a bilgilendirme formunda "sigara içmeme şartı" bulunmasına rağmen, vücudu nikotinden arındırılmadan operasyonun gerçekleştirildiği; yine Şevket Çavdar'ın anne ve babasında kalp rahatsızlığı olduğu halde, bu durumun dikkate alınmadığı yönünde iddialar bulunmaktadır<sup>55</sup>. Bu denli risk içeren tıbbi müdahalelerde hastaların aydınlatılmasının operasyonun en önemli aşaması olduğu görülmekle, iddialar doğrultusunda Şevket Çavdar'ın aydınlatılması sürecinin gereken şekilde yapıp yapılmadığının araştırılması ve tartışılması gerekmektedir.

Söz konusu operasyon çerçevesinde meydana gelen ve yapılacak benzer operasyonlar içinde muhtemel gözükken sonuçlar için, hekimin cezai sorumluluğunun doğacağı şüphesizdir. Menfaat-zarar dengesi bu denli yok sayılarak gerçekleştirilen, tedavi hedefleri itibarıyla yaşam kurtarıcı olmadığı açık bir şekilde ortada olan operasyonun son derece yüksek olan riskin yüklenilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi ve sonucun olumsuzluğu bu denli muhtemel iken uygulanan söz konusu tedavi, hekimin sorumluluğunun artmasına sebebiyet verecektir.

Şevket Çavdar'a uygulanan operasyon çerçevesinde, hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26'nci maddesinde bahsi geçen "ilgilinin rızası" müessesesi üzerinde durulmakta; fakat madde metninde geçtiği üzere, kişilerin ancak mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı üzerinde açıklamış olduğu rızanın, işlenen bir fiili hukuka uygun hale getirebileceğidir<sup>56</sup>. Kişinin vücudu üzerinde yaralama ve ölümlere sebebiyet verecek müdahalelere rıza göstermesi hukuken geçerli bir rıza açıklaması olmayacak; ancak tıbbi gereklilik ve zorunluluk halinin olması durumunda verilen rıza geçerli hale gelebilecektir<sup>57</sup>. Fakat Yönerge'de düzenlenmiş bulunan yaşam kalitesini artırıcı kompozit doku nakli onam bilgi formunda belirtildiği üzere, gerçek-

<sup>54</sup> "Ömer Özkan beni sırtımdan vurdu", (<http://www.haber7.com/guncel/haber/862384-omer-ozkan-beni-sirtimdan-vurdu>, 14 Mart 2014).

<sup>55</sup> "Şevket Çavdar için 620 bin lira tazminat istemi", (<http://www.habertut.com/sevket-cavdar-icin-620-bin-lira-tazminat-istemi.html>, 14 Mart 2014).

<sup>56</sup> Arıcan, agm.

<sup>57</sup> Arıcan, agm.



leştirilen ameliyatın hedefleri içerisinde “hayat kurtarıcı” özelliği olmadığı, hasta tarafından açık bir şekilde anlaşılması ve kabulü gerektiği söylenmektedir. Sırf yaşam kalitesini artırmak adına, yüksek risk içeren söz konusu operasyonun hastanın hayatını ciddi tehlikeye soktuğu belli iken, bu nakle girişiminin hatalı olma ihtimalinin yüksek olduğu görülmektedir. Söz konusu durumda rızanın hukuka uygunluğu için gereken tıbbi gereklilik veya zorunluluk halinin mevcut olup olmadığı yine tartışılması gereken hususlardır.

Organ ve doku nakli çerçevesinde önemine binaen, yasama organınca yapılan çok sayıda kanuni düzenlemelere karşılık, yine organ ve doku nakli türlerinden olupta son zamanlarda tıp dünyasının operasyonlarına konu olmuş ve olabilecek kompozit doku naklinin Bakanlığın hazırlamış olduğu bir yönergeyle düzenleniyor olmasının açıklanacak ve savunulacak bir yanı bulunmamaktadır. Temel haklar içerisinde yer alan “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” başlıklı Anayasa’nın 17’nci maddesinde, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” denilmektedir. Yine Anayasa’nın 13’üncü maddesinde, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” denilmekle, kişilerin vücut bütünlüğünün korunmasının Anayasa’da tanımlanan temel haklar arasında yer aldığı görülmekle, bu alanda yapılacak düzenlemelerin yine Anayasa’da üzerinde durulduğu gibi, ancak Anayasa’da belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğidir.

İnsan hayatını bu denli ilgilendiren ve Anayasa’da açıkça kanunla düzenlenmesi gerektiği vurgulanan bir alanda, Bakanlığın hazırlamış olduğu yönergenin, ceza hukuku prensipleri çerçevesinde hukuka uygunluk sebebi olmayacağı ortadadır<sup>58</sup>. Yapılacak kanuni düzenleme, hem hastaları güvence altına almış olacak hem de bu operasyonları gerçekleştirecek hekimlerin sorumluluk alanını aydınlatacaktır. Yasal endikasyon şartını sağlayacak hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan “görevin yerine getirilmesi”nin kaynağı “kanun” olup, kişi kanundan aldığı bu yetkiyi kullanmaktadır<sup>59</sup>. Burada “kanun” kelimesi, herhangi bir “yazılı hukuk kuralı” olarak kabul edilmelidir<sup>60</sup>. Fakat kompozit doku nakli, kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale olmakla; Anayasa’nın 13.

<sup>58</sup> Arıcan, agm.

<sup>59</sup> Hakeri, agm; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.257-258; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.533; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.228; Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.308.

<sup>60</sup> Koca, Üzülmöz, s.258; Önder, s.228; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.533; Faruk Erem, Ahmet Danişman, Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 1997, s.556.

maddesinde belirtildiği şekilde ancak kanunla düzenlenebilecek bir alandır. Yazılı hukuk kurallarından olan yönetmelik, yönerge gibi düzenlemelerle kompozit doku naklinin düzenlenmesi, hem Anayasa'ya aykırılık teşkil etmekte hem de hukuka uygunluk sebebini oluşturmamaktadır.

Kompozit doku naklinde hekimin cezai sorumluluğu noktasında, Türk Ceza Kanunu'nun 21'inci maddesinde düzenlenmiş olan olası kast durumu ile ilgili kanunun 22'nci maddesinde düzenlenmiş olan bilinçli taksir kurumu üzerinde durulmaktadır<sup>61</sup>.

Hekimin cezai sorumluluğunun belirlenmesi hususunda, her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken nokta, hekimin eyleminde olası kastla mı yoksa bilinçli taksirle mi hareket ettiği. Hekim operasyonu gerçekleştirirken, bütün olasılıkları değerlendirmiş ve başarı olasılığının nerdeyse şansa kaldığı bir durumda, "*istenmeyen sonuç meydana gelirse gelsin*" mantığıyla hareket ettiği zaman, hekimin cezai sorumluluğu belirlenirken olası kastla hareket ettiği hiç şüphesizdir. Fakat hekim gerçekleştireceği tıbbi müdahale neticesinde, hastanın iyileşmesini kuvvetle muhtemel görmek suretiyle, "*istenmeyen sonuç meydana gelmez*" şeklinde gerçekleştirdiği operasyonda da, hekimin cezai sorumluluğunu bilinçli taksir üzerine kurmak gerekmektedir. Fakat burada hekimin sorumluluğu hususunda önemli olan nokta, hekimin eyleminin izin verilen risk (komplikasyon) kapsamında mı, tıbbi uygulama hatası (malpraktis) kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiğidir.

Aslında bütün hekimlik eylemleri hastalar yönünden risk oluşturuyor olsa da, hekimin tıbbi müdahale ile ilgili bütün önlemleri aldıktan sonra meydana gelebilecek istenmeyen durumlar, hekimlik mesleğinin doğasından kaynaklanan riskler kapsamında değerlendirilerek kaçınılmaz olacak; aynı zamanda, hekimin veya idarenin de sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır<sup>62</sup>. Hekimin uygulayacağı tıbbi müdahalelerde yapacağı hareket ne denli zorunlu ise, hekimin eyleminin izin verilen kapsam dahilinde değerlendirilmesi de o denli gerekli olacaktır<sup>63</sup>. Fakat kompozit doku naklinde ateşli silah yaralanmaları gibi istisnalar dışında, sözkonusu naklin yaşam kurtarıcı olmayan niteliği, hekimlerin tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğunu ortadan kaldıracak; aynı zamanda hekimlerin eylemlerinin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesini güçleştirebilecektir. Tıbbi uygulama hatası (malpraktis) ise, Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri'nin 13'üncü maddesinde, "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi hekimin kötü uygulaması anlamına gelir.*" denilmektedir. Kısacası, hekimin yaptığı bir müdahalede hekimlik mesleği içerisinde her-

<sup>61</sup> Arıcan, agm.

<sup>62</sup> Fatih Birtek, Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, 2007, Sayı 5, s.2001.

<sup>63</sup> Birtek, agm., s. 2002.

kesin bildiği ya da bilmesi gerektiği durumlarda hekimin hata yapması, sorumluluğunu doğuracaktır<sup>64</sup>. Bu durumla alakalı Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi'nin 1977/2541 sayılı kararında, "*Hekim tıp verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa kusur var demektir.*" denilmekte; kusurun var olduğu bir müdahalede de sorumluluk gündeme gelmektedir. Kompozit doku nakillerinin yaşam kurtarıcı olmayan niteliği de dikkate alınarak, yapılan nakillerde hekimlerin sorumlu olup olmayacakları bu açılardan ele alınarak tespit edilmelidir.

Kompozit doku nakli alanında önemli bir örnek olan Şevket Çavdar'a gerçekleştirilen operasyonda, hekimlerin kolu ve bacağı olmayan bir hastanın yıllardır bu durumuna uyum sağlamış olan vücuduna sonradan ekledikleri çift kol ve bacakla başarı sağlanacağını düşünmeleri, sözkonusu konuda uzman olmayan bir vatandaşın bile aklında soru işaretleri oluşturmakta olup; üzerinde durulması gereken bir noktaya işaret etmektedir. Yapılan operasyonun başarı şansının düşük olduğu kuvvetle muhtemel iken, hekimler arası rekabet ilişkileri, akademik yarış, dünyada bir ilki gerçekleştirmenin verdiği acelecilik vb. iddialarla bu operasyonu gerçekleştirmiş olup olmadıklarının tespiti oldukça önemlidir<sup>65</sup>. Böyle bir durumda, hastanın vücut sistemlerinin bu ameliyata uyum sağlamasının büyük bir şans olduğu noktada, hastanın aydınlatılmış onamının varlığının araştırılıp, yapılacak sonraki operasyonlar için de hastaların aydınlatılmasının gerçekleştirilecek operasyonlar kadar önem arzettiğinin kanuni düzenlemelerle ortaya koyulması gerekmektedir.

## **V. KOMPOZİT DOKU NAKLİ SONUCUNUN YETKİLİ MERCİLERE BİLDİRİMİ**

Kompozit doku nakli sonucunda kişilerin nakil türlerine göre yüz görünümü, parmak izi vb. teşhis bilgileri değişmekle, yeni kimlik bilgilerinin alınması zorunluluğu gündeme gelmiştir. Yönerge'nin 27'nci maddesinde de belirtildiği üzere, nakil sonrasında alıcının parmak izleri veya yüz görünümü gibi teşhis bilgilerinin değişmesi halinde, hastane idaresi tarafından nakil tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ilgili valilik ve emniyet müdürlüklerine değişikliğin bildirilmesi gerektiği önemle vurgulanmıştır.

Nakil yapılan hastaların yeni yüz görünümleri ve parmak izlerinin alınması amacıyla Emniyet Genel Müdürlüğü, il emniyet müdürlüklerine genelge göndermek suretiyle bu konudaki hassasiyetini ortaya koymuştur<sup>66</sup>. Söz konusu

<sup>64</sup> Birtek, agm., s. 2003.

<sup>65</sup> Arıcan, agm.

<sup>66</sup> Tolga Şardan, "Yeni Yüzlere Polis Takibi", (<http://gundem.milliyet.com.tr/yeni-yuzlere-polis-takibi/gundem/gundemdetay/16.05.2012/1540769/default.htm>, 7 Aralık 2013).

genelge kapsamında Yönerge'nin 27'nci hükmü de dikkate alınmak suretiyle, bağıшта bulunan kişinin veya alıcının geçmişte işledikleri herhangi bir suçta bağı sabıka kaydı mevcut ise, son durumda yeni kimlik tespitinin zorunluluğu üzerinde durulmuştur<sup>67</sup>. Fakat nakilden önce bağıшта bulunan kişi veya alıcının herhangi bir suçta karışmamış olması durumunda, yapılacak kimlik tespitinin alıcının rızası çerçevesinde gerçekleşeceği vurgulanmıştır<sup>68</sup>. Gerçekleşebilecek bir diğer ihtimal olan, bağıшта bulunanın herhangi bir suçta ilişkin sabıkası olup da, alıcının sabıka kaydının bulunmadığı durumlarda ise ilgili Genelge kapsamında alıcının rızası ile kimlik tespiti yapılabilecektir<sup>69</sup>.

Yeni yüz görünümü, parmak izi gibi teşhis bilgilerine dayalı kimlik tespiti için, yapılan nakil türünün alıcının vücudu ile uyum sağladığı veya yüz hatlarının oturduğu yönünde hastane idaresinin de görüşü alınmak suretiyle, alıcının hastaneden çıkışı yapılmadan evvel, emniyet birimlerince gerçekleştirilmesi gerektiği üzerinde durulmuş olup; yine genelge kapsamında ileride kişisel verilerle ilgili oluşabilecek kargaşalıkları en aza indirmek adına emniyet birimlerinin sürekli kontrol ve takip halinde olmaları istenmiştir<sup>70</sup>.

Kompozit doku nakli neticesinde alıcının yeni yüz görünümü, parmak izi gibi teşhis bilgilerine dayalı kimlik tespiti ile ilgili olarak, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 4/A'ıncı maddesinde, "*Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5'inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.*" denilmektedir. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 5'inci maddesinde ise, "*Parmak izi ile fotoğrafların sistemde kaydedilmesi ve saklanması ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usuller, İçişleri Bakanlığı tarafından Adalet Bakanlığının görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*" denilmekte olup, teşhis bilgilerine dayalı kimlik tespitlerinin kaydedilmesi, saklanması ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usullerin yönetmelikle düzenlenebileceği üzerinde durulmaktadır. Aynı şekilde Türk Ceza Kanunu'nun 82'nci maddesinde, "*75 ila 81'inci maddelerde öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usuller yönetmelikte gösterilir.*" denilmekte olup, Türk Ceza Kanunu'nun 81'inci maddesinde yer alan "*fizik kimliğinin tespiti*" başlıklı kanun maddesini de içine alan söz konusu düzenleme, bu alanda öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usullerin yönetmelikte gösterileceğini ifade etmektedir. Ancak yapılan bu düzenlemeler, Anayasa'da temel hak ve hürriyetler içerisinde yer alan kişisel verilerin korunmasını düzenleyen Anayasa'nın ilgili maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

<sup>67</sup> Şardan, agm.

<sup>68</sup> Şardan, agm.

<sup>69</sup> Şardan, agm.

<sup>70</sup> Şardan, agm.

Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetler" bölümünde yer alan kişisel verilerin korunmasını düzenleyen 20'nci maddesinin son fıkrasında, "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*" denilmektedir. Yine Anayasa'nın 13'üncü maddesinde, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*" denilmekle, temel hak ve hürriyetler arasında yer alan kişisel verilerin korunması müessesinin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişilerin açık rızasıyla işlenebileceği; ayrıca kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin ancak kanunla düzenlenebileceği vurgulanmaktadır.

Kompozit doku nakli neticesinde kişilerin teşhis bilgileri değişmekte, söz konusu teşhis bilgileri kişisel veri olarak emniyet müdürlüklerine bildirilmektedir. Fakat temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından kişisel verilerin, genelge ve yönergelerle düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmekte; kişisel verilerin korunması önemine binaen, ancak kanuni düzenlemelerle güvence altına alınıp, kişilerin kişisel güvenlikleri noktasında haklarının güvenli bir şekilde korunması gerekmektedir. Kompozit doku nakli neticesinde oluşan teşhis bilgileri de kişisel veri olduğu için, bu alanın da ancak Anayasa'da belirtildiği üzere kanunla düzenlenerek korunması gerekmektedir.

## SONUÇ

Günümüzün hızla gelişen teknoloji şartları, insanların hayatında büyük öneme sahip olan sağlık alanının da çok başarılı bir düzeye ulaşmasını sağlamıştır. Özellikle de ülkemizde meydana gelen tıbbi gelişmeler, hem alanında uzman hekimlerimiz hem de teknolojik gelişmeleri yakından takip eden hastane idarelerinin vermiş oldukları hizmetler neticesinde, bugünkü özenilen noktaya gelebilmiştir. Son dönemlerde hekimlerimizin dünya çapında büyük öneme haiz ameliyatları gerçekleştirdiklerine şahit olmakla; yapılan operasyonlar içerisinde en popüler olanı olan kompozit doku nakli alanında dünyada ilkleri gerçekleştiren hekimlerimiz, bu müdahalelerde bulunurken hastanın aydınlatılması ve tedavi süreci bakımından çok dikkatli olmaları gerekmektedir.

Organ ve doku nakli türlerinden biri olan kompozit doku naklinin, hayat kurtarıcı olmayan, yaşam kalitesi ve estetiğini artırma açısından getirilen bir nakil türü olduğu dikkate alındığında ve dünya çapında yeni ve özel bir alan olması sebebiyle, ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu bir gerçektir. Organ

ve doku nakli alanında kanuni ve idari birçok düzenlemelerin varlığına karşılık, aynı şekilde uygulamaya geçilmiş, operasyonlara konu olan kompozit doku naklinin Bakanlığın yayınlamış olduğu Yönerge'ye bağlı olarak hayata geçirilmesi, Anayasa'ya aykırı, sakıncalı ve güvencesiz birçok tıbbi müdahaleleri de beraberinde getirecektir. Özellikle Yönerge kapsamı ele alındığında, hekimlerin tedavi serbestliği ve uyulması gereken endikasyon şartları arasındaki ilişkiyi ve haddi belirleyecek olan kurum ve kuruluşların incelemelerini yaparken, azami dikkat göstermelerine yardımcı olabilecek daha ayrıntılı ve aydınlatıcı kanuni ölçü ve kurallar getirilmeli; gerçekten, alıcının istemi ve ortaya çıkacak sonuç arasındaki dengenin sağlanmasına aracılık edilmelidir.

Kompozit doku nakli alanında kanuni bir düzenlemeyle hekim ile hasta arasındaki aydınlatma ve rıza ilişkisi çözüme kavuşturulmalıdır. Çünkü belirttiğimiz nakil türü yaşam kalitesini ve estetiğini artırma amaçlı yapıldığı için, alıcının nakilden önceki hayat standardı ile nakilden sonraki hayat standardının nasıl olacağı hususu alıcıya en ayrıntılı bir şekilde anlatılmalıdır.

Ayrıca kompozit doku nakli operasyonlarını gerçekleştiren hekimlerin cezai sorumluluklarının ne olacağı, bu alanda kanuni bir alt yapı olmadığı dikkate alındığında son derece tartışmalıdır. Yapılan müdahalelerde hekimler, nakil türlerine yönelik olarak meydana gelebilecek riskleri göz önünde bulundurmak suretiyle, tedavi özerklikleri çerçevesinde yeni yöntemleri denemelidirler. Çünkü söz konusu alanda cezai sorumluluklarının özü ve çıkış noktası, buradaki gerçekleşecek durum ile istenilen durum arasındaki dengeye riayet edilip edilmediği noktasında toplanacaktır. Hekimlerin nakli gerçekleştirmede hasta menfaatinin en tepe noktaya yerleştirmek suretiyle, yeni yöntemleri deneme hayalperestliği içerisinde olmadan, hekimlik mesleğinin ve tıp etiğinin gerektirdiği şekilde davranmaları cezai sorumluluklarını asgari seviyeye indirecektir.

Kompozit doku nakli, yeni gelişen kendine özgü bir alan olmakla, hem yapılacak operasyonların yapılma aşamalarının ve sonuçlarının yasal çerçevede sağlıklı temeller üzerine oturtulması gerekmekte, hem de operasyonları gerçekleştirecek olan hekimlerin cezai sorumluluklarının ne olacağının kanuni düzenlemelerle ele alınması gerekliliği, hukuk güvenliği ve tıp etiği açısından büyük öneme haizdir.

**KAYNAKÇA**

- ARICAN**, Mehmet: Çift Kol ve Çift Bacak Naklinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, (<http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-mehmet-arican/cift-kol-ve-bacak-naklinde-hekimin-cezai-sorumlulugu/>)
- ARTUK** Emin Mehmet, **GÖKÇEN** Ahmet, **YENİDÜNYA** Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi
- AYAN**, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı Yayınevi, 1991
- BASIN**: Akdeniz Üniversitesi'nde Dünyada İlk Rahim Nakli Yapıldı, (<http://www.hurriyet.com.tr/yasasinhayat/18446857.asp>)
- BASIN**: Bu Kadarına da Razıyım, (<http://www.haberturk.com/saglik/haber/720895-bu-kadarina-da-raziyim>)
- BASIN**: Ömer Özkan beni sırtımdan vurdu, (<http://www.haber7.com/guncel/haber/862384-omer-ozkan-beni-sirtimdan-vurdu>)
- BASIN**: Şevket Çavdar için 620 bin lira tazminat istemi, (<http://www.habertut.com/sevket-cavdar-icin-620-bin-lira-tazminat-istemi.html>)
- BAŞ** Zuhul Bereket: Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Ankara, Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 68, Danıştay Matbaası, 2004
- BAYRAKTAR**, Köksal: Hekimin Tedavi nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972
- BİRTEK** Fatih: Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", ([http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_773.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_773.htm))
- BİRTEK** Fatih: Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, 2007, Sayı 5
- BLAKE** Valarie, **J D, M A**, and **SHAH** Kavita, **M D, M B E**: Reproductive Tissue Transplants Defy Legal and Ethical Categorization, (<http://virtualmentor.ama-assn.org/2012/03/hlaw1-1203.html>)
- BSTS**/İç Hastalıkları Terimleri Sözlüğü: (<http://www.sozce.com/nedir/112462-endikasyon>)
- C.A.A.LYON**: 17.10.1990, Stefani Longin, AJDA 1991, 125, chr. Souguellet et Lolaumy
- ÇAKMUT YENERER**, Özlem: Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ulusal Sempozyum, Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam (16-17 Ocak 2009)
- ÇİLİNGİROĞLU**, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1. Baskı, 1993
- DOĞAN**, Murat: Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ulusal Sempozyum, Hekimin Hukuki Sorumluluğu (16-17 Ocak 2009)

- ENDİKASYON HAKKINDA ANSİKLOPEDİK BİLGİ:** (<http://www.turkcebilgi.com/ansiklopedi/endikasyon>)
- ERDOĞAN** Nuri, **KARA** Mithat, **HIZAL** Abdullah, **HIZAL** Sevinç Arslan: Aydınlatılmış Onam: Uygulama ve Tıp Hukuku Açısından Sorunlar, Erciyes Tıp Dergisi, Cilt 33, 2011, Sayı 2
- EREM** Faruk, **DANIŞMAN** Ahmet, **ARTUK** Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 1997
- FEDERAL REGISTER:** Vol. 76, 242 / Friday, December 16, 2011 / Proposed Rules (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-12-16/pdf/2011-32204.pdf>)
- FEYZİOĞLU** Metin, **FEYZİOĞLU** Birgül, **FIRAT** Ceren: Hekimin İlaçların Yan Etkilerinden Dolayı Sorumluluğu - Sorular ve Cevaplarla İnceleme, (<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/hekim-yan-etki.html>)
- GORDON** C. R. et al: The world's experience with facial transplantation what have we learned thus far?, Vol 63, Issue 5, pp 572-578
- GÜRELLİ**, Nevzat: Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XLV-XLVII, 1979-1980-1981, Sayı 1-4
- GÜZELDEMİR** M. Erdal: Hasta Bilgilendirmenin Önemi, (<http://www.gata.edu.tr/Metin/Hastabilgilendirmenin%C3%B6nemi.doc>)
- HAKERİ** Hakan: Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi, 2. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu Notları, 13-14 Kasım 2009, ([http://www.mertvan.av.tr/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=373](http://www.mertvan.av.tr/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=373))
- HAKERİ**, Hakan: Sağlık Bakanlığı'nın Eşdeğer İlaç İlişkin Genelgesi Hukuka Aykırı, ([http://tip hukuku.org.tr/article.php?article\\_id=5](http://tip hukuku.org.tr/article.php?article_id=5))
- HAKERİ**, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2012
- HAKERİ**, Hakan: Yüz, Kol, Bacak Nakli ve Hukuksal Sorunlar, (<http://www.medimagazin.com.tr/hekim/hukuk-etik/tr-yuz-kol-bacak-nakli-ve-hukuksal-sorunlar-2-17-41579.html>)
- ISOBE** M, **SUZUKI** J, **YAMAZAKI** S, et al.: Acceptance of primary skin graft after treatment with antiintercellular adhesion molecule-1 and anti- K leukocyte function-associated antigen-1 monoclonal antibodies in mice. Transplantation 1996; 62: 411. [PubMed: 8779692]
- KAPLAN** Gürsel: İdarenin Sağlık Kamu Hizmetini Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=62](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62))
- KOCA** Mahmut, **ÜZÜLMEZ** İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009
- KÖK**, Ahmet Nezih: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine göre Aydınlatma ve Rıza, Uluslararası Sempozyum, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (11-12 Kasım 2005)



- NASIR**, Serdar Nazif: Kompozit Doku Nakli, (<http://serdarnasir.com/nakil.php>)
- NURDAĞ** Nurdan Sena: Yüz Nakli ve Etik, (<http://www.slideshare.net/aguner/yz-nakli-ve-etik>)
- OĞUZ** N. Yasemin: Temel Yönleriyle Psikiyatride Hasta Hakları, ([http://www.yaseminyalim.com/wp-content/uploads/2008/07/full\\_44.doc](http://www.yaseminyalim.com/wp-content/uploads/2008/07/full_44.doc))
- ÖNDER** Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi
- ÖZBEK** Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Ankara, Seçkin Yayıncılık
- RAVINDRA K.V., WU S., BOZULIC L., XU H., BREIDENBACH C., ILSTAD S.** T.: Composite Tissue Transplantation: A Rapidly Advancing Field, (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2692668>)
- SIEMIONOW** Maria, **KULAHCI** Yalcın, **M D**: Facial Transplantation, (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2884851/>)
- SIEMIONOW** M, **AGAĞLU** G: Perspectives for facial allograft transplantation in humans. In: Siemionow MZ; ed. Tissue Surgery. London: Springer-Verlag; 2006: 119-134
- SIEMIONOW** M, **OZMEN** S, **DEMİR** Y: Prospects for facial allograft transplantation. *Plast Reconstr Surg* 2004; 15: 1421-1428
- SIEMIONOW** M, **AGAĞLU** G: Allotransplantation of the face: how close are we? *Clin Plast Surg* 2005; 32: 401-409
- SÜTLAŞ**, Mustafa: Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, Chiviyazıları Yayınevi, 1. Baskı, 2000
- ŞARDAN**, Tolga: Yeni Yüzlere Polis Takibi, (<http://gundem.milliyet.com.tr/yeni-yuzlere-polis-takibi/gundem/gundemdetay/16.05.2012/1540769/default.htm>)
- TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ**: Kompozit Doku Nakilleri Raporu, Haziran 2012, ([http://www.tpcd.org.tr/uploads/media/kompozitrpr\\_2012.pdf](http://www.tpcd.org.tr/uploads/media/kompozitrpr_2012.pdf))
- TÜRK BİYOETİK DERNEĞİ**: Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Raporu (Ülkemizde Son Dönemde Gerçekleşen Organ ve Kompozit Doku Nakilleri Bağlamında), 24 Mart 2012, ([http://iris-interaktif.com/Biyoetik/files/raporlar/TBD\\_OrganNakli\\_Raporuu.pdf](http://iris-interaktif.com/Biyoetik/files/raporlar/TBD_OrganNakli_Raporuu.pdf))
- YILMAZ** Ş. Berfin Işık: Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012 Ocak-Şubat, Sayı 98



# Özel Hukuk

---



**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE  
6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA  
KANUN'UN TAKSİTLE SATIŞLARA İLİŞKİN  
HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Doç. Dr. Hakan ACAR\**

**ÖZET:**

Türk Hukukunda tüketicilerin taraf olduğu taksitle satışlar hem 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, hem de önceki 4077 sayılı ve yeni 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Bu makalede mevcut düzenlemelerden aynı konuda hüküm getirenler mukayeseli olarak ele alınmış ve aralarında bir çatışma olup olmadığı incelenmiştir. Bu makalenin amacı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda taksitli satışlar hakkında getirilen düzenlemelerin TKHK'daki tüketici işlemi olarak nitelendirilen taksitli satışlara ne ölçüde uygulanabileceğini tespit etmektir. Gerçekten TBK'nın taksitli satışlara ilişkin bazı düzenlemeleri tüketiciyi koruma amacını taşıyan 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan bazı konularda daha ileri hükümler getirmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Tüketicinin Korunması, Satış Sözleşmesi, Taksitle Satışlar

**ABSTRACT:**

Installment contracts concluded by consumer is adjusted in the new Turkish Code Obligation number 6098 and the old and new Consumer Protection Law number 4077 and 6502. In this article these adjustments are examined whether the contradictions among the articles of these laws exist or not. The purpose of this article is to define in which extend articles of Code of Obligations on Instalments Contract can be applied to consumer contracts. It can be easily said that, the adjustments on instalment contracts in the Code of Obligation put the rules more protective than the rules in the Consumer Protection Law.

**Keywords:** Consumer Protection, Sales Contract, Instalments Contract.

---

\* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## GİRİŞ

Bu çalışmada 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) taksitli satışlar hakkında getirilen düzenlemelerin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'daki (TKHK) tüketici işlemi olarak nitelendirilen taksitli satışlara ne ölçüde uygulanabileceğini tespit etmektir. Bu makale kapsamında yapmış olduğumuz incelemede tüketicilerin taraf olduğu taksitle taşınır mal satışı ve hizmet ifasına ilişkin 6502 Sayılı TKHK, 6098 Sayılı TBK ve 4077 sayılı TKHK hükümleri incelenmiştir. Bu değerlendirmede taksitle satışlara ilişkin hükümlerin tamamı değil, TKHK ve TBK'daki aynı konuda düzenleme getiren hükümler dikkate alınmıştır. Bunun sebebi taksitle satışların bütün hükümlerinin incelenmesinin bir makalenin kapsamını aşacak yoğunlukta olmasıdır. Bu şekilde bir yol izlememizin sebebi, aynı konuda farklı düzenleme getiren iki kanun hükümleri arasında bir çatışma olup olmadığına tespitidir. Gerçekten genel kanun niteliğindeki TBK'nın taksitli satışlara ilişkin bazı düzenlemeleri özel kanun niteliğindeki ve tüketiciyi koruma amacını taşıyan 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan<sup>1</sup> bazı konularda daha ileri hükümler getirmiştir. Ancak daha sonra 4077 Sayılı TKHK, 6502 Sayılı TKHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni TKHK'da ise birçok konuda TBK'daki düzenlemelere paralel değişiklikler yapılmıştır. Esasen TBK m. 263/son'a bakıldığında TBK'nın getirmiş olduğu düzenlemelerin birçoğunun tüketicileri korumak gayesiyle getirildiği anlaşılmaktadır. Bu hükme göre, tüketici işlemi niteliğinde olmayan taksitli satışlara sadece m. 259/2, m. 260/1 ve m. 261 uygulanacaktır. Dolayısıyla bu üç hüküm dışındaki düzenlemelerin asıl gayesi tüketicilerin korunmasıdır. Bu üç hükmün aynı zamanda tüketici işlemlerine de tatbik edileceği açıktır. Ama bunların dışındaki diğer hükümler sadece tüketicilerin taraf olduğu taksitli satışlar hedeflenerek hazırlanmıştır. Yani tüketicilerin korunması amaçlı özel hüküm niteliğindedir. Kanaatimizce tüketici işlemlerini düzenleyen hükümlerin genel kanun niteliğindeki TBK'da yer alması isabetli olmamıştır. Doğru olan taksitle satışlara ilişkin hükümlerin genel anlamda tüketicileri koruma gayesiyle çıkartılan TKHK içinde yer almasıydı. Aynı konuyu içeren iki farklı kanun hükmünün bulunması beraberinde yorum ve çatışma sorunlarını getirmektedir. Herhangi bir çatışma olmasa ve iki kanunda yer alan hükümlerin birlikte uygulanması mümkün olsa bile uygulayıcılar açısından zaman kaybı ve hangi kanunun hangi hükmünü tatbik edecekleri konusunda tereddütlere yol açmaktadır. Bu ise kanunlaştırma tekniği açısından istenilen bir durum değildir.

## I. HER İKİ KANUNUN BİRLİKTE UYGULANMASI SORUNU

Özel kanun niteliğindeki TKHK ile genel kanun niteliğindeki TBK'nın taksitli satışların tüketicinin korunmasını hedefleyerek getirmiş olduğu özel hükümler birlikte nasıl uygulanacaktır? Bu durumda hukuk kurallarının çatışması-

<sup>1</sup> Bundan sonra "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun" ifadesi TKHK olarak kısaltılacaktır.

na ilişkin genel prensiplere göre aynı konudaki birden fazla kanunun uygulanmasının nasıl olacağı tespit edilebilecektir. Dolayısıyla öncelikle yapılması gereken, bu iki Kanun hükümleri arasında bir çatışma olup olmadığına bakılmasıdır. Aynı konudaki iki farklı Kanun hükmü arasında bir çatışma olmadığı kanaatine varılması durumunda iki düzenlemenin birlikte uygulanması söz konusu olacaktır<sup>2</sup>. Ancak aynı konuyu tanzim eden iki farklı hükmün birlikte uygulanmasının mümkün olmaması, dolayısıyla birbiriyle çatışması halinde ise kanaatimizce tüketiciyi daha iyi koruyan hükmün uygulanması yerinde olacaktır<sup>3</sup>.

Ancak burada dikkat çeken bir husus TBK'nın taksitle satışlara ilişkin hükümlerinin özel kanun niteliğinde olması buna karşın her türlü tüketici işlemini kapsama alan TKHK'nın bu niteliğiyle genel kanun özelliğine sahip olduğudur. Gerçekten borç ilişkileri açısından genel kanun niteliğinde olan TBK'nın, tüketicinin korunmasını birinci derecede hedefleyen taksitle satışlara ilişkin hükümleri sadece taşınır satışlarını kapsadığı için, tüketicinin taraf olduğu satış sözleşmesi ile beraber hizmet sağlamayı amaç edinen her türlü sözleşmeyi ve bazı taşınmazları konu alan TKHK'ya göre özel hüküm olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle her iki kanundaki hükümlerin çatışması halinde özel kanun hükümlerinin uygulanmasına öncelik tanıyan *lex specialis* prensibine göre taşınır satışlarına münhasır olmak üzere, TBK hükümleri uygulanacaktır<sup>4</sup>. TBK'nın taksitle satışlara ilişkin hükümlerinin ise TKHK kapsamındaki taşınır satışları dışındaki diğer taksitle satışlara doğrudan uygulanması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla her iki kanunda aynı konuda birbiriyle çatışan hükümler olması durumunda TBK sadece taşınır satışlarıyla sınırlı olmak üzere TKHK'dan önce uygulanabilecektir. TBK ile getirilen ancak TKHK'da hakkında hüküm bulunmayan konularda ise, TBK hükümleri doğrudan uygulama alanı bulacaktır<sup>5</sup>.

Aşağıda öncelikle TBK'nın taksitli satışlara ilişkin hükümlerinin kapsamı ile TKHK taksitli satışlara ilişkin hükümler ve bu Kanunun kapsamı değerlendirilerek, her iki kanundaki düzenlemelerin aynı konuya ilişkin olup olmadığı tespit edilecek, daha sonra ise TBK ile TKHK hükümleri arasında bir çatışma olup olmadığı, çatışma varsa hangi hükmün uygulanması gerektiği konusundaki kanaatimiz ifade edilecektir.

<sup>2</sup> OĞUZMAN, Kemal, **Medeni Hukuk Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 30; DURAL/SARI (DURAL), **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 92.

<sup>3</sup> Bu sonuca hükmün konuluş gayesinin araştırılması neticesinde varmak mümkündür. Bkz. OĞUZMAN, s. 30.

<sup>4</sup> EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 6. Bası, 1997, s. 183.

<sup>5</sup> EDİS, s. 182.

## II. TBK VE TKHK'NIN TAKSİTLİ SATIŞLARA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN KAPSAM VE KONU İTİBARIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ

TBK m. 253/1'de taksitle satış şu şekilde tanımlanmıştır: "*Taksitle satış, satıcının satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satışı bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satıştır.*" Bu tanıma göre taksitle satışların konusunu taşınır malların teşkil ettiği görülmektedir. Dolayısıyla TBK kapsamındaki taksitle satışlara ilişkin hükümler taşınmaz satımına uygulanamayacaktır. Doktrinde ve yargı kararlarında tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların taksitle satışına, TBK'nun taksitle satışlara ilişkin hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Ayrıca TBK m. 263/4 "*Alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, taksitle satışa ilişkin hükümlerden sadece 259'uncu maddenin ikinci fıkrası, 260'ıncı maddenin birinci fıkrası ve 261'inci maddesi hükümleri uygulanır.*" hükmüyle, alıcının tüketici sıfatıyla hareket ettiği işlemlerde taksitle satışlara ilişkin hükümlerin tamamının uygulanacağını, ancak tüketici sıfatını taşımadığı işlemlerde sadece m. 259/2, m. 260/1 ve m. 261 hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Bundan da anlaşıldığı üzere TBK'nın taksitle satışlara ilişkin hükümleri tüketici işlemi niteliğindeki taşınır satışlarına uygulanmak için hazırlanmış kurallardır.

TKHK'nın kapsamını belirleyen 2. maddesinde, TKHK'nın "Bu Kanun her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar." demektedir. Önceki TKHK'dan farklı olarak Kanun'un kapsamı daha da genişlemiştir. Yeni Kanun, önceki Kanun'daki, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki tüketici işlemi niteliğindeki ve mal veya hizmeti konu alan hukuki işlemleri değil, tüketici uygulamaları denilen ancak tanımı yapılmayan, kanaatimizce tüketiciyi etkileyen ancak onun iradesiyle oluşmayan tek taraflı her türlü tasarrufu da uygulama alanına dahil etmiştir. Yeni Kanun tüketici işlemini önceki Kanun'da olduğu gibi yine mal veya hizmeti konu alan her türlü sözleşme veya hukuki işlem olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla TBK'dan farklı olarak sadece hukuken eşya vasfını taşıyan taşınır malların değil, aynı zamanda mallar dışında kalan ve tüketicinin bedelini ödeyerek almış olduğu her türlü hizmetin de (TKHK m. 3/d) TKHK kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Ancak uygulamada özellikle Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinde özel kanunları olduğu gerekçesiyle incelemeye alınmayan bazı uyumsuzlıklardan dolayı, yeni TKHK'da<sup>7</sup> bu ve bazı diğer sözleşme

<sup>6</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta, İstanbul, 8.bası, 2013, s. 139.

<sup>7</sup> 7.11.2013 tarihinde kabul edilen Yeni 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun'un 86. Maddesi ile önceki 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tamamen yürür-



türleri açıkça sayılarak TKHK kapsamında olduğu belirtilmiş, böylece bu konudaki tereddütler giderilmiştir. Gerçekten yeni TKHK'nın tüketici işlemini tanımlayan 3 (1) maddesinde eser, simsarlık, sigorta, vekalet ve bankacılık sözleşmeleri açıkça sayılmış, ancak bunlar sınırlı sayıda olmadığı örnek olarak belirtildiği de ifade edilmiştir. Bu sözleşmelerden başka m. 17 (2)'de "Tüketicinin kira süresi sonunda bir malın mülkiyeti edinme zorunluluğunun bulunduğu finansal kiralama sözleşmeleri" yeni TKHK kapsamında taksitli tüketici işlemi olarak sayılmıştır. Buna göre hizmet kavramı ile TBK'dan farklı olarak sadece satış sözleşmeleri değil, yine yukarıda örnek olarak sayıldığı ifade edilen ve TBK'da düzenlenen iş görme sözleşmelerinin de TKHK kapsamında olduğuna açıklık getirilmiştir. Yine hakkında özel kanun hükmü olan işlemlere dahi TKHK'nın uygulanması gerektiği m. 83 ile açıkça düzenlenmiş ve bu konuda uygulamada oluşabilecek tereddütler giderilmiştir<sup>8</sup>. Ayrıca m. 3/h, (önceki TKHK'da olduğu gibi) yeni TKHK kapsamındaki malların sadece taşınır mallar olmadığı, bunun yanında konut ve tatil amaçlı taşınmazlar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malların da TKHK kapsamında olduğunu ifade etmiştir. Görüldüğü gibi TBK'ndan farklı olarak, TKHK kapsamındaki sözleşme tipi sadece satış sözleşmesine münhasır olmadığı gibi, konu itibarıyla de sadece taşınır malları değil, bazı taşınmaz mallar ile gayri maddi malları da içine almaktadır. Bu şekliyle TKHK, konu itibarıyla TBK'dan daha geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle esasen TKHK kapsamındaki taksitli sözleşmeleri satış olarak nitelendirmek de doğru değildir. Bunun yerine "Taksitli Tüketici İşlemi" ifadesinin kullanılması kanaatimizce daha doğru olacaktır (GÜMÜŞ Taksitli İşlem Sözleşmesinin kullanılmasını teklif etmektedir. Bkz. s. 185). Dolayısıyla TBK'nın taksitle satışlara ilişkin hükümlerinin genel anlamda tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelere uygulanmak üzere düzenlendiği, ancak yine tüketicileri koruma amacıyla hazırlanan bir özel kanun niteliğinde olan TKHK'nın sadece taşınır satışına ilişkin hükümleri ile aynı kapsamda olduğunun değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir. Buna göre konut ve tatil amaçlı taşınmaz malların satışı ile hizmet sunulmasına ilişkin sözleşmeleri konu alan taksitli işlemlere TBK'nın taksitle satışlara ilişkin hükümleri uygulanamayacak bu nedenle bu tip işlemlerde hukuk kurallarının çatışması sorunundan bahsedilemeyecektir. Bir başka ifadeyle

---

lükten kaldırılmıştır. Önceki TKHK döneminde çıkartılmış olan yönetmelik hükümlerinin ise yeni yönetmelikler çıkarılıncaya kadar, 6502 Sayılı Kanun ile çatışmayan hükümleri uygulanmaya devam edecektir (Geçici Madde 1 (3)). Kanun yayımlandıktan 6 ay sonra yürürlüğe girecektir (m. 87). Buna göre 6502 Sayılı Kanun 29.05.2014 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanacaktır.

<sup>8</sup> Diğer Hükümler başlıklı 83. Madde metni şu şekildedir:

"(1) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır.

(2) Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez."

konut veya tatil amaçlı taşınmaz satışı ile hizmet sağlamayı konu alan taksitli işlemlerde TKHK hükümleri uygulanmaya devam edecek, taşınır satışlarını konu alan bir taksitli satış sözleşmesinin varlığı halinde ise her iki kanun hükümlerinin birlikte uygulanması veya çatışmasından bahsedilebilecektir.

### III. TBK'NİN TKHK İLE AYNI KONUDA DÜZENLEME GETİREN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda ifade edildiği gibi her iki kanunun örtüştüğü konu taksitle taşınır satışlarıdır. Dolayısıyla burada yapacağımız değerlendirmeler sadece taşınır satışını konu alan taksitli tüketici işlemlerine ilişkin olacaktır. Bu bölümdeki değerlendirmeler her iki kanunda da hüküm bulunan konulara ilişkindir. Bunun sebebi ise hukuk kuralları arasındaki çatışmanın ancak bu tip durumlarda söz konusu olmasıdır.

#### A. Taksit Sayısı

Taksit malın veya hizmetin teslim veya ifasından sonra yapılan ödemeler olarak nitelendirilebilir. Teslim ve ifadan önce yapılan ödemeler ise ön ödeme veya peşinat olarak isimlendirilmektedir. Bu nedenle teslimden önce yapılan kısmi ödemelerin taksit olarak kabul edilmemesi gerekir<sup>9</sup>. Bu nitelendirme sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Gerçekten TBK m. 259/1, peşinatın ödenmemesi halinde satıcının sadece peşinatın ödenmesini isteyebileceği veya sözleşmeden dönebileceğini düzenlemişken, taksitlerin ödenmesinde alıcının temerrüde düşmesi halinde satıcının bedelin tamamını isteyebilmesi veya sözleşmeden dönebilmesi, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmuş olmasına ve ödenmeyen taksitlerin ancak belli miktarda olması halinde mümkün olduğunu ifade etmektedir. Hatta sözleşmeden dönme halinde satıcının isteyebileceği menfi zarar miktarı eğer ödenmiş taksit miktarına eşit veya daha fazla ise satıcı sözleşmeden dönemez. Peşinatın ödenmemesine ilişkin olarak ise satıcının sözleşmeden dönebilmesinde böyle bir sınırlama söz konusu değildir.

Taksitle satışları tanımlayan TBK m. 252 “... alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satıştır.” ifadesinde taksit sayısına ilişkin bir hüküm olmamakla birlikte aynı maddenin 7. bendinde sözleşmede bulunması gerekli hususlardan birisinin de “... ikiden az olmamak üzere taksit sayısı.” denilmek suretiyle taksit sayısının en az iki olması gerektiği belirtilmiştir. Doktrinde de TBK çerçevesindeki taksitle satışların en az iki taksit ödemesini içermesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Yeni TKHK m. 17’de önceki TKHK’den farklı olarak

<sup>9</sup> OZANOĞLU, Hasan, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, s. 52.

<sup>10</sup> OZANOĞLU, s. 56.

açık bir şekilde taksit sayısından bahsedilmemiştir<sup>11</sup>, TBK'daki düzenleme ile paralel bir şekilde bedelin kısım kısım ödenmesi ifadesi tercih edilmiştir. Fakat TBK'dan farklı olarak sözleşmenin yazılı şekilde yapılması bir geçerlik şartı olarak belirtilmesine rağmen (m. 17 (3)), sözleşmede bulunması gereken asgari şartların neler olduğuna ilişkin ayrı bir kanun hükmü getirilmemiş, bu husus yönetmeliğe bırakılmıştır (m. 21 (2))<sup>12</sup>. Taksitle satışlar konusunda halen yürürlükte olan herhangi bir yönetmelik bulunmamaktadır<sup>13</sup>. Bu durumda kanunun lafzına baktığımızda TKHK kapsamındaki taksitli tüketici işlemlerinde bedelin kısım kısım ödenmesinin yeterli olduğu, "kısım kısım" ifadesinin ise malın teslimi veya hizmetin ifasından önce yapılan ön ödeme olan peşinatı da kapsayacak şekilde en az iki parça olarak ödenmesinin taksitli tüketici işlemlerine ilişkin hükümlerin uygulanması için yeterli olacağını söyleyebiliriz. Kanaatimizce böyle bir yorum tüketicinin lehine de olacaktır. Çünkü tüketici bu durumda erken ödemede faiz indirimi, cayma hakkı, muacceliyet ihbarı gibi haklardan istifade edebilecektir. Aksi takdirde tüketicinin TBK kapsamında bir taksitli taşınır satışı olarak kabul edilmeyen ancak TKHK kapsamında taksitli tüketici işlemi sayılan bir sözleşme yapması halinde genel hükümler uygulanacak ve TKHK'daki lehine olan haklardan faydalanamayacaktır. Mesela Ahmet'in kendi konut ihtiyacını karşılamak için bir ev satın almak amacıyla Müteahhit Mehmet ile bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yaptığını, sözleşmede evin bedelinin yarısını evin tesliminden önce, bedelin diğer yarısını ise evin tesliminden 6 ay sonra ödeneceğinin kararlaştırıldığını varsayalım. Burada sözleşme konusu taşınır mal olmadığı için TBK'nın taksitle satışlara ilişkin hükümleri uygulanmayacaktır. Ahmet kendi ihtiyacını karşılamak amacıyla ve Mehmet'in de ticari ve mesleki amaçlarla sözleşme yapmış olmaları nedeniyle, hukuki işlemin TKHK kapsamında bir tüketici işlemi olduğu söylenebilecektir. Eğer burada kısım kısım ödeme şartını sadece teslimden sonraki en az iki taksit olarak kabul edersek, TKHK 17 vd hükümlerini değil TBK'nın genel hükümlerini uygulamamız gerekecektir. Buna göre sözleşmenin yapılmasından sonraki bir hafta içinde Ahmet'in sözleşmeden cayma hakkı olmayacaktır. Çünkü TBK'nın genel hükümlerinde alıcıya böyle bir hak verilmemiştir. Yine teslimden 6 ay sonra yapacağı ödemeyi, 2 ay sonra yapması halinde erken ödeme indiriminden faydalanamayacaktır. Çünkü TBK m. 96'ya (BK m.80) göre erken ödeme halinde borçlunun herhangi bir faiz indirimi hakkı yoktur. Dolayısıyla taksit sayısı konusunda açık bir hüküm olmasa dahi, "kısım kısım ödeme" ifadesinin TBK m.

<sup>11</sup> Önceki TKHK m. 6/A'da "Taksitle satış, satım bedelinin en az iki taksitle ödendiği.... satım türüdür." ifadesiyle en az iki taksit ödenmesi şartını getirmişti. 4077 Sayılı Kanun'un ilk halinde mevcut olmayan bu hüküm 06.03.2003 Tarih ve 4822 Sayılı Kanun ile getirilmişti.

<sup>12</sup> Yeni TKHK m. 84 (2)'de Kanun'da öngörülen yönetmeliklerin yeni TKHK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içinde çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir.

<sup>13</sup> Yeni TKHK Geçici Madde 1 (3) hükmüne göre yeni yönetmelik çıkarılıncaya kadar önceki yönetmeliklerin Yeni TKHK'na aykırı olmayan hükümleri yürürlükte olacaktır.

252 hükmüne kıyasen peşinatın dışında malın teslimi veya hizmetin ifasından sonra ödenecek en az iki taksit olarak anlaşılması gerektiği şeklinde yorumlanması tüketicinin aleyhine olacaktır ki bu anlayış tüketicinin korunması düşüncesiyle çıkartılan bir Kanun'un amacıyla bağdaşmamaktadır. Ancak, yukarıda ifade edildiği gibi TKHK m. 21 (2) sözleşmenin zorunlu içeriğinin yönetmelikle belirleneceğini ifade etmiş ve bu yetkinin de Bakanlıkta olduğu TKHK m. 84 (2) ile belirtilmiştir. Buna göre Bakanlığın yapacağı yönetmelikte TBK m. 252'ye paralel bir şekilde taksit sayısının en az iki olacağı ifade edilirse yukarıda yapmış olduğumuz değerlendirme ve yorum geçerliliğini kaybedecek, "kısım kısım ödeme" kavramı sadece malın teslimi veya hizmetin ifasından sonra yapılacak taksit bedelleri olarak anlaşılacaktır.

Netice olarak taşınır satışı konu alan tüketici işlemi niteliğindeki taksitli satışlarda, teslim ve ifadan önce yapılan peşinat ödemesinin dışında teslim ve ifadan sonra en az iki taksit ödemesi yapılması halinde tüketicinin TBK'nın taksitle satışlara ilişkin hükümlerinden faydalanabilmesi söz konusu iken, taşınır mallar dışında kalan hizmet ve malları konu alan taksitli tüketici işlemlerinde ise peşinat da dahil olmak üzere, bedelin iki kısım halinde ödenmesi tüketicinin TKHK kapsamındaki haklardan yararlanması için yeterli olacaktır.

## B. Peşinat

Mal veya hizmet bedelinin, malın teslimi veya hizmetin ifasından önce ödenen kısmına peşinat veya ön ödeme denir. Peşinatı taksitten ayıran temel özellik de budur. Teknik anlamda taksitli işlemlere bu vasfını veren teslim veya ifadan sonra bedelin kısım kısım ödenmesidir. Peşinatın teslimden önce taksitle ödenmesi, işlemi, taksitli satış veya taksitli işlem haline getirmez. Eğer ödemenin tamamı teslim veya ifadan önce taksitli olarak yapılmışsa bu durumda ön ödemeli taksitli bir işlemin varlığından söz edilebilir ki bu sözleşme TBK'da ayrı bir sözleşme türü olarak düzenlenmiştir (m. 264-273). Yeni TKHK'da ise peşinatın kararlaştırılması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır<sup>14</sup>. TBK ise m. 256'da ise peşin satış bedelinin en az onda birinin en geç taşınır malın teslimi anında ödenmesi gerektiği ve bu peşinat ödenmeden mal teslim edilmişse satıcının peşinatın ödenmeyen kısmı üzerinde talep hakkı olmayacağı düzenlenmiştir. Bu noktada peşinatın kararlaştırılmasının emredici bir hüküm olarak düzenlenip düzenlenmediği sorusu akla gelmektedir. Yani taraflar malın veya hizmetin tesliminden önce ifa edilecek bir peşinat miktarı kararlaştırmamışlar ancak bedelin tamamının teslimden sonra taksitle ödenmesini kararlaştırmışlarsa bu sözleşme geçerli bir taksitle satış sözleşmesi olarak değerlendirilebilecek midir? Öncelikle şunu ifade edelim ki, peşinata ilişkin TBK'da getiri-

<sup>14</sup> Önceki TKHK m. 6/A'da ise peşinat sözleşmede bulunması gereken unsurlar arasında saymış ancak bunun miktarı konusunda herhangi bir düzenleme yapmamıştı.

len düzenlemeler, TBK m. 263/son hükmüne göre alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği yani tüketici olarak kabul edilemeyeceği işlemlere uygulanmayacaktır. Dolayısıyla alıcının tüketici olmadığı durumlarda peşinatın kararlaştırılması sözleşmenin esaslı bir unsuru değildir. Bu nedenle tüketici işlemi niteliğinde olmayan taksitle satışlarda peşinatın kararlaştırılmaması sözleşmeyi kısmen veya tamamen geçersiz kılmaz. Esasen peşinatın sözleşmede kararlaştırılması her iki tarafın da menfaatinde. Tüketici açısından bakıldığında henüz hiçbir ödeme gücüne sahip olmamasına rağmen ekonomik gücünün üstünde borç yükünün altına girmeyecektir. Satıcı açısından bakıldığında da mal veya hizmeti sunacağı kişinin en azından belli bir miktar ödeme gücüne sahip olduğu konusunda fikir sahibi olacak ve bedelin ödenmemesi riskini azaltır<sup>15</sup>. Bu nedenle peşinatın kararlaştırılmasının sözleşmenin objektif esaslı noktalarından olduğunun kabulü ve dolayısıyla buna ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olması gerektiği söylenebilir<sup>16</sup>. Yeni TKHK'da ise sözleşmede bulunması gereken unsurlara ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamış, peşinata ilişkin de ayrı bir hüküm getirilmemiştir. Bu şekilde kanun koyucu peşinatın sözleşmede kararlaştırılmamasının sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı konusundaki iradesini ortaya koymuştur. TBK m. 256'da ise peşinatın ödenme zamanı, miktarı ve bu miktarın alıcıdan istenmemesi halinde satıcıya uygulanacak yaptırım net bir şekilde düzenlenmiştir<sup>17</sup>. Madde metni şu şekildedir: “Alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür.

*Bakanlar Kurulu, satılanın türüne göre peşinat miktarı ile yasal ödeme sürelerini yarıya kadar indirebileceği gibi, iki katına kadar çıkartabilir.*

<sup>15</sup> OZANOĞLU, s. 51.

<sup>16</sup> Ancak önceki TKHK m. 6/A'ya bakıldığında kanun koyucunun bu amacı taşıdığını söylemek çok kolay değildir. Her ne kadar TKHK m. 6/A'da peşinat tutarı “sözleşmede bulunması gereken asgari unsurlar” arasında sayılmış ve TKHK m. 6/A/3 “Satıcı ve sağlayıcı bu bilgilerin sözleşmede yer almasını sağlamak” yükümlülüğü getirilmiş olsa da peşinat miktarının ne kadar olacağına belirtilmemesi, kanun koyucunun bu düzenlemeyi emredici olarak yapmadığı konusunda bir kanaat oluşturmaktaydı. Çünkü sözleşmede peşinat olarak çok küçük bir miktar yazılsa dahi peşinatın sözleşmede bulunması şartı yerine getirilmiş ve taksitle satış geçerli bir şekilde kurulmuş olacaktır.

<sup>17</sup> Esasen taksitle satışlara ilişkin hükümlerin bir kısmının alınmış olduğu İsviçre Borçlar Kanunu'nun, peşinata ilişkin düzenlemeler getiren 226d maddesi de 23 Mart 2001 tarihli “Tüketici Kredileri Hakkındaki Federal Kanun” (Federal Law on Consumer Credit (FLCC)) ile kaldırılmıştır. Bu özel kanunda ise peşinata ilişkin herhangi bir zorunluluk içeren düzenleme yer almamaktadır. Bu Kanun'un taksitle satışlara ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun yerini alan 10. Maddesinin c bendinde sözleşmede bulunması gereken unsurlar arasında peşinat miktarı da sayılmış ancak “eğer kararlaştırılmışsa (if any)” denilmek suretiyle peşinatın kararlaştırılmasının emredici bir hüküm olmadığı açıkça ifade edilmiştir.

Bkz. <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumkredit/bg-kredit-e.pdf>

*Kanunda belirlenen asgari peşinatı tamamen almaksızın, satılanı alıcıya devreden satıcı, peşinatın ödenmeyen kısmı üzerinde istem hakkını kaybeder.*

*Peşinattan vazgeçilmesi karşılığında, satış bedelinde yapılacak artırma hükümsüzdür.”*

Maddede geçen “Alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, ... ödemekle yükümlüdür.” ifadesi taşınır mal satışı hakkında düzenleme getiren TBK hükümlerine göre peşinatın kararlaştırılmasının emredici bir hüküm olduğunu göstermektedir. Ayrıca maddenin son fıkrasında teslim öncesi peşinatı almaksızın satılan alıcıya devredilirse peşinatın ödenmeyen kısmını satıcı tarafından alıcıdan talep edilemeyeceği düzenlenerek, peşinatın kararlaştırılmamış olmasını medeni ceza niteliğinde bir müeyyideye bağlamıştır<sup>18</sup>. Yine TBK m. 253/3’te belirtilen sözleşmede bulunması gereken hususlar arasında peşinat tutarı da sayılmıştır. Bu hükümler genel olarak değerlendirildiğinde, peşinatın taksitle satış sözleşmelerinin kurucu unsur niteliğinde olmayan zorunlu bir unsuru olduğunu, dolayısıyla peşinatın sözleşmede kararlaştırılmamasının sözleşmenin tamamını geçersiz kılmayıp kısmi butlan hükümlerine göre sözleşmenin diğer kısmının geçerli sayılacağını söyleyebiliriz. Kanun koyucunun peşinatı sözleşmenin kurucu unsuru haline getirme iradesi olsaydı, TBK m. 253/2’deki yazılı şekle aykırılığın sözleşmeyi tamamen geçersiz kılacağına ilişkin hükümde olduğu gibi açıkça bu hususu belirtirdi. Ayrıca bu durumda peşinat miktarının alıcıdan istenemeyeceği hakkındaki düzenlemenin bir anlamı da kalmazdı. Kanun koyucu sözleşmenin ayakta tutulmasını istemekte ancak satıcıyı peşinatın istenmesinden mahrum bırakmaktadır. Satış bedelinin peşinattan vazgeçme karşılığında artırılmayacağına ilişkin TBK m. 256/son hükmü de sözleşmenin ayakta tutulması iradesini ortaya koymaktadır. Yeni TKHK’da da sözleşmenin geçerli bir şekilde yapılması yükümlülüğünü satıcı ve sağlayıcıya vermiş ve geçerli şekilde kurulmayan sözleşmenin sonradan tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri sürülemediğini belirtmiştir (TKHK m. 17 (3)). Dolayısıyla sözleşmede peşinatın kararlaştırılmamış olması sözleşmenin tamamını geçersiz hale getirmeyecektir. Bu durumda TBK m. 27/2’ye göre, satıcının peşinatın alıcıdan istenemeyeceğini bilseydi böyle bir sözleşmeyi yapmayacak olduğu gerekçesiyle sözleşmenin tamamının geçersiz olduğu iddiasını ileri sürmesi de mümkün olmamalıdır. Alıcının peşinat miktarını indirmeden satış bedelinin tamamını satıcıya ödemesi durumunda, satıcı için bu durum bir sebepsiz zenginleşme teşkil edecek ve alıcı ödediği peşinat miktarını satıcıdan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir (TBK m. 77)<sup>19</sup>. TKHK’da peşinatın asgari miktarına ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, TBK m. 256/1’de bu miktarın taşınır malın peşin satış bedelinin onda biri olacağını ifade etmiştir. Netice olarak TBK’nın peşinatın

<sup>18</sup> GÜMÜŞ, Mustafa, Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 187.

<sup>19</sup> GÜMÜŞ, s. 187.

kararlaştırılmasının zorunluluğu, bunun kararlaştırılmaması halinde peşinat miktarının alıcıdan istenemeyeceği, peşinatın miktarı, peşinattan vazgeçilmesi karşılığında satış bedelinde artış yapılamayacağına ilişkin hükümleri, TKHK kapsamındaki taksitli tüketici işleminin sadece taşınır satışını konu alması halinde de uygulanacaktır. Ancak diğer mal ve hizmet satışlarını konu alan taksitli tüketici işlemlerine bu hükümler uygulanamayacaktır.

### C. Taşınırın Teslim Zamanı

Taksitle tüketici işlemlerinde temel amaç, tüketicinin mali olarak gücünü aşan bir takım mal ve hizmetleri bedelin tamamını ödemediği elde edebilmesidir. Yani tüketici ya satıcı veya bir finans şirketi tarafından kredilendirilerek ekonomik iktidarının üstünde imkanlara kavuşturulmaktadır. Bu şekilde taksitli tüketici işlemlerinde de teslim zamanının da esasen bedelin ödenmesinden önce yapılması gerektiği söylenebilir. TBK m. 97’de belirtilen aynı anda ifa kuralından ayrılmış ve satıcıya ön edim yükümü getirilmiştir<sup>20</sup>. TBK’da bu prensip aynen benimsenmiş teslim zamanının bedelin ödenmesinden önce olduğu ifade edilmiştir (m. 253/1). Fakat bedelin bir kısmının yani peşinatın ise en geç teslim anında yapılması ön görülmüştür (TBK m. 256/1). Dolayısıyla aynı anda ifa kuralı peşinatın ödenmesi konusunda uygulanacaktır. Bedelin tamamının ödenmediği bir zaman diliminde teslimin gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>21</sup>. Önceki TKHK’da ise teslim zamanının sözleşmenin düzenlendiği an olduğu belirtilmiştir (m. 6/A/1). Bu ise kanaatimizce taksitle satışların taşınır mal teslimini konu alması durumunda her zaman geçerli olmayacaktır. Çünkü taşınır malları konu alan taksitle satış sözleşmesinde mesela bir mobilya veya beyaz eşya satışında genellikle malın teslimi sözleşmenin yapıldığı zamandan bir süre sonra yerine getirilmektedir. Bunun yerine peşinat dışındaki ödemelerden önce malın tesliminin taksitle satışlarda söz konusu olması ticari hayatın gereklerine daha uygun olacaktır. Hizmet ifalarında da hizmetin ifa edildiği zaman genellikle hizmet bedelinin ödenmesinden öncedir. Yani sözleşmenin yapıldığı sırada bedelin tamamı genellikle ödenmemektedir. Bu nedenle hizmet ifalarını konu alan taksitle satış sözleşmelerinde, ifanın sözleşmenin yapıldığı sırada yerine getirilmesi ticari hayatın gereklerine uygun değildir. Bu anlayıştan yeni TKHK ile dönülmüş ve “Taksitle satış sözleşmeleri” başlıklı 17. Maddesinde teslim veya ifa zamanına ilişkin bir hüküm getirilmemiştir.

### D. Erken Ödeme Halinde İndirim

Erken ödeme halinde bedelden yapılacak indirim TBK m. 258 ile yeni TKHK m. 20’de düzenlenmiştir (önceki TKHK m. 6/A/4). TBK m. 258’e göre;

<sup>20</sup> OZANOĞLU, s. 46.

<sup>21</sup> Bedelin tamamının ödenmesinin teslimden önce gerçekleşmesi halinde ise ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi ortaya çıkacaktır (TBK m. 264-273).

“Taksit borcu kambiyo senedine bağlanmış olmadıkça, alıcı satış bedelinin kalan kısmını her zaman bir defada ödeyerek borcundan kurtulabilir. Bu durumda, peşin satış bedeline ilave edilen bedelin ödenmemiş taksitlere isabet eden kısmı, yarısından az olmamak üzere ödeme süresinin kısaltılmasına uygun olarak indirilir.” TBK m. 96’daki, erken ödeme halinde indirim istenemeyeceği kuralına istisna teşkil eden bu hüküm, erken ödeme indiriminin yapılabilmesi için taksit borcunun kambiyo senedine bağlanmaması şartını getirmiş, ayrıca vade farkı olarak peşin satış bedeline eklenen kısmın tamamının değil en az yarısının indirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yeni TKHK m. 20 ise (önceki TKHK m. 6A’da olduğu gibi) bedelin indirilebilmesi için taksit borcunun kambiyo senedine bağlanmamış olması şartını aramamış ve vade farkı (veya faiz) olarak peşin satış bedeline ilave edilen miktarın tamamının indirilebileceğini ifade etmiştir. Ancak yeni TKHK m. 4 (5) önceki TKHK m. 6A/3’deki gibi taksit borçlarının kambiyo senedine bağlanması halinde bu senetlerin her bir taksit için ayrıca tanzim edilmesi ve nama yazılı olarak keşide edilmesi şartını aramaktadır. Bu şart sayesinde satıcı senetleri ancak alacağın temlik hükümlerine göre ve asıl alacağı devir suretiyle temlik edebilecek, buna bağlı olarak da tüketici, satıcıya karşı sahip olduğu def’ileri, mesela malın ayıplı olmasından dolayı sahip olduğu hakları nama yazılı senedi devralana karşı da ileri sürebilecektir<sup>22</sup>. Burada TBK’nın taksitle satışlarda kambiyo senedinin niteliğine ilişkin herhangi bir kısıtlama getirmediği TBK m.258 hükmüyle, taksitle satışlardan doğan taksit alacağının ancak nama yazılı kambiyo senedine bağlanabileceğini düzenleyen yeni TKHK m. 4 (5) (önceki TKHK m. 6A/3) hükmü ilk bakışta çatışıyor intibamı oluşturmaktadır. Yani acaba taşınır satışını konu alan m. 258, bu noktada, taksitli tüketici işleminin konusu taşınır mal olduğunda TKHK hükmünden önce mi uygulanacak, dolayısıyla da taşınır satışını konu alan tüketici işlemlerinden doğan taksit alacağı her türlü kambiyo senedine bağlanabilecek midir? Kanaatimizce, burada gerçek anlamda bir çatışmadan bahsedilemez ve her iki hükmün birbirini tamamlayıcı şekilde birlikte uygulanmasında fayda vardır<sup>23</sup>. Kanun koyucunun TKHK hükmünü değiştirme amacı taşımadığı kanunun yazılış şekline anlaşılmaktadır. Tüketicinin korunması amacına uygun olan yorum da her iki hükmün birlikte uygulanmasındadır. Buna göre tüketicinin taraf olduğu taşınır satışlarında dolayısıyla TBK kapsamındaki taksitli satışlarda da kambiyo senetlerinin nama yazılı olması şartı aranacaktır. Ayrıca

<sup>22</sup> İsviçre Hukukundaki aynı yöndeki düzenleme için bkz. FLCC art. 19. <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumkredit/bg-kredite.pdf>

<sup>23</sup> Bir çatışma olduğu varsayılsa bile bu durumda kambiyo senedinin niteliğine ilişkin düzenleme getiren TKHK hükmü özel hüküm olarak değerlendirilecek, TBK’nın kambiyo senedi hakkındaki düzenlemesinde herhangi bir özellik belirtilmediği için genel hüküm olarak kabul edilecek, buna bağlı olarak da özel hüküm ile genel hüküm arasındaki çatışmada *lex specialis* prensibine göre özel hüküm uygulanacaktır.



TKHK'daki her bir taksit ödemesi için ayrı kambiyo senedinin düzenlenmesi şartı da TBK kapsamındaki tüketicinin taraf olduğu taksitle satışlarda uygulanacaktır. Bu durumda TBK kapsamındaki taksitle satışlardan sadece tüketicinin taraf olmadığı taksitle satışlarda her türlü kambiyo senedinin düzenlenmesi mümkün olacaktır. Diğer bir ifadeyle tacirler arasındaki taksitle satışlarda taksitler her tür kambiyo senedine bağlanabilecektir.

Ayrıca TBK m. 258 kalan borcun tamamının bir defada ödenmesi şartını ararken, yeni TKHK m. 20 (önceki TKHK m. 6A) bir veya birden fazla taksitin erken ödenmesini erken ödeme indirimi yapılabilmesi için yeterli saymıştır. İndirime tabi olacak miktar ise TBK 258'e göre peşin satış bedeline ilave edilen sadece vade farkı değil, her türlü ilave meblağdır<sup>24</sup>. Ancak önceki TKHK m. 6A/4 "... gerekli faiz indirimini yapmakla yükümlüdür." diyerek indirilecek meblağın sadece vade farkı olduğunu ifade etmişti. Yeni TKHK m. 20 ise "...faiz veya komisyon aldığı durumlarda ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdür." diyerek indirilecek meblağın sadece faiz değil, komisyon masraflarını da ihtiva ettiğini ifade etmiştir. Hem tüketicinin hem de satıcının haklarının korunabilmesi için vade farkı ve diğer ilave bedellerin yazılı olarak yapılması gereken sözleşme ile tüketiciye bildirilmesi gereklidir (TBK m. 253/3 (4) (6)). Diğer ilave bedellerin sözleşmede belirtilmesi yükümlülüğü TBK m. 253/3 (6)'da "alıcının nakden veya aynen üstlendiği bütün edimler" ifadesiyle belirtilmiştir. Yeni TKHK m. 4 (4)'te ise benzer şekilde "Bu Kanunda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmesi zorunludur. Uzaktan iletişim aracılığıyla kurulan sözleşmelerde ise, bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilir. Bu bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatı sözleşmeyi düzenleyene aittir." ifadesi yer almaktadır. TBK m. 253/3 (3)'de ise "taksitle ödeme sebebiyle belirtilecek ilave bedel" ifadesiyle vade farkı sözleşmede ayrıca yazılması gereken bir sözleşme hükmü olarak yer almıştır. Dolayısıyla her iki kanun erken ödeme halinde sadece faizin değil peşin satış bedeline ilave edilen her türlü miktarın taksitlere isabet eden kısmının indirileceğini düzenlemiştir.

### **E. Tüketicinin Temerrüdüne İlişkin Hükümler**

Yeni TKHK m. 19'da (Önceki TKHK m. 6A/5) tüketicinin temerrüdü halinde satıcının veya sağlayıcının kalan borcun tamamının ifasını isteyebilmesinin şartları düzenlenmiştir. TBK m. 259/2'de ise tüketicinin taksitleri ödemede temerrüdü halinde sadece kalan borcun tamamının istenmesi değil, buna ilaveten muaccel olmasına rağmen ödenmeyen taksitlerin ödenmesi ile sözleşmeden dönebilme imkanları da tüketicinin temerrüdü haline ilişkin olarak düzenlen-

<sup>24</sup> GÜMÜŞ, s.222.

miştir. Yeni TKHK’da ise önceki TKHK’daki anlayış çerçevesinde yine sadece ödenmeyen satış bedelinin tamamının istenebilmesi şartları düzenlenmiş, sadece muaccel olup ödenmeyen taksitlerin ödenmesi ve sözleşmeden dönme haklarına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

6502 Sayılı TKHK m. 19 şu şekildedir<sup>25</sup>:

**“Temerrüt**

**MADDE 19-** (1) *Taksitle satış sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak satıcı veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de kalan borcun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ödemede temerrüde düşmesi halinde kullanılabilir. Satıcı veya sağlayıcının bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur.*

(2) *Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz.”*

**F. Taksit Miktarlarına İlişkin Farklılıklar**

Gerek 4077 Sayılı ve gerekse 6502 sayılı TKHK’da bu hakkın kullanılmasını, bu hakkın saklı tutulmasına ve satıcının bütün edimlerini ifa etmesi şartlarına bağlamıştır. Ancak yeni TKHK’da öncekinden farklı olarak taksit miktarlarına ilişkin olarak “... kalan borcun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen iki taksidi...” şartını getirmiştir. Görüldüğü gibi taksit miktarlarıyla alakalı ilk farklılık birbirini izleyen iki taksit toplamının önceki TKHK’da “...satış bedelinin en az onda biri...” olmasıyken, yeni TKHK’da kalan borcun en az onda biri olmasıdır. Burada yeni getirilen hükmün satıcının lehine tüketicinin aleyhine olduğu görülmektedir. Çünkü satıcının sözleşmeden dönebilmesi için gerekli olan, tüketicinin ödemediği taksit bedeli daha az bir miktara indirilmiştir. Mesela peşin satış bedeli 70.000 TL olan bir araba için tüketicinin 20.000 TL ön ödeme yaptığını kalan 50.000 TL’yi de otuz ayda, aylık 2.000 TL taksit şeklinde 60.000 TL olarak ödeyeceğini varsayalım. Burada toplam satış bedeli ön ödemeye birlikte 80.000 TL’dir. Önceki TKHK’ya göre tüketicinin ardı ardına ödemediği taksit miktarının

<sup>25</sup> Önceki TKHK m. 6A/5 hükmü şu şekildedir:

*“Satıcı veya sağlayıcı, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak; ancak satıcının veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması durumunda ve tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi ve ödenmeyen taksit toplamının satış bedelinin en az onda biri olması halinde kullanılabilir. Ancak satıcının veya sağlayıcının bu hakkını kullanabilmesi için en az bir hafta süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir.”*

örneğe göre en az 8.000 TL olması gerekirken, yeni TKHK'ya göre daha az olabilecektir. Yine örneğe göre tüketicinin toplam taksitlerin 20.000 TL'lik kısmını ödediğini varsayacak olursak, kalan borç faiz ve masraflar dahil 40.000 TL olacaktır. Bu durumda yeni TKHK'ya göre toplam miktarı 4.000 TL olan iki taksitin ödenmemesi satıcının kalan borcun yani 20.000 TL'nin tamamının ödenmesini isteyebilmesi için yeterli olacaktır.

İki metin arasındaki ikinci farklılık ise satıcının satış bedelinin ödenmeyen kısmının tamamını isteyebilmesi için "... kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ..." ödemede temerrüde düşmüş olmasını ilave bir şart olarak getirilmiş olmasıdır.<sup>26</sup> Bu hüküm ilk bakışta önceki TKHK'da herhalde iki taksit ödemede temerrüde düşülmesi şartını ortadan kaldırması nedeniyle tüketicinin aleyhine gözükse de, taraf dengesi açısından kanaatimizce yerinde olmuştur.

Üçüncü bir fark olarak da yeni TKHK m. 19 (2)'de taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masrafların dikkate alınmayacağı yani peşin satış bedeli üzerinden temerrüde düşülen taksitlerin hesaplanması gerektiği ifade edilmiştir. Önceki TKHK m. 6/A'da bu konuda açık bir düzenleme yoktu. Doktrinde ise, İsviçre Hukukuna dayalı olarak toplam satış bedeli üzerinden bu oranın hesaplanması gerektiği ifade edilmekteydi<sup>27</sup>. Burada yeni TKHK tüketiciyi koruyucu bir düzenleme getirerek kalan borcun hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masrafların dikkate alınmayacağını belirtmiştir. Buna göre örneğimizdeki muaccel kılınacak olan kalan borcun 40.000 TL olarak değil, kalan taksitlerin vadesine göre hesaplanmış faiz ve masraflar düşülerek ödenecektir. Örneğimize göre 40.000 TL 20 ayda ödeneceğine göre, bu döneme düşen faiz ve masrafları 5.000 TL olarak kabul edecek olursak, tüketici, satıcıya 35.000 TL ödeyecektir. Satıcı bu miktarın kendisine ödenmesini talep ettiği andan itibaren 35.000 TL'ye uygulanacak temerrüt faizini isteyebilecektir. Önceki TKHK dönemindeyse bu durumda 40.000 TL üzerinden temerrüt faizi de talep edilebilecekti. Bu da tüketicinin aleyhine bir durum oluşturacak şekilde iki defa faiz ödenmesine sebep olmaktadır.

TBK m. 259/2'de düzenlenen tüketicinin taksitleri ödemede temerrüdü halinde kalan borcun tamamının istenebilmesine ilişkin alternatif şart türleri daha

<sup>26</sup> İsviçre Hukukunun taksitle satışlara ilişkin mevcut halinde ise tüketicinin temerrüdü halinde ödenmeyen miktarın peşin satış fiyatının onda biri olması dışında ilave bir şart aranmamaktadır. Bkz. FLCC art. 18. <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumkredit/bg-kredit-e.pdf>

Tüketici kredilerine ilişkin Avrupa Birliği Direktifi ise bu konuda bir düzenleme yapmamış, konuyu milli hukuklara bırakmıştır. Bkz. EC Directive No: 2008/48 art. 33.

<http://www.eurofinas.org/uploads/documents/policies/CCD/CCD%20-%20DIREKTIVE%202008-48-EC.pdf>

<sup>27</sup> OZANOĞLU, s. 238; GÜMÜŞ, s. 204.

fazlardır. Madde metni şu şekildedir: “Alıcı taksitleri ödemede temerrüde düşerse satıcı, muaccel olmuş taksitlerin veya geri kalan satış bedelinin tamamının bir defada ödenmesini isteyebilir ya da sözleşmeden dönebilir. Satıcının geri kalan satış bedelinin tamamını isteyebilmesi veya sözleşmeden dönebilmesi, ancak bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına ve alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ya da en son taksidi ödemede temerrüde düşmüş olmasına bağlıdır.”

Buna göre, alternatif şartlar arasında son taksitin ödenmemesi de sayılmış, ayrıca önceki TKHK m. 6/A/5 hükmüne paralel olarak, birbirini izleyen iki taksit miktarının toplam satış bedelinin en az onda biri olması gerektiğini belirtmiştir.

Yeni TKHK'nın 19. maddesinde ise bu ilave alternatif şartlardan son taksitin ödenmemiş olması yer almamıştır. Kalan borcun tamamının ödenmesinin istenebileceği TKHK düzenlemesinde buna gerek de yoktur. Çünkü zaten kalan borç son taksittir ve bunun istenebilmesi için ayrı bir düzenleme yapma ihtiyacı yoktur. Zaten satıcı her zaman ödenmeyen taksitlerin ödenmesini isteme hakkına sahiptir. Buna göre taşınır satışı da dahil taksitli tüketici işlemlerinde, satıcının kalan bedelin tamamının ödenmesini isteyebilmesi için, ödenmemiş taksit miktarına ilişkin olarak gerçekte iki alternatif şart söz konusu olacaktır. Bunlar:

- Tüketicinin kalan borcunun onda birini teşkil eden birbirini izleyen iki taksiti ödememesi
- Kalan borcun dörtte birini oluşturan bir taksiti ödememesi

### **G. Muacceliyet İhbar Süresine İlişkin Farklılık**

Taksitli tüketici işlemlerine ilişkin olarak 4077 sayılı TKHK m. 6/A'da bir hafta olan muacceliyet ihbar süresi, 6502 sayılı TKHK'da otuz güne çıkarılmıştır. Yani satıcının kalan borcun tamamının ödenmesini isteyebilmesi için tüketiciye ödemediği taksitleri ödemesi amacıyla otuz gün süre vermesi gereklidir. Yoksa satıcının kalan borcun tamamını isteme hakkı doğmayacaktır. Sürenin verilmesi herhangi bir şekle de tabi değildir<sup>28</sup>. TBK m. 259/3'te ise muacceliyet ihbar süresi on beş gün olarak belirlenmiştir. Bu durumda hangi sürenin ne şekilde uygulanacağı konusunda iki yöntem izlenerek bir sonuca ulaşılabilir. Birinci yöntemde, TBK kapsamındaki taksitle satışların konusu taşınır mallar olduğuna göre, taşınır malları konu alan tüketicilerin taraf olduğu taksitle satışlarda TBK m. 259/3'e göre 15 günlük süre uygulanacak, taksitle taşınır satışı dışındaki tüketici işlemlerinde ise yeni TKHK m. 19'a göre otuz günlük süre uygulanacaktır. Bu yöntemin uygulanabilmesi için sonradan çıkan ve yukarıda

<sup>28</sup> GÜMÜŞ, s. 204.

ifade ettiğimiz gibi tüketicinin korunması açısından genel kanun niteliğinde olan TKHK'nın yine bütün taksitli tüketici işlemlerini kapsayan bir hükmü ile bütün borç doğurucu işlemler konusunda genel kanun olsa da tüketicinin taraf olduğu taksitle satış sözleşmeleri konusunda özel hüküm niteliğinde olan TBK hükmü arasında bir çatışma söz konusu olmadığını kabul etmemiz gerekecektir. Çatışmanın olmadığını ifade edebilmemiz için ise Kanun Koyucunun sonraki genel kanunla önceki özel hükmü değiştirme arzusunun olmadığını kabul etmemiz gerekecektir. Kanun koyucunun böyle bir amacının olup olmadığı, öncelikle kanun hükmünden veya gerekçeden anlaşılabilir. Ne yeni TKHK'da ne de kanun gerekçelerinde böyle bir açıklama vardır. Dolayısıyla yeni TKHK'nın, TBK'nın muacceliyet ihbar süresini değiştirmeye ilişkin bir amacının olmadığı dolayısıyla, taşınır satışını konu alan taksitli tüketici işlemlerinde on beş günlük sürenin, bunun dışındaki taksitli tüketici işlemlerinde ise otuz günlük sürenin uygulanması doğru olacaktır. Görüldüğü gibi burada hukuk kuralları arasında tam bir çatışmanın varlığı söz konusudur. Çünkü konuları aynı olan iki kanun hükmü arasında bir farklılık vardır. Bu görüşün kabul edilmemesi halinde ise ikinci bir yöntem olarak yeni TKHK'nın genel kanun niteliğinde olmasına rağmen, TBK'nın muacceliyet ihbar süresini değiştirme amacının varsayılması gerektiği ve buna bağlı olarak TBK'ndaki on beş günlük sürenin değil, yeni TKHK'nın belirlediği otuz günlük sürenin uygulanması gerektiği söylenebilecektir. Bu sonuca varabilmemiz için öncelikle yeni TKHK ile kanun koyucunun tüketiciyi daha iyi bir konuma getirmek arzusunun zımnen var olduğu ve dolayısıyla sonraki genel kanun ile önceki özel kanun hükmünün değiştirilmesi iradesinin kabulü gereklidir. Bu iradenin zımnen varlığının ise tüketicinin daha iyi bir şekilde korunması amacından yola çıkılarak, tüketicinin lehine olan otuz günlük sürenin tatbik edilmesi sonucuna varılacaktır. Biz gerçek bir çatışmanın var olduğunu düşündüğümüz bu durumda tüketicinin menfaatine olan ikinci görüşün uygulanmasının daha uygun olacağı kanaatini taşımaktayız.

## SONUÇ

Görüldüğü üzere aynı alanın iki farklı düzenlemeye konu edilmesi kanunlaştırma tekniği açısından isabetsiz olduğu gibi, bir takım tartışmaları da beraberinde getirdiği de görülmektedir. Tüketicilerin taraf olduğu taksitle taşınır satışları kanaatimizce sadece TKHK kapsamında düzenlenmeliydi ve TBK kapsamındaki taksitle satışlar ise sadece tacirler arasındaki taksitle satışlara ilişkin olarak tanzim edilmeliydi. Bu şekildeki bir mevzuat yazım tekniği hukuk kurallarının çatışması, yorumu ve en azından uygulamada tereddütleri beraberinde getirmektedir. Zaten me'haz kanun olan İsviçre hukukunda da bu yol takip edilerek, taksitle satışlara ilişkin hükümler İsviçre Borçlar Kanunu'ndan çıkartılmış, tüketici kredileri hakkında çıkartılan kanun kapsamına alınmıştır. İkinci olarak tespit etmemiz gereken husus ise ilk bakışta görüldüğünün aksine

TKHK'nın tüketici işlemleri açısından genel kanun olduğu ve dolayısıyla TBK'nın taksitli tüketici işlemlerine ilişkin hükümlerinin özel hüküm niteliğini taşıdığıdır. Buna bağlı olarak hukuk kuralları arasında bir çatışmanın varlığı halinde taşınır satışını konu alan TBK hükümlerinin *lex specialis* prensibine göre öncelikli olarak uygulanması gerekecektir. Yaptığımız incelemede taşınır malları konu alan TBK hükümlerinin, taşınır malları da içine alan TKHK hükümlerinden önce uygulanması gerektiği bu prensipten yola çıkarak söylenebilecektir. Çünkü TKHK hükümleri hem taşınır malları hem bazı taşınmaz malları, hem hizmetleri hem de bazı gayri maddi malları konu alırken, TBK'nın taksitle satışlara ilişkin hükümleri sadece taşınır satışını ihtiva etmektedir. Dolayısıyla her iki kanun metninin ortak düzenleme getirdiği konu taşınır satışlarıdır ve bu konuda bir farklılığın varlığı halinde TBK hükümlerinin öncelikle uygulanması gereklidir. Bu çerçevede taksit sayısı, peşinat, erken ödeme indirimi, temerrüt konularında her iki kanunda da farklı düzenlemeler olduğu ve yukarıda ifade edilen anlayış çerçevesinde taşınır satışını konu alan taksitli tüketici işlemlerinde TBK'nın, bunun dışındaki taksitli tüketici işlemlerinde ise TKHK'nın uygulanması gerekecektir. Genel anlamda *lex specialis* prensibinden istifade etmiş olsak da, sonraki genel kanunun kanun koyucunun iradesi ile önceki özel kanunu değiştirebileceğini, tüketicinin lehine yorum prensibinden istifade ederek, muacceliyet ihbar süresine ilişkin olarak TBK'daki on beş günlük sürenin değil, TKHK'daki otuz günlük sürenin taşınır satışlarında da uygulanması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Son olarak TKHK'daki "taksitle satış" ifadesinin, tüketici işlemlerinin sadece satış sözleşmelerinden ibaret olmaması nedeniyle, "taksitli tüketici işlemi" olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Gerçekten mevcut durum kanun sistematığına uygun olmamasının yanında kavram kargaşasına da neden olmaktadır.

## KAYNAKÇA

DURAL/SARI, **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 6. Bası, 1997.

GÜMÜŞ, Mustafa, Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2013

OĞUZMAN, Kemal, **Medeni Hukuk Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

OZANOĞLU, Hasan, **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999.

YAVUZ/ACAR/ÖZEN, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta, İstanbul, 13.bası, 2013.

<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumkredit/bg-kredit-e.pdf>

<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumkredit/bg-kredit-e.pdf>

<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumkredit/bg-kredit-e.pdf>

<http://www.eurofinas.org/uploads/documents/policies/CCD/CCD%20-%20DIRECTIVE%202008-48-EC.pdf>





**İŞÇİNİN ASIL İŞVERENE KARŞI DAVA AÇMASI  
DURUMUNDA DAVANIN ALT İŞVERENE  
TEŞMİL EDİLME ZORUNLULUĞU**

**(Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin  
2012/12237 Esas, 2012/15447 K. Sayılı Kararı Çerçevesinde)**

*Yrd. Doç. Dr. Yalçın BOSTANCI\**  
*Yrd. Doç. Dr. Süleyman Serhat KIRTILOĞLU\*\**

**ÖZET:**

Alt işveren asıl işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumda alt işverenin işçilerinin ücret ve diğer işçi alacaklarını ödeyememe ihtimali karşısında, asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumlu tutulduğu bilinen bir durumdur. Bununla amaçlanan, işçi alacaklarının güvence altına alınmasıdır. Kanunda öngörülen birlikte sorumluluk esası ile işçi alacakları güvence altına alındığı gibi, alt işveren seçiminde asıl işverenin daha dikkatli olması da sağlanmaktadır.

Birden fazla kişinin bir borcun ifasından aynı anda sorumlu olması durumunda müteselsil sorumluluk durumu ortaya çıkar. Söz konusu durumda alacaklı müteselsil olarak bir borçtan sorumlu olan her bir kişiden alacağını ayrı ayrı isteyebilecektir. Buna paralel olarak ilgili kişiler açısından ihtiyari dava arkadaşlığı durumu ortaya çıkacaktır. Belirtilen durumda mahkeme de bir borcun ifasından müteselsil sorumlu olan kişilerden birisine karşı açılan davanın diğer ihtiyari dava arkadaşına karşı yöneltilmesini talep edemeyecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Asıl işveren, Alt İşveren, Müteselsil Sorumluluk, Mecburi Dava Arkadaşlığı.

**ABSTRACT:**

When there is a subcontractor and contractor relation, it is well known that subcontractor and contractor are both responsible in case the subcontractor is not capable of paying the wages and other receivables of the workers. This is to secure the receivables of the workers. The principle of being mutually responsible ensures that the receivable of the workers are secured and that contractor becomes meticulous when choosing a subcontractor.

---

\* Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

In case more than one person is simultaneously responsible for the execution of a debt, it is consecutive responsibility. In that case, the creditor shall be able to claim its debt consecutively from every single person responsible from any debt. Concordantly, arbitrary joinder of parties shall occur for the relevant parties. In that case, that person shall not be able to claim to redirect the case - filed against one of the parties consecutively responsible for the execution of the debt - to the other arbitrary joinder of parties at court.

**Keywords:** Subcontractor, Contractor, Consecutive Responsibility, Obligatory Joinder of Parties.

## **A. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ'NİN 02.07.2012 TARİH, 2012/12237 ESAS VE 2012/15447 SAYILI KARARI**

Somut olayda davacı, davalı Sağlık Bakanlığı'na karşı açtığı davada, Bakanlığa bağlı bir hastanede alt işverenin işçisi olarak çalıştığını, çalıştığı dönemde ilişkin olarak kıdem, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin, fazla mesai, bayram ve genel tatil alacağı olduğunu iddia etmiştir. Bu iddia karşısında ilk derece mahkemesi davacının isteğinin kısmen kabulüne karar vermiştir. Bunun üzerine davalı Sağlık Bakanlığı ilk derece mahkemesinin hükmünü temyiz etmiştir.

Temyiz incelemesini yapan Yargıtay 22. HD'si ise şu tespitlerde bulunmuştur:

- Davalı Sağlık Bakanlığı ile davada, davalı tarafta hasım olarak gösterilmeyen alt işverenin şekli anlamda mecburi dava arkadaşı olduğu,
- Şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığını oluşturan geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumda, doğru sonuca varılabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından, dava dışında kalan asıl işveren ya da alt işverene de davanın teşmil edilmesi gerektiği,
- Bu sebeplerle, davanın dava dışında kalan alt işverene de teşmili ve bu suretle alt işverenin de davalı safında yer almasının sağlanması yerine, alt işverene ihbar ile yetinilerek sonuca gidilmesinin isabetli olmadığı,
- Davanın alt işverenlere teşmil edilmemesi halinde ise davanın usulden reddedilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

## **B. YARGITAY KARARINA KONU OLAN HUKUKİ MESELELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **I. Asıl İşveren -Alt İşveren İlişkisi Çerçevesinde Asıl İşverenin Sorumluluğu**

#### **1. Genel Olarak**

4857 sayılı Kanunun 2. maddesinde asıl işveren- alt işveren ilişkisi düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Kanundaki koşullar bulunduğu takdirde işyerlerinde veya eklentile-

<sup>1</sup> 4857 sayılı Kanunun 2. maddesine göre: "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren

rinde asıl işverenin yanında alt işverenler de işçi çalıştırabilmektedir. İş hukukunun önemli müesseselerinden biri haline gelen asıl-ışveren alt işveren ilişkisi, düzenlemenin niteliği ve uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle önemli tartışmalara neden olmaktadır<sup>2</sup>.

*ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*

*Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;*

*a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,*

*b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamazlar.*

*Sekizinci fıkra belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkra belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;*

*a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,*

*b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,*

*yönünde hükümler konulamaz".*

<sup>2</sup> Asıl işveren alt işveren ilişkisi hakkında yapılan değerlendirmeler ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, s.44 vd.; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2013, s.143 vd.; **Mollamahmutoglu**, Hamdi/ **Astarlı**, Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2012; **Aydınlı**, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008; **Aykaç**, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011; **Çankaya**, Osman Güven/ **Çil**, Şahin, 4857 Sayılı Kanuna Göre Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, Sicil İHD, Eylül 2006, s.69-70; **Ekmekçi**, Ömer, Kamu İşverenin Özel Kesin İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar, Legal İHSGHD, 2006/12, 1176-1180; **Subaşı**, İbrahim, İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011, s.125-186; **Gerek**, Nüvit, Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri ile İlgili Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2007/4, s.81-90; **Süzek**, Sarper, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, İHSGHD, 2010/27, s.933-946; **Süzek**, Sarper, Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, İHSGHD, 2010/25, s.11-29; **Ekonomi**, Münir, Asıl İşveren -Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, s.21-52; **Alpagut**, Gülsevil, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin Hukuka Aykırılığı Üzerine, İşveren Dergisi, Kasım 2008, s.58-62; **Alpagut**, Gülsevil, 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, İntes, Ankara 2004, s.16-24;

## 2. Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğu

İş Kanununa göre, asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumludur (İŞK.2/6).

Asıl işverenin sorumluluğunun müteselsil sorumluluk olarak anlaşılması konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Kanun koyucu, işyerlerinde iş alan alt işverenlerin mali bakımdan güçsüz olmaları ve çalıştırdıkları işçilerin ücret ve diğer haklarını ödeyemeyecek duruma düşmeleri ihtimaline karşı, işin yapılmasında yararı bulunan asıl işvereni de sorumlu tutmak suretiyle işçileri korumayı amaçlamıştır<sup>3</sup>.

Asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, alt işverenin işçilerinin o işyerinde çalıştığı süre ile ve alt işverenin bu işçiler karşısındaki sorumluluğu ile sınırlıdır. Söz konusu müteselsil sorumluluk kuralı gereğince, asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında bir iş sözleşmesi bulunmamasına rağmen, asıl işveren söz konusu işçilere karşı müteselsilen sorumlu tutulmaktadır<sup>4</sup>.

## 3. Alt İşveren İşçisinin Alacağını Talep Hakkı

Alt işveren ilişkisinin tarafı olan asıl işverenin söz konusu ilişkide menfaatinin bulunmasının yanı sıra, alt işverenin işçilerinin ücret ve diğer işçi alacaklarını ödeyememe ihtimali karşısında, asıl işveren ile alt işveren birlikte sorumlu tutularak işçi alacakları güvence altına alınmıştır. Kanunda öngörülen birlikte sorumluluk esasları ile işçi alacakları güvence altına alındığı gibi, alt işveren seçiminde asıl işverenin daha dikkatli olması da sağlanmaktadır. Çünkü asıl işveren ile alt işveren, borcun tamamı için ve aynı derecede müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur<sup>5</sup>. İşçilik alacağını kendi işvereninden alamayan alt işveren işçisi, doğrudan doğruya asıl işverene başvurma ve söz konusu alacak ödenmediği takdirde dava ve takip hakkına sahip olacaktır. Başka bir ifade ile alt işverenin işçisi, alacak hakkını sadece alt işverenden veya sadece asıl işverenden veyahut her ikisinden ortak olarak talep edebilir<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s.155; **Çelik**, İş Hukuku, s.49.

<sup>4</sup> Asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Akın**, Levent, Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, AÜHFD, S.4, Ankara 2011, s.774 vd.

<sup>5</sup> **Bedük**, Nusret, Kamu İşyerlerindeki Alt İşveren Uygulaması ve İşçi Alacağı Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.1, Y.2011, s.198.

<sup>6</sup> **Çelik**, İş Hukuku, s.49-50; **Süzek**, İş Hukuku, s.155; **Bedük**, s.199.

Asıl işveren – alt işveren sorumluluğuna ilişkin Kanun hükmü kamu düzeyine ilişkin olup, emredici niteliktedir. Taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmaları, işçi açısından geçersiz olup işçiyi bağlamaz<sup>7</sup>.

Asıl işverenin alt işveren işçilerinin alacaklarından dolayı müteselsil sorumluluğunun doğması için öncelikle geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmuş olması gerekir.

Alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için; işyerinde işçi çalıştıran asıl işverenin varlığı<sup>8</sup>, işin asıl işverene ait işyerinde yapılması<sup>9</sup>, işin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin olması<sup>10</sup>, işin yardımcı iş<sup>11</sup> veya işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması<sup>12</sup>, işçilerin

<sup>7</sup> **Sümer**, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010, s.28-29; **Süzek**, İş Hukuku, s.156-157; **Bedük**, s.199

<sup>8</sup> Asıl işverenin o işyerinde işçi çalıştırarak işveren sıfatını koruması, işin bütününe yapılmasını başka bir işverene devretmemiş bulunması gerekir. Söz konusu durum Alt İşverenlik Yönetmeliğinin (RG. 27.09.2008, 27010) 4. maddesinde "Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır" şeklinde ifade edilmiştir. Alt işveren ilişkisinin doğumundan söz edebilmek için işyerinde sadece asıl işverenin değil; iş alan kişinin de işçi çalıştırması gerekir. İşyerinin bir bölümünde iş üstlenmekle birlikte bunu kendi başına yapan kişi alt işveren niteliği taşımaz (**Süzek**, İş Hukuku, s.145-146).

<sup>9</sup> Asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesinin diğer koşulu, alt işveren tarafından yerine getirilen işin asıl işverene ait işyerinde yapılmasıdır. Bu nedenle fason imalat şeklinde bir işverenden iş alan ve bu işi kendi işyerinde yapan kişilerle işveren arasında bir alt işveren ilişkisi doğmaz (**Süzek**, İş Hukuku, s.146).

<sup>10</sup> Alt işverenin asıl işverenden aldığı iş, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde (yemek, temizlik, taşıma, güvenlik gibi) olabilir. Ancak 4857 sayılı Kanunun madde 2/6 hükmüne göre alınan işin asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimi ile ilgili olması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Taşkent**, Savaş, Alt İşveren, İHSGHD, 2, Nisan-Haziran 2004, s.364; **Soyer**, Polat, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil, Mart 2006, s.17-18; **Güzel**, Ali, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.43-44; **Arıcı**, Kadir, Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, s.488; **Kabakçı**, Mahmut, Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, s.96; **Süzek**, İş Hukuku, s.147; **Ekonomi**, s.33 vd.; **Aykaç**, s.72 vd.; **Subaşı**, s.142 vd.

<sup>11</sup> Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesine göre yardımcı iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iştir. Yardımcı işler herhangi bir sınırlama olmaksızın alt işverene verilebilmektedir.

<sup>12</sup> Yardımcı iş dışındaki asıl işlere ilişkin olarak alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için Kanunda yer alan "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler"de iş alma şartının nasıl yorumlanması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Görüşlerden ilkine göre, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren ölçütü bir bütün olup, alt işverene verilecek işin hem işletmenin ve işin gereği olması hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir. Diğer görüşe göre ise, Kanunda yer alan ölçüt bölünebilir nitelikte olup, işveren teknoloji ve uzmanlık gerekleri ile olduğu gibi salt iş-

sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılması<sup>13</sup> gerekir. Bunların yanında kurulan ilişkinin genel olarak muvazaalı işleme dayanmaması<sup>14</sup> gerekir.

## II. Taraf Teşkili Hususu

### 1. Davanın İki Taraf Sistemi Üzerine Kurulmuş Olduğu

Dava, subjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin mahkemeden hukuki koruma istemesidir. Davanın açılması sonucunda ortaya çıkan hukuki ilişkinin sükeleri taraflardır. Bir davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf vardır<sup>15</sup>.

Medeni Yargılama Hukukunda taraf kavramı konusunda üç görüş bulunmaktadır. Bu görüşler; maddi taraf kavramı, şekli taraf kavramı ve fonksiyonel taraf kavramı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Maddi taraf kavramına göre taraf, davadaki hukuki ilişkilerin sükesidir. Diğer bir ifadeyle davanın tarafları aynı zamanda maddi hukuk ilişkisinin taraflarıdır. Şekli taraf kavramına göre ise kendisi adına hukuki koruma isteyen kişi yani davacı ile kendisine karşı hukuki koruma istenilen kişi yani davalı, davanın taraflarıdır. Tarafların kimler olduğu dava dilekçesinde ortaya konulan esaslar çerçevesinde belirlenmektedir. Fonksiyonel taraf kavramına göre ise taraf kavramı için, davada yalnızca hukuki

---

letmenin ve işin gereğine dayanarak da alt işverene iş verebilir (**Süzek**, İş Hukuku, s.149); Yargıtaya göre ise, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık ölçütlerinin bir arada olması gerekir. Yargıtay, Kanundaki baskın unsurun teknolojik nedenlerle uzmanlık olduğunu ifade etmektedir (9.HD. 06.05.2010 T., 10901/12451, Çalışma ve Toplum, 27, s.82-83; 9.HD. 14.05.2007 T., 3132/14914, Çalışma ve Toplum, 15, s.242).

<sup>13</sup> 4857 sayılı Kanun anlamındaki alt işveren ilişkisi, sadece asıl işverenin işyerinde çalışan işçilerle sınırlı olarak kurulacak, aynı zamanda başka işlerde çalıştırılan işçiler Kanunun kapsamına girmeyeceği için asıl işverenin müteselsil sorumluluğu da olmayacaktır (**Süzek**, İş Hukuku, s.155).

<sup>14</sup> Alt işverenin işçilerinin alacakları açısından alt işveren ile asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için aradaki hukuki ilişkinin muvazaalı olmaması gerekir. 4857 sayılı Kanunda muvazaayı önlemeye yönelik hükümler getirilerek, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılması halinde haklarının kısıtlanamayacağı, asıl işverenin yanında çalışmış olan ile alt işveren ilişkisi kuramayacağı, işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği hususları düzenlenmiştir. Söz konusu yasaklara ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edildiğinde alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği belirtilmiştir (İşK.2/8).

<sup>15</sup> **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Altıncı Baskı, İstanbul, 2001, s. 885; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara, 2012, s. 209, 211; **Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı, İstanbul, 1999, s. 51; **Alangoya**, Yavuz H./**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren - Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Baskı, İstanbul, 2006, s. 124; **Ulukapı**, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya, 1991, s. 5; **Karlı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2012, s.339; **Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/Özekes, **Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2012, s. 237; **Budak**, s. 47.

himaye talep eden ile kendilerine karşı talepte bulunulan kişilerin davanın tarafı olarak gösterilmeleri yetersiz kalmaktadır. Taraf kavramının maddi içeriğinin de mutlaka araştırılması gerekir<sup>16</sup>. Bugün taraf kavramını açıklamada kullanılan kavramın şekli taraf kavramı olacağı yönünde ağırlıklı görüş vardır<sup>17</sup>.

Şekli taraf kavramı çerçevesinde düşünülecek olursa davada, dava dilekçesinde davacı ve davalı kısımlarında gösterilen taraflar dikkate alındığında iki taraf sistemi söz konusudur (Zweiparteienprinzip). Daha açık bir ifadeyle bir davada mutlaka ve sadece iki taraf vardır. Ancak davanın taraflarında birden fazla kişi olabilir. Bu durum ise davanın iki taraf sistemi üzerine kurulu olduğu gerçeğini değiştirmez. Birden fazla kişi bir taraf olarak ortaya çıkabilir<sup>18</sup>.

## 2. Tasarruf İlkesi Gereğince Kanunda Açıkça Belirtilmedikçe Hiç Kimse Kendi Lehine Olan Davayı Açmaya veya Hakkını Talep Etmeye Zorlanamaz

Medeni Yargılama Hukukunda herkes, bir dava ile herhangi bir iddiayı ileriye sürerek bu çerçevede bir usul hukuku ilişkisi tesis edebilme noktasında özgürlüğe sahiptir. Zira Medeni Yargılama Hukukunda kural, tasarruf ilkesinin geçerli olmasıdır. Buna göre hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyip karara bağlayamaz (HMK m. 24).

Bir dava, ancak kendi adına hukuki koruma talep eden kişinin isteği ile açılabilir<sup>19</sup>. Yargılama organlarının kişiler adına yargılama sürecini kendiliğinden başlatması ve onlar için hukuki koruma talep etmesi mümkün değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 24. maddesi gereğince hâkim bir davaya ancak, taraflardan birinin talebi üzerine bakabilir. Bu doğrultuda tarafın davayı açmak, takip etmek ve sona erdirmeye noktasında bir serbestiye sahip olduğunu söyleyebiliriz<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> **Ulukapı**, s. 7; **Meriç**, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara, 2011, s. 69 – 72.

<sup>17</sup> **Kuru**, s. 887; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 212; **Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 387 – 389; **Ulukapı**, s. 6 – 12; **Karşı**, s. 339 – 341; **Alangoya/Yıldırım/ Deren – Yıldırım**, s. 123; **Pekcanitez/Atalay/Özeker**, s. 238.

<sup>18</sup> **Karşı**, s. 339; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 212, 482; **Pekcanitez/Atalay/Özeker**, s. 236; **Budak**, s. 47.

<sup>19</sup> “...Hakim tarafların talep sonuçları ile bağlıdır, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (6100 s. HMK. md. 26/1) ve iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz (6100 s.HMK.md.24/1)...” 2. HD. 15.11.2011 T., 18753/18583 (**Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2013 (Yılmaz, Şerh), s. 269).

<sup>20</sup> **Karşı**, s. 294 – 295, 297; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 341 – 342; **Alangoya/Yıldırım/ Deren – Yıldırım**, s. 201 – 202; **Üstündağ**, s. 419; **Yılmaz**, Şerh, s. 269; **Pekcanitez/Atalay/Özeker**, s. 294; **Meriç**, s. 75 – 77.



### 3. Hâkim Yargılamada Tarafların Talepleri ile Bağlıdır

Tasarruf ilkesi gereğince yargılamada davacı açısından geçerli olan kanunda açıkça belirtilmedikçe, kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkı talep etmeye zorlanamayan davacının, dava dilekçesinde davalı olarak gösterdiği kişi, davalı sıfatına sahiptir. Bu noktada taleple bağılılık ilkesinin ön plana çıktığını söyleyebiliriz. Zira hâkim, ancak davacının talebi doğrultusunda davalı olarak gösterilen kişi ile arasındaki ihtilafı görmekle mükelleftir. Buna paralel olarak davacının davalı olarak gösterdiği kişinin dışında bir başka kişinin taraf sıfatı ile davaya dâhil olması gibi bir durum söz konusu değildir<sup>21</sup>.

Dava iki taraf sistemi üzerine kurulmuştur ve taraflardan birisi isterse derdest davada kendisine yardım etmesi için üçüncü bir kişiye ihbarda bulunabilir. İhbar sonucunda dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir (HMK m. 63).

Taraflarından birini, davayı üçüncü bir kişiye ihbar etmeye sevk eden sebep, onun davayı kaybetmesi halinde üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği rücu hakkının mevcut olduğuna inanmasıdır<sup>22</sup>. Daha açık bir ifadeyle taraflardan birini ihbarda bulunmaya iten temel sebep, hali hazırda kullanılmayan, ancak gelecekte kullanılma imkânı olan rücu hakkının korunması veya ihbarda bulunulan tarafa daha sonra iletilebilecek tazminat taleplerine karşı ileri sürülecek def'i veya itirazları saklı tutmaktır<sup>23</sup>. Zira kendisine dava ihbarı yapılan kişi, ihbarı yapan kişinin davayı kazanması halinde ikinci bir dava ile karşılaşma ihtimalinden kurtulmuş olacaktır. Bununla, yeni bir rücu ve tazminat davasının açılması da önlenmiş olacaktır<sup>24</sup>.

Bu değerlendirmeler ışığında ihbarın usul hukuku ve maddi hukuk bakımından amaçları olduğundan bahsedilebilecektir. İhbarın usul hukuku bakımından amacı, dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişinin, davaya katılarak davayı ihbar edene yardım etmesini sağlamasıdır. Davanın ihbarının maddi hukuk bakımından amacı ise ihbar eden tarafın davayı kaybetmesi halinde üçüncü kişiye karşı açacağı rücu davasında hakkını daha emin bir biçimde ileri sürebilmesidir<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 212; **Üstündağ**, s. 387 – 389; **Ulukapı**, s. 6 – 12; **Karlı**, s. 339 – 341; **Meriç**, s. 77.

<sup>22</sup> **Atalı**, Murat, *Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı*, Ankara, 2007, s. 42; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 511; **Pekcanitez**, Hakan, *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale* Ankara, 1992, s. 55; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 281 – 282.

<sup>23</sup> Davayı ihbar eden tarafın amaçlarından birisi de davayı ihbar ettiği kişinin katılımı ve katkısı sayesinde davayı kazanmaktır (**Atalı**, s. 43).

<sup>24</sup> **Atalı**, s. 43; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 511, 514; **Üstündağ**, s. 384; **Karlı**, s. 365; **Yılmaz**, Şerh, s. 607; **Alangoya/Yıldırım/ Deren – Yıldırım**, s. 174; **Budak**, s. 50, 71.

<sup>25</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 511; **Karlı**, s. 365; **Umar**, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, 2011, s. 215 – 216; **Üstündağ**, s. 384; **Alangoya/Yıldırım/ Deren – Yıldırım**, s. 174.

İhbar karşı tarafın rızasına, mahkemenin onayına veya muhatabının kabulüne bağlı olmaksızın tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıdır<sup>26</sup>. İhbar, derdest bir davada ve derdest davanın taraflarından birinin yapabileceği bir beyandır.

İhbar, rücu ilişkisinin geçerli olduğu durumlarda ortaya çıkabilecektir. Buna göre müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda ihbar kurumu ortaya çıkabilecektir. Zira müteselsil borçlulardan birisinin davayı kaybetmesi halinde kendi payına düşen kısmın dışındaki kısım için diğer müteselsil borçlulara rücu ilişkisi çerçevesinde başvurması beklenen bir durumdur<sup>27</sup>.

#### 4. Dâhili Davacı veya Dahili Davalı<sup>28</sup> Kurumunun Değerlendirilmesi

İki taraf sistemi üzerine kurulan davada üçüncü bir kişinin davaya katılmasını sağlayan bir kurum da üçüncü kişinin mahkeme tarafından davetidir. Bu davet, taraflarca yapılmadığı için ihbar olarak nitelendirilemez. Mahkeme tarafından yapılacak davette üçüncü kişi, görülmekte olan davaya çağrılmaktadır. Bu çağrı sonucunda üçüncü kişi davaya iki şekilde dâhil olabilmesi mümkündür. İlkinde üçüncü kişi taraflardan birisinin yanında fer'i müdahil olarak bulunmaktadır. İkincisinde ise üçüncü kişi ile taraflardan birisi arasında mecburi dava arkadaşlığı olmasına rağmen, davanın birlikte açılmadığı veya onlara karşı davanın birlikte açılmadığı gerekçesiyle üçüncü kişi, mecburi dava arkadaşı olduğu kişilerin yanına getirilmeye çalışılır. Üçüncü kişinin mahkeme tarafından dava arkadaşı veya dava arkadaşı şeklinde fer'i müdahil olarak davaya katılmaya davet edildiği kurum (Beiladung) Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 856/III'te<sup>29</sup> yer almasına rağmen hukukumuzda düzenlenmemiştir. Alman Hukukunda söz konusu düzenlemenin yer almasının sebebi, dava sonucunda verilecek olan hükümden doğrudan etkilenecek üçüncü kişilere, iddia ve savunma hakkını sağlamaktır<sup>30</sup>. Öte yandan İsviçre Hukukunda, 4 Aralık 1947 tarihli Federal Medeni Usul Kanununun 24. maddesinin ikinci fıkrasında ve bazı kantonların Medeni Usul Kanunlarında<sup>31</sup> üçüncü kişinin taraf olması için devam eden yargılamaya mahkeme tarafından davet edilmesi, mecburi dava arkadaşlığında,

<sup>26</sup> **Atalı**, s. 50 – 51; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 512 – 513; **Yılmaz**, Şerh, s. 610; **Üstündağ**, s. 385; **Pekcanitez**, s. 55; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 283.

<sup>27</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 512; **Üstündağ**, s. 384; **Umar**, s. 217.

<sup>28</sup> Öğretide **Yılmaz**, dâhili dava kavramı yerine “dâhili dava”, “teşmil” veya “husumetin yaygınlaştırılması” kavramlarını da kullanmıştır. (**Yılmaz**, Şerh, s. 595).

<sup>29</sup> Üçüncü kişinin mahkeme tarafından daveti Alman Medeni Usul Kanunu § 640/e ve 666/III'te de düzenlenmiş olmasına rağmen bu düzenlemeler daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>30</sup> Söz konusu kurum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, s. 57 vd.; **Budak**, s. 55 vd.

<sup>31</sup> Luzern ZPO § 74; Obwalden ZPO § 22; Freiburg ZPO § 12; Graubünden ZPO § 41; Waadt ZPO § 282 (**Pekcanitez**, s. 58; **Atalı**, s. 65).

dava açmayan mecburi dava arkadaşının diğerleri yanında davaya katılmasını temin etmek için kabul edilmekteydi<sup>32</sup>.

Medeni Yargılama Hukukumuzda geçerli olan tasarruf ilkesi gereğince kural olarak hiç kimsenin kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkı talep etmeye zorlanamayacaktır. Ayrıca davalı açısından davalı sıfatı, davacının dava dilekçesinde davalı olarak gösterdiği kişiye aittir. Bu düşünceler ışığında Türk Hukukunda taraf teşkili noktasında, yargılamayı sürdüren hâkimin taraflardan birisinin yanına bir üçüncü kişiyi dâhil etmesine imkân sağlayan açık bir hukuki düzenlemenin olmadığı söyleyebiliriz. Ancak öğretilerde, önceki İsviçre Federal Medeni Usul Kanununun ve diğer kantonlara ait Medeni Usul Kanunlarının yürürlükte olduğu dönemde, İsviçre Hukukunda kabul edildiği gibi, mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumlarda, dava arkadaşlarının birlikte davalarını açmadıklarının tespiti üzerine, davayı açan dava arkadaşlarına süre verilerek, diğer dava arkadaşlarının davaya katılmasına imkân sağlanabileceği kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Zira aksi durumda dava sıfat yokluğundan reddedilecektir<sup>34</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken durum, mecburi dava arkadaşı üçüncü kişinin, davet üzerine davaya katılması yönünde mahkemenin bir emir değil ancak izin verebileceği hususudur. Kanaatimizce bu durum tasarruf ilkesine aykırılık da teşkil etmeyecektir. Söz konusu durumda mahkemenin yapması gereken, mecburi dava arkadaşı olan ancak hali hazırda dava dışında tutulan kişinin, davaya katılmasına imkân vermekle sınırlı olmalıdır. Mahkemenin sunduğu imkânı rağmen mecburi dava arkadaşı olması gereken bu kişi davaya katılmazsa, mahkeme sıfat yokluğunda red kararı vermelidir. Bunun yerine o kişiyi davaya dâhil etmeye zorlamak mümkün olmamalıdır.

Bu sonucun temelinde, mecburi dava arkadaşlarının birlikte hareket etme zorunluluğu ve dolayısıyla davalarını birlikte açma zorunluluğu bulunmaktadır. Gerek davacı gerekse davalı taraftaki mecburi dava arkadaşlarının eksik olması halinde davanın hemen reddedilmesi yerine diğer mecburi dava arkadaşlarının davaya katılmaları için kesin süre verilmesi, usul ekonomisi ilkesi gereğince bir zorunluluktur. Bu süre içinde mecburi dava arkadaşları davaya katılırsa davaya devam edilir. Aksi halde bu süre içinde davaya katılmazlarsa dava sıfat yoklu-

<sup>32</sup> **Pekcanitez**, s. 57 – 58; **Atalı**, s. 65. Ancak 1.1.2011 tarihinde Federal düzeyde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usul Kanununda bu kurumun düzenlenmediği görülmektedir.

<sup>33</sup> Söz konusu imkânın taraflardan birisine sağlanırken diğer tarafın rızası aranmayacaktır. Böyle bir rızaya ihtiyaç yoktur. Çünkü mecburi dava arkadaşlığında dava arkadaşlarının eksik gösterilmesi nedeniyle davanın usulden reddinden sonra aynı konuda, aynı istemle dava açılabilecektir. Böyle bir durumda adı geçen eksikliğin tamamlanmasına karşı tarafın rıza göstermesi açıkça hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır. Dolayısıyla hakka dayanmayan bir davranışın hukuk gözünde korunması ise doğru olmayacaktır. (**Umar**, s. 210 – 211).

<sup>34</sup> **Kuru**, s. 1217 – 1218; **Umar**, s. 210 – 211; **Pekcanitez**, s. 58 – 59; **Yılmaz**, Şerh, s. 602; **Atalı**, s. 65.

ğundan reddedilir<sup>35</sup>. Usul ekonomisi ilkesi gereğince kabul edilen sonucun bir yansıması olarak mecburi dava arkadaşlığında kanuni düzenlemesi olmayan ancak yine kanuni düzenleme ile yasaklanmayan dahili davacı veya dahili davalı durumunun ortaya çıkışına mahkeme sadece imkan sağlayabilir. Medeni Yargılama Hukukunda tasarruf ilkesinin geçerli olması sebebiyle, mahkeme bu sonuca varılmasını zorlayamaz.

Uygulamada Yargıtay gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra verdiği kararların bazılarında dâhili davalı kurumunun yargılama içerisinde mümkün olabileceğini ifade etmiştir<sup>36</sup>. Buna karşın bazı kararlarında dâhili davalı kurumunun hukukumuzda bulunmadığını ortaya koymuştur<sup>37</sup>. Yargıtay özellikle zorunlu dava arkadaşlığı ilişkisinde, dava dilekçesinde gösterilmeyen dava arkadaşının dâhili davalı kurumu ile daha sonra davaya dâhil edilmesini, usul ekonomisi gerekçesiyle kabul etmiştir<sup>38</sup>. Bu gerekçeyle yapılan kabulün, usul ekonomisi ilkesine dayanması nedeniyle kabul edilebilir olduğunu söylemek

<sup>35</sup> **Ulukapı**, s. 147 – 148; **Üstündağ**, s. 369; **Yılmaz**, Şerh, s. 602; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 272 – 273.

<sup>36</sup> “...İşin esasına geçilmeden önce, dava dilekçesinde davalı taraf olarak gösterilmemesine rağmen davalı olarak DSI'nin davaya dâhil edilmesinin usule uygun olup olmadığı hususu ön sorun olarak tartışılmış, sonuç olarak davanın DSI'ye de teşmil edilerek görülmesinde, usul hukuku ve usul ekonomisi ile davanın niteliği itibarıyla bir engel olmadığı sonucuna varılmıştır...” HGK. 30.01.2013 T., 5-682/153 (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Aynı yönde bkz. 1. HD. 28.2.2006 T., 478/1965 (**Yılmaz**, Şerh, s. 602).

<sup>37</sup> “HUMK.’ta dahili dava şeklinde bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Bir başka anlatımla dava kendisine ihbar edilen kişi davada taraf sıfatını kazanmayacağından aleyhine veya lehine hüküm tesis edilemez. Mahkemece bu yön dikkate alınmadan ayıplı üretilen fidelelerden dolayı uğranılan zarardan ihbar olunan ... AŞ.’nin diğer davalı ile birlikte sorumlu tutulması doğru görülmediğinden ihbar olunan ve aleyhine hüküm kurulan ... A.Ş. Vekilinin temyiz isteminin kabulü gerekmiştir”. 19. HD. 6.6.2011 T., 4222/7527 (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Aynı yönde bkz. 15. HD. 14.3.1984 T., 406/838 (YKD. 1984/12, s. 1825 – 1827; **Kuru**, s. 1213 – 1214); 9. HD. 19.6.1986 T., 4815/6267 (**Kuru**, s. 1214); HGK. 25.1.1989 T., 11/802-7 (**Kuru**, s. 1215); HGK. 25.11.1992 T., 15/398-703 (**Kuru**, s. 1215).

<sup>38</sup> “...Dava veraset ilamının iptaline ilişkindir. Davanın sonucu o ilamda hak sahibi gösterilenlerin yada külli haleflerinin haklarına etkilidir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 73. maddesi uyarınca davanın bu kişilere tevcihi ve onlara karşı yürütülmesi zorunlu olup, davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Yargıtay’ın yerleşmiş görüşü ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 77. maddesi uyarınca dava ekonomisinin sağlanması için mecburi dava arkadaşlarından eksik gösterilenlerin davaya katılması ve onların huzuru ile davaya devam olunması yönündedir. Bu davada davalı gösterilmesi gerekenler arasında bulunan ST varislerinin davaya katılması yönündeki dilekçenin muhataplarına tebliğ ile savunmaları alınarak karar verilmesi (HUMK m.73) gerekirken eksik hasımla davaya devam olunarak karar verilmesi doğru değildir ...” 2. HD 30.5.2002 T., 6302/7267 (**Yılmaz**, Ejder, Usul Ekonomisi, AÜHFD Yıl 2008, C.57, S.1, s. 243 – 274, s.254 (Yılmaz, Ekonomi); Aynı yönde bkz. HGK. 20.1.1998 T., 8/510-36 (**Kuru**, s. 1221); HGK. 17.2.1973 T., 8/294-82 (**Kuru**, s. 1221); 8. HD. 22.1.1996 T., 6322/460 (**Kuru**, s. 1219)..

mümkündür<sup>39</sup>. Aksi halde, davaya dâhil edilmeyen mecburi dava arkadaşlarının birlikte hareket etmedikleri tespit edileceğinden, sıfat yokluğu nedeniyle davanın reddi gerekecektir. Bunun üzerine mecburi dava arkadaşları bir araya gelerek yeniden dava açabilecek, söz konusu durum ise ilave emek, zaman ve masraf kaybına neden olacaktır. Yargıtay mecburi dava arkadaşlığında dâhili davalı kurumunun mümkün olabileceğine ilişkin verdiği bir kararda eksik gösterilen dava arkadaşının HMK m. 124'te düzenlenen iradi taraf değişikliği gereğince davaya dâhil edilebileceğini kabul etmiştir<sup>40</sup>.

Bu noktada konuyu özetleme adına şu şekilde bir ifade ortaya konulabilir: Uygulamada dâhili davalı kurumu olarak bilinen ve Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da geçen kurum, kanuni düzenlemeye sahip değildir. Ancak taraf teşkilinin sağlanabilmesi noktasında özellikle mecburi dava arkadaşlarının birlikte hareket etmediği durumlarda, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddedilip yeniden dava açılmasına engel olabilmek için usul ekonomisi ilkesi gereğince dâhili davalı kurumuna izin verilebilir<sup>41</sup>.

Buna karşın birden fazla kişinin bir arada bulunması bir zorunluluğa dayanmıyorsa, yani mecburi dava arkadaşlığını gerektiren bir durum yok ise dâhili davalı kurumunun kabul edilebilir olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>42</sup>. Özellikle müte-

<sup>39</sup> **Kuru**, s. 1217 – 1218; **Yılmaz**, Ekonomi, s.254.

<sup>40</sup> “Davalılar arasında (pasif) mecburi dava arkadaşlığı bulunması halinde, davacı, bütün davalılara karşı birlikte dava açmak zorundadır. Bu yön, 6100 sayılı HMK'nun 60. maddesinde; "Mecburi dava arkadaşları ... aleyhine birlikte dava açılabilir" denilerek norma bağlanmıştır. Davalı sıfatı mecburi dava arkadaşlarının tümüne aittir. Davanın bütün mecburi dava arkadaşlarına karşı değil de bunlardan birine veya birkaçına karşı açılmış olması halinde davada sıfat sorunu ortaya çıkacaktır. Ancak bu halde, dava sıfat yokluğundan hemen reddedilmemeli, belirtilen eksikliğin giderilmesi yönünde bir talebin bulunması ve dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılığa dayandığının anlaşılması halinde, hakim, HMK'nun 124. maddesinin 4. fıkrasında açıklandığı üzere, karşı tarafın rızasını armaksızın taraf değişikliği talebini kabul ederek, davayı diğer mecburi dava arkadaşına da teşmil ederek, yargılamaya devam etmelidir.

Davaya konu somut uyuşmazlık, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 86. maddesinin 8. fıkrasına dayalı hizmet tespiti istemine ilişkin olup, hizmet tespiti davalarında işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasında (pasif) mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır. İşveren ile birlikte yasal hasım olan Sosyal Güvenlik Kurumunun davalı olarak katılımı sağlanarak savunması alınıp, onun göstereceği deliller de toplandıktan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” 10. HD. 24.10.2011 T., 11992/14535 (**Yılmaz**, Şerh, s.602 – 603).

<sup>41</sup> **Kuru**, s. 1217 – 1218; **Yılmaz**, Ekonomi, s.254.

<sup>42</sup> İhtiyari dava arkadaşları bakımından, dava dilekçesinde gösterilmesi unutulmuş olan kişi veya kişilerin, yargılama sırasında davalı olarak gösterilebilmeleri mümkün değildir. (**Yılmaz**, Şerh, s.595). Dolayısıyla tarafın üçüncü şahsa davaya ihbar etmesiyle tarafların oluşmasında ortaya çıkan eksikliğin giderilebilmesi mümkün değildir. Çünkü kendisine ihbarda bulunan kişi taraf sıfatını kazanamayacak ve onun hakkında hüküm kurulamayacaktır. (**Umar**, s. 216; **Atalı**, s. 47).

selsil sorumluluğun söz konusu olduğu durumda, davacının bu sorumluluk türünün özelliği gereği her bir sorumlu kişiye ayrı dava açabilmesi mümkündür. Davacı müteselsil borçluların tamamına karşı dava açma mecburiyeti altında tutmak doğru olmayacaktır<sup>43</sup>. Zira bu durumda davacı, her bir müteselsil sorumludan dava konusunu talep edebilecektir. Davacıyı, davasını tüm müteselsil sorumlulara yöneltme zorunluluğu altında bırakmak, usul ekonomisi ilkesi ile açıklanamayacağı gibi Hukuk Muhakemeleri Kanununda da bu yönde bir mecburiyet bulunmamaktadır.

Bir tarafta birden fazla kişinin bulunması zorunluluğunun, yani mecburi dava arkadaşlığının bulunmadığı durumlarda, ihbar kurumu devreye girecektir. İhbar ise yalnızca davanın taraflarınca üçüncü bir kişiye davanın bildirilmesi şeklinde ortaya çıkacaktır. İhbarda amaç ise hali hazırda kullanılmayan ancak gelecekte kullanılma imkânı olan rücu hakkının korunması veya ihbarda bulunan tarafa daha sonra iletilebilecek tazminat taleplerine karşı ileri sürülebilecek def'i veya itirazların saklı tutulmasıdır. Bu durum ise taraflar açısından bir yükümlülük değil külfetin sonucudur. Yani nimet külfet dengesinde ihbar kurumuna başvurabilecek olan yalnızca taraftır. Mahkemenin tasarruf ilkesine aykırı bir şekilde hareket ederek üçüncü bir kişiye davanın teşmilini zorunlu tutması hukuki temele sahip olmayan bir durumdur.

### I. Dava Arkadaşlığının Sebebi ve Türleri

Davada, davacı veya davalı tarafta birden fazla kişinin bir arada bulunduğu hallerde dava arkadaşlığı ortaya çıkmaktadır. Birden fazla kişinin bir arada bulunması durumu, davacı tarafta olabileceği gibi davalı tarafta da olabilecektir. Dava arkadaşlığı bazen maddi hukukun bir hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılmasını veya birden fazla kişiye karşı kullanılmasını zorunlu kıldığı durumlarda ortaya çıkabilir. Bazen de ayrı ayrı dava açabilme imkânına sahip olanların tahkikatın daha sağlıklı yürütülebilmesi, usul ekonomisine uygun hareket edilebilmesi veya çelişkili kararların önlenmesi için ortaya çıkabilir<sup>44</sup>. İlk durumda mecburi dava arkadaşlığı ikinci durumda ise ihtiyari dava arkadaşlığı ortaya çıkacaktır.

Mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukukun, bir hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılmasını veya birden fazla kişiye karşı kullanılmasını zorunlu kıldığı durumlarda ortaya çıkabilir. Bu hak dava konusu yapıldığı zaman, o hakla ilgili birden fazla kişi mecburi dava arkadaşı konumunda olacaktır. Bu durumda taraflardan birisinde (veya duruma göre her ikisinde) birden fazla kişi, maddi hukukun zorunlu kıldığı durum gereğince bir arada bulunmak zorundadır.

<sup>43</sup> Kuru, s. 1213.

<sup>44</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 488 – 489; Ulukapı, s. 25 – 26; Karlı, s. 370; Üstündağ, s. 352; Alangoya, s. 37 vd.; Alangoya/Yıldırım/ Deren – Yıldırım, s. 141 – 142; Yılmaz, Ekonomi, s.253 – 254; Erişir, Evrim, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir, 2007 s. 91.

Mecburi dava arkadaşlığı maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığında dava konusu hakkın birden fazla kişi tarafından elbirliği halinde kullanılması veya dava konusu borcun yerine getirilmesi, maddi hukuk kurallarına göre zorunludur ve bu durumda dava konusu hukuki ilişki hakkında mahkeme bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir hüküm vermektedir. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı elbirliği mülkiyetinde, kira sözleşmesinde birden fazla kiralaayan<sup>45</sup> veya kiracının bulunması halinde açılacak tahliye davasında ortaya çıkmaktadır.

Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında ise birden fazla kişiye karşı dava açılmasında maddi bir zorunluluk olmasına rağmen kanun, gerçeğin daha iyi ortaya çıkmasını ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanmasını sağlamak için birden fazla kişiye karşı dava açılmasını zorunlu kılmıştır. Bu durumda bütün ilgililer hakkında aynı şekilde ve tek bir hüküm verilmesi zorunlu değildir. Dikkat edilecek olursa, şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının ortaya çıkabilmesi için özel bir kanun hükmünün bulunması gerekecektir. Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının ortaya çıktığı durumlara, soybağının reddi davasının çocuk ile anasına karşı birlikte açılması zorunluluğu, tapusuz taşınmazlar için olağanüstü zamanaşımına dayanarak açılan tescil davasının Hazineye ve ilgili kamu tüzel kişisine veya varsa tapuda malik olarak gözüken kişinin mirasçılarına karşı birlikte açılması zorunluluğu gösterilebilir. Yine bunların yanında asli müdahale davasının davalısı olan ilk davanın davacısı ve davalısı arasındaki ilişki, İskan Kanunu'na göre temlik edilmiş olan taşınmazlar hakkındaki aynı davaların, yeni malike ve Hazine'ye karşı birlikte açılması gibi durumlar şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığına örnek verilebilir<sup>46</sup>.

Dava arkadaşlığının bir diğer türü ise ihtiyari dava arkadaşlığıdır. Taraflardan birisi açısından ihtiyari dava arkadaşlığının ortaya çıkışı bir zorunluluğa dayanmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle ihtiyari dava arkadaşlığının ortaya çıkışı isteğe bağlı olarak ortaya çıkabilir. Bu durumun en güzel örneği müteselsil borçlulardan her birine karşı ayrı ayrı dava açılabilmesine karşın müteselsil borçluların bir kaçına veya tamamına karşı birlikte dava açılması halinde ortaya çıkacaktır<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Kira sözleşmesinde kiralaayanlardan birinin veya birkaçının yalnız başına tahliye davası açabileceği yazılı ise bu durumda kiralaayanlardan bir kısmı yalnız başına tahliye davası açabilir. Yine kiralaayanlardan birisi diğer kiralaayanların muvafakati ile yalnız başına tahliye davası açabilir. (Umar, s. 207; Ulukapı, s. 94 - 95; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 484).

<sup>46</sup> Ulukapı, s. 102 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 485; Alangoya, s. 80 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 271 - 272; Yılmaz - Şerh, s. 596 - 597; Meriç, s. 77.

<sup>47</sup> Ulukapı, s. 1016; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 488 - 489; Üstündağ, s. 364; Alangoya/Yıldırım/ Deren - Yıldırım, s. 146 - 147; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 267; Yılmaz, Şerh, s. 588; Erişir, s. 90 - 91.

İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır. İhtiyari dava arkadaşlığının mevcut olduğu durumlarda ihtiyari dava arkadaşlarının birlikte dava açmalarını veya ihtiyari dava arkadaşlarına birlikte dava açılmasını zorlamak mümkün değildir. Burada ancak ihbar kurumu yoluyla diğer ihtiyari dava arkadaşı olabilecek kişiler davadan haberdar edilebilir. Ancak ihbarı yapabilecek olan da taraflar olacaktır.

İhtiyari dava arkadaşlığı üç durumda ortaya çıkabilir (HMK m. 57/I). Bunlardan ilki davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması halinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin müteselsil borçlulara karşı alacaklı bir alacak davası açıldığında müteselsil borçlular arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır. İhtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu bir diğer durum, ortak bir işlemle birden çok kişinin hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya birden çok kişinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri halinde ortaya çıkar. Örneğin kiralayanın birden çok kiracıdan kira alacağını istemesi durumunda kiracılar arasındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığı olacaktır. İhtiyari dava arkadaşlığının ortaya çıktığı son durum ise davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması halinde ortaya çıkar<sup>48</sup>.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Değerlendirmeye konu olan kararda Yargıtay, davalı asıl işveren (Sağlık Bakanlığı) ile davada, davalı tarafta hasım olarak gösterilmeyen alt işverenin şekli bakımından mecburi dava arkadaşı olduğunu kabul etmiştir. Devamında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığını oluşturan geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumda, doğru sonuca varılabilmesi, araştırma ve incelemenin yeterli hale getirilmesi ve ileride oluşabilecek uyumsuzlukların önlenmesi bakımından, dava dışında kalan asıl işveren ya da alt

---

“...Hemen belirtelim ki, davalıların sorumluluğu yasadan kaynaklanan müteselsil sorumluluk ve aralarındaki münasebet de ihtiyari dava arkadaşlığıdır. Müteselsil borçluluk niteliği itibarıyla bölünebilen bir edimin birden fazla borçlusundan her birinin edimin tamamını ifa etmekle yükümlü olduğu bir borçluluk türü olup, borçlulardan birinin edimin tümünü ifa ederek alacaklıyı tatmin etmesi halinde, evvelce mevcut olmasa dahi ifayı gerçekleştiren borçlu ile diğer borçlular arasında bir hukuki ilişki doğacaktır. Alacaklıyı tatmin eden bir borçlu, kendisine isabet eden paydan daha fazla bir ödemede bulunduğu takdirde bu fazlalık ölçüsünde diğer borçlulara başvurabilecektir. Bu durum bir borçlunun alacaklıyı tatmin etmesi halinde diğer borçluların da alacaklı karşısında alacaklının tatmin edilmesi ölçüsünde borçtan kurtulmalarının (BK m. 145/1) doğal bir sonucudur...” HGK. 4.11.2009 T., 16-428/483 (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Aynı yönde bkz. 3. HD. 17.03.1983 T., 1161/1444 (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); 17. HD. 31.10.2005 T., 9152/10235 (**Yılmaz, Şerh**, s. 589).

<sup>48</sup> **Ulukapı**, s. 115 vd.; **Üstündağ**, s. 353 – 354; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 489 – 491; **Alangoğa/Yıldırım/ Deren – Yıldırım**, s. 146 – 148; **Yılmaz, Şerh**, s. 587 vd.; **Pekcantez/Atalay/Özkes**, s. 267; **Erişir**, s. 91.



işverene de davanın teşmil edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Tüm sebeplerle, davanın dava dışında kalan alt işverene de teşmili ve bu suretle alt işverenin de davalı safında yer almasının sağlanması yerine, alt işverene ihbar ile yetinilerek sonuca gidilmesinin isabetli olmadığını, davanın alt işverenlere teşmil edilme-  
mesi halinde ise davanın usulden reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Asıl işveren ile alt işverenin müteselsil sorumluluğu dolayısıyla açılacak iş-  
çi alacağına ilişkin davada zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu değildir<sup>49</sup>. İşçi-  
lik hakları ödenmiş veya iş sözleşmesinin feshine ilişkin bilgiler davanın sonu-  
cuna etki edeceğinden davanın alt işverenlere ihbar edilmesi yararlı olacaktır.  
Ancak söz konusu durum davacı açısından herhangi bir hukuki sonuç doğurma-  
yacak, davalının ileride açacağı rücu davası açısından önem arz edecektir.

Yukarıda ayrıntıları ile ifade edilen ve hukuk sistemimiz açısından da ge-  
çerli olan tasarruf ilkesi gereğince kural olarak hiç kimse, kendi lehine olan  
davayı açmaya veya hakkı talep etmeye zorlanamayacaktır. Ayrıca davalı açı-  
sından davalı sıfatı, davacının dava dilekçesinde davalı olarak gösterdiği kişiye  
aittir. Bu düşünceler ışığında taraf teşkili noktasında yargılamayı sürdüren hâ-  
kimin taraflardan birisinin yanına bir üçüncü kişiyi dâhil etmesine imkân sağla-  
yan açık bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır.

Birden fazla kişinin bir arada bulunması bir zorunluluğa dayanmıyorsa, ya-  
ni mecburi dava arkadaşlığını gerektiren bir durum yok ise dâhili davalı kuru-  
munun kabul edilebilir olduğunu söylemek dahi mümkün değildir. Özellikle  
müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu durumda, davacının bu sorumluluk  
türünün özelliği gereği her bir sorumlu kişiye ayrı dava açabilmesi mümkündür.  
Davacıyı müteselsil borçluların tamamına karşı dava açma mecburiyeti altında  
tutmak doğru olmayacaktır. Zira bu durumda davacı, her bir müteselsil sorum-  
ludan dava konusunu talep edebilecektir. Davacıyı, davasını tüm müteselsil  
sorumlulara yöneltme zorunluluğu altında bırakmak, usul ekonomisi ilkesi ile  
açıklanamayacağı gibi Hukuk Muhakemeleri Kanununda da bu yönde bir mec-  
buriyet bulunmamaktadır.

Bir tarafta birden fazla kişinin bulunması zorunluluğunun, yani mecburi  
dava arkadaşlığının bulunmadığı durumlarda, ihbar kurumu devreye girecektir.  
İhbar ise yalnızca davanın taraflarınca üçüncü bir kişiye davanın bildirilmesi  
şeklinde ortaya çıkacaktır. İhbarda amaç ise hali hazırda kullanılmayan ancak  
gelecekte kullanılma imkânı olan rücu hakkının korunması veya ihbarda bulu-  
nulan tarafa daha sonra iletilebilecek tazminat taleplerine karşı ileri sürülebi-  
lecek def'i veya itirazların saklı tutulmasıdır. Bu durum ise taraflar açısından bir  
yükümlülük değil külfetin sonucudur. Yani nimet külfet dengesinde ihbar ku-  
rumuna başvurabilecek olan yalnızca taraftır. Mahkemenin tasarruf ilkesine

<sup>49</sup> Aykaç, s.295-297.

aykırı bir şekilde hareket ederek üçüncü bir kişiye davanın teşmilini zorunlu tutması hukuki temele sahip olmayan bir durumdur.

Yukarıda özetle ifade edilmeye çalışılan gerekçelerle Yargıtay'ın davanın alt işverenlere teşmil edilme zorunluluğu konusundaki görüşünün 4857 sayılı Kanunun mevcut hükümleri, 6098 sayılı Kanun ve 6100 sayılı Kanun hükümleri açısından savunulamayacağı kanaatindeyiz.

## **KAYNAKÇA**

- Akın**, Levent, Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Mütelsel Sorumluluğunun Niteliği, AÜHFD, S.4, Ankara 2011
- Alangoaya**, Yavuz H./**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren - Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Baskı, İstanbul, 2006.
- Alangoaya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı, İstanbul, 1999.
- Alpagut**, Gülsevil, 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, İntes, Ankara 2004.
- Alpagut**, Gülsevil, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin Hukuka Aykırılığı Üzerine, İşveren Dergisi, Kasım 2008.
- Arıcı**, Kadir, Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006.
- Atalı**, Murat, Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara, 2007.
- Aydınlı**, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008.
- Aykaç**, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.
- Bedük**, Nusret, Kamu İşyerlerindeki Alt İşveren Uygulaması ve İşçi Alacağı Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.1, Y.2011.
- Budak**, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması, İstanbul, 2000.
- Çankaya**, Osman Güven/ **Çil**, Şahin, 4857 Sayılı Kanuna Göre Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, Sicil İHD, Eylül 2006.
- Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013.
- Ekmekçi**, Ömer, Kamu İşvereninin Özel Kesin İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar, Legal İHSGHD, 2006/12.
- Ekonomi**, Münir, Asıl İşveren -Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008.
- Gerek**, Nüvit, Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri ile İlgili Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2007/4.
- Güzel**, Ali, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2004/1.
- Kabakçı**, Mahmut, Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011.
- Karslı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2012.
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Altıncı Baskı, İstanbul, 2001.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara, 2012.

- Meriç**, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara, 2011.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/ **Astarlı**, Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2012.
- Pekcanitez**, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale Ankara, 1992.
- Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/Özekes, **Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, 13.Baskı, Ankara, 2012.
- Soyer**, Polat, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil, Mart 2006.
- Subaşı**, İbrahim, İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011.
- Sümer**, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010.
- Süzek**, Sarper, Alt İşveren İlişkinin Kurulması, İHSGHD, 2010/25.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2013.
- Süzek**, Sarper, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, İHSGHD, 2010/27.
- Taşkent**, Savaş, Alt İşveren, İHSGHD, 2, Nisan-Haziran 2004.
- Ulukapı**, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya, 1991.
- Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2011.
- Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000.
- Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013 (Yılmaz, Şerh)
- Yılmaz**, Ejder, Usul Ekonomisi, AÜHFD Yıl 2008, C.57, S.1 (Yılmaz, Ekonomi).

## **DÖNÜŞÜM EKONOMİLERİNDE REKABET POLİTİKALARININ VE HUKUKUNUN ÖNEMİ**

*Yrd. Doç. Dr. Sevda Yaşar COŞKUN\**

### **ÖZET:**

Bu çalışmanın konusu, dönüşüm ekonomilerinde rekabet politikaları ve hukukunun önemidir. Betimleyici bir yöntemle yürütülen çalışmada, ülke ya da sektör sınırlaması yapılmamıştır. Konunun önemi tartışıldıktan sonra, karşılaşılan başlıca engellerin devlet bürokrasisi, rüşvet ve organize suçlar, hukuki altyapı eksikliği, uzman eksikliği, rekabetçi iklim ve kültür eksikliği olduğu belirlenmiştir.

Dönüşüm ekonomilerinde etkili bir rekabet politikası ve rekabet hukuku uygulaması için; rekabet hukukunun aşamalı bir şekilde uygulamaya konulması; rekabet politikalarının diğer ekonomik politikalarla bir bütünlük oluşturacak şekilde uyumlu olması; rekabet hukuku uygulamasının uzmanlaşmış kurumlar ya da mahkemeler tarafından yerine getirilmesi; kurumsal bir altyapının oluşturulması ve piyasa ekonomisi ve rekabetin unsurlarının kamuoyu ile paylaşılması önerilerinde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Dönüşüm Ekonomileri, Rekabet Hukuku, Rekabet Politikaları, Rekabet Otoritesi, Yasal Altyapı.

### **ABSTRACT:**

The subject of this study is to evaluate the importance of competition policies and competition law in transition economies. The study held by a descriptive method and carried out without any restriction of country or sector. After discussing the importance of the subject it is determined that the major obstacles of transition are state bureaucracy, corruption and organized crime, lack of legal infrastructure, lack of specialist and deficiencies of competitive climate and culture.

In transition economies, for an effective competition policy and competition law to be enforced these suggestions are made: an incremental implementation of competition law; integrity and consistency of other economic policies with competition policy; competition law enforcement by specialized agencies or the courts; establishing institutional infrastructure and sharing the market economy and competition elements with the public.

**Keywords:** Transition Economies, Competition Law, Competition Policies, Competition Authority, Legal Infrastructure.

---

\* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Öğretim Üyesi.

## GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı, bütüncül bir bakış açısıyla, dönüşüm ekonomileri bağlamında rekabet politikaları ve rekabet hukukunun önemini ortaya koyarak bazı öneriler sunmaktır. Çalışma literatür incelemesine dayalı olarak betimleyici nitelikte tasarlanmıştır. Çalışmada, rekabet politikası ve hukukunun dönüşüm ekonomileri açısından niçin çok önemli olduğunun üzerinde durulacaktır. Daha sonra etkin bir rekabet politikası ve hukukunun uygulanmasında karşılaşılan sorunlar ele alınacaktır. İzleyen bölümde bu sorunların çözüm yollarına dair bir yol haritası çizildikten sonra, son bölümde dönüşüm ekonomilerinde etkin bir rekabet politikasının kurgulanması ve rekabet hukukunun uygulanması bağlamında bazı önerilerde bulunulacaktır.

### Rekabet Hukukunun Serbest Piyasanın İşleyişindeki Rolü

Rekabet Hukuku alanı “piyasa ekonomisi” mantığı üzerinden şekillendiği için temel dayanak noktasını “iktisat okulları” oluşturmaktadır. Aynı şekilde firma teori ve uygulamaları Rekabet Hukukunun analiz birimlerini oluşturduğu için Stratejik Yönetim alanı ile de bağlantılıdır. Dolayısıyla bir ülkede “Rekabet Hukukunun” işlerliğinin temel belirleyicisi “piyasa ekonomisi” ve “serbest girişim” ortamının varlığıdır.

Rekabet Hukuku ile ilgili güçlü gelenek ve iddiası olan üç ekolden söz edilebilir. Bunlar Chicago, Harvard ve Avusturya ekolleridir. Bunlardan Chicago ekolü piyasa ekonomisinin varlığını devletin piyasadan uzak durmasına bağlamıştır<sup>1</sup>. Bu ekol tam rekabet piyasası varsayımından yola çıktığı için<sup>2</sup> temel öngörüsü piyasada yeterince alıcı ve satıcının bulunduğu; bilgi simetrisinin olduğudur<sup>3</sup>. Böylesi bir yaklaşım daha baştan devletin piyasa aktörü olduğu planlı ekonomiyi reddetmekte, serbest girişim ve ticaret serbestisi, ürün çeşitliliği olmadan piyasa mekanizmasının işlemeyeceğini iddia etmektedir.<sup>4</sup>

Diğer yandan Harvard ekolü piyasa yapısı ve sürecini teşebbüslerin sayı ve büyüklüklerinin belirlediğini öngörmektedir. Bu teşebbüslerin faaliyet serbestliğini ise sadece serbest piyasa mekanizması sağlayabilecektir. Teşebbüslerin yapıları, davranışları ve performansları piyasa mekanizmasının belirleyicileridir<sup>5</sup>. Piyasa aksaklıkları olarak tanımladıkları ürünlerin heterojenliği, piyasa

<sup>1</sup> Robert H Bork, (1978 s. 25) *The Antitrust Paradox*. New York: Free Press.

<sup>2</sup> G.J Stigler (1968 s. 34), *The Organization of Industry*, Homewood, III: Irwin.

<sup>3</sup> J. B Rittaler, L.O Schmidht, (1998 s. 65), *A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis*, Kluwer Academic Publisher, The Netherlands.

<sup>4</sup> J. B Rittaler, L.O Schmidht, (1998, s.66).

<sup>5</sup> H. Demsetz, (1973 s. 47), *Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy* The Journal of Law and Economics Vol. 16.

bilgisi eksikliği, ön görü eksikliği dinamik bir rekabetçi sürecin hem gereklilikleri hem de çıktılarınıdır<sup>6</sup>. Piyasada aktif olarak faaliyette bulunacak çok sayıda teşebbüs ve bu teşebbüslerin hareket serbestisine olanak tanımayan bir planlı ekonominin sürdürülebilir ve rekabetçi bir ekonomik büyümeyi sağlamasının mümkün olmadığına inanmaktadırlar<sup>7</sup>.

Serbest piyasa ekonomisi düşüncesinin belki de en uç noktasında yer alan Avusturya ekolü iktisatçıları ve özellikle de Von Mises<sup>8</sup>, ve Hayek<sup>9</sup>, sosyalist planlı bir ekonomide fiyat mekanizmasının bulunmaması sebebiyle, hesaplama yapmanın imkânsız olacağını iddia etmişlerdir. Dolayısıyla da rasyonel bir yatırım mekanizması kurmanın mümkün olmayacağını ve sistemin bir gün mutlaka çökeceğini öngörmüşlerdir. Yine bu ekolün temsilcilerinden Kirzner, girişimciliği rekabetçi piyasanın odağına koymaktadır. Buna bağlı olarak serbest teşebbüsün olmadığı bir ekonomik sistemde rekabetten de söz edilemeyeceğini iddia etmektedir.

### **Dönüşüm Ekonomilerinde Rekabet Hukuku Politika ve Uygulamaları**

Bu ekollerin serbest piyasanın oluşturulması ve işleyişine ilişkin iddiaları Dönüşüm Ekonomilerinde Rekabet Hukuku politika ve uygulamalarının araştırmalara konu edilmesinin gerekçelerindedir.

Özel olarak Türkiye açısından bakıldığında Dönüşüm Ekonomilerinde Rekabet Hukukunun işlerliği oldukça önem taşımaktadır. Çünkü Türkiye hem eski Sovyetler Birliği ülkeleri (örneğin Gürcistan, Azerbaycan, Rusya Federasyonu ve Ukrayna) ile hem de eski Doğu Bloku ülkeleriyle (örneğin Bulgaristan ve Romanya) çok sayıda ve büyük miktarda yatırım ilişkisi içerisindedir. Bunlara tarihsel bağların güçlü olduğu Balkan ve merkezi Avrupa ülkeleri de eklendiğinde Dönüşüm Ekonomilerinde Rekabet Politika ve uygulamalarının önemi ortaya çıkacaktır.

<sup>6</sup> J. B Rittaler, L.O Schmidht, (1998, s.68).

<sup>7</sup> J. B Rittaler, L.O Schmidht, (1998, s. 70).

<sup>8</sup> L. V Mises, (1949 s.118), Human Action: A Treatise on Economics. New Haven, Conn.: Yale University Press.

L.V Mises, (1962 s.57), The Ultimate Foundation of Economic Science, Princeton, N.J.: Van Nostrand.

L. V Mises, (1963 s.214), Human Action. Yale University Press.

<sup>9</sup> Hayek, F. A. (1945 s. 165), "The Use of Knowledge in Society", American Economic Review Vol. 35.

Hayek, F. A, (1948 s.96), Individualism and Economic Order. Chicago: University of Chicago Press.

Hayek, F. A, (1973 s.89), Law, Legislation and Liberty. Chicago: University of Chicago Press.

Dönüşüm Ekonomileri 1990'ların başında Dünyanın gündemine gelmeye başlamasına rağmen Rekabet hukuku ve politikaları açısından uluslararası literatüre konu olmaları ve bu konuda gerekli kurumsal altyapı çalışmalarını oluşturma çabaları görece yenidir ve halen devam etmektedir. Kaldı ki rekabet hukuku açısından kurumsal altyapının oluşturulması tek başına yeterli değildir. Ayrıca, bir rekabet mantığının kurumsallaşması ve rekabet edebilecek firmalara sahip endüstrilerin oluşturulması da gerekmektedir. Bu dönüşüm oldukça uzun bir sürece karşılık gelmektedir.

Eski Doğu Bloku Ülkelerindeki merkezi planlı sistemin çökmesi ve bahse konu ülkelerin sistem değişikliğine gitmesi, yeni bir hukuk ve ekonomi disiplini olan "Geçiş-Dönüşüm Ekonomisi" (Transition Economies) literatürünün de gelişmesinde sebep olmuştur. Eski Sosyalist Ülkelerin ekonomik dönüşüm sorunlarının analizinde hem teorik hukukçu ve iktisatçıların hem de uygulamacıların ilgisi bu disipline gittikçe daha fazla odaklanmaktadır. Literatürün tamamının bu çalışmaya konu edilmesi çalışmanın kapsamını aşacaktır. Bu yüzden bazı konu ve ülkelere ilişkin literatüre yer verilmiştir. Aras<sup>10</sup>, dönüşüm sürecini Azerbaycan ekonomisi açısından ele almıştır. Chikán ve Demeter<sup>11</sup> dönüşüm ekonomilerinin Macaristan endüstrisinde imalat stratejilerine olan etkilerini inceleme konusu yapmışlar; yine Chikán<sup>12</sup> 1996'daki çalışmasında Macaristan'da ekonomik dönüşümün lojistik üzerindeki sonuçlarını araştırma konusu yapmıştır. Biçerli<sup>13</sup> de ekonomik dönüşümü düşük işsizlikle sağlamada Çek Cumhuriyeti tecrübesini değerlendirmiştir. Zukowski<sup>14</sup> ise, sosyalizm sonrasında dönüşüm krizlerinin sebepleri ve örneklerini çalışma konusu etmiştir. Türkiye'de ortaya çıkan mali krizlere dayanarak, yeni gelişmekte olan ülkeler ve dönüşüm ekonomileri açısından krizleri önlemek için çıkartılabilecek dersler ve IMF'nin kriz politikalarının değerlendirmesi Seyidoğlu<sup>15</sup> tarafından yapılmıştır.

<sup>10</sup> O. N. Aras, "Azerbaycan Ekonomisi ve Dönüşüm Süreci", Akademik Araştırmalar Dergisi, Sayı: 19, 2003-2004.

<sup>11</sup> A. Chikán, K. Demeter, (1995), "Manufacturing strategies in Hungarian industry: the effects of transition from planned to market economy", International Journal of Operations & Production Management, Vol. 15 Iss: 11, pp.5 – 19.

<sup>12</sup> A. Chikán, (1996), "Consequences of economic transition on logistics: the case of Hungary", International Journal of Physical Distribution & Logistics Management, Vol. 26 Iss: 1, pp.40 – 48.

<sup>13</sup> M. K. Biçerli, (2001), Ekonomik Dönüşümü Düşük İşsizlikle Sağlamada Çek Cumhuriyeti Tecrübesinin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi. 56-2.

<sup>14</sup> R. Zukowski, (1996), "Transformation Crisis in Post-Socialist Countries: Patterns and Causes", International Journal of Social Economics, Vol. 23 Iss: 10/11, pp.279 – 296.

<sup>15</sup> H. Seyidoğlu, (2003), Uluslararası Mali Krizler, IMF Politikaları, Az Gelişmiş Ülkeler, Türkiye ve Dönüşüm Ekonomileri Doğu Üniversitesi Dergisi, 4 (2) 2003, 141-156



Havrylyshyn<sup>16</sup> ve diğ. 1998’de yaptıkları çalışmada Dönüşüm ekonomilerindeki 1990-97 yılları arasındaki iyileşme ve büyümeyi ele almışlardır. Dönüşüm ekonomilerine ilişkin çalışmalar zaman zaman sektörel tabanlı olmuştur. Örneğin, Fankhauser and Cornillie<sup>17</sup>, (2004), dönüşüm ülkelerinde enerji yoğunluğunu konu alan bir çalışma yapmış; Markandya ve diğ<sup>18</sup>. (2005) ise dönüşüm ülkelerinde enerji yoğunluğunu AB ortalamasına doğru bir yakınsama olup olmadığı açısından ele almışlardır.

Dönüşüm ekonomilerine ilişkin çalışmaların bir kısmı yabancı yatırımlar üzerine yoğunlaşmıştır. Örneğin, Brenton ve diğ<sup>19</sup>. (1999), merkezi ve Doğu Avrupa’da ve Avrupa Birliğinde yabancı yatırımlara ilişkin deneysel bir çalışma yürütmüşlerdir. Bevan ve diğ<sup>20</sup>. (2000) ise, dönüşüm ekonomilerinde doğrudan yabancı yatırımların belirleyicileri nelerdir sorusunun cevabını aramışlardır. Bevan Estrin ve Meyer’le<sup>21</sup> 2004’te dönüşüm ekonomilerinde yabancı yatırımların lokasyonu ve kurumsal gelişimini konu alan bir çalışma yapmışlardır. Buch ve diğ<sup>22</sup>. (2003) doğrudan yabancı yatırımların Avrupa’nın güneyinden doğusuna doğru yöneldiği iddiasını ispatlamaya çalışmışlardır. Aynı konuda Resmini<sup>23</sup> (2000), merkezi ve Doğu Avrupa’da sektörel modellerin belirleyici olduğu üzerinde durmuştur. Uhlenbruck ve De Castro<sup>24</sup> (2000), merkezi ve Doğu Avrupa’da yabancı ele geçirmeleri dönüşüm ekonomilerinde özelleştirmelerin bir çıktısı olarak inceleme konusu yapmışlardır. Lansbury ve diğ<sup>25</sup>. (1996), merkezi

<sup>16</sup> Havrylyshyn, O. I. Izvorski, and R. Rooden. 1998. “Recovery and Growth in Transition Economies 1990–97: A Stylised Regression Analysis.” Working Paper WP/98/141, International Monetary Fund, Washington, DC

<sup>17</sup> Fankhauser, S. and Cornillie, J. 2004. The Energy Intensity of Transition Countries. *Energy Economics*. V (26): 283-295

<sup>18</sup> Markandya, A., Pedroso-Galinato, S., Streimikiene, D., 2005. Energy Intensity in transition economies: Is there convergence towards the EU average? *Energy Economics*. 28 (1): 121-145.

<sup>19</sup> Brenton, P, DiMauro, F, Lucke, M. 1999. Economic integration and FDI: An empirical analysis of foreign investment in the EU and in Central and Eastern Europe. *Empirica* 26 (2), 92–121

<sup>20</sup> Bevan, Alan A., Estrin, Saul, 2000. The Determinants of Foreign Direct Investment in Transition Economies. CEPR Discussion Paper 2638. Centre for Economic Policy Research, London.

<sup>21</sup> Alan Bevan, Saul Estrin, Klaus Meyer (2004) Foreign investment location and institutional development in transition economies. *International Business Review* 13, 43–64.

<sup>22</sup> Buch C.M. Kokta, R.M. ve Piaolo, D. Foreign direct investment in Europe: Is there redirection from the South to the East? *Journal of Comparative Economics* 31 (2003) 94–109

<sup>23</sup> Resmini, L. (2000). The determinants of foreign direct investment into the CEECs: New evidence from sectoral patterns. *Economics of Transition*, 8 (3), 665–689.

<sup>24</sup> Uhlenbruck, K. & De Castro, J. (2000). Foreign acquisitions in Central and Eastern Europe: Outcomes of privatization in transitional economies. *Academy of Management Journal*, 43 (3), 381–402.

<sup>25</sup> Lansbury, M., Pain, N., & Smidkova, K. (1996). Foreign direct investment in Central Europe since 1990: An econometric study. *National Institute Economic Review*, 156, 104–124.

Avrupa'da 1990'dan itibaren gerçekleşen doğrudan yabancı yatırımları ekonometrik bir çalışmayla ele almışlardır. Lankes ve Venables<sup>26</sup> (1996), dönüşüm ekonomilerinde doğrudan yabancı yatırımları değişen yatırım modelleri bağlamında tartışmışlardır.

Dönüşüm ekonomilerinde girişimciliği çalışma konusu yapan oldukça zengin bir literatür söz konusudur. Örneğin Peng<sup>27</sup>, 2001 yılında yaptığı çalışmada dönüşüm ekonomilerinde girişimcilerin nasıl zenginlik yaratacakları sorusunun cevabını aramıştır. Sigmon ve diğ<sup>28</sup>. (1997) dönüşüm ekonomilerinde girişimcilik ile siyaset ilişkisini çalışmalarına konu edinmişlerdir. Duchene ve diğ<sup>29</sup>. (2002), dönüşüm ekonomilerinde girişimcilik ve kurumları ele almışlardır. Dutz ve diğ<sup>30</sup>. ise (2001), dönüşüm ekonomilerinde girişimcilik, hareketlilik ve işgücü piyasasının durumunu araştırmışlardır.

Çalışmanın konusunu oluşturan rekabet hukuku ve dönüşüm ekonomileri açısından literatür incelendiğinde yapılan çalışmaların genellikle bir ya da birkaç ülke temel alınarak yapıldığı ortaya çıkmıştır. Örneğin Fingleton ve diğ<sup>31</sup>.(1996) merkezi Avrupa'daki dört dönüşüm ekonomisi ülkesinde rekabet hukuku ve politikalarının kaydettiği ilerlemeyi tartışmışlardır. Kovacic<sup>32</sup>, 1995 teki çalışmasında dönüşüm ekonomilerinde rekabetin tasarımı ve uygulanması ve tüketicinin korunması reformlarını Moğolistan, Zimbabwe, Ukrayna ve Nepal açısından ele alırken, 1996<sup>33</sup>'daki çalışmasında ise eski komünist ve sosyalist ülkelerde rekabet politikası sistemlerinin oluşturulması ve yürütülmesinde karşılaşılan güçlükler ve engeller ve bunlarla başa çıkma yolları üzerinde durmuştur. Pham<sup>34</sup>, (2006) Vietnam rekabet hukukunu ekonomik reform ve küre-

<sup>26</sup> Lankes, H. P. & Venables, A. J. (1996). Foreign direct investment in economic transition: The changing pattern of investments. *Economics of Transition*, 4 (2), 331-347.

<sup>27</sup> Peng, M. W. (2001). How entrepreneurs create wealth in transition economies. *Academy of Management Executive*, 2001, Vol. 15, No. 1

<sup>28</sup> Sigmon, D. Kaufman ve Shlegfer, A. (1997), *Politics and Entrepreneurship in Transition Economies*, William Davidson Institute Working Paper Nr.57, WDI, University of Michigan, Michigan.

<sup>29</sup> Duchene, G.,- Rusin, P., and Turlea, G. (2002): *Entrepreneurship and Institutions in Transition*. *Journal for Institutional Innovation, Development & Transition* 6: 57-76.

<sup>30</sup> Dutz, M., Kaufmann, C., Najarian, S., Sanfey, P., and Yemtsov, R. (2001): *Labour Market States, Mobility and Entrepreneurship in Transition Economies*, EBRD Working paper no. 66.

<sup>31</sup> J. Fingleton, E. Fox, D. Neven, P. Seabright, (1996), *Competition Policy and the Transformation of Central Europe*, Center for Economic Policy Research, London.

<sup>32</sup> William E. Kovacic, *Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine, and Zimbabwe*, 44 *DEPAUL L. REV.* 1197 (1995)

<sup>33</sup> William E. Kovacic, *The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries*, 11 *AM. U. J. INT'L L. & POL'Y* 437 (1996)

<sup>34</sup> Alice Pham, *The Development of Competition Law in Vietnam in the Face of Economic Reforms and Global Integration*, 26 *NW. J. INT'L L. & BUS.* 547 (2006)

selleşme bağlamında tartışmıştır. Brzezinski<sup>35</sup>, (1994) sosyalist sistemden piyasa ekonomisine geçişte rekabetin oynadığı hayati role dikkat çekmiştir. 1998'deki çalışmasında Kovacic<sup>36</sup>, merkezi planlı ekonomiden piyasa ekonomisine geçerken rekabet hukukunun etkisine yer vermiştir. Pittman<sup>37</sup> (1998) Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Polonya, Romanya, Rusya ve Slovak Cumhuriyeti rekabet hukuku deneyimini gözden geçiren bir çalışma yapmıştır. Mastalir<sup>38</sup> (1993) yeni piyasa ekonomilerinde anti tröst yasalarının oluşturulmasında Batı ülkelerinin yardımını tartışma konusu yapmıştır. Rodriguez ve Coate<sup>39</sup> (1996) ise kendi anti tröst yasalarını hazırlarken ABD'den yardım alan Doğu Avrupa ülkelerinin listesini yapmışlardır. Song'da<sup>40</sup> (1995) çalışmasında Çin'in rekabet otoritesinin yetersiz kalması nedeniyle Çin Haksız Rekabet Yasası uygulamasının umut verici görünmediğini belirtmektedir. Benzeri bir çalışmada Zheng<sup>41</sup> (2011), ekonomik dönüşüm, piyasa yapısı ve devlet kontrolü bağlamında anti tröst kurallarının Çin'e naklini tartışmaktadır.

Grigoryan<sup>42</sup> dönüşüm ekonomilerindeki tekelleşme sorunlarını ve rekabet hukuku politikalarını Ermenistan Cumhuriyeti bağlamında ele almıştır. Pistor ve diğ.<sup>43</sup> ise dönüşüm ekonomilerinde hukukun finans sektörü üzerindeki etkilerini ortaya koymaya çalışmışlardır. Avrupa Birliği açısından dönüşüm ekonomilerinde şirket yönetim mekanizmalarının etkileri Rogojanu ve diğ.<sup>44</sup>'nin araştır-

<sup>35</sup> Carolyn Brzezinski, (1994) Competition and Antitrust Law in Central Europe: Poland, The Czech Republic, Slovakia and Hungary, University of Michigan Law School Michigan Journal of International Law 15. 1129.

<sup>36</sup> William E. Kovacic, Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions in Emerging Economies, University of Cincinnati Law Review University of Cincinnati 66, 1075, 1076-77 Summer, 1998.

<sup>37</sup> Pittman, Russell Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later, 43 ANTITRUST BULL. 179, 179-87 (1998)

<sup>38</sup> Mastalir Roger W., Regulation of Competition in the "New" Free Markets of Eastern Europe: A Comparative Study of Antitrust Laws in Poland, Hungary, Czech and Slovak Republics, and their Models, 19 N.C. J. INTL L. & COM. REG. 61, 61-63 (1993).

<sup>39</sup> A. E. Rodriguez, Malcolm B. Coate, Limits to Antitrust Policy for Reforming Economies, 18 HOUS. J.INTL L. 311, 327-29 (1996).

<sup>40</sup> Song, Bing Competition Policy in a Transitional Economy: The Case of China, 31 STAN. J. INT'L L. 387, 420 (1995)

<sup>41</sup> Zheng Wentong Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control (2011) *U. Pa. J. Int'l L.* [Vol. 32.2

<sup>42</sup> A.A. Grigoryan, (2007), Problems of Monopolization and Antitrust Policy in Transition Economies (on the example of the Republic of Armenia), the International Journal of Applied economics and Finance, 1 (1): 38-44.

<sup>43</sup> K. Pistor, M. Raiser, S. Gelfer, (2000), Law and Finance in Transition Economies, CID Working Paper No. 49 June 2000, Law and Development Paper No. 4

<sup>44</sup> A. Rogojanu, M. Tarța, L. Nuțu, (2007), "The implications of corporate governance mechanisms and regulations for transition economies within the European Union", The

masına konu olmuştur. Dönüşüm ekonomilerinde rekabet politikası açısından kurumların önemi ve işlevleri Kovacic<sup>45</sup> tarafından iki ayrı çalışmada ele alınmıştır. Dönüşüm ekonomilerine ilişkin geniş bir literatürün bulunduğu daha önce değinilmişti.

1970'lerin ortalarından bu yana, birçok komünist veya sosyalist ülke, piyasa ekonomisine geçişe yönelik farklı yoğunluk ve ölçekte reformlara girişmişlerdir.<sup>46</sup> Planlı ekonomiden piyasa ekonomisine dönüşüm sürecinde önemli oranda karmaşa ve belirsizlik bulunmasına<sup>47</sup> rağmen ekonomik serbestleşme halen büyümeyi teşvik edici ve destekleyici bir stratejik tercih olarak varlığını sürdürmektedir

Bu çalışmada ise dönüşüm ekonomilerinde rekabet politikaları ve rekabet hukuku, hem kural koyma açısından hem kurumsal açıdan, aynı zamanda uygulama ve rekabet kültürünü de kapsayacak şekilde bütüncül bir yaklaşımla ele alınmaya çalışılacaktır.

### **Rekabet Politikaları ve Rekabet Hukukunun Dönüşüm Ekonomileri Açısından Önemi**

Rekabet hukuku düzenlemeleri, dönüşüm ekonomileri açısından can alıcı bir önem arz etmektedir. Çünkü bu ekonomilerde devletin kontrolünde bulunan ekonomik faaliyetler aşamalı olarak özel sektöre devredilmekte ve piyasanın kendi kendisini yönlendirmesi şekline dönüşmektedir. Bu ülkelerde yetersiz rekabet düzeyi istikrarlı bir ekonomik büyüme ve dengeli gelir dağılımının önündeki engellerden birisi olarak ortaya çıkmaktadır. Rekabetçi bir çevre oluşturma ve rekabet hukuku ile ilgili düzenlemelerden kaynaklanan sorunların çözümü bir diğer önemli husustur. Ayrıca verimli ekonomik faaliyetler, yatırım ortamının iyileştirilip geliştirilmesi ve aynı ya da farklı piyasalarda düzenli ilişkilerin yerleşmesi için gerekli olan koşulların da oluşturulması gerekmektedir. İşte Rekabet Hukuku politika ve uygulamaları bütün bu yapısal sorunların aşılmasında kilit bir görev üstlenmektedir.

---

International Scientific Conference "European Integration – New Challenges for the Romanian Economy", Oradea University, Mayıs.

<sup>45</sup> W. E Kovacic, (1997), Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies, 23 Brook. J. Int'l L. 403, 403–08. W. E Kovacic, (2001), Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement. Chicago-Kent Law Review 77 (1): 265–315.

<sup>46</sup> Bu konudaki geniş literatür için bakınız; The Emergence of Market Economies in Eastern Europe (Christopher Clague ve Gordon C. Rousser edit. 1992); Foreign Economic Liberalisation (Andras Koves ve Paul Marer, edit. 1991); Institutions and Economic Development (Christopher Clague, 1997).

<sup>47</sup> J. E., Stiglitz (1998), Knowledge For Development: Economic Science, Economic Policy And Economic Advise, Annual World Bank Conference on Development Economics.

Dönüşüm ekonomilerinin çoğunluğunda tekelleşme düzeyinin yüksekliği dikkat çekmektedir. Piyasa ekonomisini uygulayan ülke ekonomileri ile karşılaştırıldığında bu ülkelerdeki tekelleşme düzeyinin uzun bir zaman dilimine yayılmış olduğu da göze çarpmaktadır. Bu nedenler, dönüşüm ekonomilerinde iyi geliştirilmiş bir rekabet politikası ve uygulamalarının niçin bu denli acil olduğunu da göstermektedir.

Demokrasinin ön şartlarından bir tanesi de iyi işleyen bir piyasa mekanizması inşa etmektir. Bu nedenle Dönüşüm Ekonomilerinde bir yandan demokratik işlerlik geliştirilirken diğer taraftan da piyasa ekonomisinin altyapısının güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, söz konusu ülkelerde somut ilk yasal reformların başında rekabet hukukunun benimsenip yürürlüğe konması gelmektedir. Zira bir bakıma rekabet hukukuna sahip olmak o ülkenin hem demokratikliğinin hem de piyasa ekonomisine bağlılığın bir sembolü olarak da algılanmaktadır.

Konuya rekabet politikaları açısından bakıldığında ise sadece hukuki düzenlemelerin yeterli olmayacağı anlaşılmaktadır. Her ne kadar Hayek ve Mises fiyat mekanizmasının varlığı ve piyasaların serbestleştirilmesi rekabetin gerekliliği olduğunu iddia ediyorlarsa da Fingleton ve diğ. (1996), dönüşüm ekonomilerindeki yüksek giriş engellerinden dolayı tek başına fiyatların ve piyasaların serbestleşmesinin yeterli rekabet düzeyini sağlayamayacağını öne sürmektedirler. Bu noktada rekabet politikalarının önemi ortaya çıkmaktadır.

Rekabet politikaları genel ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde ele alınabilir. Genel anlamıyla, ulusal ve uluslararası piyasalarda mal ve hizmet sunan rekabetçi piyasa ve firmaların varlığını ve etkin büyümelerini kolaylaştıracak kamu politikası araçlarını ifade eder. Bu bakımdan en yaygın uygulamaların başında Yabancı Sermayeyi Teşvik kanunları uluslararası serbestleştirme aracı olarak kullanılmaktadır. Ulusal anlamda ise devletin belli sektörel imtiyazlarının kaldırılması; kamu tekellerine son verilmesi ve özelleştirme uygulamalarından söz edilebilir. Rekabet politikaları dar anlamıyla ele alındığında ise, rekabet hukuku (anti tröst<sup>48</sup>) kuralları adı altında firmaların rekabet karşıtı eylem ve işlemlerini yasaklayan politikalar ifade edilmektedir. Bu uygulamaların özünü de rekabet hukuku uygulamaları oluşturmaktadır. Bu çalışmada rekabet politikası dar anlamıyla kullanılacaktır.

Rekabet, merkezden planlanmış bir ekonomide mevcut olmayan bir piyasa seçme mekanizması, yerleşik firmanın performansının artırılması ve düşük maliyetli firmaların piyasaya girmesinin teşvik edilmesi gibi konuları kapsamaktadır. İşte tam da bu sebeple dönüşüm ekonomilerinde rekabetin artması büyük öneme sahiptir.

---

<sup>48</sup> Bu çalışmada rekabet hukuku ve antitrust kavramları biri diğerinin yerini tutacak şekilde kullanılmıştır.

Rekabet hukukunun amacının piyasadaki rekabeti korumak olduğu ifade edilmektedir (bakınız 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun gerekçesi). Rekabet hukuku olmazsa piyasaların tekelleşeceği, çıktıları kısıtlayacağı ve bu durumunda tüketicilere zarar vereceği temel endişesiyle yola çıkılmaktadır. Rekabet hukuku analizlerinde tekeli pozisyon genellikle, rekabetçi düzeye kıyasla fiyatların daha yüksek, çıktıların daha az olmasına yol açan bir durum olarak kabul edilmektedir. Rekabet hukukunun ortaya attığı hususlar, hukuki bir çerçevede de olsa, endüstriyel ekonominin genel bir uygulaması olarak ifade edilebilir<sup>49</sup> (Çağlayan, 2003).

Rekabet hukuku, kamu ekonomi politikalarının en yaygın kullanılan araçlarından birisidir. Yüzyıl önce rekabet hukuku kuralları ve aktif bir şekilde uygulanması yalnızca ABD’de söz konusu iken bu gün bu rakam yüzü sayıları aşmış durumdadır. Rekabet hukuku ile ilgili modern ve dikkate değer gelişmeler son 40 yıllık dönemde ortaya çıkmıştır. Avustralya ve Kanada gibi daha eski piyasa ekonomileri atıl rekabet hukuku sistemlerini güncelleştirmişlerdir. Rekabet hukuku, planlanmış ekonomiden piyasa ekonomisine geçen ülkelerdeki hukuk reformunun önemli bir parçasıdır. 1970’lerden bu yana 50’nin üzerinde dönüşüm ekonomisi rekabet hukuku düzenleyip uygulamaya koymuştur<sup>50</sup>. Dönüşüm ekonomilerindeki rekabet sistemlerinin etkinliği önemli farklılıklar göstermesine rağmen, hepsinin ortak yönü Avrupa Birliği ve A.B.D. rekabet hukukunu taklit etmeleridir<sup>51</sup>.

Dönüşüm ekonomisi uygulayan ülkelerde rekabeti sağlamak için nelerin gerekli olduğu noktasında bir fikir birliği söz konusu olmamıştır. Fakat rekabeti teşvik bağlamında geniş bir ekonomik politikalar dizisi önerilmektedir. Bu öneriler arasında ticaretin serbestleşmesini, girişimciliğin teşvik edilmesini sağlayacak, giriş ve çıkış engellerini azaltacak politikalar yer almaktadır.

North<sup>52</sup> rekabet politikası gerekliliğinin, her firmanın doğal olarak rakiplerini ortadan kaldıracak bir pozisyon elde etme girişimlerinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Serbest piyasa fonksiyonlarının her zaman etkili rekabeti garanti etmediğine dikkat çeken Fingleton ve diğ<sup>53</sup>. ise etkin bir rekabet eksikliği-

<sup>49</sup> A. İ. Çağlayan (2003) Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

<sup>50</sup> W. E Kovacic, (2001), Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement. Chicago-Kent Law Review 77 (1): 265–315.

<sup>51</sup> W.E Kovacic, (2002), Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy. West Group Press.

<sup>52</sup> G. North, (2002), “Undermining Property Rights: Coase and Becker.” Journal of Libertarian Studies 16, no. 4 (Fall).

<sup>53</sup> J. Fingleton, E. Fox, D. Neven, P. Seabright, (1996), Competition Policy and the Transformation of Central Europe, Center for Economic Policy Research, London.

nin toplumsal anlamda ciddi bir refah kaybına yola açacağından hareketle rekabet politikasının gerekliliğine işaret etmektedirler. Dolayısıyla dönüşüm ekonomilerinde rekabeti etkin ve sürekli kılabilecek bir rekabet politikası ve bunun bir aracı olan rekabet hukuku düzenlemesi ve uygulaması hayati öneme sahiptir.

### **Rekabet Hukuku Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar ve Öneriler**

Ekonomik gelişmenin bir unsuru olan rekabet hukukunu uygulama ya da mevcut rekabet hukuku uygulamasını geliştirme kararı, dönüşüm iklimine uygun hukuk reformu ve rekabet politikasının ekonomik gelişmeye olası katkıları bağlamında bir dizi sorunu da beraberinde getirmektedir.

Dönüşüm ekonomileri kendi içlerinde farklı nitelikler taşımasına rağmen yine de belli ortak özelliklere sahiptirler. Bu ortak özelliklerden birisi, hemen hepsi eskiden devlete ait olup yeniden yapılandırılması gereken, birçoğunun da üretimi durmuş olan firmaların bulunduğu sektörlerin varlığıdır. Bu ülkelerde, özellikle hizmet sektörü gibi ekonominin az gelişmiş alanlarında yeni firmaların oluşturulması da gerekmektedir. Ekonominin sorunlu bu iki alanı farklı yönetim problemlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Buna ek olarak dönüşüm ekonomileri ne yazık ki iyi işlemeyen bir yasal sistemi miras olarak devralmışlardır. Bu özellik de, üstesinden gelmeleri gereken bir başka sorun olmaktadır.

Dikkatlerden kaçmaması gereken bir diğer nokta da rekabet politikasının, hükümetlerin uyguladığı ekonomik politikaların yalnızca bir bölümü olduğu ve bütünlük içerisindeki bu farklı politikaların birbirleriyle uyumlu ve tutarlı olması zorunluluğudur. Serbest piyasa ekonomisi açısından rekabet politikaları son derece önemlidir. Fakat hükümetin diğer politikalarıyla uyumlu olmadığı sürece piyasaların tam anlamıyla işleyişini sağlayamayacaktır.

Rekabet politikaları, dönüşümün gerekliliklerine uyarlanmalıdırlar. Her şeyden önce başlangıç koşulları açısından piyasa ekonomileri ile dönüşüm ekonomileri arasında çok önemli farklılıklar vardır. Bu farklılıkların en önemli sonucu, rekabet karşıtı davranışların ortaya çıkaracağı etkilerin dönüşüm ekonomileri açısından daha fazla zarar verici olmasıdır. Diğer politikalara nazaran bir rekabet politikasının uygulanması öncelik arz etmelidir. Aksi takdirde sadece uygulanan bu rekabet politikası değil, ekonomik dönüşümün tamamı, ülke insanının gözünde inanılır, güvenilir olmaktan çıkabilir.

Rekabet kuralları yasama şeklinin bir sembolüdür. Birçok rekabet hukuku mevcut ve/veya potansiyel rekabetin korunması ile ilgili düzenlemeleri içermektedir. Bu hukuk kuralları duruma göre tüketicinin korunması, özelleştirme ve haksız rekabet gibi konuları da kapsamına almaktadır. Bu nedenle rekabet hukukunun uygulanması uzmanlaşmış kurumlar ya da mahkemeler tarafından yerine getirilmelidir.

Dönüşüm ekonomisine geçen eski Sovyetler Birliği'ne dâhil ülkeler ve Doğu Avrupa Ülkelerinde ticaretin ve yatırımların önündeki en önemli engeller devlet bürokrasisi, rüşvet ve organize suçlar olarak ortaya çıkmaktadır<sup>54</sup>. Dolayısıyla bu engellerin ortadan kaldırılması için gerekli düzenlemelerin yapılması ve etkin bir şekilde uygulanması bir zorunluluktur.

Dönüşüm ekonomisi uygulayan ülkeler devlet yardımlarını, kısıtlayıcı anlaşmaları, rekabet hukukunun tam anlamıyla uygulanıp uygulanmadığını etkili bir şekilde izlemeye alacak kurumlar oluşturmalarıdır. Aynı zamanda ekonomik aktörlerin de rekabet hukuku ve rekabet politikasına ilişkin yeterli bilgi ve kavrayışa sahip olmaları gerekmektedir.

Hukuksal altyapının hazırlanması da tek başına yeterli değildir. Dönüşüm ekonomisine geçen ülkelerde rekabet hukuku uygulamasındaki zaafiyet bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır. Rekabet hukuku uygulamasının başarılı olması için yalnızca temel yasaklamaların dikkatli bir şekilde tasarlanmış olması ve etkili bir uygulamanın yapılandırılması yeterli değildir. Ayrıca mahkemeler, profesyonel örgütler ve üniversiteler gibi rekabet politikasının yönünü belirlemede tesiri olan diğer kurumların da geliştirilmesi ve sürece dâhil edilmesi gerekmektedir.

Yeni rekabet sistemleri açısından destekleyici kurumsal uygulamaların varlığı ve yürürlüğe konulması kaçınılmazdır. Dönüşüm ekonomilerinde devletin de ekonomik aktörlerin de piyasa mekanizmasına ilişkin tecrübeleri ya hiç olmadığından veya çok az olduğundan, rekabet hukukunun aşamalı bir şekilde yürürlüğe konması yerinde olacaktır.

Bir rekabet hukuku uygulamasına rekabet otoritesi olarak görev yapacak bir kurum oluşturularak başlanmalıdır. Hâkimlere bu konuda verilecek eğitimin yanı sıra, rekabet hukukunun içeriği ve gelenekleri hakkında tüketiciler, işletme yöneticileri ve devlet görevlileri bilgilendirilmelidir. Ancak bu aşama tamamlandıktan sonra ikinci aşamaya geçilmelidir. İkinci aşamada rekabet otoritesi, kamunun bilgisine sunulmuş rekabet engelleri olarak kabul edilen davranışlardan oluşan bir gündemi uygulamaya taşınmalıdır.

Ancak, bütün bu ifade edilen hususların hiçbiri etkili bir rekabet hukuku uygulamasını garanti etmemektedir. Etkili bir rekabet hukuku uygulaması, rekabet hukuku kurallarına gönüllü uyma oranının yüksekliğine olduğu kadar, hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olan kurumların etkililiğine de bağlıdır. Bu iki faktör aynı zamanda karşılıklı olarak birbirlerini destekler. Rekabet hukuku kurallarına gönüllü olarak uyulma oranı yüksek olduğunda, rekabet otoritelerinin uğraşı oranları da az sayıda dava ile sınırlı kalacak işlem maliyeti de

<sup>54</sup> P. A. Streeter, (2004), Antitrust in Ukraine International Journal of Baltic Law, Volume 1, No. 4.



düşük olacaktır. Aksi durumda ise dava sayısı ve meşguliyet oranı arttığı için işlem maliyetleri artacaktır.

Dönüşüm ekonomilerinde, sahiplik yapısındaki ve devlet, toplum ve işletmeler arasındaki ilişkilerin yeni bir tarzda oluşturulmasında devletin rolünün yeniden tanımlanması birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu ülkelerde süregelen reformlar işletme faaliyetleri ile ilgili yeni bir çerçeve çizmiştir. Fakat bu çerçeve dönüşüm ekonomisi uygulayan her ülke tarafından farklı ele alınmaktadır. Ancak bu ülkelerin her birinde daha önce olmadık şekilde devlet ve toplumun birlikte olarak yeni kurumlar ve idari mekanizmalar oluşturulması sürecine aktif olarak katılmaları gerekmektedir.

Yasama ve yargılama kurumları piyasa mekanizmasının işleyişinde çok önemli rol oynarlar. Bu kurumlar, hukuk kurallarının belirlenmesi ve uygulanmasında, bireyler ya da bireylerle devlet arasındaki uyumsuzlukların çözümünde ve yöneticilerin gücünün karşılıklı olarak dengelenmesinde görev alırlar. Böylece, firmaların faaliyette bulunduğu yatırım ikliminin belirlenmesine ve sosyal haklar ve insan haklarının şekillenmesine yönelik yasal düzenlemeler yapılmasına da yardımcı olurlar.

Rekabet Hukukunun varlığı tek başına ekonomik gelişme ve demokratikleşme için yeterli değildir. Daha önce uygulanan yasal reformlara ilişkin yapılan çalışmalar göstermiştir ki, kâğıt üstünde kalan hukuk kuralları genellikle rekabet politikalarını anlamsızlaştırmaktadır. Bu da, etkili bir yasal uygulamayı sağlayacak kaynak ve kapasite eksikliği ya da ekonomik aktörlerin resmi yasal sisteme güvenmemesi ile sonuçlanmaktadır. Neredeyse hiçbir dönüşüm ülkesi, özel mülkiyetin korunmasına ve bir pazar ekonomisinin işleyişine yüksek ölçüde olanak sağlayacak yasal bir sistemi ve kurumları hızlıca geliştirememiştir. Çünkü ne tek başına yasal düzenlemeler ne de yasal altyapısı olmayan uygulamalar arzulanan sonuca getirmektedir.

Serbest piyasa ekonomisine uyarlanmış yasal bir yapı eksikliği, dönüşümün ilk yıllarında bu ekonomilerin en zayıf noktasını oluşturmuştur. Birçok politikacı ya iyi işleyen bir yasal sistemin önemini küçümsemiş ya da serbest piyasa ekonomisinin önemli birçok problemi kendi kendine çözeceğine inanmışlardır. Ayrıca, dönüşüm ekonomilerinde yeni zenginleşen ve genellikle devlet memurlarına rüşvet verilmesine katkıda bulunan bireyler ve gruplar güçlü bir yasal sistemin varlığını arzu etmemektedirler. Rekabet politikaları ve bu bağlamda rekabet hukuku uygulamaları bu sorunun da çözümüne kısmen de olsa katkı sağlayacaktır.

## **SONUÇ**

Planlı merkezi ekonomiden piyasa ekonomisine geçen dönüşüm ülkelerinin etkin bir rekabet politikası ve rekabet hukuku uygulamasına sahip olmaları piyasa ekonomisinin işleyişini sağlayacak bir etkidir. Ayrıca, Avrupa Birliği'ne üye veya imtiyazlı ortak kabul edilmenin de önkoşullarından biridir.

Diğer yandan, konuya sadece bir zorunluluk olarak yaklaşıldığında amacına ulaşmadığı görülmüştür. Merkezi planlı ekonomiden piyasa ekonomisine geçen ülkelerin, ekonomik yapılarını geliştirmek için etkili olan rekabet politikalarını uygulama konusunda istekli ve arzulu olmaları da gerekmektedir.

Rekabet hukuku uygulamasına geçen dönüşüm ülkelerinde her ülkenin sahip olduğu zorluklar ve fırsatlar farklılık göstermesine rağmen, yine de etkin bir yasama fonksiyonu için bir takım gerekliliklerden söz etmek mümkündür. Bu gereklilikler yapısal bağımsızlığın operasyonel bağımsızlıkla tamamlanması, artan bağımsızlıkla ilgili hesap verebilirlik, verimlilik artırma, yasal reformların yapılması, yürürlüğe konulması ve uygulanmasında süreklilik, yasama ve yürütmeye dair reformların geniş bir bakış açısıyla ele alınması olarak ifade edilebilir.

Diğer kamu politikalarında olduğu gibi, güçlü bir rekabet politikasının, yeterli yaptırım gücüne sahip, uzman uygulayıcılar tarafından yürütülmesi rekabet ihlallerinden caydırmaya da yardımcı olacaktır. Rekabet politikası çok karmaşık olduğundan bu politikanın belirlenmesi ve uygulanması son derece nitelikli insanları gerektirmektedir. Bu yüzden rekabet otoritesinde görev alacak kimselerin hukuk, iktisat ve finans donanımı ve deneyimi olanlardan seçilmesi gerekmektedir.

Rekabet otoritelerinin hangi faktörlerin rekabet karşıtı davranışların varlığına işaret ettiğini veya bu davranışları kolaylaştırdığını, aynı zamanda yasa koyucuların da nasıl bir hukuki iklimin mümkün olan en düşük maliyetle rekabeti artırıcı etkiler sağlayacağını bilmeleri gerekmektedir.

Dönüşüm ekonomilerinde antitröst ve tüketiciyi koruma kanunlarının başarılı bir şekilde uygulanması için kurumsal tasarım hayati önem taşımaktadır. Antitröst ve tüketiciyi koruma kanunları rasyonel uygulama mekanizmaları olmadan yarardan fazla zarar yaratabilir.

Dönüşüm ekonomilerinde rekabet politikaları ve rekabet hukuku açısından önemle üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, politik istek, regülasyon uzmanlığı, etkin uygulama, rüşvetin kontrolünü içeren sosyal ve siyasi iklimi tanımlayan bir “Rekabet Kültürü” oluşturmaktır.

Dönüşüm ekonomilerinde rekabet hukukunun başarısı açısından rekabet kurumlarının liderliği de özel bir öneme sahiptir. Rekabet kurumları gerek düzenlemeleri gerekse uygulamaları ile hem teşebbüslere hem de diğer kamu kurum ve kuruluşlarına rekabetin tesisi ve devamı konusunda yol gösterici olmalı ve rehberlik etmelidirler. Dönüşüm ekonomilerinde ekonomik politika sorunlarına liberal, rekabet yanlısı çözümler bularak rekabet savunuculuğu yapma rekabet otoritelerinin en önemli fonksiyonlarından birisidir. Rekabet savunuculuğu rekabet hukuku kurallarının oluşturulma aşamasından uygulanma aşamasına kadar rehberlik edici yol gösterici bir rol oynadığı gibi aynı zamanda bir rekabet kültürü ve ikliminin oluşmasında da fayda sağlayacaktır.

Bütün bu anlatılanların ışığında dönüşüm ekonomilerinde rekabet politikası açısından öne çıkan konular şu şekilde sıralanabilir:

Yeterli ve pratik öneme sahip rekabet hukuku kurallarının varlığı,

Hızlı ve etkin eylemlerin altyapısını sağlayan uygun süreçlerin oluşturulması,

Kurallar ve süreçlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için gereken kurumsal altyapının oluşturulması,

Diğer hükümet politikaları belirlenirken ve uygulanırken, rekabetin bütün yönleriyle hesaba katılmasını sağlayacak ilkeler oluşturulması,

Rekabet otoriteleri aracılığıyla, piyasa ekonomisini ve rekabeti de içerecek şekilde bu ekonominin unsurlarının kamuoyu ile paylaşılması.

Rekabet politikaları ve rekabet hukuku piyasa ekonomisinin olmazsa olmaz unsurlarından birisidir. Dönüşüm ekonomisi uygulayan ülkeler açısından hayati öneme sahip olan bu amacın gerçekleştirilmesi ancak sabır, kararlılık ve inançla mümkün olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Aras, O. Nuri, "Azerbaycan Ekonomisi ve Dönüşüm Süreci", Akademik Araştırmalar Dergisi, Sayı: 19, 2003-2004.
- Berkowitz, D., Pistor, K., Richard, J. F. (Winter, 2003) Economic Development, Legality, and the Transplant Effect. The American Journal of Comparative Law Vol. 51, No. 1 (Winter, 2003), pp. 163-203
- Bevan, A. Estrin S., Meyer. Klaus (2004) Foreign investment location and institutional development in transition economies. International Business Review 13, 43–64.
- Bevan, A., Estrin, S., (2000). The Determinants of Foreign Direct Investment in Transition Economies. CEPR Discussion Paper 2638. Centre for Economic Policy Research, London.
- Biçerli, M. K. (2001), Ekonomik Dönüşümü Düşük İşsizlikle Sağlamada Çek Cumhuriyeti Tecrübesinin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi. 56-2.
- Bork, Robert H. (1978). The Antitrust Paradox. New York: Free Press.
- Brenton, P. Di Mauro, F. Lucke, M. 1 (999). Economic integration and FDI: An empirical analysis of foreign investment in the EU and in Central and Eastern Europe. Empirica 26 (2), 92–121.
- Brzezinski, C. (1994) Competition and Antitrust Law in Central Europe: Poland, The Czech Republic, Slovakia and Hungary, University of Michigan Law School Michigan Journal of International Law 15. 1129.
- Buch, C. M., Kokta, R. M. ve Piazzolo, D. (2003), Foreign direct investment in Europe: Is there redirection from the South to the East? Journal of Comparative Economics 31 94–109
- Chikán, A. (1996), "Consequences of economic transition on logistics: the case of Hungary", International Journal of Physical Distribution & Logistics Management, Vol. 26 Iss: 1, pp.40 - 48
- Chikán, A., Demeter, K. (1995), "Manufacturing strategies in Hungarian industry: the effects of transition from planned to market economy", International Journal of Operations & Production Management, Vol. 15 Iss: 11, pp.5 – 19.
- Çağlayan A. İ. (2003) Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.
- Demsetz, H. (1973), Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy The Journal of Law and Economics Vol. 16.
- Duchene, G.,- Rusin, P., and Turlea, G. (2002): Entrepreneurship and Institutions in Transition. Journal for Institutional Innovation, Development & Transition 6: 57-76.
- Dutz, M., Kaufmann, C., Najarian, S., Sanfey, P., and Yemtsov, R. (2001): Labour Market States, Mobility and Entrepreneurship in Transition Economies, EBRD Working paper no. 66.

- Fankhauser, S. and Cornillie, J. 2004. The Energy Intensity of Transition Countries. *Energy Economics*. V (26): 283-295.
- Fingleton, J., Fox, E., Neven, D., Seabright, P. (1996), *Competition Policy and the Transformation of Central Europe*, Center for Economic Policy Research, London.
- Grigoryan, A.A., (2007), Problems of Monopolization and Antitrust Policy in Transition Economies (on the example of the Republic of Armenia), the Internatinoal Journal of Aplied economics and Finance, 1 (1): 38-44.
- Hayek, F. A. (1948), *Individualism and Economic Order*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hayek, F. A. (1973), *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hayek, F. A. (1945), "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review* Vol. 35.
- Kirzner I M (1997) *How Markets Work: Disequilibrium, Entrepreneurship and Discovery*.
- Kovacic, W. E. (1996), *The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries*, 11 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 437
- Kovacic, W. E. (1998) *Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions in Emerging Economies*, University of Cincinnati Law Review University of Cincinnati 66 1075, 1076-77 Summer,
- Kovacic, W. E., (1995), *Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine, and Zimbabwe*, 44 DEPAUL L. REV. 1197
- Kovacic, W. E., (1997), *Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies*, 23 Brook. J. Int'l L. 403, 403-08.
- Kovacic, W. E., (2001), *Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement*. Chicago-Kent Law Review 77 (1): 265-315.
- Kovacic, W.E.,(2002), *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. West Group Press.
- Lankes, H. P. ve Venables, A. J. (1996). Foreign direct investment in economic transition: The changing pattern of investments. *Economics of Transition*, 4 (2), 331-347.
- Lansbury, M., Pain, N., Smidkova, K. (1996). Foreign direct investment in Central Europe since 1990: An econometric study. *National Institute Economic Review*, 156, 104-124.
- Markandya, A., Pedroso-Galinato, S., Streimikiene, D., (2005), Energy Intensity in transition economies: Is there convergence towards the EU average? *Energy Economics*. 28 (1): 121-145.

- Mastalir, R.W., (1993) Regulation of Competition in the "New" Free Markets of Eastern Europe: A Comparative Study of Antitrust Laws in Poland, Hungary, Czech and Slovak Republics, and their Models, 19 N.C. J. INTL L. & COM. REG. 61, 61-63
- Mises, L. V, (1949), Human Action: A Treatise on Economics. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Mises, L. V, (1963), Human Action. Yale University Press.
- Mises, L.V, (1962), The Ultimate Foundation of Economic Science, Princeton, N.J.: Van Nostrand.
- North, G., (2002), "Undermining Property Rights: Coase and Becker." Journal of Libertarian Studies 16, no. 4 (Fall).
- Peng, M. W. (2001). How entrepreneurs create wealth in transition economies. Academy of Management Executive, 2001, Vol. 15, No. 1
- Pham, A., (2006), The Development of Competition Law in Vietnam in the Face of Economic Reforms and Global Integration, 26 NW. J. INT'L L. & BUS. 547
- Pistor, K., Raiser, M., Gelfer, S., (2000), Law and Finance in Transition Economies, CID Working Paper No. 49 June 2000, Law and Development Paper No. 4.
- Pistor, K., Wellons, P., (1999), The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development. Hong Kong: Oxford University Press.
- Pittman, R. (1998), Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later, 43 ANTITRUST BULL. 179, 179-87
- Resmini, L. (2000). The determinants of foreign direct investment into the CEECs: New evidence from sectoral patterns. Economics of Transition, 8 (3), 665–689.
- Rittaler, J. B, Schmidht, L.O. (1998), A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis, Kluwer Academic Publisher, The Netherlands.
- Rodriguez A. E., Coate, M. B. (1996) Limits to Antitrust Policy for Reforming Economies, 18 HOUS. J. INTL L. 311, 327-29
- Rogojanu A., Tarța M., Nuțu (Badea) Liana (2007), "The implications of corporate governance mechanisms and regulations for transition economies within the European Union", The International Scientific Conference "European Integration – New Challenges for the Romanian Economy", Oradea University, Mayıs.
- Seyidoğlu, H. (2003), Uluslararası Mali Krizler, IMF Politikaları, Az Gelişmiş Ülkeler, Türkiye ve Dönüşüm Ekonomileri Doğuş Üniversitesi Dergisi, 4 (2) 2003, 141-156.
- Sigmon, D. Kaufman ve Shlegfer, A. (1997), Politics and Entrepreneurship in Transition Economies, William Davidson Institute Working Paper Nr.57, WDI, University of Michigan, Michigan.
- Singleton, R.C. (1986), Industrial Organization, Homewood., Irwine.
- Song, B, (1995), Competition Policy in a Transitional Economy: The Case of China, 31 STAN. J. INT'L L. 387, 420

- Stigler, G.J. (1968), *The Organization of Industry*, Homewood, III: Irwin.
- Stiglitz, J. E., (1998), *Knowledge For Development: Economic Science, Economic Policy And Economic Advise*, Annual World Bank Conference on Development Economics.
- Streeter P., A., (2004), *Antitrust in Ukraine* International Journal of Baltic Law, Volume 1, No. 4
- Trubek, D. M., Galanter, M., (1974.), *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*. Wisconsin Law Review: 1062–1102.
- Uhlenbruck, K. & De Castro, J. (2000). *Foreign acquisitions in Central and Eastern Europe: Outcomes of privatization in transitional economies*. Academy of Management Journal, 43 (3), 381–402.
- Zheng, W, (2011) *Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control*, U. Pa. J. Int'l L. Vol. 32.2
- Zukowski, Ryszard (1996), "Transformation Crisis in Post-Socialist Countries: Patterns and Causes", *International Journal of Social Economics*, Vol. 23 Iss: 10/11, pp.279 – 296.





**TİCARET KANUNU DEĞİŞİKLİĞİNİN,  
TİCARİ İŞLETME REHNİNDE İYİNİYETLİ ÜÇÜNCÜ  
ŞAHISLARI KORUYAN DÜZENLEMELERE ETKİSİ**

*Yrd. Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK\**

**ÖZET:**

Ticari işletme rehni, taşınır rehni hükümlerinin işletme faaliyetleri bakımından doğuracağı sakıncaları gidermek amacıyla özel kanunla düzenlenmiş bir rehni türüdür. Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda, rehne dahil münferit unsurları sicil bölgesi dışında iyiniyetle iktisap edenlerin, bu iktisabı korunmuştur (TİRK m. 9/2). Rehni hakkı, ticaret siciline tescille kurulmaktadır ve bu tescilin ilanına ilişkin esaslara, rehne ilişkin mevzuatta yer verilmemiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, ticaret siciline tescil ve ilan bakımından, mülga Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı bir sistem benimsenmiş ve tescil edilen hususların –kural olarak- ilanı zorunluluğuna yer verilmiştir. Bu düzenlemenin, ticari işletme rehni ile ilgili düzenlemelerde yer alan, münferit unsurların iyiniyetle iktisabına dair esaslara etkisi, incelemeyi gerektirmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Ticari İşletme Rehni, Ticaret Sicili, İyiniyet, Sicil Bölgesi, Tescil.

**ABSTRACT:**

Commercial enterprise pawn is a type of pawn, which regulates by special law for the purpose of eliminating the drawbacks of movable pawn regulations in commercial activities. Obtaining pawned object out of the registry quarter by trustful third parties is protected by the Commercial Enterprise Pawn Law (Art. 9/2 CEPL). Right of lien is set up at the same time of registration and there is not any regulation about the announcement of registration. After the new Turkish Commercial Code became into effect, a new system is adopted and in this system, as a matter of principle all registrations must be announced. The effects of this new regulation about the obtaining pawned objects by trustful third parties must be determined.

**Keywords:** Commercial Enterprise Pawn, Trade Registry, Bona Fide, Registry Quarter, Register.

---

\* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

## I. GİRİŞ

Ticari işletme rehni, Türk medeni hukuk sisteminin hususiyle menkul rehnine ilişkin hükümlerinin, ticaret hayatının gereklilikleri ile bağdaşmayan özelliği nedeniyle, özel bir kanunla düzenleme altına alınmıştır<sup>1</sup>. Teslim şartlı menkul rehni hükümlerinin, ticari faaliyetin devamlılığı üzerindeki olumsuz etkisi ve taşınmaz rehminin, bazı menkul eşyayı kapsamına almaması, ticari işletme rehminin özel bir düzenlemeye bağlanmasında etkili olmuştur<sup>2</sup>. Taşınırın, rehin alacaklısının zilyetliğinde bulunması, alacağını tahsil etmek bakımından ona önemli bir güvence sağlamakla birlikte<sup>3</sup>, rehin veren ve borçlu konumda bulunan ticaret erbabının borcunu ifa edebilmesi bakımından, rehinli menkul eşyanın zilyetliğinde kalması, menfaati icabıdır. İşte bu menfaat çatışmasında kanun koyucu, tercihini rehin veren lehine kullanmıştır. Yapılan tercih, bireysel olarak rehin verenin çıkarları yanında, ticari faaliyetlerin devamlılığını sağlama-sı nedeniyle genel ekonomik menfaatlere de hizmet etmektedir<sup>4</sup>.

Ticari işletme rehni, başta Ticari İşletme Rehni Kanunu<sup>5</sup> (TİRK) olmak üzere, tüzük<sup>6</sup> ve yönetmelikle<sup>7</sup> hususi düzenleme altına alınmış bir rehin türü-

<sup>1</sup> Bkz. Millet Meclisi Tutanak Dergisi, MM Dönem 3, Toplantı 1, SS. 128, ([http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM\\_/d03/c012/mm\\_03012066ss0128.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c012/mm_03012066ss0128.pdf)), (Sonraki atıflarda "Gerekçe" şeklinde kısaltılmıştır), s. 2 vd.; Rehnin ekonomik önemi için bkz. **Kayhan**, Şaban, Ticari İşletme Rehni, (YL Tezi), İstanbul, 1994, s. 23 vd.

<sup>2</sup> Gerekçe s. 1, Bkz. **Akyazan**, Sıtkı, Menkul Rehninde Teslim Koşulu ve Ayrıcalıkları, (Varant-Makbuz Senedi-Taşıma Senedi-Konışmento-Ticari İşletme Rehni), Batider, Aralık 1977, C. IX, sa: 2, s. (325-334), s. 334; **Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s. 47 vd.; **Ayhan**, Rıza/**Özdamar**, Mehmet/**Çağlar**, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2013, s. 126; **Erdem**,ERCÜMENT, Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Y. 2011, Sa: 76, (s. 42-60), s. 43; **Ertas**, Şeref, Ticari İşletme Rehni, DEÜHFD, Y. 2005, C. 7, Özel Sayı - Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, (s. 39-50), s. 40; **Erzurumluoğlu**, Erzan, Ticari İşletme Rehni, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1977 Sa. 3, (s. 430-438), s. 433, 435; **İmregün**, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1993, s. 16; **Karahan**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2012, s. 39 vd.; **Kendigelen**, Abuzer, (Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, kn. 551; Kanunun oluşum süreci hakkında bkz. **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012, s. 52 vd.; **Topçuoğlu**, Metin/**Çon**, Ömer, Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması, TBB Dergisi, Y. 2011, Sa: 93, (s. 174-214), s. 183 vd.

<sup>3</sup> **Akyazan** (1977), s. 325

<sup>4</sup> Ancak tatbikatta ticari işletme rehni, fazlaca yaygınlaşmamıştır. Bkz. **Helvacı**, İlhan, Sanayi İşletmelerinde Ticari İşletme Rehni Üzerine, İÜHFM, Y. 2007, C. LXV, Sa. 1, (s. 273-284), s. 274; **Törüner**, Ekrem, Ticari İşletme Rehninin Özellikleri ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1981, Sa: 4, (s. 692-703), s. 692 vd.

<sup>5</sup> 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu, 28.07.1971 T. ve 13909 Sa. RG

<sup>6</sup> Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü, 21.08.1972 T. ve 14283 Sa. RG

<sup>7</sup> Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü'nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik, 04.10.1972 T. ve 14326 Sa. RG

dür. Konuyla ilgili kanunun adı, her ne kadar ticari işletme ile sınırlı olsa da, sadece ticari işletmeler değil, aynı zamanda esnaf işletmeleri ve sanayi işletmeleri de anılan kanun hükümleri çerçevesinde rehne konu olabilmektedir<sup>8</sup> (TİRK m. 1, Ek Madde 2). Anılan mevzuat, rehnin kurulmasından paraya çevrilmesine ve sonlandırılmasına kadar kapsamlı hükümler içermektedir.

Rehne konu menkullerin zilyetliğinin devredilmemesi, durumdan haberdar olması beklenilemeyecek şahısların menfaatlerini de ilgilendirmektedir. Bu nedenle ticari işletme rehni ile ilgili mevzuatta, bu durum dikkate alınarak, üçüncü şahıslarla ilgili koruma hükümlerine de yer verilmiştir. Ancak, üçüncü şahıslar bakımından koruma, sınırlı ölçüde ve belirli koşullar dahilinde gerçekleşmektedir. Rehin kurulduktan sonra yaptığı işlemler dolayısıyla üçüncü şahısların haklarının korunabilmesi için, rehne konu münferit menkul eşya üzerinde mülkiyet ya da başkaca aynı hak elde etmeleri, iktisabın ticari işletmenin sicil bölgesi dışındaki münferit unsurlar üzerinde gerçekleşmesi ve iktisapta bulunmanın rehinden haberdar olmayıp, iyiniyetli olması gerekmektedir<sup>9</sup> (TİRK m. 9).

Ticari işletme rehni ile ilgili mevzuatta, tescil edilen rehnin, sicil gazetesinde ilanı öngörülmemiştir. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ise, mülga Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, mevzuat aksini öngörmediği müddetçe, tescil edilen hususların ilanı zorunluluğuna yer vermiştir<sup>10</sup> (TTK m. 35/3). İlan ise, üçüncü şahısların iyiniyetini ortadan kaldıran bir etkiye sahiptir (TTK m. 36/1, 3). Bu bakımdan, Türk Ticaret Kanunu düzenlemelerinin, TİRK kapsamında üçüncü şahıslarda aranan iyiniyeti bertaraf eden bir etkiye sahip olup olmadığı meselesi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan sözleşmelerin tescil ve ilanına yönelik düzenleme de benzer sorunu gündeme getirmektedir. Makalede bu mesele kapsamında üzerinde değerlendirilmeler yapılmaya çalışılacaktır.

<sup>8</sup> Kanunda yer alan “ticari işletme” tabiri, kanun koyucu tarafından “...*ticari veya sınai işletme ile Esnaf ve Sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeylerdir*” şeklinde tanımlanmıştır (TİRK Ek Madde 1). İşletmenin “şey” olarak tanımlandığı maddenin eleştirisi için bkz. **Kendigelen** (2006), kn. 552; **Reisoğlu**, Seza, Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme, Bankacılar Dergisi, Y. 2003, Sa: 47, (s. 107-121), s. 109. Makalede incelenen konu, sadece ticaret siciline tescil boyutuyla tetkik edildiğinden, esnaf işletmesi ya da sanayi işletmesi rehni kapsamında değerlendirme yapılmayacaktır. Ticari işletme rehni hükümlerinin, özellikle rehne konu olan mal varlığı kalemleri bakımından esnaf işletmelerinde ne surette uygulanacağı hakkında bkz. **Arkan**, s.55 vd. Sanayi işletmeleri rehni için bkz. **Kendigelen** (2006), kn. 553; **Helvacı**, s. 274 vd.; **Reisoğlu**, s. 117 vd.

<sup>9</sup> Kanunda yer alan rehinden haberdar olmama ve iyiniyet unsurlarının birlikte aranmasının eleştirisi için bkz. **Kendigelen** (2006), kn. 616

<sup>10</sup> Yürürlükteki kanun gerekçesinde, mülga kanunun ilgili hükümlerinin tekrar edildiğine dair açıklamanın eleştirisi için bkz. **Kayar**, İsmail, TTK Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi, YÜHFD, Y. 2005, C. 2, Sa. 1, (s. 353-382), s. 363; **Kendigelen**, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), İstanbul, 2011, s. 56

## II. TİCARET SİCİLİNE TESCİL VE İLANIN ÜÇÜNCÜ ŞAHISLAR ÜZERİNDE ETKİSİ

### A. Genel Olarak

Ticaret siciline yapılan tescil ve ilan, çeşitli tasnif kriterlerine göre farklı şekillerde sınıflandırılabilir. Konusu ile ilgili olarak tescil, kurucu ya da açıklayıcı etkiye sahiptir<sup>11</sup>. Tescil kural olarak açıklayıcı etki doğurmakla birlikte, kanunda öngörülen istisnai hallerde kurucu etkiyi haiz olabilir. Ticari işletme rehni ile ilgili olarak, rehin hakkının doğumu, tescil şartına bağlı olduğundan, ticari işletme rehni istisnai olarak ortaya çıkan, kurucu etki söz konusudur (TİRK m. 5/1).

Tescil ve ilanın inceleme konusu bakımından önem taşıyan özelliği, üçüncü şahıslara karşı doğurduğu hükümler bakımından kendisini göstermektedir. Bu etki, tescilin olumlu ve olumsuz etkisi olmak üzere iki alt başlıkta kategorize edilmektedir<sup>12</sup>. Kanun koyucu, tescil ve ilan edilen hususların herkes tarafından –kural olarak- biliniyor olması faraziyesini, işlem güvenliği bakımından bir gereklilik olarak kabul etmiştir (bkz. TTK m. 36/1 ve 3). Bu sonuç, öğretilerde tescilin olumlu ya da müspet etkisi olarak isimlendirilmektedir. Zira üçüncü şahısların belirli bir hususu bildiği yönünde olumlu bir etki doğmaktadır. Buna karşın kanunen tescili zorunlu bir husus tescil edilmemiş ya da tescil edilip de ilanı zorunlu olmasına rağmen ilan edilmemişse, tescil ve ilan üçüncü şahısların bilgi durumu bakımından olumlu etki göstermez; bu şahısların durumu bildikleri ya da bilebilecek durumda olduklarının ispatı gerekir<sup>13</sup> (TTK m. 36/4).

<sup>11</sup> Bkz. **Arkan**, s. 251; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 185; **Bahtiyar**, Mehmet, 6102 Sayılı TTK'da, Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu, (m. 35/3), Regesta, Y. 2013, C. 3, Sa: 2, (s. 3-14), s. 4 vd.; **Bilge**, Mehmet Emin, AÜEHFD, Y. 1999, C. III, s. 1, (s. 263-273), s. 263; **İmregün**, s. 58; **Karahan**, s. 138; **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 308; **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, Batider, Y. 1975, C. VIII, Sa: 2, (s. 1-29), s. 7 vd.; **Nomer-Ertan**, N Fusun, (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, kn. 863

<sup>12</sup> Bkz. **Arkan**, s. 252 vd.; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, 185 vd.; **Bahtiyar**, s. 5; **Battal**, Ahmet, Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun ve Temsile İlişkin Sonuçların Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi, Batider, Y. 1997, C. XIX Sa: 1, (s. 83-101), s. 87 vd.; **Bilge**, s. 263; **İmregün**, s. 59; **Karahan**, s. 139; **Karayalçın** (1968), s. 310 vd.; **Karayalçın** (1975), s. 14 vd.; **Nomer-Ertan**, kn. 868 vd.; **Ünal**, Akın, Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları (Türk Ticaret Kanunu ve Kanun Tasarısına Göre Bir Değerlendirme), Legal Hukuk Dergisi, Y. 2006, Sa: 41, (Online erişim: <http://legalbank.net/belge/ucuncukisilere-etkileri-acisindan-ticaret-sicilinin-fonksiyonlari-turk-ticaret-kanunu-ve-kanun-tasa/824054>)

<sup>13</sup> Üçüncü şahısların bilmesi yanında “bilmesi gereğine” yönelik yasal düzenlemenin eleştirisi hakkında bkz. **Kendigelen** (2011), s. 56 vd.

Olumlu etki, öğretide her ne kadar “tescilin” bir etkisi olarak isimlendirilse de, esasında kastolunan–kural olarak- ilanın etkisidir<sup>14</sup>. Zira tescil tek başına üçüncü şahısların bilgi durumu bakımından olumlu bir etki göstermemekte, bu sonuç, ilana bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Tescil edilen husus, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilanını izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurmakta ve üçüncü şahısların, kendileri hakkında sonuç doğuran sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenilmemektedir (TTK m. 36/1 ve 3).

Tescil edilen hususların ilan ile birlikte üçüncü şahısların bilgi durumu üzerinde etki göstermesi, kural olmakla birlikte, kanunda ilana dayalı bu kurala birtakım istisnalar getirilmiştir (Bkz. TTK m. 339/2, 354/1, 371/2, 539/2, 587, 629, 636, 643).

## B. Ticari İşletme Rehninde

Ticari işletme rehni, özel bir mevzuat çerçevesinde düzenlenmiş ve rehlin ticaret siciline tescili ile kurulması esasına yer verilmiştir. Rehin hakkı, sahibine, rehne konu eşya üzerinde aynı hak sağladığından, ilişkinin tarafı olmayan üçüncü şahıslar bakımından da etki doğurabilecek bir haktr.

Ticari işletme rehninde, işletme faaliyetinin devamındaki menfaat nedeniyle, teslim şartlı rehin kuralına istisna getirilmekle birlikte, rehlin aynı hak olması ve zilyeliğin halen işletme sahibinde bulunması, özellikle herhangi bir sicile kayıtlı olmayan ve rehne dahil olan unsurların, üçüncü şahıslar tarafından iyiniyetle iktisabı<sup>15</sup> kapsamında sorunları gündeme getirmektedir. İyiniyetli üçüncü şahısların çıkarlarını da gözetken kanun koyucu, bu tür iktisaplarda sicil bölgesi ayırımına yer vermiş<sup>16</sup> ve sicil bölgesi dışındaki iktisaplarda üçüncü şahısların iyiniyetini koruma yoluna gitmiştir<sup>17</sup>. Buna karşın sicil bölgesi içerisindeki iktisaplarda böyle bir koruma bulunmamaktadır.

<sup>14</sup> Bazı hallerde tescil tek başına olumlu etki doğurabilmektedir. Hepsini için bkz. **Arkan**, s. 252. Tescilin tek başına olumlu etki doğurup doğurmayacağı hususundaki tartışmalar için bkz. **Bilge**, s. 267 vd.

<sup>15</sup> Yargıtay 15. HD 02.07.1986 Talimat ve 2312/2533 EK sayılı kararında, rehlin sicilinin aleni olması ve herkesin bu sicili inceleme yetkisinin bulunmasından hareketle, üçüncü şahısların iyiniyet iddiasının dinlenilemeyeceği yönünde karar vermiştir. (**Erdem**, s. 48’den naklen). Krş. **Erdem**, s. 48; **Reisoğlu**, s. 114

<sup>16</sup> Yargıtay bir kararında, bu ayrımı gözetmeksizin, rehne dahil unsurlar üzerinde hak sahibinin tasarruf yetkisinin ortadan kalktığı yönünde karar vermiştir. Bkz. 11. HD 16.02.1990 T ve 964/1990 EK sayılı ilam (**Erdem**, s. 48’den naklen). Krş. **Erdem**, s. 48; **Ertuş**, s. 46; **Reisoğlu**, s. 114, 116

<sup>17</sup> Sadece sicil bölgesi dışındaki iyiniyetli iktisabın korunmuş olması öğretide eleştirilmektedir. Bkz. **Kendigelen** (2006), kn. 616; **Poroy/Yasaman**, s. 67; Sicil Gazetesinde yapılan ilanların, toplumun bilgilendirilmesi açısından, pratik olarak zayıf bir etkiye sahip olması ve teknoloji-deki gelişim karşısında sicil gazetesinin korunmasının eleştirisi hakkında bkz. **Kayar**, s. 364 vd.; **Ünal**, (Legalbank, Online erişim); Sicil ve Türk Ticaret Kanunu’nun elektronik sicile

Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda iyiniyetli üçüncü şahısların menfaatini korumak bakımından sicil içi ve dışı iktisap ayrımı yapılmasına rağmen<sup>18</sup>, Türk Ticaret Kanunu'nun özellikle ilan konusunda getirmiş olduğu yeni düzenlemelerin, ticari işletme rehni kapsamında tetkiki gerekmektedir.

Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda, hangi hususların tescil ve ilan edileceği ile ilgili genel bir kurala yer verilmemiştir (bkz. TTK m. 37/3). Yürürlükteki kanunda ise, tescil edilen hususların, kural olarak, ilanı zorunluluğu yer almaktadır. Herhangi bir kanunda ya da Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde aksi öngörülmediği müddetçe, ticaret siciline tescil edilen her hususun ilanı gerekmektedir<sup>19</sup> (TTK m. 35/3).

Ticari işletme rehni, mahsus kanunu uyarınca sadece sicile tescil edilip, tescilin ilanı yönünde bir düzenleme, rehne ilişkin hususi mevzuatta bulunmamaktadır. Türk Ticaret Kanunu ise, ticaret siciline tescil edilecek hususların ilanı zorunluluğuna yer vermektedir (TTK m. 35/3). Tescil edilen hususun ilanı, üçüncü şahısların o hususu bildikleri sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda tescil ve ilanın, sicil bölgesi dışında da olsa, rehne dahil unsurlar üzerinde mülkiyet ya da başkaca aynı hak iktisap edenlerin, iyiniyeti üzerinde etki doğuracağı sonucuna varılabilir. Ancak, söz konusu sonucun doğru olmayacağı, normlar arasındaki koordinasyon (yorum) kuralları, sicile tescil kavramı ve ticari işletmeyi bir bütün olarak konu edinen sözleşmelere ilişkin Türk Ticaret Kanunu düzenlemeleri incelendikten sonra tayin edilebilir.

### III. TİCARET SİCİLİNE TESCİL EDİLEN HUSUSLARIN İLANINA YÖNELİK GENEL DÜZENLEME KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME

Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret siciline ilişkin düzenlemelerinde, tescil edilen hususların –kural olarak- ilanı öngörülmektedir. Mezkûr düzenlemenin, gerek normlar arası ilişki, gerekse işletme rehnine mahsus kanunun, tescil kavramına verdiği anlam gözetilerek değerlendirilmesi, üçüncü şahısların iyiniyetini tespit bakımından önem taşımaktadır.

---

ilişkin düzenlemeleri kapsamında değerlendirmeler için bkz. **Özdamar**, Mehmet, 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Sicili, Regesta, Y. 2012, C. 2, Sa: 2, (s. 47-60), s. 50 vd.

<sup>18</sup> Sicil dışındaki iktisaptan neyin kastedildiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Erdem**, s. 49; **Kendigelen** (2006), kn 617; **Poroy/Yasaman**, s. 67 vd.; **Reisoğlu**, s. 113 vd.

<sup>19</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun tescil edilen hususların ilanına ilişkin genel düzenlemesi yanında, münferit bazı hükümlerde tescil ve ilandan özel olarak bahsedilmesi ve mülga kanundan farklı olarak ilanın içeriği ile ilgili düzenleme yapılmamış olması hususunda eleştiriler ve çözüm önerileri için bkz. **Bahtiyar**, s. 7 vd.; Benzer eleştiriler için **Kayar**, s. 363 vd.; **Ünal**, (Legalbank Online Erişim).

## A. Normlar Arası İlişki Bakımından

Normlar arası ilişki bakımından, özel kanun-genel kanun, önceki kanun-sonraki kanun münasebetleri, metodolojik açıdan yorumda dikkate alınması gereken kurallardır. Özel kanun-genel kanun kapsamındaki değerlendirmede, kanunların şekli manada özelliğinden ziyade, normların birbiri ile olan ilişkisi önem taşır<sup>20</sup>. Rehin bakımından, bir bütün olarak, TİRK'in, Türk Ticaret Kanunu karşısında özel kanun niteliği taşıdığı tereddüt bulunmamaktadır<sup>21</sup>. Münferit normlar arasındaki ilişki nazara alındığında da bu sonuç değişmemektedir. Zira ticari işletme üzerinde rehin hakkına ilişkin esaslar, kuruluşundan, kapsamına ve sona ermesine kadar, sadece TİRK'de yer almaktadır. Sadece sözleşmenin şekline ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 11'inci maddesinde öngörülen kural<sup>22</sup> ile TİRK'de yer alan şekle ilişkin kural arasında, özel-genel kanun ilişkisi kapsamında bir değerlendirme yapılması mümkün olup, bu halde de rehne ilişkin kanunun, suistimalleri önleme gayesi çerçevesinde özel norm içermesi nedeniyle üstünlüğü kabul edilmelidir<sup>23</sup>.

Sözleşmenin şekli ile ilgili uygulanacak norm bakımından, önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi kapsamında yapılacak değerlendirme de varılacak sonucu değiştirmeyecektir. Zira Türk Ticaret Kanunu her ne kadar sonraki kanun özelliği taşısa da, özel norm-genel norm ilişkisinin kabul edildiği hallerde, özel normun üstünlüğü şeklindeki yorum kuralı, sonraki tarihli genel normun uygulanma kabiliyetini her halde bertaraf etmektedir<sup>24</sup>. Bu nedenle, her ne kadar sonraki kanun niteliği taşısa da, Türk Ticaret Kanunu'nun<sup>25</sup>, TİRK'in şekle ilişkin kuralını değiştirmedikçe kabulü gerekmektedir<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> **Karayalçın**, Yaşar, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Ankara, 1994, s. 114

<sup>21</sup> Bkz. **Arkan**, s. 43; **Aydın**, s. 20 (Poroy/Yasaman s. 43'den naklen); **Kendigelen** (2011), s. 48

<sup>22</sup> Öğretide Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işletmeyi bir bütün olarak konu edinen sözleşmelere ilişkin düzenlemesinin, özel kanun niteliğindeki TİRK ile doğurabileceği çatışmalara vurgu yapılmasının yanı sıra (bkz. **Kendigelen** (2011), s. 48), her iki kanun arasındaki ilişkiyi açıklayan bir hükme yer verilmesinin isabetli olacağı da dile getirilmektedir (bkz. **Arkan**, s. 43).

<sup>23</sup> Ticari işletme rehni hakkında özel şekil kuralına yer verilmesinin nedeni, tıpkı rehin alacaklılarının belirli bir kişi çevresi ile sınırlanmasında olduğu gibi, doğabilecek suistimalleri önleme gayesi ile açıklanmaktadır. Bkz. Gerekçe s. 3.

<sup>24</sup> Bkz. **Karayalçın** (1994), s. 115; **Emmenegger**, Susan, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Bern, 2004, s. 87 vd.; **Larenz**, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin vs., 1991, s. 267 vd.

<sup>25</sup> Ticari İşletme Rehni Sözleşmesine nazaran daha ağır sonuçlar doğuran ticari işletme devri sözleşmesinin, TTK m. 11 kapsamında daha basit bir şekil şartına tabi tutulmasının eleştirisi hakkında bkz. **Kendigelen** (2011), s. 48

<sup>26</sup> Bkz. ayrıca **Aydın**, Alihan, 6120 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuku Fakültesi 25-26 Kasım 2011 Sempozyumu, s. 20, (Poroy/Yasaman, s. 43'den naklen)

Buna karşın, aynı yorumun, ticaret siciline tescil edilen hususların, ilanına ilişkin Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi (TTK m. 35/3) bakımından kabulü mümkün görülmemektedir. Zira ilana ilişkin bir düzenleme, TİRK’de yer almamaktadır. Burada TİRK’in, özel kanun olması münasebetiyle, tescil edilen hususların ilanı zorunluluğuna dair Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinin uygulama kabiliyeti bulmayacağı düşüncesi akla gelebilir. Buna gerekçe olarak, kanun koyucu eğer böyle bir sonucu arzu etseydi, zaten rehni kapsamlı şekilde düzenlediği kanunda böyle bir hükme yer verebileceği argümanı kullanılabilir. Nitekim özellikle inceleme konusu olan, üçüncü şahısların rehne konu münferit unsurları iktisaplarına ilişkin TİRK’de yer alan düzenlemeler, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde ilanın gerekliliğinin kabul edilmesi durumunda örtülü olarak tatbik kabiliyetini yitirmiş olacaktır.

Ancak, gerek Türk Ticaret Kanunu’nun ilana ilişkin düzenlemesinin konu hakkında içerdiği kesinlik (TTK m. 35/3), gerekse bu kuralın istisnalarına hususi olarak kanunda yer verilmiş olması<sup>27</sup>, tescil edilen hususun ilanı zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Başka bir deyişle, TİRK’de ilana ilişkin bir düzenleme yer almasa da, sonraki kanun niteliği taşıyan Türk Ticaret Kanunu’nun tescil edilen hususların ilanına ilişkin düzenlemesi, –kural olarak- ilanı da gerektirmektedir. Bu kuralın istisnası, ancak kanunun öngördüğü aksine bir düzenlemenin bulunması halidir<sup>28</sup> (TTK m. 35/3). İstisnanın varlığı için açık bir -menfi-düzenlemeye ihtiyaç bulunduğundan, ilgili mevzuatın konu hakkında herhangi bir hüküm içermemesi, istisnanın kabulü için yeterli değildir.

İlanla birlikte üçüncü şahısların iyiniyeti korunamayacağından (TTK m. 36/3), TİRK’in, sicil bölgesi dışında iyiniyeti koruyan düzenlemeleri de tatbik kabiliyetini yitirecektir. Kanun koyucunun, hususi bir koruma amacıyla sevk ettiği bu düzenlemelerin, sadece ilana ilişkin başka bir düzenleme ile etkisini kaybedemeyeceği, böyle bir amacın olması halinde, koruma hükümlerinin tatbik edilmeyeceğine ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması gerektiği düşünülebilir. Kanaatimizce de bu düşünce menfaatler dengesinin sağlanması ve himayesi bakımından isabetlidir. Fakat, tescil edilen hususların ilanına ilişkin düzenlemeyi yapan da aynı kanun koyucudur ve lüzumlu gördüğü haller bakımından bu kuralın istisnalarına kanunda yer vermiştir<sup>29</sup>. Ticari işletme rehni bakımından da kurala bir istisna getirerek, doğabilecek sorunları çözümlene imkanına sahip iken, bundan imtina etmiş olması, kanun koyucunun farklı bir irade ile hareket ettiğine delalet etmektedir.

Netice itibarıyla özel kanun-genel kanun ilişkisinden ziyade, önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi, üçüncü şahısların menfaatlerinin korunmasında belirleyici

<sup>27</sup> Bkz. yukarıda (II. A) başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>28</sup> Örnek olarak bkz. TTK m. 371

<sup>29</sup> Bkz. yukarıda (II. A) başlığı altında yapılan açıklamalar.



ci etkiye sahiptir. Bu durumda rehne dahil unsurlar üzerinde aynı hak iktisap eden üçüncü şahısların, rehinden haberdar olmaması düşünülemeyeceğinden, sicil bölgesi dışındaki iktisaplara karşı da rehin hakkının ileri sürülmesi söz konusu olabilecektir. Varılan bu sonuç, üçüncü şahısların haklarını haleldar etmektedir. Ancak ilanın belirtilen bu etkiyi doğurabilmesi için, TTK m. 36/1 kapsamında bir tescilin bulunması gerektiği de dikkate alınmalıdır. Bu nedenle meselenin, sicil ve tescil kavramları bakımından da incelenmesi gerekmektedir.

## B. Sicil ve Tescil Kavramı Bakımından

Tescil, kelime olarak, herhangi bir şeyi resmi olarak kaydetme, kütüğe geçirme anlamını taşımaktadır. Teknik açıdan ise, ticari işletmeyle ilgili mevzuatın öngördüğü hususların, ticaret sicilindeki ilgili sütunlara yetkili şahıslar tarafından ilk kez kaydını ifade etmektedir<sup>30</sup>. Kelime olarak kayıt defteri manasına gelen sicil ise, yetkili kamu otoritesi tarafından mevzuatın öngördüğü hususların kaydedildiği defterleri ifade etmektedir<sup>31</sup>.

Kelime ve teknik anlamı bakımından sicil kavramı tanımlanabilir olmakla birlikte, mevzuatın bu kavrama yüklediği anlam düzenleme konusunun içeriğine göre farklı olabilmektedir. Bazı hallerde sicil kavramı ile belirli bir mercii kastedilirken, bazı hallerde kayıt defterlerinin tümü, bazı hallerde de bunlardan sadece biri kastedilmektedir<sup>32</sup>. Bu anlamlardan hangisinin kastedildiği, somut norm içeriğinin yorumlanması suretiyle tayin edilebilecektir ve üçüncü şahısların iyiniyeti ile ilgili değerlendirme bakımından bu yorum önem taşımaktadır. Zira sicil kayıtlarının iyiniyet üzerindeki etkisi, ancak bu anlamların içeriğine göre belirlenebilecektir.

Sicilin farklı anlamlarına, ilk olarak Türk Ticaret Kanunu'nda tesadüf edilmektedir. Sicilin, müdürü tarafından yönetileceğine ilişkin düzenlemede sicil (TTK m. 25/1), şüphesiz ki bir defterin tutulmasıyla sınırlı anlama sahip olmayıp, belirli bir organizasyon yapısını, genel olarak sicil teşkilatını kapsayacak manada kullanılmaktadır. Bu yönüyle sicil, bir kamusal mercii ifade ettiği kabul edilmelidir. TİRK'de bu anlama örnek olarak, sicil bölgesi hakkındaki düzenleme gösterilebilir. Sicil bölgesi, bir defter ya da defterlerin bulunduğu yere göre değil, tescille yükümlü olan merciiin bulunduğu yere göre belirlenecektir. Buna karşın kayıtların sicile tescili istemlerine ilişkin düzenlemede geçen sicil tabiri ile, şüphesiz ki belirli bir mercii değil, kaydın dercolunacağı defter kastedilmektedir<sup>33</sup> (bkz. TTK m. 27/1). Sicilin tutulmasından doğan sorumlu-

<sup>30</sup> Bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 180

<sup>31</sup> Bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar, 173 vd. Meramı ifade bakımından defter kavramı isabetli olmakla birlikte, defter ile fiziki ya da sanal ortam kastedilmektedir. Bkz. TSY m. 12

<sup>32</sup> Bilge, ticaret sicilini, yerel siciller topluluğu olarak nitelemektedir. Bkz. Bilge, s. 264

<sup>33</sup> Bkz. örnek olarak TİRK m. 5/1

luğu düzenleyen maddede yer alan sicil tabirinin ise, belirli bir mercii ya da sadece belirli bir defteri değil, zarar sonucunu doğurabilecek nitelikteki tüm defter ve kayıtları kapsadığını kabul etmek gerekmektedir (bkz. TTK m. 25/2).

Ticaret siciline ilişkin mevzuatta, sicil kavramı ile ilgili olan belirsizlik, yukarıdaki paragrafta örnekleri gösterildiği üzere, ticari işletme rehni mevzuatı bakımından da geçerlidir. Bunun yanında, gerek sicile ilişkin genel mevzuat, gerekse ticari işletme rehni ile ilgili mevzuat nazara alındığında, tescili öngören ticari işletme rehni düzenlemelerinde bahsedilen sicilin, genel mevzuatta zikredilen sicil kavramı ile uyumlu olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira ticari işletme rehni, her ne kadar mercii olarak ticaret sicilinde tutulsa da, farklı bir sicile (deftere) kaydolunmaktadır. Konuyla ilgili tüzüğün ismi, zaten ticari işletme rehni sicilinin, ticaret sicilinden farklı bir sicil olduğunu göstermektedir. Tüzüğün ikinci maddesi uyarınca, ticari işletme rehni sicili, ticaret sicilinde tutulacaktır. Anılan madde uyarınca rehin sicilinin, ticaret sicilinde tutulması ile kastedilen, defterlerin iç içe tutulması değildir. Maddede ticaret sicili ile kastolunan, ticaret sicilini tutmakla görevli olan birim, yani belirli bir mercii iken (bkz. TTK m. 24/1); rehin sicilinden maksat, sadece bir defterdir (bkz. TST m. 2, 3).

Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde, sicilde hangi defterlerin tutulacağı belirtilmektedir. Bu kapsamda sicilde kullanılacak olan defterlerin bir kısmı ismen zikredilirken, bir kısmı hakkında da Bakanlığa düzenleme yapma yetkisi verilmiştir (TSY m. 12). İsmen zikredilen defterler arasında, inceleme konusu bakımından önem taşıyanlar, sicil esas defteri ve ticari işletme rehni kaydına mahsus defterlerdir<sup>34</sup>.

Yürürlükten kaldırılan Ticaret Sicili Tüzüğü'nde, ilanı gereken tescilin hangi deftere yapılması gerektiği ile ilgili yorum yapılabilmesini sağlayan bir düzenlemeye yer verilmiş idi<sup>35</sup> (TST m. 85). Anılan hüküm uyarınca, "*sicil esas defteri, kanun ve bu Tüzük hükümlerince ticaret siciline tescili gereken cihetlerin yazılmasına mahsus defterdir*". Maddede yer alan sicil kavramı, yukarıda ifade edildiği üzere farklı anlamlar taşıyabilmekle birlikte, düzenleme içeriğinden, kanunun tescilini öngördüğü hususların bu deftere yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu sonuç, ilanı gereken tescilin de sadece bu deftere yapılanlarla sınırlı olduğunun, kabulünü gerektirmektedir.

<sup>34</sup> Ticaret sicilinde tutulacak defterlerde yer alacak bilgilerle ilgili düzenleme yapma yetkisi Bakanlığa verilmesine rağmen, tespit edebildiğimiz kadarıyla bakanlık bu konuda bir düzenleme yapmamıştır. Defterlerin içeriği ile ilgili esasları belirleyen Ticaret Sicili Tüzüğü (bkz. m 86) ise, 26.04.2013 tarih ve 28629 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan tüzük ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>35</sup> Rehin sözleşmesinin tescili ve tescilin hukuku niteliği ile ilgili olarak bkz. **Haznedar**, İbrahim M., Ticari İşletme Rehni ve Paraya çevrilmesi, İstanbul, 2008, s. 49 vd.; **Kayıhan** s. 65 vd.

Ticari işletme rehni, kendi mahsus defterine kaydolunacağından, esas defterine kaydolunmayan rehni, ilanının gerekli olmadığını kabul etmek gerekmektedir. Bu durumda, tescil edilen hususların ilanı suretiyle, iyiniyeti ortadan kaldıran etkisi, ticari işletme rehni bakımından geçerli olmayacak ve yukarıdaki başlıkta<sup>36</sup> değerlendirilen sonraki kanun çerçevesinde yapılan yorumla ulaşılan sonuç himaye edilemeyecektir. Zira ilanın iyiniyet üzerinde etki doğurabilmesi için, öncelikle Türk Ticaret Kanunu anlamında bir tescil bulunması gereklidir.

Ancak, halen yürürlükte olan Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü, sadece rehni siciline mahsus deftere değil, aynı zamanda esas defterine de ticari işletme rehni tesciline ilişkin bir hüküm içermektedir. Anılan hükme göre, “*Ticari işletme rehni sözleşmesini ticari işletme rehni siciline kaydeden sicil memuru, sicil esas defterinin tescili gerekli diğer haller sütununa işletme üzerinde rehni bulunduğu dair meşruhat verir ve yanına ticari işletme rehni sicil defterinde tesis olunan kayıt numarasını yazar.*” (TİRST m. 16). Sicil esas defterinin içeriği ile ilgili düzenlemeyi içeren Ticaret Sicili Tüzüğü yürürlükte olmamakla birlikte, Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü hükmü, esas defterinde bulunması gereken hususlardan birinin de tescili gereken diğer hususlar olduğunu göstermektedir. Bu tür kayıtların ilanının gerekip gerekmediği ile ilgili –yürürlükte olan mevzuatta- bir sarahat bulunmamakla birlikte, düzenleme başlık ve içeriğinden, deftere yapılan kaydın sadece bir açıklamadan ibaret olduğu ve teknik anlamda bir tescilin söz konusu olmadığı sonucu çıkmaktadır<sup>37</sup>.

Sicil ve tescil kavramı kapsamında yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, TİRK’de bahsedilen tescilin, Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticaret siciline yapılan bir tescil niteliği taşımadığı, oluşturulan özel bir sicile tescilin söz konusu olduğu, bu sicile yapılan tescilin, Türk Ticaret Kanunu kapsamında ilanı gereken tescil olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu anlamında bir tescil söz konusu olmadığından, sicile tescil edilen hususların, aksi öngörülmediği müddetçe ilanının gerekli olduğuna dair Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi (TTK m. 35/3), bu tesciller hakkında uygulanmayacaktır. Netice itibarıyla normlar arası koordinasyon kuralları çerçevesinde varılan sonuç, sicil ve tescil kavramlarının anlamı dikkate alındığında, himaye edilebilir bir sonuç değildir; ilanı gereken bir tescil bulunmadığından, ilan yapılamayacak ve buna bağlı sonuçlar doğmayacaktır.

<sup>36</sup> Bkz. yukarıda (II. A) başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>37</sup> Yürürlükten kaldırılan Ticaret Sicili Tüzüğü’nde, esas defterinde tutulması gereken kayıtlarla ilgili ayrıntılı hükümler yer almaktaydı. Bu düzenlemelerden, sicil esas defterine kaydedilen hususların çoğunun ilanının da gerekli olduğu anlaşılmaktadır (bkz. TST m. 86). Ancak deftere kaydolunan bazı hususların ilanı gerekmemektedir. Ticari işletme rehnine ilişkin açıklamanın kaydedileceği kısım için tüzükte örnek olarak gösterilen hususun da ilanı gerekmemektedir (TST m. 86/I, 10). Bu açıdan, rehne ilişkin sicilde yer alan açıklamanın, teknik anlamda bir tescil olmadığı sonucu çıkmaktadır (bkz. ayrıca TİRK m. 6). Varılan sonuç, ilanı da ilgilendirmektedir.

#### IV. TİCARİ İŞLETMEYİ BİR BÜTÜN HALİNDE KONU ALAN SÖZLEŞMELER KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME

Türk Ticaret Kanunu'nun tescil edilen hususların ilanına yönelik düzenlemesi (TTK m. 35/3), yukarıdaki başlıkta incelendiği üzere, TİRK'de belirtilen tescil ile aynı anlamı taşımamaktadır. Bu nedenle, TİRK kapsamında üçüncü şahısların iyiniyetinin kalkması söz konusu değildir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun işletmeyi bir bütün olarak konu alan sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri kapsamında da üçüncü şahısların iyiniyetinin ortadan kalkıp kalkmayacağı değerlendirilmelidir<sup>38</sup>.

Ticari işletmeyi bir bütün olarak konu edinen sözleşmelerin şekli yanında, bunların tescil ve ilan edileceği Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülmektedir (TTK m. 11/3). Düzenlemenin şekle ilişkin kısmı, her ne kadar TİRK'de özel bir normun bulunması nedeniyle uygulama kabiliyeti bulamasa da, tescil ve ilana ilişkin kısım için aynı sonuca varmak mümkün görülmemektedir. Burada normun bölünerek, farklı sonuçlara tabi olması gibi bir sonuç söz konusu olmakla birlikte, bu sonuç, TİRK'de konu ile ilgili bir düzenlemenin bulunup bulunmamasına bağlı olarak değişmektedir.

Rehne ilişkin kanunda, sözleşmenin şekli ile ilgili bir düzenleme bulunduğu ve özel norm niteliği taşıdığından, sonraki kanunun özel kanunu değiştirilmesi ihtimal dışıdır. Ancak ticaret siciline tescil ve ilanla ilgili olarak, TİRK düzenlemeleri yanında, yeni bir düzenleme bulunmaktadır<sup>39</sup>. Bu açıdan normlar arasında bir çatışma bulunmayıp, Ticaret Kanunu düzenlemesinin doğrudan uygulanması durumu söz konusudur. Burada Rehin Sicil Tüzüğü'nün 16'ncı maddesi uyarınca sadece sicil esas defterinin ilgili sayfasına şerh verileceği, konu hakkında özel bir düzenlemenin ticaret sicili bakımından ne surette bir işlemin tesis edileceğini gösterdiği, özel normun genel norma üstünlüğünün bulunduğu, bu nedenle tescil ve ilana ilişkin TTK m. 11/3 hükmünün uygulama kabiliyeti bulamayacağına yönelik bir görüş de himaye edilemeyecektir. Zira rehin mevzuatı rehlin tescili ve bu tescilin usulünü düzenlemektedir. Ticaret Kanununun tescile ilişkin genel hükümleri, özel tescil usulü bakımından bir

<sup>38</sup> Ticari işletme rehni sözleşmesinin, işletmeyi bir bütün olarak konu edinen sözleşmeler arasında olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde bu husus açıkça vurgulanmaktadır. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 23, YY: 2, SS: 96, s. 76 vd. Öğretideki görüşler de aynı yönde olup, hepsi için bkz. **Tekinalp**, Ünal, Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Batider, Y. 2008, C. XXIV, s. 3, (s. 5-16) s. 12

<sup>39</sup> Tescil konusunun yeniden özel kanun kapsamında değerlendirmeye açık olacağı düşünülse bile, ilan bakımından durum kesindir. Öte yandan, tescil bakımından da, genel tescil hükümlerinden (bkz. yukarıda III numaralı başlık altında yapılan açıklamalar) farklı olarak, maddi anlamda hangi hususun tescil edileceğine ilişkin yeni bir düzenleme bulunmaktadır (TTK m. 11/3). Bu düzenleme içeriği, neyin tescil edileceğini somut olarak öngördüğünden, içeriğin, ticari işletme rehni ile ilgili mevzuat kapsamında yorumlanması mümkün görülmemektedir.

değişiklik husule getirmez. Ancak TTK m. 11/3 düzenlemesi, aynı zamanda belirli bir sözleşmenin tescil ve ilanını öngörmesi nedeniyle, sadece usule yönelik bir etki göstermemekte, rehin sözleşmesinin tescil ve ilanını emretmektedir. Normlar arasında bu bakımdan çatışma bulunmamakla birlikte, bir çatışmanın olduğu kabul edilecek olsa bile, hiyerarşik olarak aynı derecedeki normlar arasında çatışma olmadığından -başka bir koordinasyon kuralından istifade edilmeksizin- Türk Ticaret Kanunu hükmünün üstünlüğü kabul edilmek gerekecektir (*lexsuperiorderogatlegiinferiori*). İçerik olarak tüzük hükmü, ilgili olduğu kanunun uygulanmasını göstermektedir (AY m. 115/1) ve Türk Ticaret Kanunu'nun uygulanması ile ilgili değildir. Türk Ticaret Kanunu ise doğrudan, belirli bir hususun sicile tescil ve ilan ile ilgili maddi bir hüküm sevk etmektedir. Ticari işletmenin rehni ile ilgili bir istisna tanınmadığından, rehni de ticaret siciline tescili ve ilan gerekmektedir. Bu durum ise üçüncü şahısların iyiniyetini bertaraf eden bir etkiyi haiz olacaktır (TTK m. 36/1 ve 3). Zira ilanla birlikte<sup>40</sup>, TİRK'in, üçüncü şahıslar bakımından oluşturduğu sicil bölgesi içinde ya da dışında gerçekleşen iktisaplara ilişkin düzenlemesi, büyük ölçüde<sup>41</sup> uygulama kabiliyetini yitirecektir.

## V. SONUÇ

Ticari işletme rehni, aynı bir hak sağladığından, rehne dahil unsurların üçüncü şahıslar tarafından iktisabı durumunda, rehin hakkı bunlara karşı da ileri sürülebilir. Ancak ticari işletmenin sicil bölgesi dışında, rehinden haberdar olmaksızın rehne dahil münferit unsurlar üzerinde mülkiyet ya da başkaca aynı hak iktisap edenlerin, bu iktisabı korunmaktadır (TİRK m. 9/2).

Üçüncü şahısların iyiniyeti bakımından, ticaret siciline yapılacak tescile dayalı olarak gerçekleşen ilan, olumsuz etkide bulunmaktadır. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu, mülga kanundan farklı olarak, sicile tescil edilen hususların aynı zamanda ilanına yönelik bir düzenlemeye yer vermiştir (TTK m. 35/3). İlanın, üçüncü şahıslar üzerinde iyiniyeti ortadan kaldıran etkisinin doğmaması için, bunun açıkça öngörüldüğü bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

TİRK'de, rehni tesciline ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olmakla birlikte, ilan ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, Türk Ticaret Kanunu'nun tescil edilen hususların ilanına ilişkin düzenlemesinin, ticari işletme rehni bakımından da uygulanması gerektiği sonucunu kabul etmek gerekmektedir. Ne var ki "sicile tescil" kavramının farklı anlamlara gelmesi ve ticari

<sup>40</sup> Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılan ilanın, üçüncü şahısların bilgi sahibi olması bakımından etkin fonksiyon icra etmediğine ve yetersizliğine yönelik değerlendirme için bkz. **Battal**, s. 87; **Kayar**, s. 364 vd.

<sup>41</sup> Ticari İşletme Rehni Sicili'ne tescil ile Ticaret Sicili Gazetesi ilan arasındaki süre içerisinde uygulama kabiliyeti devam edecektir.

işletme rehni ile ilgili mevzuatın, ticaret sicilinden ziyade, ticari işletme rehni siciline yapılacak tescille ilgili olması, Türk Ticaret Kanunu'nun sicile tescil edilen hususların ilanına ilişkin düzenlemesinin, ticari işletme rehni bakımından uygulanamayacağını göstermektedir. Bu açıdan, ticari işletme rehni mevzuatının üçüncü şahısların iyiniyetini esas alan koruma hükümleri tatbik kabiliyetini yitirmemektedir.

Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun, işletmeyi bir bütün olarak konu alan sözleşmeler için, ayrıca sicile tescil ve ilan zorunluluğu getirmiş olması (TTK m. 11/3), ticari işletme rehni, rehin sicili dışında, ticaret siciline de tescil ve ilan edilmesini gerektirmektedir. Ticaret siciline tescil ve ilan edilen hususlar, üçüncü şahıslar bakımından o hususun bilindiği faraziyesini doğurduğundan, TİRK'in, sicil bölgesini esas alan, üçüncü şahısların iyiniyetini korumaya yönelik düzenlemelerinin uygulama kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.

Üçüncü şahısların menfaatlerini korumaya yönelik TİRK hükümleri, yeterliliği tartışmaya açık olmakla birlikte, kanaatimizce hakkaniyet açısından himayesi gerekli olan düzenlemelerdir. Aksi takdirde, ticari işletme rehni bakımından, üçüncü şahıslara, kendilerinden katlanılması beklenilmeyecek bir yükümlülük getirilmiş olacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun, işletmeyi bir bütün olarak konu edinen sözleşmelerde ilana ilişkin düzenlemesi, böyle bir yükümlülük doğurmaktadır. Bu bakımdan, menfaatler dengesi göz önünde bulundurularak, yasal düzenlemeyle, iyiniyetli üçüncü şahısların çıkarlarını korumaya yönelik özel bir hüküm sevk edilmesi isabetli olacaktır. Aksi takdirde, Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işletmeyi bir bütün olarak konu edinen sözleşmelere ilişkin düzenlemesiyle, TİRK'in, iyiniyete dair hükümlerinin uygulama kabiliyetini bilinçli olarak ortadan kaldırdığı kabul edilmelidir.

## **KAYNAKÇA**

- Akyazan**, Sıtkı, Menkul Rehninde Teslim Koşulu ve Ayrıcalıkları, (Varant-Makbuz Senedi-Taşıma Senedi-Konişmento-Ticari İşletme Rehni), Batider, Aralık 1977, C. IX, sa: 2, s. (325-334)
- Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012
- Ayhan**, Rıza/**Özdamar**, Mehmet/**Çağlar**, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2013
- Bahtiyar**, Mehmet, 6102 Sayılı TTK'da, Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu, (m. 35/3), Regesta, Y. 2013, C. 3, Sa: 2, (s. 3-14)
- Battal**, Ahmet, Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun ve Temsile İlişkin Sonuçların Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi, Batider, Y. 1997, C. XIX Sa: 1, (s. 83-101)
- Emmenegger**, Susan, Bankorganisationsrechtals Koordinationsaufgabe, Bern, 2004
- Erdem**,ERCÜMENT, Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Y. 2011, Sa: 76, (s. 42-60)
- Ertaş**, Şeref, Ticari İşletme Rehni, DEÜHFD, Y. 2005, C. 7, Özel Sayı - Prof.Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, (s. 39-50)
- Erzurumluoğlu**, Erzan, Ticari İşletme Rehni, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1977 Sa. 3, (s. 430-438)
- Haznedar**, İbrahim M., Ticari İşletme Rehni ve Paraya çevrilmesi, İstanbul, 2008
- Helvacı**, İlhan, Sanayi İşletmelerinde Ticari İşletme Rehni Üzerine, İÜHFM, Y. 2007, C. LXV, Sa. 1, (s. 273-284)
- İmregün**, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1993
- Karahan**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2012
- Karayalçın**, Yaşar, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Ankara, 1994
- Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968
- Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, Batider, Y. 1975, C. VIII, Sa: 2, (s. 1-29)
- Kayar**, İsmail, TTK Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi, YÜHFD, Y. 2005, C. 2, Sa. 1, (s. 353-382)
- Kayıhan**, Şaban, Ticari İşletme Rehni, (YL Tezi), İstanbul, 1994
- Kendigelen**, Abuzer,(Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006
- Larenz**, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin vs., 1991
- Nomer-Ertan**, N Füsün, (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006

- Özdamar**, Mehmet, 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Sicili, Regesta, Y. 2012, C. 2, Sa: 2, (s. 47-60)
- Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012
- Reisoğlu**, Seza, Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme, Bankacılar Dergisi, Y. 2003, Sa: 47, (s. 107-121)
- Tekinalp**, Ünal, Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Batider, Y. 2008, C. XXIV, s. 3, (s. 5-16)
- Topçuoğlu**, Metin/**Çon**, Ömer, Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması, TBB Dergisi, Y. 2011, Sa: 93, (s. 174-214).
- Törüner**, Ekrem, Ticari İşletme Rehninin Özellikleri ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1981, Sa: 4, (s. 692-703)



## **BORCUN İFA EDİLMEMEYECİĞİNİN ÖNCE DEN BİLDİRİLMESİ**

*Yrd. Doç. Dr. Selin SERT\**  
*Ali Hulki CİHAN, LL.M.\*\**

### **ÖZET:**

Borcun ifa edilmeyeceğinin bildirilmesi, borçlu tarafından vade tarihinden önce alacaklıya bildirimde bulunularak borcun ifa edilmeyeceğinin bildirilmesidir. Kavramın 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmamaktadır. Borcun ifa edilmeyeceğinin bildirilmesi kavramını ifa engeli olup olmadığı ve hukuki niteliği çalışma konusunun temelini oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Borçlu, Alacaklı, Vade, Borcun İfa Edilmemesi.

### **ABSTRACT:**

Be notified of the debt would be carried out by the borrower, the creditor before the due date would be carried out by a notification of the debt is reported. Concept No. 6098 there is no provision in the Turkish Code of Obligations. The execution of debt would be notified as to whether the concept impediment and the legal nature of the work is the basis of the subject.

**Keywords:** Debtors, Creditors, The Maturity of the Debt to be Carried Out.

---

\* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

\*\* Ayukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

## GİRİŞ

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi, karşılığını kavram yönünden Türk Borçlar Kanunu'nda bulmayan, ancak hemen bütün borç ilişkileri için uygulamadan söz konusu olan bir durumdur. Bu durumda sözleşme adaletini sağlama adına borç ilişkisinin çözülmesi esnasında doğru hükümlerin uygulanması, sözleşme adaleti bakımından kaçınılmaz bir zorunluluktur. Sözleşmedeki edimlerin ifası yönünden deyim yerindeyse “perşembenin gelişinin çarşambadan belli olduğu” durumlarda çözüm hem pratik fayda sağlamaya yönelik olmalı, hukuk kurallarının doğru yorumuna dayanmalı, hem de hakkaniyete uygun olmalıdır.

Bu esaslardan hareketle aşağıda iki bölümde konuyu inceleyeceğiz.

## I. BORCUN İFA EDİLMEMEYECİĞİNİN ÖNCEDEN BİLDİRİLMESİ KAVRAMI

### A. Genel Çerçeve

Geçerli olarak kurulan ve sonuç doğurmaya yönelen her borç ilişkisinin ifa ile sona ermesi beklense de, bu ilişkinin her zaman ifa ya da ifa yerini tutan bir edimle son bulması mümkün olmamakta ya da mümkün olamamaktadır. Borç ilişkisinin bu şekilde ifa ya da ifa yerini tutan bir edimle son bulmaması bazen borçludan bazen alacaklıdan bazen de tamamen farklı bir nedenden kaynaklanmaktadır. İfanın gerçekleştirilmemesinin nedeni; borç ilişkisi<sup>1</sup> kurulduktan sonra ortaya çıkabileceği gibi borç ilişkisi kurulmadan önce de var olabilir. Tüm bu hallerde ifa ya hiç yapılmaz, ya hiç gerçekleşmez veya borç gereği gibi ifa edilemez. Edimin ifası sırasında ortaya çıkan umulmayan haller de ifanın gerçekleşmesini engelleyebilmektedir. Sözleşmenin ifasının değişen koşullar nedeniyle gerçekleştirilememesi de imkân dâhilinde olabilmektedir. Bu hallerin tamamı ifa engelleri<sup>2</sup>, ifa arızaları<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Borç ilişkisi doktrinde biri dar biri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Borç kavramıyla eş anlamda kullanılan dar anlamdaki borç ilişkisi, münferit bir alacağın sahibi ile bir edimde bulunmakla yükümlü borçluyu karşılıklı olarak birbirine bağlayan bir hukuki ilişkidir. Geniş anlamda borç ilişkisi ise alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkinin tamamını ifade etmektedir. Bu ilişkiden çok sayıda edim yükümleri, yan yükümler ve koruma yükümleriyle, inşai haklar ve hukuki durumlar doğmaktadır”. Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s.30.

<sup>2</sup> “İfa engeli yerine genellikle, sözleşmeye aykırılıktan söz edilir. Oysa borçlunun kendi elinde olmayan nedenlerle ifa imkânsızlığına veya aşırı ifa güçlüğüne düşmesinde ya da alacaklı temerrüdü halinde sözleşmeye aykırılık yoktur.”; Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Genel Bölüm), İstanbul 2009, s. 130; Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa In Contrehendo”, (Müspet İhlal), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 18, İstanbul 1990, s.29.

<sup>3</sup> Hüseyin Hatemi- Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012, s. 234.

veya ifa ihlalleri<sup>4</sup> olarak ifade edilmektedir. İfa engelini; tarafların iradesi dışında olan ve akdin yapıldığı sırada öngörülmesi mümkün olmayan, borcun gereği gibi ifasını engelleyen her türlü olay olarak tanımlanabiliriz.

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi; alacaklıyı borcun ifa edileceğine dair içinde bulunduğu beklentiden kurtaran bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Alacaklı da bu sayede vadeden önce borcun ifa edilmeyeceğini bilmekte ve ona göre hareket etmektedir. Alacaklıyı haklı beklentiden kurtaran bu bildirim vade tarihinden ne kadar önce yapıldığı da önemlidir. Alacaklı ne kadar erken borcun ifa edilmeyeceğini öğrenirse başvurabileceği imkânlar da bu ölçüde artacaktır.

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi kavramı birden çok kavramla karıştırılabilecek nitelikte olduğu için öncelikle bu kavramın ne anlama geldiğinin açıklanması gerekecektir.

Ancak belirtmemiz gerekir ki, borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi kavramı, işlevi bakımından alacaklıya sözleşmeden bir dönme imkânı verilip verilmemesi noktasında büyük önem arz eder. Çünkü ifanın gerçekleşmeyeceği önceden bildirilen alacaklının, ifa tarihine kadar ifa edileceği umuduyla sözleşmeyle bağlı olması, sözleşme adaletine aykırıdır ve bu alacaklıdan beklenemez. Aksi bir durum, alacaklının olayların çoğunda maddi anlamda zarar görmesine sebep olacak niteliktedir.

## B. Kavram Sorunu

Borcun ifa edilmeyeceğini önceden bildirilmesi kavramı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmemiş bir kavramdır. TBK borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde başvurabileceği hukuki imkânları düzenlemiştir (m.112). Borçlunun ifa etmeyeceğini önceden açıkça bildirmesi durumunda alacaklının başvurabileceği bir hukuki imkânın varlığına ilişkin kanunumuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle karşılıklı edimleri içeren borç ilişkilerinde taraflardan birinin borcunun vadesinin daha önceki bir tarih olması ve bu tarafın sözleşmeye uygun olarak borcunu ifa etmiş bulunmasına rağmen, diğer tarafın kendi borcunun vade tarihinden önce açıkça edimini ifa etmeyeceğini açıkladığı bir ihtimalde, edimini ifa etmiş taraf yönünden bir adaletsizlik mevcuttur.

Doktrinde borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi durumunun “*Öncelenmiş borca aykırılık*” kavramı ile ifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>5</sup>. Bu kavramın esas alınmasında ise Viyana Satım Sözleşmesi<sup>6</sup> (CISG) in esas

<sup>4</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, 15. Bası, s.952.

<sup>5</sup> Başak Başoğlu, “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, (Borca Aykırılık), İÜHFİM, C.66, S.2, 2008, s. 288; Yeşim M Atamer, Uluslararası Satım sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. bası, İstanbul, 2005, s. 410, dn. 694.

alındığı bu sözleşmenin Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan kanun teklifinin ekinde yer alan tercümede ise İngilizce metinde "*Anticipatory Breach*" olarak ifade edilen kavram "*Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık*" olarak ifade edilmiştir. Öne alınmış sözleşmeye aykırılık kavramının ise öncelenmiş borca aykırılıkların sadece sözleşmeden kaynaklanan borçlar açısından değil, tüm borca aykırılıklar bakımından değerlendirilmesi sebebiyle öncelenmiş borca aykırılık kavramının tercih edildiği belirtilmiştir. Buna karşılık, Viyana Satım Sözleşmesi sadece milletlerarası mal satımlarına ilişkin sözleşmeler açısından uygulama alanı bulacaktır<sup>7</sup>. Öncelenmiş borca aykırılık<sup>8</sup> kavramının hem borçlu tarafından vadeden önce açıkça bildirilmesi hem de borçlunun borcunun vadeden önce ifa etmeyeceğinin açıkça anlaşılması durumlarını kapsayacak şekilde kullanılacağı belirtilmiştir.

Doktrinde "*öncelenmiş borca aykırılık*" kavramından başka bu durumu ifade eden bir kavram kullanılmamıştır.

Kanımızca bazı yazarlarca öncelenmiş borca aykırılık olarak ifade edilen durum, sözleşmenin kurulması ile sözleşmeden doğan borcun muaccel hale gelmesi arasında kalan ara dönemi ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) milletlerarası taşınır mal satımlarına uygulanacak kuralları düzenleyen bir sözleşmedir. Yani milletlerarası unsurlu olmayan taşınır satışına bu sözleşmenin ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Ayrıca Viyana Satım Sözleşmesi, ifa engellerini imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutmamış onun yerine genel bir sözleşmeye aykırılık sistemi benimsemiştir. Genel sözleşmeye aykırılık ise hem sözleşme öncesi hem de sözleşme sonrası için öngörülmüştür. Yani sözleşmenin kurulmasından önce sözleşmesinin ihlal edilmesi ile sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin ihlal edilmesi arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir.

Türk hukuk sisteminde ise, sözleşmeye aykırılık sözleşme öncesi ayrı sözleşme sonrası için ayrı düzenlenmiş ve farklı sonuçlara tabi kılınmıştır. Sözleşmeye aykırılık sözleşme kurulmadan önce olursa sözleşme öncesi sorumluluktan bahsedilirken sözleşme kurulmasından sonra sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği durumlarda ise borçlunun kusurlu olup olmamasına göre ayırım yapılarak farklı yaptırımlar benimsenmiştir.

<sup>6</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Selin Sert, Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013, s. 5 vd.

<sup>7</sup> Başoğlu, s. 288.

<sup>8</sup> Atamer, s. 410, dn. 694.

Viyana Satım Sözleşmesinin Türk hukukunda iç hukuk kuralı olarak kabul edilmesine rağmen sadece milletlerarası unsurlu taşınır satışlarına uygulanması ve Türk hukuk sisteminde genel bir sözleşmeye aykırılık sistemi benimsenmemiş olması sebebiyle tüm borca aykırılıkları kapsayacak genel bir kavram yerine, sözleşmenin kurulması fakat sözleşmeden doğan borcun vadeden önce ifa edilmeyeceğinin borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi kavramını ifade etmek üzere biz “Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi” teriminin kullanılmasını daha uygun görüyoruz.

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi ifadesi, “öncelenmiş borca aykırılık” ifadesine göre hem dil bakımından hem de vakıayı daha net olarak anlatması bakımından daha uygundur. Zira “öncelenmek” diye bir eylem Türkçe bakımından da pek uygun değildir.

### C. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

#### 1. Temerrüt

Temerrüt<sup>9</sup>, Arapça kaynaklı bir sözcük olup, “inat” kökünden gelmektedir<sup>10</sup>. Temerrüt, doktrinde, direnme veya gecikme ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Temerrütte borcun zamanında ifa edilmemesi, geç ifa edilmesi söz konusudur. Borcun geç ifa edilmesinden veya zamanında ifa edilmemesinden veya ifanın gerçekleşmesi için yapılması gereken hazırlık fiillerinin yapılmamasından sorumlu olan alacaklı ise, alacaklı temerrüdünden, ifanın zamanında gerçekleşmemesi veya geç gerçekleşmesi borçlunun davranışlarından kaynaklanıyorsa, borçlu temerrüdünden söz edilecektir.

<sup>9</sup> “Temerrüt; bir vecibe ile bağlı yani muayyen bir anda muayyen bir şekilde harekete mecbur olan kimsenin o anda tayin edilen şekilde hareket etmemesinden doğan mesuliyet halini ifade etmektedir”; Işık Nazikoğlu, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, AÜHFD, 1951, s.662; “Temerrüt, henüz ifası mümkün olan muaccel bir borcun borçlu tarafından gereken zamanda yerine getirilmemesidir”, Ahmet İşeri, “Satım Akdinde Alıcının Temerrüdü”, BATIDER, C. II, 1964, s.648; “Temerrüt, sözcük olarak dik başlılık, direnme anlamına gelmektedir. Hukuk açısından ise temerrüt taraflardan birinin haklı bir sebep olmaksızın borcun gerçekleşmesine engel olan bir davranışta ve direnmede bulunmasıdır.”; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 1977, s. 140.

<sup>10</sup> “Akitten doğan borçların yerine getirilmesi muayyen bir tarihe ve bazen de taraflardan birinin tayin edeceği bir zamana talik olunur ve bu tarihte borçlunun muaccel olan borcu yerine getirmemesi temerrüt olarak adlandırılmaktadır. Doktrinde ise temerrüt, borçlunun lazım gelen zamanda borcunu ifa etmemesi olarak tanımlanmaktadır.”; Atıf Yonsel, “İki Taraf İçin Borç Doğuran Akitlerde Temerrüt ve Hukuki Neticeleri”, İBD, Y.1945, S.VII, s.394; “Temerrüt, bir borcun sözleşme şartlarına aykırı olarak yerine getirilmemesi ve ödemenin de hala mümkün olması hallerinde bahis konusu olmakta ve bu duruma düşen borçluya da mütemerrit borçlu adı verilmektedir.”; Turgut Önen, Borçlar Hukuku, Ankara 1995, s. 191.

Temerrüt<sup>11</sup> kavramı, TBK’da tanımlanmamıştır<sup>12</sup>. Kanun, sadece alacaklının temerrüdü<sup>13</sup> ile borçlunun temerrüdünü temerrüt için aranması gereken şartlar ile hüküm ve sonuçlar açısından incelemiştir (m.106 - m.117). Satış sözleşmesinde<sup>14</sup> temerrüt ise, yine temerrüdün tanımı verilmeden satış sözleşmesi ile ilgili olarak borçlar hukuku özel kısmında belirtilmiştir (m.212). Alacaklı temerrüdü<sup>15</sup>, TBK’nın m.106 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Düzenlemeler, öncelikle alacaklının temerrüdünün şartlarını; sonrasında ise, temerrüdün hüküm ve sonuçlarını içermektedir. Borçlunun temerrüdü<sup>16</sup> ise; Borçlar Kanununun 117. maddesi hükmü ve devamında düzenlenmiştir. Bu hükümler de aynı alacaklının temerrüdü gibi öncelikle şartlar sonrasında hüküm ve sonuçlar şeklinde düzenlenmiş, temerrüt konusunda bu düzenleme şekliyle bir paralellik sağlanmaya çalışılmıştır.

<sup>11</sup> “Doktrindeki temerrüt tanımlarının yetersizliği karşısında temerrüdün şu şekilde tanımlanması uygundur: Temerrüt herhangi bir edim dolayısıyla kanun tarafından emredilen vaziyete mecbur olduğu anda riayet etmeyen, borçlunun mesuliyet halidir. Bu mesuliyet hali muhtelif mevzuata göre, farklı sebeplerden neşet edebilir, borçlunun kusuru ile husule gelen ödemezlik veya bilakis mücbir sebep dolayısıyla ödemezlik gibi. Bu mesuliyet hali, bir tek ve aynı mevzuatta edimin mahiyetine göre, kusur veya mücbir sebep gibi muhtelif sebeplerden doğabilir; bunun gibi bir tek ve aynı mevzuatta temerrüdün muayyen bir sebebi, muayyen neticeleri, diğer bir sebebi de farklı neticeler tevhit edilebilir”.; Henry Bovay, “Temerrüdün Esası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.12, S.4, 1946, s. 803-804.

<sup>12</sup> Temerrüt kavramı 818 Sayılı Borçlar Kanununda da tanımlanmamıştır.

<sup>13</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Üçer, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2006. s.7 vd.

<sup>14</sup> “Satım sözleşmesinin türüne göre temerrüt uygulanması da farklılık göstermektedir. Satım sözleşmesi en bilinen şekliyle taşınır ve taşınmaz satımı olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiş, numune üzerine satış, beğenme koşuluyla satış, kapıdan satış, taksitle satış, kampanyalı satış, mesafeli satış, ard arda teslimli satım, müzayedeye satıştır.”; Aydın Zevkliler- Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010, s. 65-98.

<sup>15</sup> “Borçlar Kanununun m.90 hükmüne göre alacaklının temerrüdünden bahsedebilmek için, alacaklı edimi usulü gereğince kendisine sunulduğu halde haklı bir sebep olmaksızın onu reddederse veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından önceden yapılması gerekli işlemleri yapmaması olarak ifade edilmektedir”.; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, s. 141; “Genel olarak, borçlunun ifa fiili alacaklının iştirakine lüzum gösterir. Alacaklı ise umumiyetle bunu yapmaya mecbur değildir, çünkü alacaklı herhangi bir hakta olduğu gibi bunu yapmakta da serbesttir. Bununla beraber borçlu da borcunu ifa ederek borcundan kurtulmak istemektedir. Alacaklı kendisine sunulan edayı kabul etmez ise kanun bunu alacaklı temerrüdü olarak tanımlamıştır.”; Von Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara 1983, s. 533; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 756.

<sup>16</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Halil Akkanat, “İfade Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2000, s. 1-49; Işık Nazikoğlu, a.g.e., s.658-684; “Borçlu edayı yerine getirmek mükellefiyetini zamanında ifa etmediği takdirde temerrüt haline düşer. Borçlu temerrüdü için borcun ifa edilebilir olması ve borcun muaccel olması gerekmektedir”.; Von Andreas von Tuhr, s. 605; Kenan Tunçomağ, s. 903; Rona Serozan, (Genel Bölüm), s. 214; Hatemi- Gökyayla, s. 250; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012, s. 260.

TBK m.112 hükmünde borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemeden dolayı sorumlu olacağı açıkça düzenlemiştir. TBK, temerrüdün varlığını araştırırken kusuru bir unsur olarak kabul etmemiş, fakat borçluya kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederek temerrüdünün neticelerinden kısmen veya tamamen kurtulma imkânı vermiştir. Kanunda açıkça belirtilmemesine rağmen, özellikle tam iki tarafa sorumluluk yükleyen sözleşmelerde temerrüt sonucunda müsbet zararın<sup>17</sup> tazmin edilebilmesi için, borçlunun kusurlu olarak temerrüde düşmesi gerekir. Kusur şartı, müsbet zararın tazmini bakımından temerrüdün unsurunu teşkil eder<sup>18</sup>. Borçluya atfedilen kusurun mutlaka borçlunun bir davranışına istinat etmek zorunda oluşu ise “borçlunun ifa ihlalini netice veren davranışını” ifa engelleri sisteminin merkezine oturtmaktadır<sup>19</sup>.

Temerrüt durumunda kusura ilişkin olarak özetle şunu söyleyebiliriz: Bize göre kusur temerrüdün unsurlarından biri değildir çünkü kusur karinesi çürütülmezse, kusur zaten var kabul edilir. Yani kusurun varlığının ispatlanması temerrüt bakımından şart değildir, kusursuzluğun ispatlanamaması halinde kusur yasal karine gereği zaten var kabul edilir.

Temerrüdün gerçekleşmesi için borcun vade tarihinin gelmesi ve vade tarihinde borcun ifa edilmemiş olması gerekmektedir. Yani temerrüt için borcun muaccel hale gelmesi şarttır. Oysa borçlunun borcun vadesinden önce ifa edilmeyeceğini alacaklıya bildirmesi durumunda borç henüz muaccel hale gelmemiştir. Sözleşme ilişkisi kurulmuş ancak vade tarihi gelmediğinden borç muaccel hale gelmemiştir.

Borçlu temerrüdünün şartlarından birisi de -kesin vadeli işlemler hariç- borçlunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşmesidir. Borçlar Kanunu m. 117 hükmünde bu durum muaccel borcun borçlusunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği şeklinde ifade edilmiştir. Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesinde alacaklının bir karşı edim borcu söz konusu değilse borçlunun ifa etmesi gereken borç muaccel hale gelmediği için alacaklının borçluya ihtar çekmesi ve temerrüde düşürmesi durumu da söz konusu olmayacaktır.

<sup>17</sup> “Türk Hukuk Sisteminde hâkim olan görüşe göre; müsbet zararın tazmini talebinin kusur şartına bağlı olduğu kabul edilmektedir. Borçlunun müsbet zararın tazmininden kusursuz da olsa sorumlu tutulması akdi sorumluluk ilkeleri ile bağdaşmaz”.; Ayşe Havutçu, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s.35.

<sup>18</sup> Ayşe Havutçu, a.g.e., s.23.

<sup>19</sup> Sinan Okur, “Türk Borçlar Kanununda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme”, E-Akademi- Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aykılık İnternet Dergisi, Mart 2013, S. 131, www.e-akademi.org.

## 2. İmkânsızlık

İmkânsızlık;<sup>20</sup> edimin içeriği değişmeksizin, borçlunun etkinliği ile edimin aynen gerçekleştirilmesinin sürekli mümkün olmaması<sup>21</sup> veya borçlanılan edimin, borçlu veya herhangi bir kimse tarafından kesin olarak yerine getirilememesi olarak tanımlanmıştır. İmkânsızlığın genel olarak, ifa edilemeyen ya da ifa edilemez hale gelen edim şeklinde tanımlanması da mümkündür.

Kanımızca, imkânsızlık kavramı, borçlanma işleminden doğan borç ilişkisinde edimin borçlu veya alacaklı dâhil hiç kimse tarafından yerine getirilememesi olarak ifade edilebilecektir.

Hukuk sistemimizde, ifa engelleri alanında kabul edilen temel yasal kavram; imkânsızlıktır. TBK m.136. hükmünde<sup>22</sup>; “borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer” hükümlerine yer vermiş ancak imkânsızlığın tanımını yapmamıştır. Ayrıca Kanunun m.137 hükmü ile de kısmi ifa imkânsızlığı özel olarak düzenlemiştir. İfa imkânsızlığı halinde borçlunun ifa imkânsızlığından sorumlu olup olmayacağı hususu, Kanunun hem m.112 hükmünde hem de m.136 hükmünde düzenlenmiştir. Kanunun m. 136 hükmü borçlunun sorumlu olmadığı ve borcun doğumundan sonra ortaya çıkan imkânsızlığı düzenlemiştir. Borçluya yüklenemeyen haller nedeniyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olacaktır. Bu nedenle de edimin ifası talep edilemez. İmkânsızlaşan edimin yerini tutan herhangi bir ikame değer varsa borç sona ermemekte aksine imkânsızlaşan edimin yerini bu ikame edim almaktadır. Madde metninde imkânsızlık halinde bu durumun sözleşmenin karşı tarafına bildirilmesi gerekip gerekmediği hususu düzenlenmemiştir. Bu hüküm-

<sup>20</sup> “İmkânsızlık, konusuna göre fiili imkânsızlık ve hukuki imkânsızlık olarak ikiye ayrılarak incelenmelidir. Fiili imkânsızlıkla ilgili en önemli kararlardan birisi, 1861 tarihli Caldwell & Taylor kararıdır. Newington da bulunan bir konser salonu ve salona bağlı olan Surrey bahçeleri dört gece için kiralanmış, ancak daha sonra konser salonu bir yangın sonucu kullanılamaz hale gelmiştir. Taraflar arasında kira sözleşmesinde herhangi bir şekilde kiralanılan yerlerin kullanılamaz hale gelmesine ilişkin bir hüküm bulunmadığından kira parasının ödenmediği gerekçesiyle dava açmıştır. Ancak mahkeme burada sözleşmenin örtülü bir şart içerdiğini kabul ederek bu şarta göre sözleşmenin devamı için edimin imkânsızlaşmaması gerektiğini belirtmiş ve davalının sözleşme ile bağlı olmayacağına hükmetmiştir. Hukuki imkânsızlıkla ilgili en önemli karar ise; Fibrosa Spolka Akcyjna Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. kararıdır. Buna göre İkinci Dünya savaşı sırasında Polonya'nın Almanya tarafından işgal edilmesi ve düşmanla ticaret yapılmasının yasaklanması üzerine Polonyalı alıcılara makine satımına ilişkin borç imkansızlaşmıştır”; Başak Başoğlu, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, (Aynen İfa), İstanbul 2012, s.48.

<sup>21</sup> Rona Serozan, (Genel Bölüm), s.215

<sup>22</sup> 818 Sayılı Borçlar Kanunumuz, imkânsızlık konusunu çok dağınık bir şekilde düzenlemiştir. Sözleşmenin kurulmasından önceki objektif imkânsızlık sözleşmenin geçersizliğine yol açan hallerden biri olarak Kanunun m.20 hükmünde düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 20. maddesi hükmü; “bir akdin mevzuu gayri mümkün olursa” sözleşmenin batıl olacağına düzenlemiş ancak imkânsızlığa ilişkin herhangi bir tanıma yer vermemiştir.



lerin varlığına rağmen Kanunumuzda ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklandığı durumlarda bu durumun sonuçlarının ne olacağına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İfanın alacaklıdan kaynaklanan nedenlerle imkânsızlaştığı hallerin sonuçlarına ilişkin olarak, hizmet sözleşmeleri ve istisna sözleşmeleri açısından özel düzenlemeler bulunmakta ise de bu durumu düzenleyen genel hüküm yoktur<sup>23</sup>.

### 3. Sözleşme Görüşmelerinden (Culpa in Contrahendo) Doğan Sorumluluk

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun temelinde dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Sözleşme bir anda kurulup ortaya çıkan bir hukuki işlemi değil aksine belirli bir süreci kapsayan bir süreci gerektiren hukuki işlemi ifade etmektedir. Sözleşme ilişkisi kurulmadan önce sözleşme için görüşen taraflar arasında müzakereler ve bu müzakerelere bağlı olarak güven ilişkisi kurulmaya başlayacaktır. Sözleşme görüşmelerinin başlaması taraflar arasında bir hukuki ilişki meydana getirir ve bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir<sup>24</sup>.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk; sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarındaki dürüstlük kuralı gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluktur<sup>25</sup>.

Kanımızca borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi durumunda sözleşme öncesi görüşme sorumluluğu yani culpa in contrahendo sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Çünkü culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için henüz ortada bir sözleşme ilişkisinin olmaması gerekmektedir. Borçlunun alacaklıya borcu ifa etmeyeceğini vadeden önce bildirmesi durumunda ise kurulmuş ve geçerli bir sözleşme ilişkisi vardır. Sözleşme geçerli olarak kurulmuş ancak borçlu vadeden önceki bir tarihte borcunu ifa etmeyeceğini açıkça alacaklıya bildirmektedir.

### 4. Sözleşmenin Müsbet İhlali

Alman hukukunda 2002 yılı başında yürürlüğe giren borçlar hukuku düzenlemesine kadar, İsviçre B.K m.98/B.K. m.112 den farklı olarak BGB'de gereği

<sup>23</sup> Murat İnceoğlu, “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, AÜHFD, Y.2008, C.57, S. 4, s. 238.

<sup>24</sup> Kemal Oğuzman-Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2012, s. 428; Rona Serozan, (Genel Bölüm), s.248; Süleyman Yalman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006, s. 37-38; Ümit Gezder, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009, s. 12-13; Nomer, s. 295-296.

<sup>25</sup> Yalman, s. 38; İlhan Ulsan, “Culpa İn Contrahendo Üzerine”, Prof. Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 287; Rona Serozan, “Culpa İn Contrahendo ve Akdın Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kavramlarının Ortak Temeli, Edim Yüklülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968, S.3, s. 110, Gezder, s. 12-15.

gibi ifa etmeme kavramına ifa engelleri arasında yer verilmediği ve ifa engeli olarak sadece imkânsızlık ve temerrüt kavramları kabul edildiği için gereği gibi ifa etmeme halleri konusunda kanunda bir boşluk oluşmuş ve bu boşluk akdin müsbet ihlali kavramı ile doldurulmuştur<sup>26</sup>. Sözleşmenin müsbet ihlali<sup>27</sup> kavramından ne anlaşıldığı da doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüş uyarınca sözleşmenin müsbet ihlali; sözleşmenin amacını tehlikeye sokan ve tarafların sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisini temelden çökmesine neden olacak bir sözleşmeye aykırılıktır<sup>28</sup>. Bu görüşe göre, sözü edilen davranış yükümü, borçlunun kendi rızasıyla ifayı gerçekleştirme ve alacaklının ifadan doğacak menfaatini tehlikeye sokmama yükümü olup, bunun ihlali halinde mağdur taraf süre vermeksizin sözleşmeden dönme ve kusurlu taraftan tazminat talep etme hakkına sahiptir<sup>29</sup>.

Ancak sözleşmenin müsbet ihlali kavramı, kaynağını Alman hukukunda bulur. Sözleşmenin müsbet ihlalinin anlamı ve kapsamı konusunda biz de bu görüşe katılmaktayız. Buna göre sözleşmenin müsbet ihlali kavramının kaynağı; BGB'nin yürürlüğe girmesinden bir süre sonra (2002 değişikliğinden önceki dönemde) 1.1.1900 yılında *Hermann Staub* avukatlık yaşamında karşılaştığı bazı önemli sorunların çözümüne yarayacak çarelerin ve kurumların BGB'de düzenlenmediğini ileri sürmesine dayanır<sup>30</sup>. *Staub'a* göre, kanunda düzenlenen temerrüt ve imkânsızlık durumlarında yerine getirilmesi taahhüt edilen edimin gerçekleşmemesi söz konusudur<sup>31</sup>. Yani; yapılması gereken yapılmamaktadır. Buna karşılık bir kimsenin yapmaması gerekeni yaparak; yani olumlu bir hareketle borcuna aykırı davranması halinde<sup>32</sup>, söz konusu zamanda BGB'de temerrüt ve imkânsızlık gibi bu duruma has uygulanabilecek bir kurum ve hüküm

<sup>26</sup> Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara 1961, s.400-402; Hatemi- Gökyayla, s. 245.

<sup>27</sup> Sözleşmenin olumlu ihlali, aslında gereği gibi ifa etmeme hallerinden biridir ve esasında ifa engelleri alanında kavram karışıklığına yol açabilecek niteliktedir. Ancak, borçlunun ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi halinin hukuki niteliği hakkındaki görüşlerden biri de sözleşmenin olumlu ihlali görüşüdür. Biz de bu yüzden, gereği gibi ifa etmeme kavramı yerine sözleşmenin olumlu ihlali kavramını kullanmaktayız. Yoksa gereği gibi ifa etmeme, sözleşmenin olumlu ihlalini de kapsar.

<sup>28</sup> Serozan, (Genel Bölüm), s. 247.

<sup>29</sup> Serozan, (Genel Bölüm), s. 247.

<sup>30</sup> Aral, s. 77 dn. 47'de anılan Staub/Müller s. 5; Staub/Schmidt s. 93.

<sup>31</sup> Aral, s.77 dn.47'de anılan Staub/Müller s. 5; Staub/Schmidt s. 93.

<sup>32</sup> Staub bu durumlara örnek olarak; *bir kimsenin kendisine satılan lambaları Fransa'ya satmayı taahhüt etmiş olmasına rağmen satması, bir tüccar patlayıcı madde içeriği olan aydınlatma malzemesini, patlayıcı özelliğini anlatmadan başka bir tüccara satması ve satın alan tüccarın dükkanında patlama sonucu büyük zarar meydana gelmesi* hallerinden bahsetmiştir; Aral, s.77 dn.50'de anılan Staub/Müller s. 5, 6; Staub/Schmidt s. 93, 94.

bulunmamakta idi<sup>33</sup>. Şu halde sözleşmenin olumlu ihlali; borçlunun edimini ifa etmeme ya da gereği gibi ifa etmeme gibi durumların dışında kalan, ancak buna rağmen sözleşmenin ihlali sayılan durumlardır<sup>34</sup>. Yani; burada sözleşmeye aykırılık teşkil eden olgu, deyim yerindeyse “hareketsizlik değil, hareketlilik”.

Sözleşmenin müsbet ihlali<sup>35</sup>, sınırı ve kapsamı itibarıyla imkânsızlık ve temerrüde göre daha zor anlaşılır bir kavramdır. Sözleşmenin müsbet ihlalinin sınır ve kapsamının daha zor anlaşılır olmasının sebebi, imkânsızlık ve temerrüt kabul edilmeyen tüm ifa engelleri ya da ifa arızalarının bu kavram içinde yer bulabilmesinden kaynaklanmaktadır. Türk hukukunda akdin müsbet ihlali terimi, ayıp ve zapt halleri dışında kalan yan borç ihlallerinde ve gereği gibi ifa etmemenin alt bölümü olarak kullanılmaktadır<sup>36</sup>. Ayıp ve zapt konularında kanunda özel düzenleme olduğu için yan borç ihlallerinde bu özel düzenlemelerin uygulanması gerekecektir. Kanunda özel bir düzenlemeye tabi tutulmayan ve M.K. m.2 temel ilkesine dayanan yan borçlar ve nesnenin kendisi ayıplı olmasa bile, satılan nesne hakkında bilgi verme, nasıl kullanılacağını gösterme, satılan ilacın ne gibi tepkilere yol açabileceğini belirtme gibi tüketici mevzuatında ele alınmış yan borçların ihlal edilerek ifanın yapılması durumunda akdin müsbet ihlali söz konusu olacaktır.

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi durumunda ise yan borcun ifa edilmemesi gibi bir durum söz konusu değildir. İfa edilmeyen borç yan edim borcu değil asıl borçtur. Gereği gibi ifa edilmemenin alt türü olarak düşündüğümüz zaman ise çözüm daha kolaydır. İfa edilen bir edim olmadığı için gereği gibi ifa edilmeme durumunun söz konusu olması mümkün değildir.

## II. HUKUKİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ SORUNU UYGULANACAK HÜKÜMLER VE SONUÇLARI

### A. Genel Olarak

Borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi, esasen Türk Borçlar Kanunu içinde yer alan ve düzenlenen bir kavram değildir. Belirttiğimiz üzere bu kavram ne sözleşme görüşmelerinde ne de vade tarihinde ortaya çıkar. Çün-

<sup>33</sup> Aral, s.77 dn.47’de anılan Staub/Müller s. 5; Staub/Schmidt s. 93.

<sup>34</sup> Aral, s. 77 vd.; H. Tamer İnal, “*Borça Aykırılık, Dönme ve Fesih*” 3. Baskı, Ankara, 2013; s. 210.

<sup>35</sup> “Sözleşmenin müsbet ihlali deyimini yanıltıcıdır. Çünkü ihlal sadece müsbet bir davranışla gerçekleşmez; aynı zamanda menfi bir tutumla bilgi vermemekle veya uyarmamakla da gerçekleşebilir. Ayrıca “sözleşmenin” müsbet ihlali terimi de yanıltıcıdır. Çünkü müsbet ihlal sözleşme dışı borç ilişkilerinde de söz konusu olabilecektir.”, Rona Serozan, (Genel Bölüm), s.243.

<sup>36</sup> Hatemi- Gökyayla, s. 245-246.

kü sözleşme görüşmeleri sözleşmenin kuruluşundan önceki bir zaman dilimidir. İfa tarihinde ise, zaten şartları oluşmuşsa temerrüt durumu söz konusu olacaktır. O halde borcun ifa edilmeyeceğinin borçlu tarafından vadeden önce bildirilmesi, sözleşmenin kurulduğu andan ifa tarihinden önceki bir süreçte gerçekleşebilecek bir durumdur. Buradaki problem genel olarak “ifa etmeme” merkezli olup, spesifik olarak da ifanın gerçekleşmeyeceğinin vadeden önce bildirilmesi etrafında toplanmıştır. Çözüme kavuşturulması gereken nokta ise, alacaklının, borcun ifa edilmeyeceğini önceden öğrendiği durumlarda; yani borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirildiği durumlarda, sözleşmeyle bağının hangi hüküm ve esaslara göre kesileceğinin tayin ve tespiti.

## B. Hukuki Niteliği Hakkında Doktrindeki Görüşler

### 1. İmkânsızlık Görüşü

Bu görüş öncelikle imkânsızlığı, baskın görüşten farklı bir şekilde tanımlamaktadır. Yukarıda imkânsızlıkla ilgili açıklamalarımızda belirtmiş olduğumuz üzere baskın görüş uyarınca, (ifada) imkânsızlığa borçlu merkez noktası alınarak bir tanım getirilir. Buna göre, borçlu edimi gerçekleştirebilecek durumda ise, alacaklı bunu sağlamayacak olsa bile; yani “cebri icra yoluyla edimi elde edemeyeceği durumlarda dahi” bu durum imkânsızlık sayılmaz<sup>37</sup>. Başka bir deyişle baskın görüş imkânsızlığı alacaklının edimi borçludan alabilip alamamasına göre değil, borçlunun edimi ifa edebilip edememesine göre niteler. Yine yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere bir diğer görüş uyarınca ise, imkânsızlık bir borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girmesidir<sup>38</sup>. İşte alacaklının edimi cebri icra yoluyla elde edemediği durumları imkânsızlık sayan bu görüş, borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesini, iş görme edimleri yönünden imkânsızlık saymaktadır. İmkânsızlığa ilişkin olarak baskın görüş ve azınlık görüşü arasındaki pratik farklılık iş görme edimleri yönünden ortaya çıkar<sup>39</sup>. Bu görüş uyarınca iş görme edimi borçlusu, edimi ifa etmeyeceğini önceden alacaklıya bildirir ise, hukukumuzda iş görme edimlerinin ifası cebri icra yoluyla istenemeyeceğinden, burada imkânsızlık hükümleri uygulanmalıdır<sup>40</sup>. Çünkü edim cebri icra yoluyla istenememektedir<sup>41</sup>. Yani bu

<sup>37</sup> Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yedinci Baskı, İstanbul, 1993, s. 907.vd; Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* İstanbul, 1976, s. 80; Feyzioğlu, s. 175; Serozan, (Genel Bölüm), s. 166 vd; 246 vd.

<sup>38</sup> Oğuzman/Öz., s. 389; Kemal Oğuzman, *“Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi”* İstanbul, 1955, s. 15 vd.; Turgut Öz, *“İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi”*, İstanbul, 1989, s. 158.

<sup>39</sup> Oğuzman/Öz., s. 389.

<sup>40</sup> Oğuzman/Öz, s. 389.

görüş uyarınca, iş görme edimi değil de örneğin bir mülkiyeti devir ya da kullandırma sözleşmesi (verme edimi) söz konusu olduğunda, verme edimi cebri icra yoluyla istenebileceğinden, borçlunun verme edimini ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi halinde edim imkânsız sayılamaz. Çünkü bu edim cebri icra konusu olabilir. İş görme edimlerinin hukukumuzda cebri icra konusu olamayaacağı görüşüne ise katılmıyoruz ve aksini düşünüyoruz. Şöyle ki:

İş görme edimleri, yapma borcunun konusudurlar. Hukukumuzda bir kimse cebri icra yoluyla bir yapma borcunun yerine getirilmesi hususunda zorlanabilir, yeter ki yapma borcunun zamanında ifa edilmemiş olması imkânsızlığa yol açmamış olsun<sup>42</sup>. Bilindiği üzere takip hukuku bakımından, bir yapma borcu ilamsız takibe konu olmaz<sup>43</sup>. Ancak, yapma borcu ilamlı takibe konu olabilir<sup>44</sup>. Buna göre, yapma borcu içeren bir borç ilişkisinde, alacaklı taraf açtığı ifa davasının kabul edilmesi sonucu aldığı “bir şeyin yapılması hakkındaki ilamı” İİK m. 30 uyarınca ilamlı icraya koyarak işin yapılmasını cebri icra yoluyla sağlayabilir<sup>45</sup>. Dolayısıyla hukukumuzda bir kimse bir işi yapmaya zorlanabilir ancak bu ilamlı icra yoluyla gerçekleşebilir. Kaldı ki, bir yapma veya yapmama borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı için borcun bizzat borçlu tarafından ifası şart değilse, TBK m. 113 uyarınca açacağı davada, masrafi borçluya ait olmak üzere, işin kendisi veya bir başkası tarafından görülmesi için izin talep edebilir.

Borçlunun edimi ifa etmeyeceğini vadeden önce bildirmesi üzerine imkânsızlık hükümlerini uygulamayı düşünür olursak, bir çelişki durumu da ortaya çıkabilir. Başka bir deyişle borçlunun iradesine göre değişkenlik gösterebilecek bir durum söz konusu olur. Örneğin, borçlu edimi ifa etmeyeceğini belirtmesine rağmen, her nasılsa ifa tarihinde borcu ifa ederse, bu görüş uyarınca imkânsız kabul edilen edimin, ifa edilmesi gibi çelişkili bir netice ortaya çıkar. Yine; borçlu alacaklıya iş görme edimini ifa etmeyeceğini ifa tarihinden önce belirtmesine rağmen bu sefer ifa tarihinden sonra bir şekilde iş görme edimini ifa edecek olsa ve alacaklı bu geç kalınmış ifayı kabul etse, bu durumda gerekli şartların oluşması halinde temerrüt hükümleri de uygulanacaktır. Yani, bir süre önce imkânsız sayılan edim, daha sonra temerrüde konu olacaktır. Bu da söz konusu olamaz, çünkü temerrüt hükümleri ancak ifası mümkün ve muaccel bir borç için uygulanır. Yani; imkânsızlık varsa temerrüt olamaz. Dolayısıyla bu durum, eşyanın tabiatına aykırıdır

<sup>41</sup> Oğuzman/Öz, s. 389.

<sup>42</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 921.

<sup>43</sup> İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, “İcra Hukuku Esasları”, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2010, s. 138: İlamsız takibin konusu para ya da teminat talebi olmalıdır.

<sup>44</sup> Postacıoğlu, Altay, s. 821.

<sup>45</sup> Postacıoğlu, Altay s. 821.

Bu görüşün yol açtığı bir başka çelişki ise, iş görme edimi içeren sözleşmeler bakımından borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesini imkânsızlık sayan bu görüşün zıt anlamından da, iş görme edimi dışındaki diğer edimler yönünden borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi imkânsızlık sayılmayacaktır. Bu da başka bir çelişkidir.

Ayrıca ifa imkânsızlığı görüşü, alacaklıya sözleşmeden dönme imkânı tanımaması ve özellikle de verme borçlarında alacaklının vadeyi beklemek durumunda kalması yönünden de isabetli değildir<sup>46</sup>.

Tüm bu çelişkilerden dolayı biz borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesini, ifa imkânsızlığı kabul eden görüşe katılamıyoruz.

## 2. Sözleşmenin Müsbet İhlali Görüşü

Türk hukukunda doktrindeki baskın görüş; borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesinin hukuki niteliğinin sözleşmenin müsbet ihlali olduğudur<sup>47</sup>.

Borçlunun ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi durumunda borç henüz muaccel olmadığından, bu durumu sözleşmenin olumlu ihlali ya da kötü ifa<sup>48</sup> olarak nitelemek isabetli değildir<sup>49</sup>.

## 3. Borçlu Temerrüdü Görüşü

Bu görüş uyarınca, borçlunun ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi durumunda, borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır<sup>50</sup>. Ancak burada da, aslında henüz temerrüde düşülmediğinden, temerrüt hükümlerini nasıl uygulanabileceği eleştiri konusu yapılmıştır<sup>51</sup>. Ancak, daha önce bahsettiğimiz gibi, borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi, alacaklının ifanın gerçekleşmeyeceğine vâkıf olmasına neden olan bir durumdur ve bu durumda alacaklıyı sözleşmeyle vade tarihine kadar bağlı tutmak hakkaniyete ve sözleşme adaletine ters düşer.

## 4. Eser Sözleşmesindeki Dönme İmkânının Kıyasen Uygulanmasını Savunan Görüş

Bu görüş uyarınca, eser sözleşmelerinde yüklenicinin işi vadeye yetiştiremeyeceğinin açık olduğu hallerde, iş sahibine tanınan TBK m. 473'teki dönme

<sup>46</sup> Başoğlu, (Borca Aykırılık), s. 295.

<sup>47</sup> Halil Arslanlı, "Ticari Bey", 1. Cilt, Umumi Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa, 4. Bası, İstanbul, 1955, s. 555; Tandoğan, s. 401.

<sup>48</sup> Hatta kötü ifa ya da gereği gibi ifa etmeme hiç denememesinin bir başka sebebi de; burada bir ifa teşebbüsünün dahi olmadığıdır; Eren, s. 952-953.

<sup>49</sup> Oğuzman/ Öz, s. 414.

<sup>50</sup> Eren, s. 953.

<sup>51</sup> Oğuzman/Öz, s. 414.

imkânının, kıyas yoluyla tüm sözleşmelere dolayısıyla da borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi hallerine de uygulanabileceği savunulur<sup>52</sup>.

Bu görüş, her ne kadar ilk bakışta isabetli gibi görünse de, kanunun eser sözleşmesi yönünden öngördüğü özel bir imkânın, tüm sözleşmelere hasredilmesinin savunulması isabetli değildir. Eser sözleşmesinin taraflara dağıttığı hak ve borç dengesi, sözleşmenin kendi bünyesine uygun olarak kanunda öngörülmuş bu özel dönme imkânı, genele hasredilerek uygulama alanının genişletilmesi bize göre doğru bir yöntem değildir. Bir iş görme sözleşmesi olan eser sözleşmesindeki ifa olgusunun, farklı bir sözleşme tipiyle; örneğin bir kullandırma ya da mülkiyeti devir amacı güden sözleşmelerdeki ifa olgusu ile aynen örtüşmesi beklenemez. Bundan öte, bu özel dönme imkânı işin vadeye yetişmeyeceğinin açık olduğu hallerde mümkündür. Oysa borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi, bu durumla birebir örtüşen bir durum değildir.

### **C. Hukuki Niteliği Konusunda Bizim Görüşümüz, Kıyasen Uygulanması Gereken Hükümler ve Sonuçları**

Kanaatimizce, borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi yukarıda sayılan hukuki kurumlardan hiçbirine, hukuki nitelik bakımından tam anlamıyla oturmamaktadır. Bu durumun bir borca aykırılık teşkil ettiği açık olmakla beraber, Türk Borçlar Kanununun içindeki ifa engellerinden hiçbirinin içine girmemektedir. Kanunda bir düzenleme yapılarak bu durum, kanunun genel hükümlerinin içinde bir ifa engeli olarak eklenebilir, ancak eklenmemesi de büyük bir boşluk teşkil etmemektedir.

Mevcut kanunda bu durum bir ifa engeli olarak düzenlenmediğine göre, kanundaki ifa engellerinden birinin içine, hukuki nitelik olarak değil ama “hükümlerinin kıyasen uygulanması” bakımından oturtulması gerekir. Bu durumda borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını savunan görüş<sup>53</sup> isabetlidir.

Bu görüşe getirilen eleştiri, daha önce bahsettiğimiz üzere henüz temerrüde düşülmemiş olduğundan, temerrüt hükümlerinin nasıl uygulanacağıdır<sup>54</sup>. Ancak, temerrüt hükümlerinin kıyasen uygulanması ile temerrüde düşülüp düşülmediği farklı olgular ve vakıalardır. Dolayısıyla, örneğin eser sözleşmesindeki özel dönme imkânının uygulanmasını savunan görüşe karşı “burada bir eser sözleşmesi yoktur” savı ile eser sözleşmesindeki özel dönme imkânının “kıyasen” uygulanabilmesi, nasıl birbirinden farklı olgularsa, burada da durum böyledir. Ancak iki durumun birbirinden farkı, temerrüdün bir genel hüküm olarak tüm borç ilişkilerinde söz konusu olabileceği ile eser sözleşmesindeki özel hükmün

<sup>52</sup> Atamer, s. 409, dn. 687.

<sup>53</sup> Eren, s.953.

<sup>54</sup> Oğuzman/Öz, s. 414

yalnızca eser sözleşmeleri için söz konusu olduğudur. Eser sözleşmesindeki özel dönme imkânı, kıyas yoluyla ancak iş görme sözleşmeleri için uygulanabilmelidir.

Sonuç olarak; sözleşmeyi alacaklı bakımından çözücü kurumlar ve dönme imkânı, bünyesine uygun düştüğü ölçüde borçlu temerrüdü hükümlerindeki esaslara göre uygulanmalıdır.

### SONUÇ

- Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi ifadesi, “öncelenmiş borca aykırılık” ifadesine göre hem dil bakımından hem de vakıayı daha net olarak anlatması bakımından daha uygundur. Zira “öncelenmek” diye bir eylem Türkçe bakımından pek de uygun değildir.
- Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi bir ifa engeldir ancak, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen ifa engellerinin hiçbirine tam olarak uymamaktadır. Bundan dolayı hukuki niteliği hakkında bir tespit yapılmamalıdır. Ancak bu ifa engeline kıyasen uygulanabilecek ve özellikle de alacaklıya ifa edilmeyeceği borçlu tarafından önceden bildirilen sözleşmeden dönebilme ve varsa zararını tazmin edebilme yolu açan hükümlerin doğru tespiti gerekir. Bize göre bu hükümler, borçlu temerrüdü hükümleridir.



**KAYNAKÇA**

- AKKANAT, Halil, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2000.
- ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- ARSLANLI, Halil “*Ticari Bey*”, 1. Cilt, Umumi Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Âdemi İfa, 4. Bası, İstanbul, 1955.
- ATAMER Yeşim M, Uluslararası Satım sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. bası, İstanbul, 2005.
- BAŞOĞLU, Başak, “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, (Borca Aykırılık), İÜHFİM, C.66, S.2, 2008.
- BAŞOĞLU, Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, (Aynen İfa), İstanbul 2012.
- BOVAY, Henry, “Temerrüdün Esası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.12, S.4, 1946.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, 15. Bası.
- DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul, 1976.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 1977.
- GEZDER, Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.
- HAVUTÇU, Ayşe Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- HATEMİ, Hüseyin – GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012.
- İNAL, H. Tamer, “*Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih*”, 3. Baskı, Ankara, 2013.
- İNCEOĞLU, Murat, “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, AÜHFİD, Y.2008, C.57, S. 4.
- İşeri, Ahmet, “Satım Akdinde Alıcının Temerrüdü”, BATİDER, C.II, 1964.
- NAZIKOĞLU, Işık, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, AÜHFİD, 1951.
- NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN, Kemal - ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2012.
- OĞUZMAN, Kemal “*Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi*” İstanbul, 1955

- OKUR, Sinan “Türk Borçlar Kanununda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme”, E-Akademi- Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Mart 2013, S. 131, www.e-akademi.org.
- ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara 1995
- ÖZ, Turgut “İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi”, İstanbul, 1989.
- POSTACIOĞLU, İlhan- ALTAY, Sümer, “İcra Hukuku Esasları” Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2010.
- SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Genel Bölüm), İstanbul 2009.
- SEROZAN, Rona, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa In Contrehendo”, (Müspet İhlal), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 18, İstanbul 1990.
- SEROZAN, Rona, “Culpa İn Contrahendo ve Akdin Müspet ihlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kavramlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968.
- SERT, Selin, Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013
- TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi-AKMAN, Sermet- BURCUOĞLU, Haluk-ALTOP, Atilla; “Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yedinci Baskı, İstanbul, 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- ULUSAN, İlhan, “Culpa İn Contrahendo Üzerine”, Prof.Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982.
- ÜÇER, Mehmet, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2006.
- von TUHR, von Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara 1983.
- YALMAN, Süleyman Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006.
- YÖNSEL, Atıf, “İki Taraf İçin Borç Doğuran Akitlerde Temerrüt ve Hukuki Neticele-ri”, İBD, Y.1945, S.VII.
- ZEVKLİLER, Aydın - GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010.

## **ADRES KAYIT SİSTEMİNİN TEBLİGAT HUKUKU ÜZERİNE ETKİLERİ**

*Arş. Gör. Osman DURAN\**

### **ÖZET:**

Bu makalemizde Tebligat Hukuku açısından Adres Kayıt Sistemi ve bu sistemin etkileri incelenmiştir. Tebligat Kanunu'nda yapılan son değişiklik ile kişilerin Adres Kayıt Sistemi'nde kayıtlı olan adreslerine tebligat yapılma olasılığı getirilmiştir. Bu makalemizde 7201 sayılı Kanunu'nun 6099 sayılı Kanunla değişik 10/2, 21/2, 23/8, 35/2, 35/5 ve 49. maddeleri ile 28. maddesi incelenmiştir. Ayrıca Nüfus Hizmetleri Kanunu, Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği ve Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümleri incelenmiştir. Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Tebligat Hukuku, Tebliğ, Tebligatın Yapılacağı Yer, Adres, Adres Kayıt Sistemi.

### **ABSTRACT:**

This essay examines Address Registration System for Notification Law and the effects of this system. Recent change to the Notification Law, notification has been made of the possibility of the addresses of persons registered in Address Registration System. This essay examines Article 10/2, 21/2, 23/8, 35/2, 35/5 and 49 and 28 of the Law No. 7201 amended by Law No. 6099 is examined in this essay. Also examined the provisions of the Population Services Law, Address Registration System Regulation and Implementation of the Regulation on Notification Law. Also examined the decisions of the Supreme Court.

**Keywords:** Notification Law, Notification, the Place of the Notification, Address, Address Registration System.

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

## GİRİŞ

Zaman geçtikçe teknolojiadaki değişiklikler ve zamanın diğer getirdikleri toplumu etkilemektedir. Toplumu etkileyen bu etkenler, kanunların değişmesine neden olmaktadır. 1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu<sup>1</sup> da bu nedenlerle değişikliklere uğramıştır. Tebligat Kanunu günümüze kadar dört önemli değişiklik yaşamıştır. Bu değişiklikler 3220<sup>2</sup>, 4829<sup>3</sup>, 5728<sup>4</sup> ve 6099<sup>5</sup> sayılı kanunlarla yapılmıştır. Tebligat Kanunu'nda en son değişiklik yapan kanun 6099 sayılı Kanun'dur. Bu kanun, Tebligat Kanunu'nda önemli değişikliklere sebep olmuştur. Bu değişikliklerin en önemlilerinden birisi Adres Kayıt Sistemi'nde kişilerin adreslerinin yer alması veya hiç yer almamasına Tebligat Hukuku açısından sonuçlar bağlanmasıdır. Adres Kayıt Sistemi esas alınarak, 6099 sayılı Kanun'un 3, 5, 6, 9 ve 11. maddeleri ile Tebligat Kanunu'nun 10/2, 21/2, 23/8, 35/2, 35/5 ve 49. maddeleri değiştirilmiştir. Adres kayıt sisteminin etkisi ile ve bu sisteme intibak için bu değişiklikler yapılmıştır<sup>6</sup>. Bu değişikliklerle, Adres Kayıt Sistemi tebligat işlerinde önemli bir yere sahip olacaktır. Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliğine göre adres değişikliklerinin kişiler tarafından, yirmi iş günü içinde nüfus müdürlüklerine, kurumlara ve dış temsilciliklere şahsen yapılması gereklidir. Eğer bu bildirim yapılmazsa veya gerçeğe aykırı bildirim yapılırsa Nüfus Hizmetleri Kanununa göre idari para cezası<sup>7</sup> verilmektedir (NHK<sup>8</sup> m. 68/ 1- c). Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliklerle adres değişikliğini bildirmeyen veya adresleri Adres Kayıt Sistemi'nde

<sup>1</sup> Tebligat Kanunu, Kanun Numarası 7201, Kabul Tarihi 11.02.1959, RG, T. 19.02.1959, S. 10139 (Kısaltma TebK).

<sup>2</sup> 11/2/1959 Tarih ve 7201 Sayılı Tebligat Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun, Kanun Numarası 3220, Kabul Tarihi 06.06.1985, RG, T. 15.06.1985, S. 18785.

<sup>3</sup> Tebligat Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası 4829, Kabul Tarihi 19.03.2003, RG, T. 27.03.2003, S. 25061.

<sup>4</sup> Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası 5728, Kabul Tarihi 23.01.2008, RG, T. 08.02.2008, S. 26781.

<sup>5</sup> Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası 6099, Kabul Tarihi 11.01.2011, RG, T. 19.01.2011, S. 27820.

<sup>6</sup> 6099 sayılı Kanun'un genel gerekçesi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/Kanunlasanlar.html>, (12.09.2013).

<sup>7</sup> 2013 yılı için süresi içinde adres bildiriminde bulunmayanlar için 420 TL, gerçeğe aykırı adres beyanında bulunanlar için 842 TL idari para cezası uygulanması öngörülmüştür, <https://adres.nvi.gov.tr/Pages/Bildirim/Internetbeyan/InternetBeyan.aspx>, (ET. 15.04.2013). 2014 yılı için süresi içinde adres bildiriminde bulunmayanlar için 436 TL, gerçeğe aykırı adres beyanında bulunanlar için 875 TL idari para cezası uygulanması öngörülmüştür, [http://www.antalyainufus.gov.tr/default\\_B0.aspx?id=189](http://www.antalyainufus.gov.tr/default_B0.aspx?id=189), (ET. 05.06.2014).

<sup>8</sup> Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası 5490, Kabul Tarihi 25.04.2006, RG, T. 29.04.2006, S. 26153.

hiç yer almayan kişiler, idari para cezasının yanı sıra tebligat hukuku açısından bazı müeyyidelerle karşılaşacaklardır.

Ayrıca Tebligat Kanunu'nda yapılan değişiklikler dolayısıyla<sup>9</sup>, Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik<sup>10</sup> çıkarılmıştır ve eski hükümlerle ilgili Tebligat Tüzüğü de yürürlükten kaldırılmıştır<sup>11</sup>. Bu yönetmelikte de Adres Kayıt Sistemi ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır<sup>12</sup>. Ayrıca Adres Kayıt Sistemi'nin etkisi ile Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliklere benzer olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda da değişiklik yapılmıştır<sup>13</sup>. Çalışmamızda tüm bu değişikliklere ve konumuzla ilgili Yargıtay'ın vermiş olduğu güncel kararlara da yer verilmiştir.

Çalışmamızda önce Adres Kayıt Sistemi üzerinde durulmuş, sonra Tebligat Kanunundaki ilgili değişikliklerin üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

## Ş1. ADRES KAYIT SİSTEMİ VE TEBLİGAT HUKUKU İLİŞKİSİ

### I. GENEL OLARAK

Tebligat ve davetiyeler yargılamanın yürütülmesi için büyük önem taşırlar. Zira tarafların veya ilgililerin adli ve yargılama faaliyeti içinde yer almaları, yapılacak veya yapılmış işlemleri öğrenmeleri, bunun sonucu olarak, kendilerine tanınan hakları kullanabilmeleri tebligat ve davetiyelere bağlıdır<sup>14</sup>. Tebligat aynı zamanda Anayasa m. 36'da düzenlenen "hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı" ve bunun yansıması olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 27'de

<sup>9</sup> 6099 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile Tebligat Kanunu'nun 60. maddesi madde başlığı ve içeriği ile şu şekilde değiştirilmiştir: "Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar İçişleri, Maliye ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

<sup>10</sup> RG, T. 25.01.2012, S. 28184.

<sup>11</sup> Tebligat Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük, RG, T. 07.08.2012, S. 28377.

<sup>12</sup> "Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliklerin bir kısmı kişisel verilerle ve hukuki dinlenilme hakkıyla yakından ilgili ve çok genel kapsamlı olduğundan öncelikle bir tüzük çıkarılması vatandaşlara daha fazla hukuki güvence sağlayabilirdi.", **Cenk Akil**, "11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, Temmuz- Ağustos 2012, s. 263).

<sup>13</sup> Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesine Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası 6352, Kabul Tarihi 02.07.2012, RG, T. 05.07.2012, S. 28344.

<sup>14</sup> **Muhammet Özekes/ Emel Hanağası**, Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku, 1. Baskı, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2012, s. 87; **Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 760; **Ejder Yılmaz/ Tacar Çağlar**, Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 39; **Necip Bilge/ Ergun Önen**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 318; **Ergun Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 107.

düzenlenen “hukuki dinlenilme” hakkıyla doğrudan ilgilidir<sup>15</sup>. Yapılmayan veya usulüne uygun yapılmayan tebligat işleminin hukuki dinlenilme hakkını ihlal ettiği, hukuki dinlenilme hakkının ihlali ise, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiğinden dolayı, tebligat hukuku yargılama ve takip hukuku açısından<sup>16</sup> büyük öneme sahiptir<sup>17</sup>. Hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından olan bilgilendirme, bu hakka uygun davranılacak şekilde yapılmalı, ilgilinin bilgilendirilmesi değil, gerçekten sağlanmaya çalışılmalıdır<sup>18</sup>. Zira hak sahibi ya da ilgili, önce yargılamayı bilmeli, kendisi ile ilgili yargılamadan haberdar olmalıdır ki, dinlenilme hakkının diğer gereklerini yerine getirebilsin. Bilgilendirme hakkı, sadece davanın başında dava, iddia ve savunma bakımından değil, tüm yargılama boyunca uyulması gereken bir kuraldır<sup>19</sup>.

Tebliğat işlemlerinin istenen sonucu gereği gibi sağlayabilmesi için, öncelikle doğru ve amaca hizmet eden hukuki alt yapının, yani kanuni düzenlemenin, mevcut olması gerekir. Ancak bu tek başına yeterli değildir ve sağlıklı bir tebligat işlemi için başka unsurlarda önem taşır. Tebligatın belgelendirme işlemi olduğu düşünülürse, öncelikle tebligatı çıkaran ve tebligatı yapan mercilerin gereken özeni göstermesi, ayrıca tebligatın muhatabı olan ilgiliye ulaşmasını sağlayacak şekilde, ülkedeki kayıt ve bilgi sisteminin sağlıklı olması gerekir<sup>20</sup>. Adres Kayıt Sistemi dolayısıyla Tebligat Kanunu’nda yapılan değişikliklerle getirilen hükümlerle, eğer ülkedeki kayıt ve bilgiler sağlıklı bir şekilde tutuluyorsa o zaman tebligat işlemlerinden istenen sonuçlar alınacak demektir.

Ancak ülkemizde, bu konuda kanuni düzenlemeler olmasına rağmen, gerek kişilerin gerekse bunu denetlemekle görevli makamların gerekli hassasiyeti göstermemeleri sebebiyle, kişilerin yerleşim yerleri, adresleri ve bu konudaki hareketleri sağlıklı bir kayıt sistemine bağlanarak takip edilememekteydi. Birçok kişi, kayıtlı olduğu adreste oturmamakta, kişilerin adres değişikliklerinde de

<sup>15</sup> Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 278-281; Abdurrahim Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Düşünce Yayınevi, İstanbul 2012, s. 332; Özkes/ Hanağası, s. 88; Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 86-106; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 357-358; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 330; Yılmaz/ Çağlar, s. 45; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 118-125.

<sup>16</sup> Adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının yalnızca yargılama hukukunda geçerli olmadığı takip hukukunda da geçerli olduğu ve büyük öneme sahip olduğu konusunda bkz. Muhammet Özkes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 131-148.

<sup>17</sup> Özkes/ Hanağası, s. 88-89; Karşlı, s. 332; Özkes, Hukuki Dinlenilme, s. 98.

<sup>18</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 330.

<sup>19</sup> Özkes, Hukuki Dinlenilme, s. 87.

<sup>20</sup> Özkes/ Hanağası, s. 87-88.

gerekli özen gösterilmemektedir. Bu ise, tebliğ memurlarının muhatabı, tebliğ evrakında belirtilen adreste bulmalarını güçleştirmekte, kayıtların doğru tutulmaması durumunda, araştırmalara rağmen adresler tespit edilmemektedir. Adres Kayıt Sistemi ile bu olumsuzluklar bir derece olsa giderilmiştir. Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliklerle artık, kişilerin adreslerinin güncel olduğunu takip etmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde, bu adrese yapılan tebligatlara dayanılarak işlem yapılacaktır<sup>21</sup>. Düzenlemelerin Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceğinin kabul edilmesi vatandaşların adresleri bu sisteme tam olarak girilmeden Tebligat Kanunu'nda bu yönde değişiklik yapılması hak kayıplarına yol açabilecek nitelikte olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir<sup>22</sup>. Kanaatimizce Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adreslerin tebligatların yapılabileceği yerler olarak kabul edilmesinin vatandaşların lehine veya aleyhine olması onların davranışlarına bağlı olacaktır. Zira bu düzenlemeler, adres kayıtlarının güncelliğini zamanında takip eden vatandaşların yukarıda belirttiğimiz gibi lehine bir durumdur. Ancak adres kayıtlarının güncelliğini zamanında takip etmeyen, adres değişikliklerini zamanında bildirmeyen vatandaşlar bakımından ise bu durumlar onların aleyhlerine olacaktır ve belirli sakinlerle karşılaşacaklardır. Fakat mazeretleri dolayısıyla veya adres bildirimi için zorunlu yasal süre dolmadan ve taşınma telaşları nedeniyle adres değişikliklerini zamanında bildirmeyen vatandaşlar için ise kanunda bazı düzenlemeler yer alabilirdi. Bu hususlara Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliklerin incelenmesi sırasında değinilmiştir.

## II. ADRES KAYIT SİSTEMİ

Adres Kayıt Sistemi, ulusal adres veri tabanındaki yerleşim yeri adres bilgileri ve diğer adreslerin, MERNİS<sup>23</sup> veri tabanındaki kişi kayıtları ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası üzerinden ilişkilendirilerek, elektronik ortamda güncel olarak tutulmasıdır (AKSY<sup>24</sup> m. 5). Ulusal Adres Veri Tabanı, il, ilçe, köy, mahalle, meydan, bulvar, cadde, sokak adı ve kapı numarası gibi adres bileşenleri ile tanımlanmış tüm adreslerin tutulduğu merkezi veri tabanıdır (NHK m. 3/1-y, AKSUY<sup>25</sup> m. 4/1-z). Ulusal Adres Veri Tabanı, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tara-

<sup>21</sup> Özekes/ Hanağası, s. 88. "Hal böyle olmakla birlikte, ülkemizde halen göçer toplulukların buldukları ve bunların çeşitli nedenlerle sabit bir yerde kalmadıkları dikkate alındığında, 'Adres Kayıt Sistemi'nin istisnai de olsa bazı durumlarda çalışmayacağını kabul etmek gerekir.", Yılmaz/ Çağlar, s. 186.

<sup>22</sup> Akil, s. 255; İbrahim Özbay, "6099 sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 138.

<sup>23</sup> Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi (NHK m. 3/1-ö).

<sup>24</sup> Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği, T. 23.11.2006, S. 11320 Bakanlar Kurulu Kararı, RG, T. 15.12.2006 S. 26377.

<sup>25</sup> Adres Kayıt Sisteme Uygulama Yönergesi.

findan tutulur ve bu sistemdeki adres bilgilerini nüfus kayıtlarındaki kişi kayıtları ile ilişkilendirerek elektronik ortamda güncel bir şekilde tutar. Adres bilgilerini oluşturmaktan belediyeler ve il özel idareleri sorumludur. Ayrıca adres bileşenlerinde<sup>26</sup> değişiklik olduğunda bunları ulusal adres veri tabanına işlerler (NHK m. 49). MERNİS, merkezî veri tabanı<sup>27</sup> ve kimlik paylaşımı sistemini<sup>28</sup> de kapsayan Merkezî Nüfus İdaresi Sistemini ifade eder (NHK m. 3/1-n).

Adres Kayıt Sistemi, Türk vatandaşlarını ve Türkiye’de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli yabancılara mahsus ikamet tezkeresi alan yabancıların yerleşim yeri ve diğer adreslerinin tutulmasını kapsar (AKSY m. 1).

Adres Kayıt Sisteminde, yerleşim yeri adreslerinin tutulmasında kişilerin beyanı esastır (NHK m. 50/ 2). Bildirim nüfus müdürlüklerine, kurumlara, dış temsilciliklere ve Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğüne, Adres Beyan Formu kullanılarak, yirmi iş günü içerisinde şahsen yapılabilir. Ancak bu bildirim iadeli taahhütlü posta, kargo veya sayısal imza kullanılarak da yapılabilir (AKSUY m. 14). Ergin kişilerin adres bildirimlerini şahsen yapmaları esastır. Ancak aynı konutu paylaşan ve aralarında aile bağı bulunan ergin kişiler, birbirlerinin yerine adres beyanında bulunabilirler. Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri adresi ana ve babasının adresidir. Çocukların adres bildirimini ana veya babası tarafından yapılır. Ana ve babanın ortak yerleşim yeri yok ise, çocuğun yerleşim yeri velayetin sahibi ana veya babanın yerleşim yeri adresidir. Bu durumda velayetin sahibi kişi adres beyanı vermekle yükümlüdür. Çocukların ve kısıtlıların yerleşim yeri adresleri veli, vasi, kayyım; bunların bulunmaması halinde, çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin olan kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduranlar tarafından bildirilir. Noterce düzenlenen adres bildirimine ilişkin temsil yetkisini ibraz edenler, temsil ettikleri kişi adına yerleşim yeri ve diğer adres bildiriminde bulunabilirler. Yatılı okul, hastane, huzur evi, yetiştirme yurdu, çocuk yuvası, cezaevi, öğrenci yurdu gibi yerlerde kalanların adresleri ilgili kurum yetkililerince bildirilir. Vesayet altındakilerin yerleşim yeri adresleri, bağlı buldukları vesayet makamınca nüfus müdürlüğüne bildirilir (AKSUY m. 18).

Şahsen bildirimlerde kişinin kimliğini ispat edeceği bir belge istenir. Formları işleme alan görevliler, formun ön incelemesini yaparak, yönergenin 10. maddesinde belirtilen standarda uygun olup olmadığını inceler. Standarda uy-

<sup>26</sup> Adres bileşenleri: Numaralama işlemlerinde kullanılan unsurlardan; posta kodları, il, ilçe, bucak, köy ve mezra isimleri, mahalle, meydan, bulvar, cadde, sokak isimleri ile sabit tanıtım numarası ve bina numarası gibi adres verileri ile tanımlanan coğrafi konum, kişisel ve kurumsal adres bilgisine ulaşmak için gerekli olan bilgilerini ifade eder (AKSY m. 4/1-c).

<sup>27</sup> Genel Müdürlükte elektronik ortamda tutulan aile kütüğü kayıtlarını ifade eder (NHK m. 3/1- ö).

<sup>28</sup> Genel Müdürlükçe merkezî veri tabanından ayrı olarak elektronik ortamda tutulan, Kimlik Paylaşımı Sisteminden yararlanacak kurumların istifadesine sunulan ve sınırlandırılmış bilgiler ihtiva eden aile kütüğü kayıtlarını ifade eder (NHK m. 3/1- k).



gun değil ise, ilgiliye standarda uygun form vererek doldurması sağlanır. Standarda uygun formda bu Yönergenin 12. maddesinde sayılan zorunlu alanların doldurulup doldurulmadığı kontrol edilir, varsa eksiklikler tamamlanır. Görevli, adres beyan formunu usulüne göre kaydeder. Adres beyan formunun kişide kalacak bölümünü onaylayarak ilgisine verir (AKSUY m. 14/ 2).

Adres bildirimini kişinin sözlü beyanına göre elektronik ortamda görevli tarafından düzenlenmesi halinde bildirimlerde, kişinin kimliğini ispat edeceği bir belge istenir. Görevli tarafından adres beyan formu, elektronik ortamda doldurulur. Çıktı alınarak ilgiliye imzalanır. Görevli, adres beyan formunu usulüne göre kaydeder. Adres beyan formunun kişide kalacak bölümünü onaylayarak ilgisine verir (AKSUY m. 14/ 3).

Adres bildirimi, şahsen bildirim yanında iadeli taahhütlü mektup veya kargo ile de yapılabilir. Bu halde; posta alındısı görevli tarafından teslim alındıktan sonra zarf üzerindeki isim ile adres beyan formundaki ismin aynı olması veya aile fertlerinden birine ait olması halinde işleme alınır ve usulüne uygun olarak kaydedilir. Adres beyan formunun bu Yönergenin 10. maddesinde belirtilen standarda uygun olup olmadığı ve 12. maddesinde zorunlu alanların doldurulup doldurulmadığı kontrol edilir. Formun standarda uygun olmaması, doldurulması zorunlu alanlarda eksikliklerin bulunması, posta alındısı üzerindeki gönderici ismi ile adres beyan formundaki ismin farklı veya aile fertlerinden birine ait değil ise adres beyan formu usulüne uygun olarak kaydedilir. Ancak adres güncellemesi ile ilgili herhangi bir işlem yapılmaz. İlgiliye bildirimini işleme alınmama gerekçesini içeren bilgilendirme yazısı gönderilir ve evrak işlemi gerçekleştirilemeyen adres beyan formları dosyasına takılır. Adi posta ile yapılan bildirimler işleme alınmaz. İlgiliye bildirimini işleme alınmama gerekçesini içeren bilgilendirme yazısı gönderilir (AKSUY m. 14/ 4).

Adrese ilişkin bildirim, kişinin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, kimliğine ilişkin bilgiler ve sayısal imzasının bulunması kaydıyla elektronik ortamda; bunun mümkün olmaması halinde posta ile yapılabilir. Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğüne elektronik ortamda yapılacak bildirimler de adres beyan formu doldurulmak suretiyle yapılır. Genel Müdürlükçe bildirim gerekli kontrolleri yapıldıktan sonra herhangi bir eksiklik yoksa işleme alınır. Herhangi bir eksikliğin tespiti halinde, ilgiliye bildirimini işleme alınmama gerekçesini içeren elektronik ileti gönderilir (AKSUY m. 14/ 5). Yurt dışında yaşayan vatandaşlar tarafından adrese ilişkin bildirimler dış temsilciliklere, dış temsilcilik bulunmaması halinde kayıtlı oldukları yerin nüfus müdürlüğüne posta ile yapılır. Posta ile yapılan bildirimlerde yerleşim yerine ilişkin standart adres beyan formunun kullanılması zorunludur. Beyan formundaki tarih ile postaya verilmiş tarihi arasında fark olması halinde postaya verilmiş tarihi, ancak zarf üzerindeki tarihin tespit edilememesi durumunda nüfus müdürlüğü veya Genel Müdürlük tarafından teslim alındığı tarih esas alınır (AKSY m. 15/2-3).

Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adres bilgilerini kullanma ve alma yetkisi hakkında Nüfus Hizmetleri Kanunu, Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği ve Adres Kayıt Sistemi Uygulama Yönergesinde hükümler mevcuttur. İçişleri Bakanlığı, talepleri halinde kurumlara, usul ve esasları Bakanlıkça tespit edilmek üzere adres bilgilerini elektronik ortamda Adres Paylaşımı Sistemi ve Kimlik Paylaşımı Sistemi çerçevesinde verebilir (NHK m. 52/1). Adres bilgisini; İçişleri Bakanlığı, kurumlar<sup>29</sup>, adres kaydının sahipleri, almaya yetkilidir (AKSY m. 20/1, AKSUY m. 43/1). Yerleşim yeri adresi ve diğer adres bilgileri kurumlar ve muhtarlıklarca Kimlik Paylaşımı Sistemi üzerinden temin edilebilir. Kimlik Paylaşımı Sistemi üzerinden adres bilgisini alamayan kurumların, gerekçesini açıkça yazılı olarak belirtmeleri halinde Bakanlık veya Mülki İdare amirinin emriyle adres bilgisi verilebilir. Bunun dışında yerleşim yeri ve diğer adres bilgilerinin verilmesi kişinin rızasına bağlıdır (AKSUY m. 43/6).

### III. ADRES KAYIT SİSTEMİ TEBLİGAT HUKUKU İLİŞKİSİ

Tebliğat<sup>30</sup> kavramı tebliğ<sup>31</sup> kavramının çoğulu olmakla beraber, her iki kavram da tekil anlamda kullanılmaktadır. Tebliğ ya da tebligat, yetkili makam veya onun aracılığı ile birtakım hukuki işlemlerin, kanunda öngörüldüğü şekilde bu işlemlerin hukuki sonuçlarından etkilenmesi amaçlanan, muhataba veya muhatap adına kabule yetkili şahıslara yazılı olarak bildirim ve bildirim yapıldığının, kanunda öngörüldüğü şekilde belgelendirilmesi işlemidir<sup>32</sup>. Muhataba veya muhatap adına kabule yetkili şahıslara bu tebligatın yapılabileceği yerleri Tebligat Kanunu'na göre şu şekilde sınıflandırabiliriz: Elektronik adrese tebligat, adreste tebligat, adres dışında tebligat ve ilan yoluyla tebligat. *Elektronik tebligat*; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere zorunlu olarak, tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen diğer kişilere ise ihtiyari olarak elektronik yolla, elektronik tebligat adresleri-

<sup>29</sup> Kurum tabiri, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü dışındaki diğer kamu kurum ve kuruluşlarını ifade eder (NHK m. 3/1-l)

<sup>30</sup> Tebligat: "Bildirim", Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, ET 17.04.2013, saat 14.23. Tebligat: "Tebliğler", **Ferit Develioğlu**, Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1970, s. 1254.

<sup>31</sup> Tebliğ: "Bildirme, haber verme, bildiri", Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, ET 17.04.2013, saat 14.23. Tebliğ: "Yetiştirme, eriştirme, bitiştirme; götürme, taşıma", **Develioğlu**, s. 1254.

<sup>32</sup> **Yılmaz/ Çağlar**, s. 39; **Timuçin Muşul**, Tebligat Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 41; **Seyithan Deliduman**, Tebligat Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 15; **Özekes/ Hanağası**, s. 87; **Yavuz Alangoya/ Kamil Yıldırım/ Nevhis Dören-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2011, s. 177; "Yazılı bildirim (tebligat) bir davaya ilişkin işlemleri o davayla ilgili kişilere (taraf, vekil gibi) bildirmek için, mahkemece yasaya uygun biçimde yapılan bir belgelendirme işlemidir", **Önen**, s. 107.

ne yapılan tebligattır (TebK m. 7/a)<sup>33</sup>. *Adres dışında tebligat*; kendisine tebligat yapılacak şahsın müracaatı veya kabulü ile adresi dışında yapılacak tebligattır (TebK m. 10/3). Adres dışında yapılan tebligatın diğer bir hali ise, celse esnasında veya kalemde, soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrakın, taraflara, ilgili üçüncü kişilere, katılana veya vekillerine tutanağa geçirilmek suretiyle veya imza karşılığında, tebliğ konusu belirtilerek tevdi edilmesidir (TebK m. 36)<sup>34</sup>. *İlanen tebligat*, adresi meçhul olanlara gazete<sup>35</sup> ve elektronik ortamda<sup>36</sup> ilan suretiyle yapılan tebligattır (TebK m. 28/1, 29). *Adreste tebligat*, Tebligat Kanunu'nun esas olarak kabul ettiği ve bir kimsenin oturduğu veya çalıştığı yerde, bu muhataba veya muhatap adına kabule yetkili kişilere yapılan tebligattır<sup>37</sup>.

Tebligat Kanunu'nun hükümleri incelendiğinde esas olan tebligat, adreste tebligattır (TebK m. 10, 11, 16, 17). Yani tebliğ memuru, muhataba veya muhatap adına kabule yetkili kişilere tebligat, esas olarak adreste yapacaktır. Elektronik adres hariç olmak üzere, adres, herhangi bir toprak parçası veya binanın coğrafi konumu ve işlevi açısından tanımlanmasıdır (AKSY m. 4/1-a). Adres Kayıt Sistemi ise, Türk vatandaşlarını ve Türkiye'de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli yabancılara mahsus ikamet tezkeresi alan yabancıların yerleşim yeri ve diğer adreslerinin tutulmasını kapsar (AKSY m. 1). Adres Kayıt Sistemi açısından adres; yerleşim yeri ve diğer adresleri kapsar. Tebligat Hukuku açısından ise adres; Tebligat Kanunu 9/1-1 hükmünden de anlaşılacağı üzere geniş olup, ikametgâh (yerleşim yeri), iş yeri adresi ve mesken kavramlarını kapsar. Tebligat, muhatabın bilinen bu adreslerinden herhangi birisinde yapılabilir. Tebligatın yapılacağı yer bakımından, ikametgâh, mesken ve işyeri adresleri arasında bir fark yoktur<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Tebligatı çıkaran merci, elektronik tebligat mesajını İdare tarafından verilen elektronik tebligat adresi aracılığıyla İdareye iletir (Elektronik Tebligat Yönetmeliği (RG, T. 19.01.2013, S. 28533) m. 8). Kendisine elektronik tebligat mesajı ulaşan İdare, bu mesajı zaman damgasıyla ilişkilendirerek muhatabın elektronik tebligat adresine; muhatap diğer bir hizmet sağlayıcıdan elektronik tebligat adresi almış ise, bu hizmet sağlayıcının sunucusuna iletir. Kendisine elektronik tebligat mesajı ulaşan diğer hizmet sağlayıcıları da bu mesajı zaman damgasıyla ilişkilendirerek muhatabın elektronik tebligat adresine iletir (ETM m. 9/1).

<sup>34</sup> **Deliduman**, s. 58-59.

<sup>35</sup> 7201 sayılı Tebligat Kanunu gereğince yayımlanacak ilanların, tebligatı çıkaran merciin tayin edildiği gazetede yayımlanması mecburidir. İlanen tebligatın yayımlanacağı gazete, vasıfları tesbit edilen gazetelerden biri değilse, tebligatı çıkaran merci bunu icab ettiren hususi sebebi, ilanla birlikte Kuruma veya valiliğe bildirmekle ödevlidir. Bu ödev yerine getirilmez veya vasıfları tesbit edilen gazetelerden birinin ismi tasrih edilmezse, tebligat ilanı genel usule göre yayımlanır (195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun (RG, T. 09.01.1961, S. 10702) m. 33)

<sup>36</sup> Elektronik ortamda yapılan ilanlar ise Basın İlan Kurumu'nun internet sitesinden yapılmaktadır. <http://e-uygulama.bik.gov.tr/bikProject/kurum/internetIlanSorgu.seam?gunluk=false&kategori1=TBLGT&cid=39762>

<sup>37</sup> **Muşul**, s. 119; **Deliduman**, s. 55-56.

<sup>38</sup> **Muşul**, s. 121; **Deliduman**, s. 56; **Özkes/ Hanağası**, s. 103.

Adres Kayıt Sistemi'nde tutulan bu adreslerin Tebligat Hukuku açısından tebligat yapılacak olan adres olarak kullanılması Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 52/3 nedeniyle bir zorunluluktur. Zira madde hükmüne göre kurumlar, yürütecekleri iş ve işlemlerde Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nde tutulan adres bilgilerini esas alırlar (NHK m. 52/3). Tebligat Kanunu değişikliği ilgili madde gerekçesinde de bu durum ifade edilmektedir<sup>39</sup>. Yukarıda Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adres bilgilerine ulaşabilecek olan kişi ve kurumları belirttik. Burada Tebligat Kanunu'na göre tebligat çıkarabileceklere değinmek gerekir. Kazaî merciler, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile il özel idareleri, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır (TebK m. 1). Nüfus Hizmetleri Kanunu'na göre Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adres bilgilerinin kullanılması zorunluluğu olduğuna göre, Adres Kayıt Sistemi'ne erişebilecek kişi ve kurumlar dâhiline Tebligat Kanunu'nun 1. maddesinde yer alanlarında dâhil edilmesi gerekir.

Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresleri güncel olan ve değişiklikleri zamanında bu sisteme bildiren kişilere yapılacak tebligatlarda, muhatap veya muhatap adına tebligatı almaya yetkili kişiler adreslerinde olacaklarından, sorunla karşılaşılmayacaktır. Zira tebligat isteyen kişi, o kişinin Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresten başka bir adres bildirirse bile Tebligat Kanunu m. 10/2 ve 21 hükmü gereğince, ilk tebligat yapılamayacağından ikinci tebligat Adres Kayıt Sistemi'nde tutulan ve güncel olan adrese yapılacaktır. Aynı şekilde adres değişikliği olması durumunda da yeni adresinde zamanında Adres Kayıt Sistemi'ne bildiren kişilere Tebligat Kanunu 35/2 hükmü gereğince tebligatlar yeni adreslerine yapılacaktır. Bu adres kayıtlarının güncelliğini zamanında takip eden kişilerin yararına bir durumdur. Ancak Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresleri gerçeği yansıtmayan ve güncel olmayan ya da bu sistemde hiç adres kaydı bulunmayan kişilere yapılacak tebligatlarda bazı durumlar söz konusu olacaktır ve muhataplar bakımından sakıncalar doğurabilecektir. Aynı zamanda adres bilgilerini mazereti nedeniyle veya kısa süre önce değiştirenler ve taşınma telaşları nedeniyle adres değişikliklerini ilgili yerlere zamanında bildirmeyenler bakımından da bazı sakıncalar doğurabilecektir. Bu kişilerin mağduriyet yaşamamaları için kanunda bazı değişiklikler yapılabilir. Değişiklik önerilerimize çalışmamızın ileriki bölümlerinde değinilmiştir. Gerçek kişilerde Adres Kayıt

<sup>39</sup> 6099 sayılı Kanun 3. maddesinin hükümet gerekçesi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/Kanunlasanlar.html>, ET. 12.09.2013.

Sistemi'ndeki adresin doğruluğunu takip bakımından söylenenler, tüzel kişilerin de resmi kayıtlardaki adresleri için geçerlidir<sup>40</sup>. Bundan sonraki bölümde Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliklere değinilecektir.

## § 2. TEBLİGAT KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN İNCELENMESİ

### I. GENEL OLARAK

Tebligat Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonrası maddeler (TebK m. 10/2, 21/2, 23/8, 35/2, 35/5 ve 49) incelendiğinde; Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresleri güncel olan ve değişiklikleri zamanında bu sisteme bildiren kişilere yapılacak tebligatlarda, muhatap veya muhatap adına tebligatı almaya yetkili kişilerin bu adresleri tebliğe elverişli adresi olacağından, sorunla karşılaşılacaktır. Zira tebligat çıkarılmasını isteyen kişi, o kişinin Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresten başka bir adres bildirirse bile Tebligat Kanunu 10/2 hükmü gereğince, ilk tebligat yapılamayacağından ikinci tebligat Adres Kayıt Sistemi'nde tutulan ve güncel olan adrese yapılacaktır. Aynı şekilde adres değişikliği olması durumunda da yeni adresini zamanında Adres Kayıt Sistemi'ne bildiren kişilere Tebligat Kanunu 35/2 hükmü gereğince tebligatlar yeni adreslerine yapılacaktır.

Ancak Adres Kayıt Sisteminde bulunan adresleri güncel olmayan ya da Adres Kayıt Sisteminde adresleri hiç bulunmayan kişiler bakımından ise bazı sonuçlar doğacaktır. Tebligat Kanunu'nun 10, 21 ve 49. maddeleri uyarınca Adres Kayıt Sistemi'nde tutulan adresleri güncel olmayan ve gerçeği yansıtmayan kişiler bakımından, bu adresler tebligat adresleri kabul edilecektir ve tebligatlar buraya yapılacaktır. Aynı şekilde Adres Kayıt Sistemi'nde adres kaydının bulunması durumunda adres meçhul sayılamayacağından, bu durumda ilan tebligat yapılamayacaktır (TebY m. 48). Tebligat Kanunu'nun 28. ve 35. maddeleri uyarınca ise Adres Kayıt Sistemi'nde hiçbir adres kaydının bulunmamasına sonuç bağlamaktadır. Adresini değiştirmiş ve bunu Adres Kayıt Sistemi'ne bildirmemiş ve bu sistemde hiç adres kaydı bulunmayan muhataplara yapılacak tebligat eski adreslerine yapılacaktır.

<sup>40</sup> Özekes/ Hanağası, s. 120; “Uygulamada bazı kazai mercilerin tüzel kişilere örneğin şirketlere işbu adres, Adres Kayıt Sistemi'nden temin edilmiştir, Tebligat Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrası gereğince işlem yapılarak tebligat evrakının iade edilmemesi gerekir şeklinde meşruhat içeren tebligat çıkarıldığı görülmüştür. Mernis adrese dayalı kayıt sisteminde sadece gerçek kişilerin kaydı tutulur. Bu nedenle tüzel kişiler için örneğin şirketler için bu şekilde tebligat çıkarılamaz ve Tebligat Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre tebligat yapılamaz. Bu şekilde çıkarılan tebligat evrakının yukarıda belirtilen nedenle çıkış merciine iadesi gerekir.”, Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, Tebligat Hukuku Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2012, s. 108.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde değişiklikleri iki başlıkta inceleyeceğiz; Adres Kayıt Sistemi'nde bir adresin bulunması hali ve Adres Kayıt Sistemi'nde adres kaydının bulunmaması hali.

## II. ADRES KAYIT SİSTEMİNDE ADRES KAYDININ BULUNMASI HALİ

Bu bölümde Tebligat Kanunu'nun "bilinen adrese tebligat" başlıklı 10., "tebliğ imkânsızlığı ve tebellüğden imtina" başlıklı 21. ve "tapu idarelerince yapılacak tebligat" başlıklı 49. maddeleri incelenecektir. Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliklerle birlikte, Adres Kayıt Sistemi'nde bir adres kaydı mevcut olduğu sürece, adresin meçhul sayılması<sup>41</sup> ve adres araştırması yapılması mümkün değildir<sup>42</sup> ve Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre de tebligatın yapılması mümkün değildir<sup>43</sup>. Adres Kayıt Sistemi'nde bir adres kaydı söz konusu

<sup>41</sup> "...davalılardan M. A., G. K., G. E., T. Ç., K. K. ve O. A. K.'un adresinin tesbit edilememesi muhtarlık kayıtlarında ve Tapu Müdürlüğünde de adreslerinin olmadığından bahisle Tebligat Kanunu'nun 28. maddesi gereğince adresi meçhul kişiler kabul edilerek ilan edilen tebligat yoluna gidilmiş ise de, Tebligat Kanunu'nun 29. maddesi gereğince askı ilan tutanağı düzenlenmediğinden yapılan tebligat geçersizdir. Davalı K. K. haricindeki, ilan edilen tebligat yapılan davalıların, taşınmazdaki hisselerini satış yoluyla edinmeleri karşısında. Tapu Müdürlüğünden tapu resmi senet örnekleri getirilerek, temin edilecek nüfus bilgilerine göre adres kayıt sistemindeki adreslerinin teminiyle tebligat yapılması mümkün iken, bu yönde bir araştırma yapılmamıştır. Yine davalı K. davadan önce 1999 yılında öldüğü halde dava dilekçesi ve duruşma gününün ilan edilen tebliğ edilmesi de usulsüzdür..." **Y.6.HD**, 17.10.2011 T., E. 6469, K. 10975. Aynı yönde **Y.11.HD**, 07.04.2011 T., E. 3727, K. 4014; **Y.4.HD**, 20.06.2012 T., E. 7262, K. 10928, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

<sup>42</sup> **Akil**, s. 255.

<sup>43</sup> "Tebligat Kanunundaki 6099 S.Y. ile yapılan değişiklik sonrası borçlunun adres kayıt sisteminde adresinin bulunması durumunda artık 35. maddeye göre tebligat yapılması mümkün değildir. Somut olayda, 19.1.2011 ve 1.2.2011 tarihlerinde farklı adreslere çıkarılan satış ilanı tebligatları iade dönünce, 3.2.2011 tarihinde borçlunun mernis adresine tebligat çıkarılmış ancak tebliğ edilmeden iade edilmiş, bunun üzerine "P... Şantiyesi E -5 yolu üzeri migros karşısı (İskenderun yolu üzeri) İskenderun Hatay" adresine çıkarılan tebligat TK m. 35'e göre 3.2.2011 tarihinde tebliğ edilmiştir. 3.2.2011 tarihinde "mernis adresi" şerhiyle çıkarılan satış ilanı tebligatı, TK 21. maddesine göre muhtara tebliğ edilmesi gerekirken iade edilmesi usulsüzdür. Ayrıca borçlunun mernis adresinin bulunması durumunda ise artık 35. maddeye göre tebligat yapılamaz. Açıklanan nedenlerle, borçlunun adres kayıt sistemindeki adresine çıkarılan tebligat usulüne uygun tebliğ edilmediği gibi, adres kayıt sistemindeki adres tespit edildikten sonra TK 35. maddeye göre tebligat çıkarılması da mümkün olmadığından borçluya çıkarılan satış ilanı tebligatı geçerli değildir..." **Y.12.HD**, 04.07.2012 T., E. 9229, K. 23555. Aynı yönde **Y.12.HD**, 04.07.2012 T., E. 8822, K. 23440; **Y.12.HD**, 04.06.2012 T., E. 5512, K. 18886; **Y.12.HD**, 05.06.2012 T., E. 1462, K. 19240; **Y.12.HD**, 25.06.2012 T., E. 5697, K. 22149; **Y.12.HD**, 08.06.2012 T., E. 6315, K. 20870; **Y.3.HD**, 06.06.2012 T., E. 11610, K. 14418; **Y.6.HD**, 10.04.2012 T., E. 2849, K. 5688; **Y.6.HD**, 19.10.2011 T., E. 6419, K. 11215; **Y.3.HD**, 28.05.2013 T., E. 9475, K. 13420; **Y.6.HD**, 28.01.2013 T., E. 16718, K. 1086; **Y.15.CD**, 16.10.2012 T., E. 12574, K. 43532; **Y.6.HD**, 05.07.2012 T., E. 7290, K. 10144; (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

ise Tebligat Kanunu'nun 10. ve 21. maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Birbirleriyle bağlantıları dolayısıyla 10. ve 21. maddeleri bir başlık altında 49. maddeyi ise diğer bir başlık altında inceleyeceğiz. Ayrıca tebligat mazbatasında nelerin bulunması gerektiğini düzenleyen Tebligat Kanunu'nun 23. maddesi de diğer başlıklar içinde incelenecektir.

#### **A. Tebligat Kanunu'nun 10. ve 21. Maddelerinin İncelenmesi**

Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine göre tebligat, tebliğ yapılacak şahsın bilinen son adresinde yapılır. Bilinen en son adresin tespitinde, tebliğ isteyen beyanı, muhatabın veya diğer ilgililerin bildirimleri ya da mevcut belgeler esas alınır (TebY<sup>44</sup> m. 16/1 son cümle). Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine eklenen ikinci fıkra ile yukarıdaki usullerle tespit edilen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılmaması halinde, muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilecektir ve tebligat buraya yapılacaktır. Ayrıca başkaca adres araştırması yapılmayacaktır. Eğer Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adrese tebligat yapılıyorsa, Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 79/2.maddesine göre renkli bastırılan tebligat zarfında<sup>45</sup> adresin, muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresi olduğu belirtilerek bu adrese tebligat yapılacağına dair meşruhata yer verilmelidir (TebY m. 16/2). Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre gösterilen adres, muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.

Bu maddelerin uygulanması açısından iki olasılık söz konusu olabilir. Bilinen en son adres ile Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresin farklı olması veya bilinen en son adres ile Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresin aynı olması halleri söz konusu olabilir.

1. Bilinen en son adres ile Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresin farklı olması durumunda, tebligat ilk önce bilinen en son adrese çıkarılacaktır. Maddeye göre öncelikle bilinen en son adrese tebligat yapılacaktır. Muhataba daha kolay ulaşılabilir bir adres biliniyorsa oraya tebligat yapılması

<sup>44</sup> Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik RG, T. 25.01.2012, S. 28184.

<sup>45</sup> Bu Yönetmeliğe ekli örneklere göre bastırılacak evrakın beyaz renkte olması gerekir. Ancak, 16'ncı maddenin ikinci fıkrası uyarınca adres kayıt sistemine göre düzenlenecek tebliğ zarfı açık mavi renkte bastırılır (TebY 79/2).

imkânı açık tutulmuştur<sup>46</sup>. Yani bu düzenleme ile terditli bir tebligat süreci öngörülmektedir<sup>47</sup>. Eğer tebligat yapılacak muhatap, Adres Kayıt Sistemi'nde farklı adres görünmesine rağmen, bilinen en son adreste oturmakta ise tebligat muhataba yapılacaktır. Koşulları oluşmuşsa Tebligat Kanunu'nun 20. ve 21/1. maddeleri hükmü uygulanabilir. Adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine meşruhat verilerek çıkarılan tebligatlar hariç olmak üzere, muhatap veya muhatap adına tebliğ yapılabilecek olanlardan hiçbiri gösterilen adreste sürekli olarak bulunmazsa, tebliğ memurunun, adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar heyeti veya meclisi üyeleri, kolluk amir ve memurlarından araştırarak beyanlarını tebliğ mazbatasına yazıp imzalatması, imzadan çekinmeleri halinde bu durumu yazarak imzalaması gerekir. Yeni adres, tebliğ memuru tarafından tespit edilmişse bu adres, tebliğ mazbatasındaki mahsus yerine ve tebliğ evrakındaki adresin bulunduğu tarafa yazılır. Yeni adres, tebliğ memurunun tevzi bölgesi dâhilinde bulunduğu takdirde tebligat o adrese yapılır. Yeni adres, aynı PTT merkezinin diğer bir tevzi bölgesinde veya başka bir PTT merkezinin mıntıkası içinde bulunursa, tebliğ evrakı yeni adreste tebliğinin temini için memur tarafından bağlı olduğu merkeze iade olunur. Muhatap ölmüşse veya gösterilen adresten sürekli olarak ayrılmış ve yeni adresi de tebliğ memurunca tespit edilememişse tebligat evrakı, tebligatı çıkaran mercie geri gönderilir (TebY m. 30).

Yeni adresin tebliğ memurunca tespit edilememesi nedeniyle tebligat evrakı, tebligatı çıkaran mercie geri gönderildiğinde yani, tebligatın yapılmasını isteyen veya tebligatı çıkartan makamın bildirdiği adresin, tebligata elverişli olmadığına anlaşılması ya da tebligat yapılmaması halinde, yani muhatap bilinen en son adresinde oturmuyorsa, taşınmışsa veya hiç oturmamışsa muhatapın Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresi bilinen son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır<sup>48</sup>. Bu durumda bilinen en son adrese gelen tebliğ memuru, tebligatı, Tebligat Kanunu m. 21 hükmüne göre yapmayıp, iade edilecektir. Tebligatı çıkaran mercinin veya posta memurunun Adres Kayıt Sistemi dışında ayrıca bir adres araştırması yapma yükümlülüğü yoktur<sup>49</sup>. Başkaca araştırma

<sup>46</sup> **Muşul**, s. 123; **Akil**, s. 255; **Ahmet Cemal Ruhi**, "Tebligat Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, (Ankara Barosu, 25-25 Mart 2011, s. 8-9); 6099 sayılı Kanun'un 3. maddesinin hükümet gerekçesi, [http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/Kanun\\_lasanlar.html](http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/Kanun_lasanlar.html), ET. 12.09.2013.

<sup>47</sup> **Özbay**, s. 137.

<sup>48</sup> **Ruhi**, s. 8-9; **Muşul**, s. 123; **Akil**, s. 255; 6099 sayılı Kanun'un 3. maddesinin hükümet gerekçesi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/Kanunlasanlar.html>, ET. 12.09.2013.

<sup>49</sup> **Yılmaz/ Çağlar**, s. 185, 370; **Muşul**, s. 126; **Özbay**, s. 137.



yapmadan sadece muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresini araştıracağıdır ve tebligatı bu adrese yapacaktır (TebK m. 10/2, TebY m. 31/2)<sup>50</sup>. Adres Kayıt Sistemi'ndeki adrese çıkarılan tebligatta, renkli bastırılan tebligat zarfı kullanılır ve adresin muhatabın Adres Kayıt Sistemi'ndeki yerleşim yeri adresi olduğu belirtilerek bu adrese tebligat yapılacağına dair meşruhata yer verilir (TebY m. 16/2). Bu şekilde meşruhata yer verilmeden ve diğer usuller uygulanmadan doğrudan Adres Kayıt Sistemine Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre yapılacak yapılan tebligatlar usulsüzdür<sup>51</sup>.

Tebligat mazbatasına adresin muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresi meşruhatına yer verilerek çıkarılan ikinci tebligatta da, iki olasılık sözü konusu olabilir. Eğer muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresi ile halen oturmakta olduğu adres aynı ise muhataba tebligat yapılacaktır. Bu durum yukarıda belirttiğimiz gibi adres bilgilerinin güncelliğini zamanında takip eden vatandaşların lehinedir. Eğer muhatap Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış ise bu durumda Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi devreye girecektir. Gösterilen adres muhatabın Adres Kayıt Sistemi'ndeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve teslim edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır (TebK m. 21/2). Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümleri bu du-

<sup>50</sup> "... Bilinen en son adresini tebliğ işleminin yapılacağı icra takip dosyası kapsamına göre belirlenmesi gerekir; İcra Müdürlüğüne UYAP vs. gibi adres, araştırması yapılarak belirlenecek adreslerin bilinen en son adres olarak kabulü mümkün değildir. Bu nedenle artık 7201 sayılı Tebligat Kanununun 10/2. maddesi uyarınca borçlunun adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilerek bu adrese tebligat yapılmasının koşulları oluşmuştur. O halde icra müdürlüğüne, alacaklının, borçlunun adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 10/2 ve 21/2. maddeleri gereğince tebligat yapılması yönündeki talebinin, borçlunun UYAP sisteminde yer alan tüm adreslerine tebligat çıkarılması gerektiği nedeni ile reddedilmesi yasaya aykırı olduğundan...", **Y.12.HD**, 28.02.2012 T., E. 2011/21272, K. 5333, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

<sup>51</sup> "...Somut olayda, 6100 Sayılı HMK 120. maddesi uyarınca şikayetçi borçlu adına gider avansı yatırmasına dair çıkarılan muhtıranın, icra dosyasında ödeme emri tebligatı yapılan "İstiklal Mah., İ... Cad., No: ..., İncirliova Aydın" adresine gönderilmeksizin doğrudan, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi uyarınca adrese dayalı kayıt sistemindeki adresine tebliğ edildiği görülmüştür. Buna göre borçlunun bilinen en son adresi olan icra takip dosyasında kendisine ödeme emri tebliğ edilen adrese herhangi bir tebligat çıkarılmaksızın doğrudan adrese dayalı kayıt sistemindeki adresine yapılan tebliğ işlemi 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine aykırı olduğundan, usulsüzdür...", **Y.12.HD**, 27.06.2012 T., E. 8019, K. 22714. Aynı yönde **Y.6.HD**, 05.06.2012 T., E. 5582, K. 8382; **Y.6.HD**, 22.11.2011 T., E. 7742, K. 12931, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

rumda tebliğ olunacak şahsa tebligat yapıldığının haber verilmesi için en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya bildirimde bulunulması yönünde hükümlere yer verilmemiştir<sup>52</sup>. Ancak bu durumda kanun veya yönetmelikte haber verme için bildirimde bulunma zorunluluğunun getirilmesi yerinde olduğu haklı olarak ifade edilmiştir<sup>53</sup>. Zira bu durum geçerli bir mazereti nedeniyle yeni adresini Nüfus Müdürlüğü'ne bildirmeyen vatandaşın cezalandırılmasına neden olabilir.

2. Bilinen en son adres ile Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresin aynı olması durumunda, eğer ilk çıkarılan tebligat Adres Kayıt Sistemi araştırması yapılmadan bilinen en son adres olarak çıkarılmış ise ve muhatap o adreste oturmakta ise tebligat gerçekleştirilecektir. Ancak bu adrese çıkarılan tebligat, tebligata elverişli olmaması veya tebligat yapılmaması nedeniyle iade edilmişse, bu durumda Adres Kayıt Sistemi araştırması yapılır ve bulunan adrese yukarıda belirttiğimiz usullerle tebligat yapılır. Aynı şekilde tebligat mazbatasına adresin muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresi meşruhatına yer verilmemişse yukarıda belirttiğimiz gibi ilk çıkarılan adres bilinen en son adres kabul edilecek ve sonraki çıkarılan tebligatta Adres Kayıt Sistemi araştırması yapılacak ve bulunana adrese çıkarılan tebligat mazbatasında buna ilişkin meşruhata yer verilerek bu adrese tebligat yapılacaktır<sup>54</sup>.

Ancak tebligat çıkarılması talebinde bulunana kişi muhatabın adresinden emin değilse veya muhatabın adresini bilmiyorsa bu durumda tebligatı çıkaran merciden doğrudan muhatabın Adres Kayıt Sistemi'ndeki adresine tebligat çıkarılmasını isteyebilir ve tebligatı çıkaran merci bu talebi yerine getirmek zorundadır<sup>55</sup>. Eğer muhatap bu adreste oturmuyorsa nasıl bir yol izlenecektir. Tebligat ilk çıkarılan tebligatla yapılmış mı sayılacaktır yoksa tekrar Adres Kayıt

<sup>52</sup> "...Somut olayda her ne kadar borçlunun mernis adresine yapılan tebligatın Tebligat Kanunu 21 ve Tebligat Tüzüğü 28. maddelerine aykırılık gerekçesiyle şikâyetin kabulüne karar verilmiş ise de; 6099 sayılı Yasa ile değişik 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi ve Tebligat Kanunu Yönetmeliği 31. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, şahsın mernis adresine tebligat yapılması halinde nerede olduğunun komşu, kapıcı, yönetici gibi kimselerden araştırılması ve şahsın adreste bulunmama nedeninin tebliğe işlenmesi geçerlilik şartı değildir. Şu halde tebliğ usulüne uygun kabul edilerek şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...". **Y.12.HD**, 31.05.2012 T., E. 1089, K. 18617, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

<sup>53</sup> **Akil**, s. 257.

<sup>54</sup> "...Öte yandan 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 23/8. maddesi uyarınca, tebligatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna dair kaydın tebligat evrakı üzerine yazılması zorunludur...", **Y.12.HD**, 27.06.2012 T., E. 8019, K. 22714. Aynı yönde **Y.6.HD**, 05.06.2012 T., E. 5582, K. 8382; **Y.6.HD**, 22.11.2011 T., E. 7742, K. 12931, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

<sup>55</sup> **Ruhi**, s. 9.

Sistemi'nde yer alan bu adrese tebligat çıkarılıp tebliğ bu durumda mı yapılmış sayılacaktır?

Yargıtay'ın bu konu verdiği bir kararının önemli bölümlerini konunun önemi dolayısıyla yer vereceğiz. "... Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine eklenen ikinci fıkrasında gerçek kişilere yapılacak tebligatla ilgili olarak iki aşamalı bir yol benimsenmiştir. Muhatabın adresi takip alacaklısı (veya davacı) tarafından bildirilecek ve normal tebligat çıkarılacaktır. Bildirilen adresin muhatabın Adres Kayıt Sistemi'ndeki adresi veya başka bir adresi olması arasında fark bulunmamaktadır. Bildirilen adrese çıkarılan tebligatın bila tebliğ iade edilmesi halinde, muhatabın Adres Kayıt Sistemi'ndeki yerleşim yeri adresine Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre çıkarılacaktır. Tebligat Kanunu'nun 10/2 ve 21/2.maddelerini farklı şekilde yorumlayarak muhatabın Adres Kayıt Sistemi'ndeki yerleşim yeri adresine başka adresi bilinmiyor diyerek doğrudan doğruya 21/2.maddesine göre tebligat çıkartılması doğru olmaz. Bu davranış Anayasanın 36.maddesine aykırı olur ve muhatabın savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir. Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi aynı zamanda özünde cezalandırmayı da amaçlayan bir düzenleme içermektedir. Yasa koyucu 5490 Sayılı Kanuna göre doğru adresini zamanında nüfus müdürlüğüne bildirmeyen vatandaşın cezalandırılmak amacını gütmüştür. Tebligat yasasının dar yorumlanması geçerli bir mazereti nedeniyle yeni adresini zamanında nüfus müdürlüğüne bildiremeyen veya önemli bir mazereti nedeniyle (yatarak hastanede tedavi gören hasta gibi) bir kaç aylığına adresinden ayrılmak zorunda kalan vatandaşın cezalandırılmasına neden olur. Yasanın yorumunda yardımcı kaynak olan madde gerekçelerini dikkate almak gerekir. Tebligat Kanunu'nda değişiklik yapılan madde gerekçelerinden açıkça anlaşılacağı üzere iki veya üç tebligatla sorun çözülmek istenmiştir. Hem yasa metninde, hem yasanın uygulanmasını gösteren yönetmelikte ve hem de madde gerekçesinde muhatabın sadece Adres Kayıt Sistemi'ndeki yerleşim yeri adresinin bilinen adres olarak bildirilmesi halinde doğrudan doğruya TebK 21/2'ye göre tebligat yapılacağı açıklamasına yer verilmemiş, bilakis bildirilen adrese tebligat yapılamaması halinde 21/2'ye göre tebligat yapılacağı önemle vurgulanmıştır. Adres Kayıt Sistemi'ndeki adres, tebligat yapılamayacağı açıkça anlaşılan bir adres olmadığı için, öncelikle, normal bir tebligat çıkartılarak Tebligat Kanunu'nun 21/1. maddesinde ve Tebligat Yönetmeliği'nin 30. maddesinde muhatap lehine olan araştırmaların yapılarak tebligatın kendisine ulaşması ve bilgilendirme işleminin yerine getirilmesi gerekir. Tebligatın anlamı bildirimdir. Tebligatın yazılı bildirim ve belgelendirme olmak üzere iki ana unsuru vardır. Tebligat savunma hakkı ile sıkı sıkıya bağlıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.12.2009 tarihli 2009/12-563 E.-2009/600 K. sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere icra takibinin sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, itirazların yapılabilmesi ve takibin süratle sonuçlandırılabilmesi, ancak, tarafların icra takibinden usulünce haberdar edilmesi ile

mümkündür. Zira, takip borçlusunun hangi icra dairesinde aleyhine takip bulunduğunu, hakkındaki taleplerin nelerden ibaret olduğunu bilmesi ve varsa itirazlarını zamanında ve doğru merciiye yöneltebilmesi usulüne uygun olarak yapılacak tebligat ile sağlanabilir. Somut olayda şikayet konusu yapılan ödeme emri tebligatının TebK.'nın 10/2. Maddesi gözardı edilerek borçluya önceden hiçbir tebligat çıkarılmadan ve yasal şartları oluşmadan doğrudan doğruya TebK.'nun 21/2 maddesine göre çıkartıldığı ve bu tebligatın yukarıda anlatılan nedenlerle usule aykırı bir tebligat olduğu görülmüştür....”<sup>56</sup>.

Yukarıda verilen karar incelendiğinde muhatabın adresinin, tebligat isteyen kişi tarafından bilinmemesi nedeniyle tebligatı çıkaran mercii Adres Kayıt Sistemi’nde adres araştırması yaparak doğrudan bu adrese Tebligat Kanunu’nun 21/2 hükmüne göre tebligat yaptırması usulsüz tebligat olarak nitelendirilmiştir. Karara göre ilk önce bilinen adrese tebligat yapılacak, eğer bu adrese tebligat yapılamamışsa bu durumda Adres Kayıt Sistemi’nde yer alan adrese tebligat yapılacaktır. Bilinen en son adresin muhatabın Adres Kayıt Sistemi’nde yer alan adresinin olup olmaması önemli değildir. Bilinen adresin Adres Kayıt Sistemi araştırmasına göre bulunmuş olmasına rağmen buraya çıkarılan tebligat yapılmazsa tebligat mercie iade edilecek ve mercii tekrar Adres Kayıt Sistemi adresine tebligat çıkaracaktır.

Ancak bu karar çoğunlukla alınmıştır ve karşı oy yazısı vardır. Konunu önemi dolayısıyla karşı oy yazısının önemli bölümlerine yer vereceğiz. “...Buna göre tebligatın öncelikle muhatabın bilinen en son adresine yapılması, bu adrese tebligat yapılamaması halinde ise tebligatın muhatabın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresine gönderilmesi gerekir. Muhatabın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresinden başka bilinen bir adresi yok ise tebligatın anılan adrese gönderileceği tabiidir. Bu adrese çıkarılan tebligat evrakı üzerine tebliği çıkaran mercii tebligat çıkarılan adresin muhatabın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi olduğunun yazılması 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 23/8.maddesi uyarınca yasal zorunluluk olduğu gibi malumun da ilamıdır. Tebligat çıkarılan adresin muhatabın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi olduğu halde bu hususun tebligat evrakı üzerine yazılmamasının ise gerçeğin gizlenmesi olacağı kuşkusuzdur. Çoğunluk görüşünün aksine 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun ne 10. maddesinde ne 21.maddesinde ne de herhangi bir maddesinde, bilinen en son adrese tebligat yapılamaması halinde muhatabın adrese dayalı kayıt sistemindeki adrese önce tebligat çıkarılan adresin muhatabın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi olduğu yazılmaksızın, bir diğer ifade ile bu gerçeklik gizlenmek suretiyle tebligat çıkarılması gerektiğine, bu tebligatın yapılamaması halinde ikinci kez aynı adrese çıkarılacak tebligata adresin muhatabın adrese

<sup>56</sup> **Y.12.HD**, 11.02.2013 T., E. 2012/32459, K. 2013/3328, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

dayalı kayıt sistemindeki adresi olduğu açıklamasının yazılması gerektiğine ilişkin hiçbir düzenleme yoktur.... Şu hale göre 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun hem 10. maddesi hem de 21/2.maddesi son derece açıktır. Muhatapın bilinen adresine tebligat yapılamaması ya da bilinen adresinin bulunmaması halinde tebligat, adrese dayalı kayıt sistemindeki adresine, adresin “muhatapın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi” olduğu, tebligat evrakı üzerine yazılmak suretiyle çıkarılmalıdır. Çıkarılan bu tebligatın ise öncelikle adresin niteliğine göre 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 14, 16, 17, 18 ve 20.maddelerine göre yapılması gerekir. Kendisine tebligat yapılacak kimse veya tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse tebliğ işlemi aynı kanunun 21.maddesinin 1.fikrasına, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış ise 2.fikrasına göre yapılmıştır. O halde tebligat çıkarılan adresin muhatapın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi olması halinde, muhatap ya da muhatap yerine tebligatı alabilecek kimselerden birisi var ise tebligatın onlara yapılması, muhatap geçici ayrılmış ise 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 21.maddesinin 1.fikrasına göre tebliğ işleminin yapılması, muhatapın o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olduğunun belirlenmesi durumunda ise 2.fikraya göre tebligatın yapılması gerekir. Kısacası çoğunluğun muhatapın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresine önce adresin muhatapın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi olduğu belirtilmeksizin bir tebligat çıkarılıp, bu tebligatın yapılamaması halinde bu kez aynı adrese, adresin muhatapın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi olduğu şerhi verilmek suretiyle tebligat çıkarılması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Muhatapın bilinen adresine tebligat yapılamaması ya da bilinen adresinin olmaması halinde tebligat çıkarılan adresin muhatapın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi olması durumunda bu şerhin verilmek suretiyle tebligatın çıkarılması gerektiğini düşünüyoruz. Somut olayda icra takip dosyasında şikâyetçinin bilinen adresinin olmadığı görülmektedir. Bu nedenle borçlunun adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi bilinen en son adres kabul edileceğinden bu adrese adresin muhatapın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi olduğu yazılmak suretiyle tebligat çıkarılmasında ve 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 21.maddesinin 2.fikrasına göre tebligat yapılmasında yasaya aykırılık olmadığından tebliğ işlemi usulüne uygundur.”<sup>57</sup>.

Kanaatimizce kanuni düzenleme dikkate alındığında tebligatın çıkarılmasını isteyen kişi muhatapın adresinin tam olarak bilmiyorsa bu durumda tebligat, muhatapın Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresine, tebliğ mazbatasına tebligatın Adres Kayıt Sistemi'ndeki adrese yapılması hakkında meşruhata yer vermesi şartıyla, doğrudan yapılabilir. Eğer muhatap gösterilen adreste, yani Adres

<sup>57</sup> Kararın karşı oy yazısı, **Y.12.HD**, 11.02.2013 T., E. 2012/32459, K. 2013/3328, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

Kayıt Sistemi'nde yer alan, hiç oturmamış veya adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebligatı maddede yer alan usullerle gerçekleştirecektir (TebK m. 21). Ayrıca Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 16/2 maddesine göre kişinin adres araştırması hakkında, başkaca araştırma yapılmadan sadece Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresi araştırılır. Zaten başta muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresi araştırılmış ve bulunan adrese tebligat çıkarılmıştır. Bu durumda tekrar araştırma yapmaya gerek yoktur ve tebligat bu adrese yapılmalıdır. Ayrıca 6099 sayılı Kanun'un ilgili madde gerekçesine göre, "Yapılan yeni düzenlemeyle, önce yine bilinen en son adrese tebligat yapılacaktır. Böylelikle, muhataba daha kolay ulaşılabilecek bir adres biliniyorsa oraya tebligatın yapılması imkânı açık tutulmuştur. Ancak, tebligatın yapılmasını isteyen veya tebligatı çıkartan makamın bildirdiği adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması ya da bu adrese tebligat yapılamaması halinde, muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresini en son adresi kabul edilecek ve tebligat buraya yapılacaktır"<sup>58</sup>. Gerekçe incelendiğinde Adres Kayıt Sistemi'nden başka bir adrese tebligat çıkarılması imkânı açık tutulmuştur, aksine doğrudan Adres Kayıt Sistemi'nde tebligatın çıkarılabilmesi yasaklanmamıştır. Muhatabın bilinen en son adresi olarak Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adresten başkası bilinmiyorsa, o zaman bilinen en son adres olarak Adres Kayıt Sistemi'ndeki adresi kabul edilecektir ve buraya tebliğ mazbatasına tebligatın Adres Kayıt Sistemi'ndeki adrese yapılması hakkında meşruhata yer vermesi şartıyla, doğrudan tebligat yapılabilir.

Kanaatimizce mazereti nedeniyle adres değişikliğini Nüfus Müdürlüğü'ne bildiremeyen vatandaşların hak kayıpları yaşamaması için kanunda şu şekilde hüküm yer alabilirdi: Muhatap Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adreste oturmuş ancak adresini değiştirmesine rağmen mazereti nedeniyle yeni adresini Nüfus Müdürlüğü'ne bildirememişse, tebligat memuru adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar heyeti veya meclisi üyeleri, kolluk amir ve memurlarından araştırmalı, muhatabın adresten ayrıldığını tespit ederse, bu adres, tebliğ mazbatasındaki mahsus yerine ve tebliğ evrakındaki adresin bulunduğu tarafa yazılır. Yeni adres, tebliğ memurunun tevzi bölgesi dâhilinde bulunduğu takdirde tebligat o adrese yapılır. Yeni adres, aynı PTT merkezinin diğer bir tevzi bölgesinde veya başka bir PTT merkezinin mıntıkası içinde bulunursa, tebliğ evrakı yeni adreste tebliğinin temini için memur tarafından bağlı olduğu merkeze iade olunur. Bu yeni adrese de tebligat yapılmazsa tebligat evrakı iade edilmelidir ve ilk yapılan tebligattan 20 gün sonra Adres Kayıt Sistemi'nde adres araştırması yapılmalıdır ve burada bir adres kaydı bulunursa buraya tebligat yukarıda belirttiğimiz şekilde yapılmalıdır.

<sup>58</sup> 6099 sayılı Kanun'un 3. maddesinin hükümet gerekçesi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/Kanunlasanlar.html>, ET. 12.09.2013.

Eğer tebligat memuru yeni adresi tespit edememişse, bu durumda tebligat mercie iade edilmelidir. Mercii aynı şekilde ilk yapılan tebligattan 20 gün sonra Adres Kayıt Sistemi'nde adres araştırması yapılmalıdır. Burada bir adres kaydı bulunursa buraya tebligat yukarıda belirttiğimiz şekilde yapılmalıdır. Ancak ilk yapılan tebligatta tebligat memuru muhatabın o adreste hiç oturmadığını tespit etmişse bu durumda tebligat, hiçbir araştırma yapılmadan doğrudan Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adrese yapılmalıdır.

### **B. Tebligat Kanunu'nun 49. Maddesinin İncelenmesi**

Tabu idarelerince yapılacak tebligat başlıklı Tebligat Kanunu'nun 49. maddesine göre; Tapuda kayıtlı taşınmazların veya miras, istimlâk, cebri icra veya mahkeme ilâmı ile iktisapta bulunan hak sahipleri, adreslerini ve değiştirdikleri takdirde yenisini, buldukları yerin tapu idaresine bildirmeye mecburdur. Davetiye veya tebliğ evrakı, bu suretle bilinen son adrese gönderilir. Hak sahiplerinin adres bildirmemeleri hâlinde adres kayıt sistemindeki adresleri tebligat adresleri olarak kabul edilir.

Maddeye göre tapu idaresin tarafından, tapudaki hak sahiplerine, davetiye ve tebligat gönderilmesi gerektiğinde, bu hak sahiplerinin işlem anında bildirdikleri adreslerine veya adres değişikliği nedeniyle yeni adres bildirmişlerse, tebligatlar bu adrese yapılacaktır. Eğer hak sahipleri adres değişikliği halinde yenisini bildirmezlerse bu durumda hak sahiplerinin Adres Kayıt Sistemi'nde yer alan adreslerine tebligat yapılacaktır.

Maddenin değişmeden önceki uygulamasına göre tapuda adresi bulunmayan veya mevcut adresine tebligat yapılamayan ve tebliğ memuru tarafından da yeni adresi tespit edilemeyen hak sahibine ilan suretiyle tebligat yapılırdı. Ayrıca tapu idaresi tarafından ilanın bir nüshası gayrimenkulün bulunduğu köy veya mahalle muhtarına, orada mutad olan şekilde ilan edilmek üzere tevdi edilirdi. Bu suretle yapılan sonuncu ilan tarihinden itibaren on beş günün bitiminde hak sahibine tebligat yapılmış sayılırdı (Değişiklikten önceki TebK m. 49/2<sup>59</sup>). Gerçekçede de belirtildiği gibi Adres Kayıt Sistemi'nde bir adresin yer alması durumunda adresin meçhul sayılmayacağından ilan tebligat yapılamayacaktır. Adres Kayıt Sistemi'nde bir adres olduğu sürece tebligatlar, başka adres bildirilmediği takdirde, bu adrese yapılacaktır. Adres Kayıt Sistemi'nde de bir adres bulunmazsa ancak bu durumda ilan tebligat yoluna gidilecek ve Tebligat Kanunu'nun 28 vd. hükümleri uygulanacaktır.

Bu konuyla benzerliğinden dolayı İcra ve İflas Kanunu'nun 127. maddesine de değinmekte yarar vardır. Borçlunun borcunu ödememesinden dolayı, haczedilen taşınmazının paraya çevrilmesi aşamasında, taşınmaz açık artırma ilanının

<sup>59</sup> Bakınız RG, T. 19.02.1959, S. 10139.

taşınmazın tapu siciline kayıtlı bulunan ilgililerine de ayrıca tebliğ edilmesi düzenlenmiştir. Kanun maddesine göre; İlanın birer sureti borçluya ve alacaklıya ve taşınmazın tapu siciline kayıtlı bulunan ilgililerinin tapuda kayıtlı adresleri varsa bu adreslerine tebliğ olunur. Adresin tapuda kayıtlı olmaması hâlinde, varsa Adres Kayıt Sistemindeki adresleri tebligat adresleri olarak kabul edilir. Bunların dışında ayrıca adres tahkiki yapılmaz, gazetede veya elektronik ortamda yapılan satış ilanı tebligat yerine geçer.

### III. ADRES KAYIT SİSTEMİNDE ADRES KAYDININ BULUNMAMASI HALİ

Yukarıdaki bölümde muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde bir adres kaydının olması ve bunun sonuçları üzerinde durulmuştur. Bu bölümde ise muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde bir adres kaydının bulunmaması halini incelenmiştir. Bu bölümde incelenmiş olan maddeler Tebligat Kanunu'nun 28. ve 35/2. maddeleridir.

#### A. Tebligat Kanunu'nun 28. Maddesinin İncelenmesi

Tebligat Kanunu'nun 28 vd. maddeleri ilan yoluyla yapılacak tebligatları düzenlemektedir. İlan yoluyla tebligat adresi meçhul olan kimselere basın veya yayın araçları ile ilan şeklinde yapılan tebligattır<sup>60</sup>. Bu bölümde çalışmamızın kapsamın genişleteceğinden dolayı ilan tebligatının ayrıntılarına girmeyeceğiz. Konumuzla bağlantısından dolayı Adres Kayıt Sistemi'nin adresin meçhul olması açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

Adresin hangi hallerde meçhul sayılacağı Tebligat Kanunu'nun 28/2. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre Tebligat Kanunu maddelerine göre tebligat yapılamayan ve ikametgâhı, meskeni veya işyeri de bulunmayan kimsenin adresi meçhul sayılır<sup>61</sup>. Eğer muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde bir adres kaydı mevcutsa zaten Tebligat Kanunu'nun hükümlerine göre tebligat yapılacaktır. Muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde bir adresi mevcutsa ilan tebligat yapılamaz. Ayrıca muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde bir adres kaydının olup olmadığı araştırılmadan da ilan tebligat yapılamaz<sup>62</sup>. Bu sebeple Tebligat Kanu-

<sup>60</sup> Deliduman, s. 79; Muşul, s. 88-89.

<sup>61</sup> Bu Yönetmelik hükümleri uyarınca kendisine tebligat yapılamayan, tebliğ memuru tarafından adresi tespit edilemeyen, adres kayıt sisteminde de yerleşim yeri adresi bulunmayan kişinin adresinin tespiti için tebligatı çıkaran merci tarafından adres araştırması yapılır (TebY m. 48/1).

<sup>62</sup> "...Mahkemece, davalının ikametgah adresi konusunda adres kayıt sistemi veya zabıtaca bir araştırma yapılmadan ilan tebligat yapılmış, yapılan tebligat usulsüz olduğundan davalı T. Y.'in savunma hakkının kısıtlandığı anlaşılmıştır....", **Y.4.HD**, 20.06.2012 T., E. 7262, K. 10928. Aynı yönde **Y.11.HD**, 07.04.2011 T., E. 3727, K. 4014; **Y.6.HD**, 22.11.2011 T., E.



nu'nun 28. maddesinin uygulanması oldukça istisnai kullanılacak bir hal alacaktır<sup>63</sup>.

Artık değişiklikle muhatabın Adres Kayıt Sistemi'nde bir adres kaydı var ise tebligatlar Tebligat Kanunu'nun ilan edilen tebligat haricindeki maddelerine göre yapılacaktır. Eğer muhatabın adresi bilinmiyorsa, araştırmalara rağmen de bulunamıyorsa ve de Adres Kayıt Sistemi'nde de bir adres kaydı yok ise ancak o zaman ilan edilen tebligat yoluna gidilebilecektir. Zira Tebligat Kanunu'nun maddeleri mucibince tebligat yapılamayan ve ikametgâhı, meskeni veya iş yeri de bulunamayan kimsenin adresi meçhul sayılır (TebK m. 28/2). Adres Kayıt Sisteminde muhatabın adresi varsa, Tebligat Kanunu'nun 10, 21, 35 ve 49. maddeleri gereğince tebligat yapılacaktır.

### **B. Tebligat Kanunu'nun 35. Maddesinin İncelenmesi**

Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi adres değişikliği halinde tebligatın nereye yapılacağını düzenlemektedir. Bu hüküm maddenin düzenlenme yeri açısından sadece kazai tebligatlarda uygulanabilir niteliktedir (TebK m. 34/1). Muhataba veya muhatap adına tebliğ almaya yetkili kişilere daha önce usulüne göre tebligat yapıldıktan veya yapılmış sayıldıktan sonra, muhatap adresini değiştirirse, bunu ilgili yargı merciine bildirmekle yükümlüdür. Eğer kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan ve adresini değiştiren kimse yenisini daha önce tebliğ yapmış olan kazai mercie bildirirse, bundan sonraki tebliğler bu bildirilen yeni adrese yapılacaktır (TebK m. 35/1).

Ancak adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve Adres Kayıt Sistemi'nde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır. Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır (TebK m. 35/2-3).

Daha önce kendisine tebligat yapılan ve adres değişikliğini ilgili kazai mercie bildirmeyen kişinin, eski adresine tebligat çıkarılacaktır. Tebligat memuru, muhatabın gösterilen adresten sürekli olarak ayrılmış olduğunu tespit etmiş ise, tebligat evrakını tebligatı çıkaran mercie iade edecektir (TebY m. 30/2). Bu durumda tebligatı çıkaran mercii sadece Adres Kayıt Sistemi'nde adresin olup olmadığını tespit edecektir. Eğer Adres Kayıt Sistemi'nde adres kaydı bulunursa tebligat buraya yapılacaktır (TebK m. 35/2, TebY m. 57/2). Bu durumda da tebliğ mazbatasında tebligatın Adres Kayıt Sistemi'ndeki adrese yapıldığına dair kaydın bulunması gerekir (TebK m. 23/8). Adres Kayıt Sistemi'nde bir

---

7742, K. 12931; **Y.6.HD**, 17.10.2011 T., E. 6496, K. 10975, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

<sup>63</sup> **Yılmaz/ Çağlar**, s. 510.

adres kaydı bulunuyorsa Tebligat Kanunu'nun 35/2. maddesine göre tebligat yapılamaz<sup>64</sup>.

Eğer adresini değiştiren ve yenisini kazai mercie bildirmeyen muhatabın Adres Kayıt Sistemi'ndeki adresi tespit edilemiyorsa bu durumda Tebligat Kanunu'nun 35/2 hükmü uygulanacaktır. Bu durumda tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılacak ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılacaktır (TebK m. 35/2). Bu tebligatta, Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin eklerinde yer alan ek-1 6 numaralı örneğe göre düzenlenecek tebliğ evrakının bir nüshası eski adresin kapsına asılacaktır (TebY m. 57/2).

Daha önce yurt dışındaki adresine tebligat yapılmış Türk vatandaşı, yurt dışı adresini değiştirir ve bunu tebliğ çıkaran mercie bildirmez, Adres Kayıt Sistemi'nden de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu kişinin yurt dışında daha önce tebligat yapılan adresine Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslğunca 25/a maddesine göre gönderilen bildirim adresine ulaştığının belgelendiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılır (TebK m. 35/5).

## SONUÇ

Çalışmamızda tebligat hukuku açısından Adres Kayıt Sistemi üzerinde durulmuştur. Vatandaşların adres ve değişik hareketlerini kayıt altına almak isteyen devletin oluşturduğu Adres Kayıt Sistemi ile vatandaşlar adreslerini ve adres değişikliklerini kanunda yer alan süreler içinde bildirmezse idari para cezası ile karşı karşıya kalmanın yanı sıra 6099 Sayılı Kanunla Tebligat Kanunu'nda yapılan değişiklikle artık tebligat hukuku açısından belirli sonuçlarla karşılaşacaktır. Değişiklikleri incelendiğinde, adres değişikliklerini zamanında bildiren, adresin güncelliğini zamanında takip eden vatandaşlar için yeni hükümler lehine olacaktır. Zira tebligatların eski adreslerine veya başka adreslere yapılması imkânı olmayacaktır. En sonunda Adres Kayıt Sistemi'nde kayıtlı olan ve halen oturmakta bulunan adrese tebligat yapılmış olacaktır. Adres değişikliklerini zamanında bildirmeyen ve adreslerin güncelliğini zamanında takip etmek isteyen vatandaşlar için ise bu hükümler aleyhe sonuç doğuracaktır ve de belki bazı hak kayıplarına uğrayacaklardır. Ancak değişiklikler genel olarak incelendiğinde olumlu niteliktedir. Çünkü tebligatların yapılacağı adreslerin, vatandaşların

<sup>64</sup> "...davalı M. G.'in mahkemece tespit edilen mernis adres ine öncelikle Tebligat Kanunu'nun değişik 21/2 maddesi hükmü de gözetilmek suretiyle olağan yoldan tebliğ işlemi yapıp taraf teşkilinin sağlanması gerekirken davalının Adres Kayıt Sistemi'nde ki adres ine doğrudan Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca tebliğ işlemi yapılması usul ve yasaya aykırı olup hüküm bu nedenle bozulmalıdır.", **Y.6.HD**, 05.07.2012 T., E. 7290, K. 10144. Aynı yönde **Y.12.HD**, 25.06.2012 T., E. 5697, K. 22149; **Y.3.HD**, 06.06.2012 T., E. 11610, K. 14418; **Y.12.HD**, 04.07.2012 T., E. 8822, K. 23440; **Y.12.HD**, 05.06.2012 T., E. 1462, K. 19240, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 22.04.2013).

beyanları esas alınarak tutulan merkezi bir kayıt sistemindeki adresler olması zaman, para ve emek kaybını önleyecek niteliktedir. Zira bu sistemde vatandaşların adreslerinin bilinmemesi, meçhul sayılması gibi nedenlerle tebligatların gecikmesi önlenebilecektir. Bu sistemin ve dolaylı olarak tebligat hukukundan istenen faydanın elde edilebilmesi için vatandaşların adreslerinin güncelliğini takip konusunda külfet söz konusudur. Ayrıca devletin kurumlarının bu sistemin denetimi konusunda görevleri söz konusudur. Anlatımlarda Tebligat Kanunu'na göre, Adres Kayıt Sistemi'ndeki adreslerinin güncelliği konusunda gereken özeni gösteren vatandaşlara tebligatın yapılması ve adreslerinin güncelliği konusunda gereken özeni göstermeyen vatandaşlara tebligatın yapılması incelenmiştir. Ayrıca kanunda yer almasının kanaatimizce gerekli olduğunu düşündüğümüz hükümlere değinilmiştir. Bu olmasını düşündüğümüz hükümler genel olarak mazeretleri dolayısıyla veya adres bildirimini için zorunlu yasal süre dolmadan ve taşınma telaşları nedeniyle adres değişikliklerini zamanında bildirmeyen vatandaşların karşılaşması muhtemel sakıncaların önlenmesine yöneliktir.

**KAYNAKÇA**

**Akil, Cenk**, “11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, Temmuz- Ağustos 2012, s. 247-266).

**Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2011.

**Bilge, Necip/ Önen, Ergun**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.

**Deliduman, Seyithan**, Tebligat Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

**Develioğlu, Ferit**, Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1970.

**Karşlı, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Düşünce Yayınevi, İstanbul 2012.

**Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder**, Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

**Muşul, Timuçin**, Tebligat Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

**Önen, Ergun**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.

**Özbay, İbrahim**, “6099 sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler”, (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 115-157).

**Özekes, Muhammet**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

**Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Özekes, Hukuki Dinlenilme).

**Özekes, Muhammet/ Hanağası, Emel**, Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku, 1. Baskı, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2012.

**Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

**Ruhi, Ahmet Cemal**, “Tebligat Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, (Ankara Barosu, 25-25 Mart 2011, s. 5-15).

**Ruhi, Cana/ Ruhi, Ahmet Cemal**, Tebligat Hukuku Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2012.

**Umar, Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

**Yılmaz, Ejder, / Çağlar, Tacar**, Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

**Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

[http://www.antalyailnufus.gov.tr/default\\_B0.aspx?id=189](http://www.antalyailnufus.gov.tr/default_B0.aspx?id=189)

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/Kanunlasanlar.html>

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>

## **ÇEKTE MUHATAP BANKA SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI**

*Arş. Gör. Pınar UZUN ŞENOL\**

### **ÖZET:**

Banka, ekonomik ve sosyal durumunu yeterli gördüğü ve hakkında yasak kararı bulunmayan kişilere çek hesabı açabilir, onlarla çek anlaşması yapabilir ve çek defteri bastırıp verebilir. Banka, araştırma yükümlülüğü kapsamında belirli bilgi ve belgeleri talep etmeli ve almalıdır. Belirli hallerde kanuni yükümlülüklerle aykırı davranan banka, banka görevlisi ve çek düzenleyen kişiye idari veya adli para cezası veya hapis cezası öngörülmektedir.

6273 sayılı Kanun ile değişik 5941 sayılı Çek Kanunu, çek hesabı açılacak kişiler ile bunlardan istenecek belgelerin tayininde bankaların dikkatli davranmasını öngörmek suretiyle, kayıt dışı ekonominin denetim altına alınmasını hedeflemektedir. Bu sebeple muhatap banka, çek hesabı açtırmak isteyen kişinin yasaklı olup olmadığını araştırmak, ekonomik ve sosyal durumunu tespit etmek ve buna göre çek hesabı açmak ve çek defteri vermekle yükümlüdür.

**Anahtar Kelimeler:** Çek, Muhatap, Düzenleyen, Hamil, Banka, Çek Hesabı, Muhatapın Sorumluluğu.

### **ABSTRACT:**

Bank opens a check account to people whom their economic and social conditions are adequate and they have lack of prohibition. Also, bank makes check agreements with them and gives them printed checkbook. Bank should request specific information and documents within the scope of search obligation and receive them. Administrative or judicial fine or penalty of imprisonment are sentenced to the bank, bank staff and drawer acts contrary to the statutory obligations.

The Law of Cheques No. 5941 amended by Law No. 6273 aims the unrecorded economy to regulate thereby providing the banks to act cautious with regard to people who will have check account and their documents. Therefore, drawee bank is obligant of search the people who will have check accounts and their economic and social conditions.

**Keywords:** Cheque, Drawee, Drawer, Holder, Bank, Cheque Account, Liability of Drawee.

---

\* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

## GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nda, kambiyo senetlerinin yer aldığı dördüncü kısmın üçüncü bölümünde kambiyo senetleri başlığı altında düzenlenen çek; poliçe ve bonodan sonra üçüncü bir ticaret senedi şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanunda öngörülmuş sıkı şekil şartlarına bağlı olarak düzenlenen, para ödeme amacına özgülenen, yazılı ve soyut bir havale niteliğinde olan çek, kanunen emre yazılı bir kambiyo senedir<sup>1</sup>. Esas itibarıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 780 - 823 hükümleri arasında düzenlenen çek, mevcut hükümlerin yeterli olmaması sebebiyle özel kanun niteliğini haiz 5941 sayılı Çek Kanunu'nda da hüküm altına alınmıştır.

6273 sayılı Kanun ile değişik 5941 sayılı Çek Kanunu'nun amacı, çek defterlerinin içeriklerine, çek düzenlemesine, kullanımına, hamillerin korunmasına ve kayıt dışı ekonominin denetim altına alınmasına ilişkin esaslar ile çekin karşılıksız çıkması ve belirlenen diğer yükümlülüklerle aykırılık halinde uygulanacak yaptırımları belirlemektir (md. 1). Biz bu çalışmamızda, çekte muhatap banka sorumluluğunun kapsamını sırasıyla, çekte muhatap olma ehliyeti, çek defterlerinin bankalarca basılması, bankanın çek hesabı açması ve çek defterlerinin verilmesi, bankaların bildirim yükümlülüğü, çekin muhatap banka tarafından ödenmesi, muhatap bankanın yasal ödeme yükümlülüğü, muhatap bankanın ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı haller ve muhatap bankanın karşılıksız çeki ödemesi ile sahte veya tahrif edilmiş çeki ödeyen muhatap bankanın sorumluluğu başlıkları altında incelemeye çalışacağız.

## 1. ÇEKTE MUHATAP OLMA EHLİYETİ

### 1.1. Kanuni Düzenleme ve Amacı

Çekte, ödeyecek kimsenin yani muhatapın belirtilmesi gerekir ve bu bir vazgeçilmez şekil şartıdır<sup>2</sup>. TTK md. 782/1'e göre, Türkiye'de ödenecek çeklerde, muhatap olarak yalnızca bir banka gösterilebilir. Ancak, çekte ödemelerin, "ödeme yeri kanunu"na göre yapılması (TTK md. 819) ve bazı memleketlerde, çekin şahıslar üzerine de çekilebileceğinin kabul edilmesi sebebiyle, TTK md.

<sup>1</sup> **ARI (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, Konya 2013, s. 331; **KENDİGELEN, Abuzer (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan)**, Kıymetli Evrak Hukuku, Sekizinci Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 233; **POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 291-292; **KAYIHAN, Şaban/YASAN, Mustafa**, Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 83-84.

<sup>2</sup> **ARI (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal)**, s. 342; **KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA)**; s. 238; **POROY/TEKİNALP**, s. 296-297; **BAHTİYAR, Mehmet**, Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, Beta Yayıncılık, 2013, İstanbul; **KAYIHAN/YASAN**, s. 85.

780 (c) bendinde, sadece “çeki ödeyecek bankanın ismi” şeklinde bir ibare kullanılmamış, bu gibi ülkelerdeki durum da göz önünde tutularak, “ödeyecek kişi-banka” tabiri tercih edilmiştir<sup>3</sup>.

Çekte muhatap olarak bankaların tercih edilme sebebi, yüksek ödeme güçleriyle birer itimat müessesesi olmaları ve başka kimseler üzerine düzenlenen çeklerin aynı güvenceyi sağlamamasıdır<sup>4</sup>.

## 1.2. Çekte Muhatap Sifatını Taşıyabilecek Kurumlar

Sistemimizde çek ancak bir banka veya katılım bankası üzerine çekilebilir. TTK md. 815’e göre, banka tabiri Bankacılık Kanunu’nun 3. maddesine göre tayin edilecek ve Bankacılık Kanunu’na tabi olmayan müesseseler üzerine çek çekmek mümkün olmayacaktır. Bu maddenin işaret ettiği 5411 sayılı Bankacılık Kanunu md. 3’te ifade edilen bankanın, “mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankaları” olduğu belirtilmektedir.

6102 sayılı TTK’nın “muhatap olma ehliyeti” başlıklı 782. maddesi, Türkiye’de ödenecek çeklerde muhatapın ancak bir banka olabileceği, madde devamında ise, diğer bir kişi üzerine düzenlenen çekin yalnız havale hükmünde olacağı düzenlemiştir.

5941 sayılı Çek Kanunu md. 2/7-b hükmü ise, çek defterinin her bir yaprağına, “çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adının” yazılacağını belirterek, muhatapın banka olması gerektiğini göstermiştir.

Poliçenin aksine çekte muhatap olabilecek kişiler kanunen sınırlandırılmış ve ancak bir bankanın muhatap olarak gösterilebileceği TTK md. 782/1’de hükme bağlanmıştır. Ancak bankadaki bir mevduat hesabı üzerine düzenlenen çek, pasif çek ehliyetini haiz olmayan, mevduat kabul etme yetkisi bulunmayan banka tarafından düzenlenmiş olması halinde, çekin geçersizliğine hükmedilmez; aksine, hayali bankalarda olduğu gibi çekin geçerliliğine etki etmez<sup>5</sup>.

Hayal mahsulü bir banka üzerine düzenlenen çekin geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. *KENDİGELEN*’e göre, çekte muhatap şartı açısından kanun koyucunun aradığı -çek metninde “banka” adı altında bir muhatapın gösterilmiş olması- olduğundan dolayı, bu muhatapın mevcut olmaması durumu düzenlenen senedin çek olma vasfını etkilemeyecektir. Çek hamilini koruyucu bir

<sup>3</sup> ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2012, s. 241.

<sup>4</sup> TEKİL, Müge, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 3.

<sup>5</sup> KENDİGELEN, Abuzer, Çek Hukuku, Dördüncü Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 49-51.

yorumun benimsendiği bu durumda, hamil kambiyo hukuku kapsamında düzenleyen ve diğer sorumlulara başvuru imkânına sahip olacaktır<sup>6</sup>.

## 2. ÇEK DEFTERLERİNİN BANKALARCA BASILMASI VEYA BASTIRILMASI

### 2.1. Yasal Zorunluluk ve Çeklerde Geçerlilik Şartı Olup Olmadığı

Çek Kanunu'nun 2/5. maddesine göre çek defterleri bankalarca bastırılır. TTK'nın "Kambiyo Senetleri" başlıklı dördüncü kısmının üçüncü bölümünde yer alan "Çek" ile ilgili hükümlerde de çek yapraklarına ilişkin özel bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Buna karşın, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 2. maddesinde çeklerin bankalar tarafından bastırılacağı özel bir şekilde düzenlenmiştir. Çek Kanunu ile getirilen bu düzenleme, TTK karşısında özel düzenleme niteliğindedir. Bu sebeple genel düzenlemeye dayanan uygulamaları güçleştirecek şekilde yorumlanmaması ve uygulanmaması gerekir. Şöyle ki, çek, Çek Kanunu md. 2'ye aykırı olarak düzenlenmiş olsa bile, TTK md. 780 ve 781'e uygun ise, geçerliliğine etkisi olmayacaktır<sup>7</sup>.

Çek defterlerinin ancak bankalarca bastırılabilceğini düzenleyen md. 2/5 hükmünün gereği olarak, 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu hükümlerine göre "banka" sıfatını taşıyan tüzel kişiliklerin dışında hiçbir gerçek ve tüzel kişinin çek defteri bastıramayacağı, madde gerekçesinde ifade edilmiştir<sup>8</sup>.

Çek Kanunu 2/9. maddesi ile TTK'daki unsurları taşıması kaydıyla, düzenlenen çekin söz konusu maddede yer alan koşullara aykırı olmasının çekin geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Mevcut hükümden, herhangi bir kâğıdın çek düzenlemesi için kullanılabilceği anlamına ulaşılmaması gerekir<sup>9</sup>.

Muhatap ile düzenleyen arasında bir çek anlaşmasının bulunmamasının, tüm unsurları taşıyan bir senedin çek olarak nitelendirilmesine engel oluşturmadığından, çek olarak kullanılacak evrakın da mutlaka matbu olması şartının aranmaması gerekir. *KENDİGELEN* bu sebeple, kanunen öngörülen zorunlu unsurları barındıran bir senedin, kullanılan kâğıdın, kalemin, yazının türüne bakılmaksızın çek olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünü uygun görmektedir<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> *KENDİGELEN*, s. 81.

<sup>7</sup> *ÖZTAN*, s. 251.

<sup>8</sup> *ÖZGENÇ*, İzzet, Çek Kanunu, Beşinci Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 33.

<sup>9</sup> *REİSOĞLU*, Seza, Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 105. Çekin geçerliliği hakkında bkz. *KENDİGELEN*, s. 72 vd.

<sup>10</sup> *KENDİGELEN*, s. 72.



## 2.2. Çek Defteri Basımında Bankalarca Uyulacak Esaslar

5941 sayılı Çek Kanunu md. 2/6 hükmünde, çek defterlerinin baskı şeklini belirleyen esasların, Maliye Bakanlığı, Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği'nin görüşü alınarak, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasınca bir tebliğle düzenleneceği hükmüne istinaden, 20.01.2010 tarihinde T.C. Merkez Bankası, “Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar ile Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliğ” yayımladı. Söz konusu tebliğin md. 3/1 hükmünde de, çek defterlerinin bankalarca tacir olan ve tacir olmayan kişilere verilecek çekler ile hamiline düzenlenecek çeklerin açıkça ayırt edilecek şekilde belirtilen esaslara göre bastırılacağı belirtilmiştir. TCMB tarafından getirilen bu kurallar düzen niteliğinde olup, çeklerde tek örnekliliği sağlar. Böylece, bankalarca ve TCMB tebliğine uygun olarak bastırılmamış, bir kâğıda elle veya mekanik bir araçla yazılmış, ancak TTK’da öngörülen şartları içeren çekler de geçerlidir<sup>11</sup>.

Çek Kanunu md. 2/7 uyarınca ise, çek defterinin her bir yaprağına; çek hesabının numarası, çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adı, çek hesabı sahibi gerçek kişinin adı ve soyadı, tüzel kişinin adı, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişinin vergi kimlik numarası, çekin basıldığı tarih<sup>12</sup> yazılır.

Çek defterinin her bir yaprağında yer alacak olan hususların belirtildiği md. 2/7 gerekçesinde, TTK’nın çekin şekil şartlarında yani kurucu unsurlarında herhangi bir değişiklik yapılmadığı, aksine bu hususların çekin şekil şartlarına ilaveten çek yaprağı üzerinde bulundurulmaları, çek hesabı sahibinin tüzel kişinin tam adının çek yaprağı üzerinde yazılı olmasına dikkat edilmesi gerektiği, çek hesabı sahibinin tacir olmasının şart olmadığı için, tüzel kişiliğe ilişkin “unvan” ibaresine yer verilmediği belirtilmiştir<sup>13</sup>.

## 2.3. Çek Defterlerinin Yetkisiz Kuruluşlar Tarafından Bastırılması

Çek Kanunu md. 7/8 uyarınca, çek defteri basmaya veya bastırmaya kanunen yetkili kılınanlar dışında çek defteri basanlar veya bastıranlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin beş yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, böylece, çek defteri basmaya veya bastırmaya kanunen yetkili kılınanlar dışında başka birisinin çek defteri basması veya bastırması suç oluşturmaktadır<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> **POROY/TEKİNALP**, s. 355-356. Aksi görüş için bkz. **REİSOĞLU**, Çek Hukuku, s. 105.

<sup>12</sup> Bu bent, 31.01.2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanunla fıkra metnine eklenmiştir.

<sup>13</sup> **ÖZGENÇ**, s. 34.

<sup>14</sup> **ÖZGENÇ**, s. 100.

### 3. BANKANIN ÇEK HESABI AÇMASI, ÇEK ANLAŞMASI, ÇEK DEFTERLERİNİN VERİLMESİ VE ÇEK HESABININ KAPATILMASI

#### 3.1. Bankanın Çek Hesabı Açarken Göz Önünde Tutacağı Hususlar

##### 3.1.1. Genel Olarak

Bir ödeme aracı olan çek, gerçek ve tüzel kişiler, Türk vatandaşları veya yabancı kişiler için düzenlenebileceği gibi, buna ilaveten tacirler ve hatta tacir olmayan kişiler için de çek hesabı açılabilmesi mümkündür<sup>15</sup>.

5941 sayılı Çek Kanunu 5/1. maddesinde<sup>16</sup>, *çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı*<sup>17</sup> düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre, kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması halinde, altı ay içinde hamilin talepte bulunması üzerine, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi hakkında, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da çek hesabı sahibinin yahut talepte bulunanın yerleşim yeri Cumhuriyet savcısı tarafından, her bir çekle ilgili olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verileceği belirtilmiştir. Bununla çek hesabı açılması hususunda yasaklayıcı durum gösterilmiş olmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, böyle bir yasak söz konusu olmasa dahi, bankalar çek hesabı açmak ve çek defteri vermek zorunda değildirler<sup>18</sup>.

##### 3.1.2. Bankanın Kişinin Ekonomik ve Sosyal Durumunun Belirlenmesinde Basiret ve Özen Göstermesi

6102 sayılı TTK md. 18/2'de, her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, tacir olan bankaların da, çek hesabı açarken ve çek defteri verirken, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde yani bankacılık işlemlerinde olduğu gibi basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi gerekir<sup>19</sup>. Nitekim Çek Kanunu 2/1. maddesinde, "*bankaların, çek hesabı açılması ile ilgili olarak bu Kanunla kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken, çek hesabı açtırmak isteyen yasağı olup olmadığını bu*

<sup>15</sup> ARI (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 354; REİSOĞLU, s. 111.

<sup>16</sup> Bu fıkra, 31.01.2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

<sup>17</sup> Madde başlığı, 31.01.2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Maddenin 6273 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki birinci fıkrasında, çekin karşılıksız çıkması suç olarak tanımlanmış iken; değişiklikten sonra, çekin karşılığının kanuni ibraz süresi içinde ibrazında ilgili banka hesabında bulundurulmaması suç olmaktan çıkarılarak kabahate dönüştürülmüştür.

<sup>18</sup> REİSOĞLU, s. 111.

<sup>19</sup> ARI (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 338; POROY/TEKİNALP, s. 350-351.

*Kanun hükümlerine göre araştırırlar; ayrıca ilgili kişinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni gösterirler”*, denilerek, bankaların çek hesabı açılmasıyla ilgili olarak araştırma ve özen yükümlülüğü ile bu yükümlülüğün kapsamı düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, bankalar önce çek hesabı açtırmak isteyen kişinin çek hesabı açmasında yasaklılık durumunun bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Eğer yasaklılık durumu yok ise, kişinin ekonomik ve sosyal durumuna da bakarak, çek hesabı açtırmanın mümkün olup olmadığını tespit edecektir. Buna ilaveten, kişinin ekonomik durumunun müsait olmasının yanı sıra, kişinin çek hesabı açtırmasını gerektirecek bir sosyal konuma sahip olması da gerekecektir<sup>20</sup>.

Çek Kanunu md. 2/1’de ifade edilen “basiret ve özen” yükümü ile banka bundan böyle, çek hesabı açmadan ve çek defteri vermeden önce daha dikkatli davranıp gerekli araştırmaları yaparak güvenli kişilere çek defteri vermiş olacaktır. Eğer banka hiçbir araştırma yapmadan çek defteri vermiş ve hesap sahibi karşılıksız çek düzenlemiş ise artık hamil, bankanın haksız fiilini ileri sürebilecek ve buna dayanarak zarar ziyan talep edebilecektir<sup>21</sup>.

Bankanın çek defteri verirken kendisinden beklenen basiret ve özen yükümlülüğünü göstermemesi neticesinde, karşılıksız çek meblağının tamamından hamile karşı sorumlu olduğu anlaşılmalıdır; esas itibariyle lehtarın, düzenleyene ve onun ödeme gücüne güvendiği esas alınmalıdır. Nitekim garantili çekler dışında, muhatap bankanın çek meblağının tümünden sorumluluğu yoktur. Buna karşılık, ihtilaf halinde her somut olay kendi şartları çerçevesinde değerlendirilip ona göre karar verilmeli, ayrıca gerekli araştırmayı yapmadan müşterilerine çek defteri veren bankanın, çek lehtarında düzenleyen hakkında yanlış izlenime neden olarak düzenleyende güvenilir kişi imajı yaratması ise göz ardı edilmemelidir<sup>22</sup>.

Ayrıca belirtilmelidir ki, çek hesabının açıldığı zaman güvenilir olan kişinin, eğer sonradan durumu bozulur ve hamil de karşılıksız çek çeken bu düzenleyen nedeniyle zarara uğrar ise, bu durumda, hamilin bankadan zarar ziyan talep etmesi söz konusu olamaz<sup>23</sup>.

Muhatab açısından öngörülen özen yükümlülüğü ile özellikle çek hesabı açtırmaktan yasaklanan kişilerle çek anlaşması yaparak veya sahte ya da hayali adlara hesap açarak, çek defteri veren bankaların, bu işlemlerinden dolayı hamillerin uğrayacakları zararı tazmin etmek durumunda kalabilecekleri sonucuna varılması kaçınılmazdır. Nitekim bu yükümü gereği gibi yerine getirmeyen

<sup>20</sup> ÖZGENÇ, s. 31-32.

<sup>21</sup> TEKİL, s. 52.

<sup>22</sup> REİSOĞLU, s.114-115.

<sup>23</sup> REİSOĞLU, s. 115.

bankanın, söz konusu özenin gösterilmediğini kanıtlayan hamile karşı çek bedelini tümü ile ödemek durumunda bile kalacağı yönündeki görüş, doktrinde çoğunlukla benimsenmiştir<sup>24</sup>.

### 3.1.3. Kişinin Çek Yasaklısı Olup Olmadığını Araştırma Yükümlülüğü

Çek Kanunu md. 2/1 hükmünde, bankaların çek hesabı açılmasıyla ilgili olarak araştırma ve özen yükümlülüğü düzenlenmiş ve bu kapsamda bankaların gerekli araştırmaları yapma yükümlülüğünden bahsedilmiştir.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına ilişkin bilgilerin, güvenli elektronik imza ile imzalandıktan sonra, Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına elektronik ortamda bildirileceği ve bu bildirimler ile bankalara yapılacak duyurulara ilişkin esas ve usullerin, Adalet Bakanlığının uygun görüşü alınarak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirleneceği Çek Kanunu md. 5/8'de ifade edilmiştir.

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, buna rağmen çek düzenlerse, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (md. 7/6). Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi adına çek hesabı açan banka görevlisi ise, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (md. 7/6).

### 3.1.4. Çek Hesabı Açılması İçin Bankaların Belge ve Yazılı Beyan İsteme Yükümlülüğü

Çek Kanunu md. 2/2 hükmünde, bankalarca çek hesabı açtıracak kişilere ilişkin hangi belge ve bilgilerin temin ve ne kadar süreyle muhafaza edilmesi gerektiği belirlenmiştir. Buna göre, bankalar, çek hesabı açtırmak isteyenlerin yasaklılık durumuna ilişkin Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası kayıtlarını, açık kimliklerini saptamak için fotoğraflı nüfus cüzdanı, pasaport veya sürücü belgesi örneklerini, yerleşim yeri belgelerini, vergi kimlik numaralarını, tacir olanların ayrıca ticaret sicili kayıtlarını, esnaf ve sanatkâr olanların ise esnaf ve sanatkâr sicili kayıtlarını almak ve çek hesabının kapatılması halinde bunları, hesabın kapatıldığı tarihten itibaren on yıl süreyle saklamakla yükümlüdür. Yerleşim yeri yurt dışında bulunan kişiler, bankaya kendileri ile ilgili olarak Türkiye'de bir adres bildirmek zorundadır. Ayrıca, madde devamında, çekin karşılıksız çıkması halinde, çek hesabı sahibinin ve varsa adına çeki düzenleyen gerçek kişinin bankaca bilinen adreslerinin çek hamiline talebi üzerine verileceği hü-

<sup>24</sup> **POROY/TEKİNALP**, s. 350-351; **PULAŞLI**, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2012, s. 357-358; **REİSOĞLU**, s. 113 vd.; **KENDİGELEN**, s. 59-61; **TEKİL**, s. 46 vd.

küm altına alınmıştır. Böylece, çekin karşılığının tamamen veya kısmen bulunmaması halinde, çek düzenleyenin bankaca bilinen adresleri, talebi halinde hamile verilir (Çek Kanunu md. 2/2).

Görüldüğü üzere, yeni Çek Kanunu ile birlikte, eski Kanun hükümlerinden farklı olarak, çek hesabı açtırmak isteyen kişilerden istenecek belgelerin sayısı ve alternatifleri çoğaltılmış ve bu kayıtların saklama süresi de beş yıldan on yıla çıkarılmıştır<sup>25</sup>.

Çek Kanunu md. 7/10 hükmünün gerekçesinde, çekle ilgili çeşitli yükümlülüklerle aykırı davranışların kabahat olarak tanımlandığı ve Çek Kanunu 2'inci maddenin ikinci fıkrasındaki yükümlülüklerden her birine aykırı davranışın, idari para cezası verilmesini gerektiren ayrı bir kabahati oluşturacağı belirtilmiştir<sup>26</sup>. Buna göre, Çek Kanunu md. 2'nin, sağlanması ve saklanması gereken bilgi ve belgelere ilişkin hükmüne aykırı hareket edilmesi veya çekin karşılıksız çıkması dolayısıyla hamili tarafından talep edilmesi üzerine düzenleyenin banka kayıtlarındaki adreslerinin kendisine verilmemesi halinde, ilgili bankaya Cumhuriyet savcısı tarafından beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir (Çek Kanunu md. 7/10).

Çek hesabı açılmasını veya mevcut çek hesabından çek defteri verilmesini isteyen kişi, çek hesabı açılırken Çek Kanunu md. 2/2'de sayılan belgelere ilaveten, her defasında tacir veya esnaf ve sanatkâr olup olmadığı ve kendisi hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı hususunda bankaya yazılı beyanda bulunur. Tüzel kişiler adına verilecek beyannamede ayrıca, tüzelkişinin yönetim organında görev yapan, temsilcisi olan veya imza yetkilisi olan kişilerin çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı belirtilir (Çek Kanunu md. 2/3). Bu hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere, adına çek hesabı açılmasını isteyen kişi, tacir olup olmadığı ve kendisi hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı hususlarında bankaya yazılı beyanda bulunacak ve mevcut çek hesabından kendisine çek defteri verilmesini isteyen kişi de, her defasında bu bildirimde bulunmakla yükümlü olacaktır. Tacir tüzel kişiler adına bu fıkra hükmüne göre verilecek beyannamede ayrıca, yönetim organında görev yapan, temsilci veya imza yetkilisi kişilerin çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı belirtilir<sup>27</sup>.

Bankanın gerekli bilgi ve belgeleri temin etmeksizin çek hesabı açması ve hesap üzerine çekilen çeklerin karşılıksız çıkması halinde hamil, müracaat hakkını kullanmak amacıyla başlattığı icra takiplerinin semeresiz kalması duru-

<sup>25</sup> NARBAY, Şafak, 5941 sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Mart 2010 Sayı: 43, s. 69.

<sup>26</sup> ÖZGENÇ, s. 101.

<sup>27</sup> ÖZGENÇ, s. 32.

munda bankadan çek bedelinin tazminini talep edebilir; ayrıca, hamil uğradığı diğer zararların da tazmini talep edebilmelidir<sup>28</sup>. *POROY/TEKİNALP*<sup>29</sup>, banka ile hesap sahibi arasındaki çek hesabı anlaşmasının üçüncü kişiyi koruyucu etkisi dikkate alınarak sorumluluğun sözleşmeden doğduğunu, *KENDİGELEN*<sup>30</sup> ise, hamil ile banka arasında hukuki ilişki bulunmadığı gerekçesiyle sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirmesi gerektiğini savunmaktadır.

### 3.1.5. Çek Hesabının İlgilinin, Vekilinin veya Yasal Temsilcisinin İmzası Olmadan Açılmaması

Çek Kanunu md. 2/3 hükmüne göre, kendisinin veya yasal temsilcisinin imzası alınmadan kişi adına hesap açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, kişi adına hesap açılması yönünde irade açıklamasında bulunulmadıkça, banka hesabı ve çek hesabı açılmayacaktır.

Çek hesabı açılırken, banka ile kişi arasında yapılacak çek anlaşmasının geçerliliğinin bir şekilde bağlı olmamasına karşın, Çek Kanunu md. 2/3 ile düzenlenen *çek hesabı ilgilinin, vekilin veya yasal temsilcisinin imzası olmadan açılmaz* hükmü; çek anlaşmasının geçerliliğini yazılı şekle tabi kılmakta ve sözleşmenin imzalanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>31</sup>.

### 3.1.6. Bankanın Hesap Sahibi ile Çek Anlaşması İmzalaması

Çek anlaşmasının varlığı, çekin geçerli olması için aranan zorunlu şartlardan değildir. Öyle ki, zorunlu şartları ihtiva eden bir çek, çek anlaşması olmasa dahi geçerlidir. Gerek düzenleyen ile muhatap arasında bir çek anlaşmasının hiç yapılmaması ya da mevcut anlaşmanın herhangi bir nedenle geçersiz olması veya sona ermesi, gerek ibrazı sırasında çek bedelini ödemeye yetecek oranda bir karşılığın muhatap nezdinde mevcut bulunmaması, düzenlenmiş olan çekin geçerliliğini kesinlikle etkilemeyecektir<sup>32</sup>.

İki tarafa borç yükleyen bir akit olan çek anlaşmasının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, burada güdülen amaç çekin ödenmesidir<sup>33</sup>. Muhatap banka çek anlaşması ile üzerine çekilen çeki ödeme yükümlülüğü altına girmekte, ancak bankanın bu yükümlülüğü, düzenleyenin çek hesabındaki karşılıkla veya onun lehine açtığı krediyle sınırlıdır. Muhatabın bu yükümlülüğü münhasıran özel hukuk karakterinde olduğundan, bankanın hiçbir şekilde kıy-

<sup>28</sup> CAN, Mustafa Erdem, Çek Kanunu Kapsamında Bankaların Çeke İlişkin Görevleri ve Sorumlulukları, Kazancı Hukuk Dergisi, 2012/8/91-92, s. 43.

<sup>29</sup> *POROY/TEKİNALP*, s. 351-352.

<sup>30</sup> *KENDİGELEN*, s. 58 vd.; *ARI* (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 338-339.

<sup>31</sup> *REİSOĞLU*, s. 123.

<sup>32</sup> *KENDİGELEN*, s. 69.

<sup>33</sup> *ARI* (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 336-337.

metli evrak hukukuna ilişkin bir bağılılığı yoktur. Muhatap banka çek anlaşmasından doğan taahhüdünü yerine getirmez ise, düzenleyene karşı sorumluluğu söz konusu olur, ancak banka karşılık olmasa bile çeki ödemeye yetkilidir<sup>34</sup>.

Bankalar, kendilerini sorumluluktan kurtarmak amacıyla, müşterileri ile çek anlaşması yaparken, bu kişilere, içerik itibariyle borçlar hukukuna dayalı olan ve tamamen bankaların lehine hükümler ihtiva eden, özellikle sahte veya tahrif edilmiş çekler konusunda kendilerini sorumluluktan kurtaran hükümleri kapsayan çek taahhünamesi de imzalatmaktadır<sup>35</sup>.

### 3.2. Bankaların Çek Hesabı Sahibine Çek Defteri Vermeleri

Gerçek ya da tüzelkişi ile aralarındaki çek anlaşmasına dayanarak, banka çek hesabı açmakta ve kişiye çek defteri vermektedir. 6102 sayılı TTK md. 780'de belirtilen zorunlu unsurları taşıyan ve süresinde ibraz edilen çek, çek anlaşmasının yokluğu ya da geçersizliği sebeplerine dayanılarak geçerliliğini yitirmez<sup>36</sup>.

Çek hesabı sahipleri, çek defteri istedikleri takdirde, çek defteri verilmesi Çek Kanunu md. 2/3 hükmünde belirtildiği üzere, yazılı beyanların alınmasını gerektirecektir. Eğer yazılı beyan alınmamış veya yazılı beyanlarda çek yasaklığı belirtilmiş ise, bu durumda banka çek defteri vermeyecektir. Çek Kanunu'nun md. 2/3 hükmünde, beyanname almadan veya beyannameye rağmen, hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunan kişiye veya bu kişinin yönetim organında görev yaptığı veya temsilcisi ya da imza yetkilisi olduğu tüzelkişiyeye çek defteri veren banka görevlilerine elli günden yüzeli güne kadar adli para cezası verilir (Çek Kanunu md. 7/3).

### 3.3. Çek Hesabının Kapatılması

5941 sayılı Çek Kanunu md. 2/10 hükmü uyarınca, çek hesabı, ancak sahibinin veya yasal temsilcisinin yazılı talebi ya da mevduat veya katılım fonu zamanışı süresinin dolması üzerine kapatılabilir. Çek hesabı kapatıldıktan sonra, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibraz edilen çekler karşılıksızdır işlemine tabi tutulur. Çek Kanununda bu imkân sadece hesap sahibine ve yasal temsilcisine tanınmıştır. Çek hesabı kapatılınca, hesap sahibi, elindeki kullanılmamış o bankaya ait çek yaprak ve defterlerini, eğer hesap çek düzenleme ve çek çekme yasağı sebebiyle kapatılmışsa, tüm bankalara ait yaprak ve defterleri iade etmelidir. Ancak bu zorunluluk, Türk bankalarından alınan çek defterleri için söz konusudur<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> PULAŞLI, s. 271.

<sup>35</sup> PULAŞLI, s. 272.

<sup>36</sup> ARI (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 336.

<sup>37</sup> POROY/TEKİNALP, s. 356-357.

Çek anlaşmasının tarafı olan bankanın ise hesabı kapatma yetkisi yoktur. Banka sadece, hesap sahibinin çek yasaklısı olması durumunda çek hesabına dayanarak çek defteri veremeyecektir. Zira çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağını içeren çek yasağı, çek hesabının kapatılmasını içermemektedir<sup>38</sup>.

Hesap kapatılmadan daha önce verilmiş olan ve unsurları tam olan çeklerin geçerliliği, hesabın kapatılmış olması ile etkilenmez. Öyle ki, böyle bir çek kanuni ibraz süresi içerisinde ibraz edilir ise ödenir ve kısmen veya tamamen karşılığı yoksa karşılıksız işlemi yapılır<sup>39</sup>.

#### 4. BANKALARIN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

5941 sayılı Çek Kanunu md. 4/1 uyarınca, hamiline çek hesabı sahiplerinin açık kimlikleri, adresleri, vergi kimlik numaraları, bu hesaplardan ödeme yapan kişilere ait bu bilgiler ile bu kişilere yapılan ödemelerin tutarları ve üzerinde vergi kimlik numarası bulunmayan çeklere ilişkin bilgiler, ilgili bankalar tarafından, dönemler itibarıyla, Gelir İdaresi Başkanlığına elektronik ortamda bildirilir. Bildirim dönemleri ve süreleri Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliğinin görüşleri alınarak Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından belirlenir.

Bankaların, Gelirler İdaresi Başkanlığı'na bildirim yükümlülüğü Çek Kanunu'nda düzenlenmiş, bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda herhangi bir cezai düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>40</sup>.

Tacir tüzel kişi adına açıldığı kabul edilen hesapların Gelirler İdaresi Başkanlığı'na bildirim yükümlülüğü ise, md. Çek Kanunu madde 4/2'de hüküm altına alınmıştır. Buna göre, tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla, tüzel kişinin gerçek kişi ortakları, ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler ile tüzel kişinin yönetim organında görev alan veya temsilcisi sıfatını taşıyan gerçek kişiler adına açılmış olan çek hesapları, tacir tüzel kişiye ait kabul edilir. Söz konusu ilişkinin varlığına yönelik emarelerin bulunması halinde, hesabın bulunduğu banka şubesi durumu Gelir İdaresi Başkanlığına bildirir.

Bankalar, hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan hamiline çek düzenlendiğini tespit etmeleri halinde, mevcut delilleriyle birlikte durumu, tespit tarihinden itibaren en geç bir hafta içinde Cumhuriyet başsavcılığına ve Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle yükümlüdür (md. 4/3).

<sup>38</sup> REİSOĞLU, s. 130.

<sup>39</sup> POROY/TEKİNALP, s. 357.

<sup>40</sup> REİSOĞLU, s. 132.



## 5. MUHATAP BANKANIN ÇEKİ ÖDEMESİ

### 5.1. Muhatap Bankanın Çeki Ödeme Yükümlülüğü

Muhatabın ödeme yükümlülüğünden bahsedebilmek için, öncelikle çekin geçerli olması ve çeki muhataba ibraz edenin meşru hamil sıfatını taşımasının gerekli olması, ibraz süresinin geçirilmemiş olması ve çekin ödenmek amacıyla ibraz edilmesi gerekir<sup>41</sup>.

Çek Kanunu md. 3/1 hükmünde belirtildiği üzere, karşılığı bulunan çek, hesabın bulunduğu muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde hamilin varsa vergi kimlik numarası saptandıktan sonra ödenir. Ancak çek, hesabın bulunduğu şubeden başka bir şubeye ibraz edildiğinde, o şubece karşılığı sorulmak suretiyle ödenir. Madde gerekçesinde, çekin karşılığının banka tarafından ödenebilmesi için, TTK'da belirlenen koşullar çerçevesinde, kanuni ibraz süresi zarfında bankaya ibraz edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna ilaveten, karşılığı tahsil edilmek üzere bankaya ibraz edilen çekin karşılığının hesapta mevcut olmasına rağmen, hamile ödemede bulunmayan ya da bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı hamile ödemeyen banka görevlisi, şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (Çek Kanunu md. 7/5).

Ödenmesi için çekin ibraz edildiği ve karşılığının bulunduğu hesabın açıldığı şube, ödmeden önce bazı hususlara dikkat etmelidir. Örneğin, çekin süresinde ibraz edilmiş olması, çekin geçerliliği için zorunlu unsurları taşıması, çekteki imzanın düzenleyene ait olması, vekil tarafından imzalanan çeklerde özel yetkinin aranması, çekte ciro silsilesi varsa eğer bunların muntazam olması, çekin ödenmesini talep eden kişinin hak sahibi olması vb. durumlar, şubenin üzerinde önemle durup kontrol etmesi gereken hususlardır<sup>42</sup>.

Kendisine ödeme yapılacak hamilin temsilcisinin çeki tahsil etmek istemesi durumunda, burada özel yetki aranmayıp genel vekâletname yeterli olacak iken; çek lehtar veya hamilinin kısıtlı ehliyetli –küçük veya mahcur- olması durumunda ise yasal temsilcisinin iznine ihtiyaç duyulacaktır<sup>43</sup>.

Banka, çekin karşılığının hesapta bulunmasına rağmen hamiline ödenmesinin geciktirilmesi veya kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın hamile ödenmesinin geciktirilmesi hallerinde, çek hamiline her geçen gün için binde üç gecikme cezası ödeyecektir (Çek Kanunu md. 3/7). Bankanın bu cezayı ödemesi için, hesaptaki karşılığı ve varsa yasal yükümlülüğünü yerine getirmede te-

<sup>41</sup> NARBAY, Şafak, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanununun 10'uncu Maddesi Hükmü Uyarınca Muhatap Bankanın Sorumlu Olduğu Miktar Hakkında Bir İnceleme, Terazi Hukuk Dergisi, Ocak 2009, Sayı: 29, s. 19-21.

<sup>42</sup> REİSOĞLU, s. 234-235.

<sup>43</sup> REİSOĞLU, s. 235.

merrüde düşmesi gerekir. Eğer muhatap banka, karşılığı bulunan bir çeki hataen “karşılıksız” şerhi düşmüş ise, bu durumda gecikme faizi ile birlikte çek meblağını hamile ödemekle yükümlüdür, ayrıca düzenleyen veya ciranta bu sebeple bir zarara uğramış ise, muhatap bankanın onlara karşı da ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>44</sup>. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında<sup>45</sup>, karşılığı olduğu halde çeki ödemeyen bankanın, düzenleyenin uğradığı zarardan da sorumlu olduğunu belirtmiştir.

Kanun koyucu çekin karşılığının bulunması halinde ödenmesini sağlamak amacıyla salt bankaya müeyyide uygulamamış, bunun yanında karşılığı olan çeki ödemeyen banka görevlisi hakkında da müeyyide kabul etmiştir. Çek Kanunu md. 7/5 uyarınca, karşılığı tahsil edilmek üzere bankaya ibraz edilen çekin karşılığının hesapta mevcut olmasına rağmen, hamile ödemedede bulunmayan ya da bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı hamile ödemeyen banka görevlisi, şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Muhatap bankanın çeki ödeyebilmesinde önemli olan, karşılığın çekin muhataba ödenmek üzere ibraz edildiği anda mevcut olması ve düzenleyenin muhatap nezdinde birden fazla hesabının bulunması olasılığında, karşılığın üzerine çek çekilen hesapta bulunmasıdır. Çünkü düzenleyen, diğer hesaplarında çek bedelini karşılayacak miktarda bir paranın olması, muhataba özel bir yetki verilmediği sürece, karşılığın bulunduğu anlamına gelmez. Eğer muhatap bankaya virman yetkisi verilmiş ise, diğer hesap veya hesaplardaki para da karşılık olarak kabul edilecek ve muhatabın ödeme yükümlülüğü bu durumda da doğacaktır<sup>46</sup>.

## 5.2. Kısmen Karşılığı Olan Çekin Ödenmesi

Çek bedelinin karşılığının bir kısmının çekle işleyen hesapta bulunması halinde kısmen karşılığı olan çekten ve dolayısıyla kısmi ödemededen bahsedilir. Hamil kısmi ödemeyi reddedemez, aksi takdirde reddettiği miktar oranında başvuru borçlularına başvuramaz<sup>47</sup>. Nitekim TTK md. 783/2’de, düzenleyenin, muhatap nezdinde çekin ancak bir kısım karşılığını hazır bulundurması durumunda, muhatabın bu tutarı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, madde devamında muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişinin, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin etmesi gerekecektir.

<sup>44</sup> REİSOĞLU, s. 235-236.

<sup>45</sup> HGK., 30.11.1983, 11-264/1237; 11. HD., 29.04.1993, 1992/5551 E., 1993/2925 K. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>46</sup> KENDİGELEN, s. 57.

<sup>47</sup> ARI (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 380; POROY/TEKİNALP, s. 350-351.

Çek Kanunu md. 3/2 uyarınca, kısmen karşılığı olan çekte, “karşılıksızdır” işlemi, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, bankaya ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması halinde, banka görevlileri bu çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapmakla yükümlüdürler; ancak bu yükümlülük ibraz eden hamilin talepte bulunması halinde söz konusu olacaktır<sup>48</sup>.

Çekin kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ile, ilgili çek hesabında kısmi karşılık bulunması durumunda, hamil bankanın ödemekle yükümlü olduğu miktarın ve hesapta bulunan paranın kendisine ödenmesini kabul etmemesi halinde, banka tarafından çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılır ve ayrıca bankanın ödemekle yükümlü olduğu miktarın ödenmeme sebebi çekin üzerine yazılır (Çek Kanunu md. 3/5).

### 5.3. Çekin Muhatap Bankanın Diğer Bir Şubesine İbrazı Halinde Ödeme

Çekin bankaya ibrazının ve karşılığının ödenmesini düzenleyen Çek Kanunu md. 3/1'e göre, çek, çek hesabının bulunduğu muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edilebilir. Madde gerekçesinde<sup>49</sup> belirtildiği üzere, çekin karşılığının banka tarafından ödenebilmesi için, TTK'da belirlenen koşullar çerçevesinde, kanuni ibraz süresi zarfında bankaya ibraz edilmesi gerekir. Karşılığı ödenmek üzere çekin bankaya ibrazı halinde, ilgili şube görevlileri, çeki ibraz eden hamilin kimliğini ve bu bağlamda vergi kimlik numarasını belirlemekle yükümlüdürler. Çek, hesabının bulunduğu şubeden başka bir şubeye ibraz edildiğinde, çekin karşılığının ödenebilmesi için, ibraz edilen şube görevlileri tarafından, hesabın bulunduğu banka şubesinden ilgili hesapta karşılığının olup olmadığı sorulması gerekir. Çek, karşılığı ilgili hesapta bulunduğu takdirde ödenir.

### 5.4. Çeki Ödeyen Muhatap Bankanın Düzenleyene Başvurusu

Karşılığı olan bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesi durumunda banka, düzenleyen ile aralarındaki çek anlaşmasına dayanarak çekle çalışan hesaptan ödenen meblağı düşecektir. Eğer çekin ödenmemesi için ihtiyari tedbir kararı var ise yahut çek sahte veya tahrif edilmiş ise, bu durumlarda düzenleyen, ödenen çek bedelinin hesabından düşülmesine itiraz edebilecek ve buna ilaveten muhatap bankayı dava edebilecektir<sup>50</sup>.

Muhatap banka geçerli bir çeki ödemiş, ancak çek tutarı hesaptan düşülmemiş ve düzenleyen bu parayı kullanmış ise, bu durumda muhatap bankanın

<sup>48</sup> ÖZGENÇ, s. 44.

<sup>49</sup> ÖZGENÇ, s. 43-44.

<sup>50</sup> REİSOĞLU, s. 250.

çek meblağı yanında, bu meblağ üzerinden faiz, komisyon, masraf talep edip edemeyeceği Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yargıtay konuyu sebepsiz zenginleşme açısından değerlendirdiği gibi, bankadan açık kredi kullanma şeklinde de değerlendirmiştir<sup>51</sup>. Nitekim Yargıtay daha sonra, ibraz tarihinde karşılığı bulunan çeki ödeyen, ancak hataen hesaptan düşmeyen bankanın çek hesabındaki parayı çeken hesap sahibine açık kredi açmış sayılacağını ve kısa vadeli kredilere uyguladığı faiz ile birlikte geri isteyebileceğini kabul etmiştir<sup>52</sup>.

## 6. MUHATAP BANKANIN HER ÇEK YAPRAĞI İÇİN YASAL ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bir bankanın verdiği çek yaprağından sorumlu tutulabilmesi için öncelikle, çekin zorunlu unsurlarını taşıyan geçerli bir çek olması ve çekin süresinde muhatap bankaya ibrazı gerekir. Ayrıca banka yükümlülüğü için çekin karşılığı olmamasından dolayı ödenmemesi gerekir ki, eğer çek rehin, haciz, tedbir, ödeme yasağı gibi başka bir sebeple ödenmemiş ise, bu durumda bankanın ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaz<sup>53</sup>.

5941 sayılı Çek Kanunu md. 3/3 uyarınca, muhatap banka, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için; karşılığın hiç bulunmaması halinde, çek bedeli bin yüz yirmi Türk Lirası veya üzerinde ise bin yüz yirmi Türk Lirası, çek bedeli bin Türk Lirasının altında ise çek bedelini; karşılığının kısmen bulunması halinde ise, çek bedeli bin yüz yirmi Türk Lirası veya altında, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmi karşılığı bin yüz yirmi Türk Lirasına tamamlayacak bir miktarı, çek bedeli bin yüz yirmi Türk Lirasının üzerinde ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmi karşılığa ilave olarak bin yüz yirmi Türk Lirasını ödemekle yükümlüdür<sup>54</sup>. Bu husus, hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir gayri nakdi kredi sözleşmesi hükmündedir.

Karşılıksız işleminin, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılacağını düzenleyen Çek Kanunu md. 3/2 hükmüne ilaveten; bankanın düzenleyene rücu edebilmesi için çekin tamamen veya kısmen karşılıksız olduğunun çek üzerinde yer alması gerektiği md. 3/4 hükmünde düzenlenmiştir. An-

<sup>51</sup> REİSOĞLU, s. 250-251.

<sup>52</sup> 19. HD., 04.11.1996, 1454/9657 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>53</sup> REİSOĞLU, s. 252.

<sup>54</sup> Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 21 Ocak 2014 tarihli ve 28889 sayılı Resmi Gazete'de "Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar ile Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliğ (Sayı: 2010/2)"de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile çekte bankanın sorumlu olduğu miktar bin yüz yirmi Türk Lirasına çıkarılmıştır.

çak, çekin arkasına karşılıksız yazılmasını talep etmeyen hamile, herhangi bir işlem yapılmadan çek iade edilir ve böylece bankanın yasal yükümlülüğünü yerine getirmesi istenemez<sup>55</sup>.

## **7. MUHATAP BANKANIN ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BULUNMADIĞI HALLER**

### **7.1. Çekin Karşılıksız Çıkması**

Süresi içinde ibraz edilen ve karşılığı bulunan geçerli çekleri ödeme yükümlülüğü altında olan bankalar, eğer bu yükümlülüğe uymaz iseler, 5941 sayılı Çek Kanunu md. 7/5 hükmüne göre, karşılığı bulunan çeki ödemeyen banka görevlisi şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis cezasına çarptırılacaktır. Eğer çekin karşılığı yok ise, bankanın yasal yükümlülüğü dışında ödeme yükümlülüğünden bahsedilemez.

Karşılıksız bir çekin varlığı için öncelikle ortada, TTK'ya göre zorunlu tüm unsurları taşıyan bir çek olmalı ve sonrasında, bu çek üzerinde belirtilmiş olan hesapta, ibrazında bankanın yasal yükümlülüğünün dışında çek tutarını karşılayacak miktarda paranın olmaması gerekir<sup>56</sup>.

### **7.2. Karşılıksız İşlemi Yapılmasının Hamilin Talebine, Çeki İmzalamasına Bağlı Olması**

5941 sayılı Çek Kanunu md. 3/4 hükmünde, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işleminin ne suretle yapılacağı belirlenmiştir. Öncelikle, çekin tamamen veya kısmen karşılıksız çıkması halinde, ibraz eden hamilin talepte bulunması gerekmektedir. Hamil talepte bulunmadığı sürece resen karar alınamaz, bankanın talep hakkı yoktur<sup>57</sup>. Buna göre; hamilin talepte bulunması halinde, 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 halinde 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 halinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz.

### **7.3. Yetkisiz Temsilci Olduğu Halde Temsilci Sıfatıyla Çekilen Çeklere Karşılıksız İşlemi**

Bir kimse, yetkisiz olmasına rağmen temsilci sıfatıyla çek düzenlemiş ise, TTK md. 678 uyarınca bizzat kendisi sorumlu olacak ve çek geçerli bir çek

<sup>55</sup> REİSOĞLU, s. 255.

<sup>56</sup> ARI (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 392; POROY/TEKİNALP, s. 359; REİSOĞLU, s. 260.

<sup>57</sup> ARI (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 392.

olarak işlem görecektir<sup>58</sup>. Bu hükmün uygulanabilmesi için, çeki imzalayanın yetkisinin olmaması, ancak buna rağmen kendisini yetkili temsilci göstererek, çeki temsilci sıfatı ile imzalaması gerekir.

TTK md. 678'e göre, çeki temsilci sıfatıyla imzalayan kişi çekten bizzat sorumlu olur; ancak çek hesabı başka bir kişi adına açılmış olduğundan, hesapta karşılık bulunsun bulunmasın, çek karşılıksız olarak kabul edilecektir.

#### **7.4. Çekin Karşılığı Olsa Dahı, Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğünün Bulunmadığı Haller**

Geçerli olan bir çekin karşılığı bulunsa dahi, TTK'da ve diğer yasalarda bazı hallerde muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü bulunmaz; öyle ki, banka bu hallerde çeki öderse, düzenleyene rücu imkânından yoksun dahi kalabilir. Örneğin, eğer çekten cayılmamışsa, muhatap banka ibraz süresi geçtikten sonra ibraz edilen bir çeki düzenleyen ödeme talimatı verse dahi, ödeyip ödememekte serbesttir (TTK md. 799/2). Eğer öderse, düzenleyene rücu imkânı devam etmekte; ödememesi halinde ise ne hamile ne de düzenleyene karşı sorumlu olmamaktadır.

TTK md. 799 uyarınca, çekten cayma ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder. Çekten cayılmamışsa, muhatap, ibraz süresinin geçmesinden sonra da çeki ödeyebilir. Ancak, ibraz süresi geçtikten sonra da, mücbir sebepler ve karşılığın devri hallerinde çekten cayma geçersiz sayılacaktır<sup>59</sup>.

Çekin karşılığı olsa dahi, muhatap bankanın ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı hallerden bir diğeri de, çek çekilen hesap üzerinde rehin, haciz veya ihtiyati tedbir bulunmasıdır. Çek hesabı üzerinde rehin veya haciz var ise, banka hesapta para bulunsa dahi ödemeyecek ve çekin arkasına çekin karşılığı olduğu, ancak rehin/haciz/ihtiyati tedbir bulunduğu için ödemenin gerçekleştirilmediği yazılacaktır<sup>60</sup>.

#### **7.5. Çekin Ödenmemesi Halinde Muhatap Banka Tarafından Yapılacak İşlem**

İbraz edilen bir çek, hangi sebeple olursa olsun ödenmediği takdirde, TTK md. 808 uyarınca, muhatap bankanın, üzerine "ödenmemiştir kaydını" koyarak, çeki hamiline iade etmesi gerekir. Benzer bir düzenleme de Çek Kanunu md. 3/6'da düzenlenmiştir. Buna göre, ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilen çek, karşılığın mevcut olmaması halinde, hamilin talebi üzerine, "karşılıksızdır işleme" tabi tutulur<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> REİSOĞLU, s. 266.

<sup>59</sup> REİSOĞLU, s. 269.

<sup>60</sup> REİSOĞLU, s. 274.

<sup>61</sup> POROY/TEKİNALP, s. 359; ÖZTAN, s. 306-307.

Kısmen veya tamamen ödenmeyen çekin üzerine, ödenmeme sebebinin ve ibraz tarihinin yazılması hususları, muhatap bankaya yüklenmiş bir görevdir ve bunun yerine getirilmemesi Çek Kanunu md. 7/4 anlamında, şikâyet üzerine, banka görevlisinin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasına sebebiyet verir.

Çek Kanunu md. 3/2 uyarınca, “karşılıksızdır işlemi”, muhatap bankanın, hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır.

## 8. MUHATAP BANKANIN KARŞILIKSIZ ÇEKİ ÖDEMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Tamamen veya kısmen karşılıksız olan bir çek, muhatap banka tarafından çeşitli nedenlerle ödenebilir, bu takdirde ödenen çekin artık karşılıksız çek olduğundan bahsedilemez ve bu sebeple karşılıksız çeki ilişkin hükümlerin de uygulanmasından söz edilemez<sup>62</sup>. Anlaşılması gereken, karşılığı bulunmadığı halde, bir çekin, muhatap banka tarafından ödenmesinin mümkün olması ve bu ödemenin de geçerli bir ödeme kabul edilmesi, dolayısıyla senedi düzenleyen yönünden ne cezai ne de hukuki açıdan karşılıksız çeki ilişkin hükümlerin uygulanma ihtimalinin olmadığıdır<sup>63</sup>.

Ödeme, muhatap bankaya yüklenen ödeme mecburiyetiyle yapılmış olabileceği gibi, düzenleyenin hesabında para bulunduğu veya yeterli para bulunduğu zannıyla da yapılmış olabilir. Ortada geçerli bir havalenin bulunduğu inancıyla yapılmış olması da mümkün olmakla birlikte, vekâletsiz iş görme esasları dâhilinde, bankanın düzenleyen lehine kredi açması suretiyle ya da havale ilişkisi içerisinde de gerçekleşmesi imkân dâhilindedir<sup>64</sup>.

Karşılıksız çeki ödeyen muhatap banka eğer bilerek bu ödemeyi gerçekleştirmiş ise, hataen ödemedi bahsedilemeyeceği için, bankanın hamile başvurusu da söz konusu olamayacaktır. Ancak eğer banka hataen hesapta para olduğunu zannederek ödemeyi gerçekleştirmiş ve bunu da ispat etmiş ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak hamile başvurusu mümkün olacaktır<sup>65</sup>.

Karşılıksız çeki ödeyen muhatap bankanın düzenleyen başvuru hakkı da gündeme gelecek ve bu başvurunun kaynağı sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, havale hükümleri veya bir kredi ilişkisine dayanabilecek. Buna ilaveten, karşılıksız çek ibraz süresi içinde veya süre geçtikten sonra ödenmiş olsa dahi bankanın düzenleyene başvuru hakkı olacaktır<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> REİSOĞLU, s. 277.

<sup>63</sup> ÖZTAN, s. 303.

<sup>64</sup> ÖZTAN, s. 303-304.

<sup>65</sup> REİSOĞLU, s. 277.

<sup>66</sup> REİSOĞLU, s. 279.

## 9. SAHTE VEYA TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKİ ÖDEYEN MUHATAP BANKANIN SORUMLULUĞU

### 9.1. Muhatap Bankanın Düzenleyene Karşı Sorumluluğu ve Başvuru Hakkı

TTK md. 812 hükmüne göre, sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğer ki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun. Sahte veya tahrif edilmiş olan çek muhatap banka tarafından ödenmiş olmalı ki, bu madde uygulanabilirlik kazansın. Aksi takdirde bu çekin ödenmemesi halinde, maddenin uygulamasından bahsedilemez. Böylece, bu madde ile birlikte, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi durumunda doğan zarar muhatap bankaya ait olacak ve banka ödediği meblağı düzenleyenden talep edemeyecektir.

Sahte çek, çek üzerinde bulunan imzanın düzenleyen veya yetkili temsilciye ait olup olmaması iken, tahrif edilmiş çek ise zorunlu ya da ihtiyari unsurların ya da çek üzerinde bulunan beyanların ilgililerin rızası olmaksızın değiştirilmesidir<sup>67</sup>.

Muhatap bankaya, çek anlaşması dolayısıyla, düzenleyene karşı, ödenmek üzere kendisine ibraz edilen çeki, imzanın gerçek ve muhtevasının tahrifattan arı olup olmadığı açısından kurallara uygun ve dikkatli şekilde kontrol etme borcu yüklenmiştir ve bu kural emredici bir kuraldır<sup>68</sup>.

TTK md. 812'deki sorumluluğun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu, kanundan doğan bir sorumluluk olduğu kabul edilir<sup>69</sup>. Banka, ödemede hiçbir kusuru olmasa dahi bu zarara katlanmak zorunda kalacak, yani banka kusursuzluğunu ispat ederek dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır<sup>70</sup>. Ancak belirtilmelidir ki, karşılıklı kusur halinde, tarafların zarara kendi kusurları oranında katlanmaları gerekeceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir<sup>71</sup>. Buna karşılık, sadece düzenleyenin kusurunun olmadığı ya da bankanın bir iddiasının bulunmadığı hallerde bankanın kusurlu olup olmadığı araştırılmayacaktır<sup>72</sup>. Bunun yanında, kusurun tamamının bir tarafta olması şart olmamakla birlikte, böyle bir durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi uygulama alanı bulur. Buna ilaveten, senedi düzenleyenin yardımcı şahısların fiillerinden de sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> **ARI** (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 397; **POROY/TEKİNALP**, s. 333-334.

<sup>68</sup> **ÖZTAN**, s. 263.

<sup>69</sup> **REİSOĞLU**, s. 311.

<sup>70</sup> **ARI** (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 397; **REİSOĞLU**, s. 311.

<sup>71</sup> 11 HD., 19.04.2001, 1590/3376 (**REİSOĞLU**, s. 311).

<sup>72</sup> **REİSOĞLU**, s. 311.

<sup>73</sup> **ÖZTAN**, s. 263.



Yargıtay'a göre, düzenleyenin hiçbir kusuru bulunmasa dahi, eğer banka objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmiş ve bunu ispatlamış ise, burada artık bankanın sorumluluğu söz konusu olmaz<sup>74</sup>. Eğer düzenleyen kusurlu ise, banka ya tamamen sorumluluktan kurtulacak ya da sorumluluğu hafifleyecektir. Böylece zarar, banka ile düzenleyen arasında paylaştırılmış olacaktır. Düzenleyenin kusuruna karşılık, muhatap banka sahte veya tahrif edilmiş bir çeki öderken kusurlu değil ise, kural olarak düzenleyen tüm zarara katlanmak zorunda olacaktır<sup>75</sup>.

İlgililer, çek anlaşmasına konulacak bazı kayıt ve şartlarla birlikte, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden doğan zararın çeki düzenleyen kişiye ait olmasını veya kusur sorumluluğu esasını getirebilirler<sup>76</sup>.

Bankalar tüzel kişi tacir olduklarından dolayı, çeki öderken basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadırlar; nitekim, Yargıtay da bir kararında<sup>77</sup>, *"..çekle ödeme yapmayı kabul eden ve müşterileri ile çek anlaşmaları yapan bankanın, her şeyden önce basiretli bir iş adamı gibi hareket ederek gerekli dikkat ve özeni göstermesi ve tereddüt halinde çeki uzman kişilere inceletmesi ve gerektiğinde keşideciden tahkik edip alacağı cevaba göre hareket etmesi lazım gelmesine, davalı bankanın ise bu hususlara riayet etmeden tahrif edilmiş çeki ödediği anlaşılmış ve olayın niteliği itibariyle de anılan maddede yazılı kurtuluş beyyinesinin davada söz konusu olamayacağı sonucuna varılmış olmasına göre..."* diyerek, bankaların basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeleri gerektiğini vurgulamıştır<sup>78</sup>.

## 9.2. Muhatap Bankanın Başvurusu

Sahte ve tahrif edilmiş bir çeki ödeyen muhatap banka, uğradığı zararının tamamını veya bir kısmını TTK md. 812'ye dayanarak düzenleyenden talep etmiş ise ve çeki eline geçirmiş olan kişi de kötü niyetli veya ağır kusurlu ise, TTK md. 792'ye göre bu kişi çeki vermekle yükümlüdür. Buna rağmen çeki bankaya ibraz edip tahsil eden kişi, çek bedelini bankaya iade ile yükümlülüğü altındadır. Burada sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil söz konusu olacaktır<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> REİSOĞLU, Yargıtay'ın (11 HD., 19.04.2001, 1590/3376) bu görüşüne katılmamakla birlikte, keşidecinin kusurunun bulunmaması halinde, bankanın özen yükümlülüğünü yerine getirmesinin zarara tümüyle katlanmasını etkilemeyeceğini belirtmektedir, REİSOĞLU, Çek Hukuku, s. 312.

<sup>75</sup> REİSOĞLU, Çek Hukuku, s. 314.

<sup>76</sup> ÖZTAN, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 264.

<sup>77</sup> 11. HD., 17.03.1983 E.83/1126/K. 83/1289, PULAŞLI, s. 303.

<sup>78</sup> PULAŞLI, s. 303.

<sup>79</sup> REİSOĞLU, s. 318.

## SONUÇ

Günümüzde kredi kartları ve diğer kaydi ödeme sistemleri gittikçe artan bir şekilde kullanılır hale gelmektedir. Bir ödeme aracı olan ve nakdi ödemenin güçlüklerini gidermek amacıyla geliştirilmiş bulunan çek, her ne kadar tüketiciler açısından önemini yitirip yerini büyük ölçüde kredi kartlarına kaptırılmış olsa da, özellikle esnaf ve tacir kesiminde en çok kullanılan ödeme aracıdır.

Çekte ödeyecek kimsenin yani muhatapın mutlaka gösterilmesi gerekir, bu bir vazgeçilmez şekil şartıdır. Sistemimizde, Türkiye’de ödenecek çeklerde muhatap olarak yalnızca bir banka gösterilebilir. Kıymetli evrak niteliğinde olan ve bir ödeme aracı olarak çekin ülkemizde kullanımının hızla yaygınlaşmasıyla birlikte, çekin çalınması, sahte ve tahrif edilmiş çek kullanımı, çekin kredi aracı olarak kullanımı ve karşılıksız çek düzenlenmesi gibi çek rizikoları da artmaktadır. Bu sebeple çekte muhatap banka sorumluluğunun kapsamının önemi anlaşılmaktadır. Örneğin, bankanın çek hesabı açarken göz önünde tutması gereken önemli hususlar vardır. Bankaların çek hesabı açarken ve çek defteri verirken, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde yani bankacılık faaliyetlerinde olduğu gibi basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Çek hesabı açtırmak isteyenin yasaklı olup olmadığını araştırma, ayrıca ilgili kişinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özen gösterme yükümlülükleri söz konusudur.

Çek kanunu md.2/5 uyarınca çek defterleri ancak bankalarca bastırılır. Aksi takdirde, çek defteri basmaya veya bastırmaya kanunen yetkili kılınanlar dışında başka birisinin çek defteri basması veya bastırması suç oluşturmaktadır. Yine bankalar, çek anlaşması ve buna dayanarak çek hesabı açma neticesinde kişiye çek defteri vermekle yükümlüdür. Bunun yanında, bankaların Gelirler İdaresi Başkanlığı’na bildirim yükümlülüğü, ayrıca çeki ödeme yükümlülüğü olduğu haller gibi, ödeme yükümlülüğü bulunmadığı haller de vardır. Nitekim artan çek kullanımı ile birlikte, muhatap banka sorumluluğunun arttırılması yolunun en etkili çözüm yolu olacağı düşünülmektedir.

## KAYNAKÇA

- BAHTİYAR, Mehmet**, Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, Beta Yayıncılık, 2013, İstanbul.
- CAN, Mustafa Erdem**, Çek Kanunu Kapsamında Bankaların Çeke İlişkin Görevleri ve Sorumlulukları, Kazancı Hukuk Dergisi, 2012/8/91-92.
- KARAHAN, Sami/ ARI, Zekeriyya/ BOZGEYİK, Hayri/ SARAÇ, Tahir/ ÜNAL, Mücahit**, Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, Konya 2013.
- KAYIHAN, Şaban/YASAN, Mustafa**, Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- KENDİGELEN, Abuzer**, Çek Hukuku, Dördüncü Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007.
- NARBAY, Şafak**, 5941 sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Mart 2010 Sayı: 43.
- NARBAY, Şafak**, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 10'uncu Maddesi Hükmü Uyarınca Muhatap Bankanın Sorumlu Olduğu Miktar Hakkında Bir İnceleme, Terazi Hukuk Dergisi, Ocak 2009, Sayı: 29.
- ÖZGENÇ, İzzet**, Çek Kanunu, Beşinci Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- ÖZTAN, Fırat**, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2012.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- PULAŞLI, Hasan**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2012.
- REİSOĞLU, Seza**, Çek Hukuku, Ankara 2011.
- TEKİL, Müge**, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan**, Kıymetli Evrak Hukuku, Sekizinci Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013.



## **TİCARİ DEFTERLERİN SAHİBİ LEHİNE DELİL OLMASINDA DAYANAK BELGELERİN İBRAZİ**

*Arş. Gör. Hakan YILDIRIM\**

### **ÖZET:**

Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/1 hükmü uyarınca tacirler açısından bir yükümlülük olarak belirlenen ticari defterlerin tutulması, TTK m. 64 vd. ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. “Ticari defterlerin ispat kuvvetini” düzenleyen 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu (eTK) m. 82-86 hükümleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na alınmamış, bazı farklılıklar dışında, esas itibariyle paralel bir şekilde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 222’de düzenlenmiştir. Ticari defterler, sahibi lehine delil olarak kullanılırken, bunların dayanağını teşkil eden belgelerin de ibrazının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Kanunda bu hususta açık bir hüküm mevcut değildir. Doktrindeki bir görüşe göre, defter kayıtlarının dayanağı olan belgelerin mevcut olmaması halinde defterler delil olarak kullanılmazlar. Aksi görüşe göre defterlerin delil kuvvetini böyle bir şarta bağlamaya kanunun lafzı ve ruhu uygun değildir. Bu çalışmamızda her iki görüş de Yargıtay kararları ile birlikte ele alınarak, tartışmaya ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Ticari Defterler, Delil, İspat Gücü, Ticari Defterler ve Belgeleri Saklama Yükümlülüğü.

### **ABSTRACT:**

According to Turkish Commercial Code (TCC) Art. 18/1 commercial code keeping is an obligation for merchants. This matter is regulated detailed in TCC Art. 64 et. al. Abolished Turkish Commercial Code (N. 6762) Art. 82-86 which regulated “Evidence power of commercial books” have not taken into the Turkish Commercial Code (N. 6102). These provisions can be found with some differences in Civil Procedure Law (N. 6100) Art. 222 et. al. The necessity of submission of the documents which constitute the basis for commercial books when these books are used as evidences in favor of the owner is controversial. There is no explicit provision about this matter in the Code. According to an opinion in the doctrine when the documents which constitute the basis for commercial books are not existed these books cannot be used as evidences. According to a contrary opinion it is not appropriate to the letter and spirit of law subjecting evidence power of commercial books to this condition. In this study both of these two opinions are examined with decisions of the Supreme Court of Appeals and we came to a conclusion about this controversial matter.

**Keywords:** Commercial Books, Evidence, Conclusive Force, The Obligation of Keeping Commercial Books and Documents.

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

## GİRİŞ

TTK'nın Ticari İşletme kitabının en çok değişikliğe uğrayan kısmı, yeni getirilen hükümler dikkate alındığında ticari defterlerle ilgili hükümlerdir<sup>1</sup>. Gerek 6762 sayılı TK gerekse 6102 sayılı TTK<sup>2</sup> ticaret defterlerinin tutulmasına özel önem vermiş ve bu yükümlülüğe aykırı davrananlar için hukuki ve cezai sorumluluk öngörmüştür. Ticari davalarda ispat açısından önemli bir yere sahip bulunan ticari defterlerin, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK m. 222'deki düzenlemeler ile birlikte önemi daha da artmıştır.

Ticari defterlerle ilgili hükümler, TTK'nın birinci kitabının beşinci kısmında 64 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Ticari defterlerin delil olması, eTK'nın aksine, TTK'da değil, HMK'da düzenlenmiştir (HMK m.222)<sup>3</sup>. Kanunun Genel

<sup>1</sup> Bu yöndeki tespit için bkz. Abuzer **KENDİGELEN**, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 12 Levha Yayınları, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 87; Nihat **TAŞDELEN**, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: III, S: 1, Yıl: 2012, s. 259.

<sup>2</sup> 13.01.2011 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilen, 14.02.2011 tarih ve 2746 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yasalaşan, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren bu kanunun getirdiği değişiklikler hakkında bkz. İsmail **KAYAR**, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1 Yıl: 2005, s. 353 vd. (TTK Tasarısının Değerlendirilmesi); İbrahim Halil **ŞUA**, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticari Defterlere Getirilen Yenilikler ve Değerlendirilmesi", Adalet Dergisi, S. 27, Ocak 2007, s. 237 vd.

<sup>3</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) "İspat ve Deliller" başlıklı "Dördüncü Kısım"nın 199-224'üncü maddeleri arasında yer alan "Belge ve Senet" başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 222'nci maddesi ile ilgili TBMM Adalet Komisyonu Gerekçesinde ise, şu ifadeye yer verilmiştir: "... Türk Ticaret Kanununun ticari defterlerle ispat konusunu düzenleyen 82 ila 86'ncı maddeleri modern kanunlarda benzer hükümler yer almadığı gerekçesiyle Türk Ticaret Kanunu Tasarısına alınmamıştır. Bu durum, uygulamada önemli bir sakınca yaratacaktır. Çünkü senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı Türk Hukukunda ticari defterlerle ispata ilişkin kurallar senetle ispat mecburiyetinin katılığını yumuşatmakta ve geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında senetle ispat mecburiyetine ilişkin usul hükümleri muhafaza edilmiştir. Bu sebeple, ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılması önemli bir boşluğa yol açacaktır. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanunundaki yerleşmiş ve yaygın uygulaması olan ticari defterlerle ispat hükümlerinin yeni usul kanunumuza alınması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında muhafaza edilmesi gerekmektedir. Türk Ticaret Kanununda yer alan ticari defterlerle ispata ilişkin maddeler dil ve sistematik bakımından zor anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına ilave edilen bu hüküm, doktrin ve kazai içtihatlarla yapılan tasnif dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının "ticari defter" kavramını değiştiren 64 ve devamındaki maddeler dikkate alınarak "tasdike tabi olmayan defterler" kavramı metinden çıkarılmış ve "işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler" kavramı metne dahil edilmiştir. Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının yemin delili konusundaki temel tercihi göz önünde bulundurularak, tamamlayıcı yemine ilişkin düzenlemeler ticari defterlerle ispat usulünden çıkartılmıştır." Ejder **YILMAZ**, "Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m. 222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler," Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Yıl 2013, s. 28.

Gerekçesine göre bunun sebebi: “Artık pek çok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticari defterlerle ispat usulüne son verilmiştir<sup>4</sup>. Ticari defterler, doğal olarak, mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır<sup>5</sup>”. Gerekçeden de anlaşılacağı üzere ticari defterler kesin delil olmaktan çıkarılmış<sup>6</sup> ve takdiri delil olarak kabul edilmiştir<sup>7</sup>.

Fakat HMK’da ticari defterlerle ispat konusu, esas itibariyle eTK’nın 82-86 maddeleri dikkate alınarak hükme bağlanmıştır. Ticari defterler, belirli şartların varlığı halinde, ticari uyumsuzluklarda, ispat aracı olarak kullanılabilir. Bu durumda ticari defterler, sahibi veya halefleri lehine delil olabileceği gibi aleyhine de delil olabilir. Ticari defterlerin sahibi lehine delil niteliğini taşıyabilmesi için, kanuna uygun tutulmuş olmalı ve kanunda aranan diğer koşulların mevcut olması gerekir. Eğer bu koşullar mevcut değilse defterlerin ancak aleyhe olan kısımları nazara alınır.

Ticari defterler, sahibi lehine delil olarak kullanılırken, bunların dayanağını teşkil eden belgelerin ibrazının gerekip gerekmediği, başka bir ifadeyle defter kayıtlarının dayanağı olan belgelerin mevcut olmaması halinde defterlerin sahibi lehine delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususu tartışmalıdır.

Yargıtay önceleri “Tacirin ticari defterlerinin dayanakları olmasa bile, defterler yasaya uygun olduğu takdirde tacirin lehine delil olabilir” demektedir<sup>8</sup>. Ancak Yargıtay sonradan bu görüşünü değiştirmiş ve birçok kararında ticari defterlerin ancak dayanakları olan belgelerle birlikte geçerli olduğunu içtihat etmiştir<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Bu durum öğretilerde eleştirilmiş, ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin 6102 sayılı TTK’ya alınması önerisinde bulunulmuştur. (Ali Cem **BUDAK**, “Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1 Yıl: 2005, s. 511 vd.; **ŞUA**, s. 240-241). Ancak **KENDİGELEN**, ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin doğru bir şekilde uygulanmadığı, fiilen yargılamayı geciktirdiği, ticari deftere dayanağı olmayan bir kayıt yapılamayacağı, bu nedenle defterin kendisi yerine bu dayanağın delil olarak kullanılması ile yetinilebileceği gerekçesiyle ticari defterlerle ispat hükümlerine TTK’da yer verilmemesinin doğru bir karar olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte yazara göre ticari defterlerle ispat hükümlerine HMK kapsamında yer verilmesini anlamlandırmak oldukça güçtür (**KENDİGELEN**, s. 100).

<sup>5</sup> Adalet Bakanlığı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Genel Gerekçe, Nr. 110.

<sup>6</sup> e TK m. 82’de sayılan ticari defterler, m. 1474’teki düzenleme uyarınca kesin delil olarak kabul edilmişti (**BUDAK**, s. 513; **TAŞDELEN**, s. 283, dn. 64).

<sup>7</sup> **TAŞDELEN**, s. 283; **KAYAR**, TTK Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 369; **ŞUA**, s. 240.

<sup>8</sup> Bu yönde bkz. Y. TD. 3.4.1972, E.316/K.1687 (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. VI, S.4, Yıl: 1972, s.724, 725).

<sup>9</sup> Bu yönde bkz. Y. 11.HD, 6.11.1989, E.8242/K.5987: “...Ticari defterler dayanakları ile birlikte geçerlidir...”; Y.11.HD, 21.06.1988, E.243/K.4170 “...Tacir olan tarafların defterleri ile bunların dayanaklarının da incelenmesine karar verilmelidir.”(Bu kararlar için bkz. Gönen **ERİŞ**: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 3. Baskı, Ankara 2004, s.1150).

Biz burada, her iki görüş ve Yargıtay'ın tutumunu ortaya koymak, bu görüşlerin tartışılmasını sağlamak, böylece değişen yeni mevzuat çerçevesinde doktrin ve uygulamaya katkıda bulunmayı düşünüyoruz.

Aşağıda bu görüşler Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları ile birlikte incelenecektir. Son bölümde ise bu görüşler hakkında yapılan açıklamalar ışığı altında kendi görüşümüzü açıklayacağız.

## I. GENEL OLARAK DEFTER TUTMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Her tacir, TTK hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla yükümlüdür (TTK m. 18/1, m. 64/1).Birden fazla işletmeye sahip tacirler, her bir işletme için ayrı ayrı defter tutmak zorundadır<sup>10</sup>.

TTK m. 12/2 hükmü uyarınca; “*Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır*”. Tacir sayılan kişiler, tacir olmanın nimetlerinden yararlanır ve külfetlerine katlanır. Dolayısıyla bu kişiler de, tacir olmanın hükümleri başlığı altında düzenlenen ticari defterleri tutmak zorundadır<sup>11</sup>. Ayrıca tutmuş oldukları bu ticari defterleri delil olarak kullanabilirler<sup>12</sup>.

TTK m. 12/3 hükmü uyarınca; “*Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur*”. Tacir gibi sorumlu olan bu kişiler, tacir olmanın nimetlerinden yararlanamaz, sadece külfetlerine katlanır. Defter tutmak da tacirlere yüklenen bir külfet olduğu için, bu kişiler de defter tutmak zorundadır<sup>13</sup>. Fakat tacir gibi sorumlu olan kişilerin tuttukları defterleri, lehlerine delil olarak kullanıp kullanamayacakları hususu tartışmalıdır<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Sabih ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 6335 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ticaret Kanunu’na Göre Hazırlanmış 16. Baskı, Ankara 2012, s.334; Ali BOZER/Celal GÖLE, *Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010, s. 159; Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI, *Ticari İşletme Hukuku*, Dora Yayınları, 3. Baskı, Bursa 2012, s. 247.

<sup>11</sup> ARKAN, s. 334, 335, Hüseyin ÜLGEN, “*Ticari Defterlerle İspat*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. IV, S. 1, Yıl: 1967, s. 87; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 248; YARBAŞ; tacirin henüz ticari işletmesini işletmeye başlamadığından ve kaydı gereken herhangi bir ticari muamele mevcut olmadığından eTK m. 14/2 (TTK m. 12/2) hükmü gereğince defter tutulması fiilen mümkün değildir ve bu nedenle bu görüşü katı bir şekilde savunmanın faydasının söz konusu olmadığını belirtmiştir. (Fevzi YARBAŞ, *Türk Ticaret Kanunu, Vergi Usul Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Ticari Defterlerin Hukuki Niteliği*, Kayseri 1994, s. 34 [Hukuki Niteliği]).

<sup>12</sup> ÜLGEN, s. 87.

<sup>13</sup> ARKAN, s.335; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 248; YARBAŞ’a göre; defter tutma yükümlülüğü, bir ticari işletmenin varlığına ve ticari işletmenin işletilmesine bağlı olarak kazanılan ta-



TTK m. 195/5 hükmü uyarınca tacir sayılan hâkim teşebbüsler ile TTK m. 17 hükmü uyarınca tacirlere ilişkin hükümlerin aynen uygulanacağı donatma iştirakleri de defter tutmakla yükümlüdür<sup>15</sup>.

Bir ticari işletmenin adi şirket tarafından işletiliyor olması halinde, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için ortaklar tacir niteliğine sahip olacaklarından her birinin ayrı ayrı ticari defter tutması gerekir<sup>16</sup>.

Esnaf, ticari defter tutmak zorunda değildirler. Nitekim esnafa uygulanacak TTK hükümlerini gösteren TTK m. 15'te, ticari defterlerle ilgili maddelere atıf yoktur<sup>17</sup>. Bunun yanında esnafın ticari defter tutmasına engel bir hüküm de mevcut değildir. Ancak bu defterler, delil olarak kullanılamaz<sup>18</sup>.

Defter tutma yükümlülüğü, tacirin ticari işletmesini ticaret siciline tescil etme yükümlülüğünün doğduğu andan itibaren başlar (TTK m. 87). Bu zorunluluk, tacirler ile tacir sayılanlar bakımından ticari işletmenin ticaret sicilinden silinmesiyle, tacir gibi sorumlu tutulanlar için ise, somut olayın koşullarına göre son bulur<sup>19</sup>.

Ticari defterler, tacirin ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri açıkça ortaya koyabilecek şekilde tutulmalıdır. Defterler, üçüncü kişi uzmanlara, makul bir süre içinde yapacakları incelemede işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir verebilecek şekilde tutulur. İşletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesi defterlerden izlenebilmelidir (TTK m. 64/1)<sup>20</sup>.

Defter tutma sorumluluğu gerçek kişi tacirin kendisine, tacirin tüzel kişi olması halinde tüzel kişinin yönetim ve temsiline yetkili olan organına aittir<sup>21</sup>. Bununla birlikte, ticari defterlerin, bizzat tacir tarafından tutulması zorunlu değildir. Bunu başka kişilere de yaptırabilirler. Zira orta büyüklükte bir ticari işletme işleten tacirin bile, ticari defterlerini bizzat tutması oldukça zordur ve buna müsait zamanı da ol-

---

cir sıfatının bir gereği olduğu için tacir gibi sorumlu olanların defter tutma yükümlülüğünden söz edilemez (YARBAŞ, Hukuki Niteliği, s. 35).

<sup>14</sup> Bkz. ÜLGEN, s. 87, 88.

<sup>15</sup> ARKAN, s. 335; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 247, 248.

<sup>16</sup> ARKAN, s. 248; TAŞDELEN, s. 264.

<sup>17</sup> ARKAN, s. 335; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 248; ÜLGEN, s. 89.

<sup>18</sup> ÜLGEN, s. 89.

<sup>19</sup> TTK m. 64/1'e ilişkin Hükümet Gerekçesi'ne bkz.

<sup>20</sup> Ayrıca bkz. Vergi Usul Kanunu (VUK) m. 172, 175, 176, 193 ve mükerrer 257.

<sup>21</sup> Anonim şirketlerde bu sorumluluk, devredilemez görev ve yetkiler başlığı altında Kanunun 375'inci maddesinin c bendinde "Muhasebe, ..... için gerekli düzenin kurulması" ifadesiyle yönetim kuruluna; limited şirketlerde ise, yine devredilemez ve vazgeçilemez görevler başlığı altında Kanunun 625'inci maddesinin c bendinde "Muhasebenin ..... oluşturulması" ifadesiyle müdürlere yükletilmiştir.

mayabilir<sup>22</sup>. Ancak, defterlerini başkalarına tutturan tacirler, defterleri bizzat tutacak kişileri gerekli bilgiyi haiz uzman kişiler arasından seçmek zorundadır<sup>23</sup>. Zira defterlerin gereği gibi tutulmamasından doğan hukuki ve cezai sorumluluk gerçek kişi tacirin, yöneticilerin ve yönetim organlarının kendisine aittir<sup>24</sup>. Ticari defterlerin tutulması teknik bilgi gerektirdiğinden, uygulamada tacirler, defterleri serbest muhasebeci veya serbest muhasebeci mali müşavire tutturmaktadır<sup>25</sup>.

Ticari defterlerin bir kısmı, TTK m. 64/3 hükmü uyarınca, muhasebeye ilişkin olan yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteridir. Ayrıca m. 64/4 hükmü uyarınca, pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri<sup>26</sup> gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan, karine oluşturmak ve ispatta yardımcı olmak gibi işlemlere sahip defterler de ticari defterlerdir. Böylece uygulamada tartışmalı olan bir konuya açıklık getirilmektedir. ETK'ya göre onamaya tabi olmayan ve çoğu kez güvenilmez durumda bulunan bu defterler, ticari defterlere uygulanan güven ve disiplin kurallarına tabi tutularak mevcut olumsuzlukların giderilmesi hedeflenmiştir<sup>27</sup>.

ETK'da tacirlerin ismen sayılmak suretiyle gösterilen ticari defterlerden başka, ismen gösterilmemekle beraber "işletmenin mahiyet ve önemini gerektirdiği defterleri" de tutmak zorunda olduğu belirtilmiştir. 6102 sayılı TTK'da son derece belirsiz bir mahiyet arz eden ve uygulamada karışık ve muğlak bir durum yaratan bu ayırım uygun görülmemekle beraber terk edilmiştir. 6102 sayılı TTK'nın ilk halinde, yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri dışında tutulacak diğer defterleri belirleme yetkisi Türkiye Muhasebe Standartları Kuruluna verilmişti (TTK m. 64/5). Fakat bu kurul 02.11.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 660 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile ortadan kaldırılmış ve yetkileri Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'na devredilmiştir. Bu arada bu kurumun diğer zorunlu defterleri belirleme yetkisine ilişkin TTK m. 64/5 hükmü de değiştirilmiştir<sup>28</sup>. 6335 sayılı Ka-

<sup>22</sup> İsmail DOĞANAY, "Türk Ticaret Kanununun Ticari Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerine Bir İnceleme," Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: IV, S: 1, Yıl: 1971, s. 5.

<sup>23</sup> 6102 sayılı Kanun Gereğesi, m. 64.

<sup>24</sup> İsmail KAYAR, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 224 (Ticaret Hukuku); Rıza AYHAN/Mehmet ÖZDAMAR/Hayrettin ÇAĞLAR, *Ticari İşletme Hukuku*, Yetkin Yayınları, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Ankara 2012, s. 310.

<sup>25</sup> TAŞDELEN, s. 264.

<sup>26</sup> MOROĞLU, genel kurul toplantı ve müzakere defterinin, genel kurul müzakere ve karar defteri olarak değiştirilmesini önermektedir (bkz. Erdoğan MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler*, Vedat Yayıncılık, 6. Bası, İstanbul 2009, s. 60).

<sup>27</sup> 6102 Sayılı Kanun Gereğesi, m. 64.

<sup>28</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 244, 245.

nun<sup>29</sup> ile yapılan değişiklik sonrasında, m. 64/5 uyarınca, tutulacak tüm defterler bakımından VUK ve ilgili mevzuata atıf yapılmıştır. Bu nedenle tacirler, defter ve belge düzeni bakımından TTK hükümlerinin yanı sıra başta VUK olmak üzere mali mevzuat hükümlerine de uymak zorundadırlar<sup>30</sup>.

## II. TİCARİ DEFTERLERİN DELİL NİTELİĞİ

Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların gerçekten var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işleme ispat denir<sup>31</sup>. Bu vakıaların ispatı için başvuru araçlarına da delil denir<sup>32</sup>. HMK m. 187/1 delili şu şekilde tanımlamaktadır; “*Tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıaların ispatı için gerekli vasıtalar*”. Ticari defterlerin delil kuvvetinden maksat, ticari defterlerin kimler arasında ve hangi çeşit davalarda ispat gücüne sahip ve hangilerinde bu güçten yoksun olduğunun tespitidir<sup>33</sup>. Ticari defterlerin delil olması, eski kanunda yer alan ve yeni düzenlemede de HMK m. 200’de korunan senetle ispat zorunluluğu karşısında, tacire tanınan olanaktır<sup>34</sup>. Söz konusu hüküm uyarınca, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri 2.500 TL’yi geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Defterlerine dayanarak ispat faaliyetini gerçekleştiren tacir, belirtilen zorunluluktan kurtulmuş olacaktır<sup>35</sup>. Genel ispat mekanizması içinde, bu durum, defterlerine dayanan tacir için bir avantaj ve kolaylık sağlar<sup>36</sup>. Böylece, ticari defterlerle ispat kuralları, senetle ispat mecburiyetinin katılığını yumuşattığı için geniş uygulama alanı bulacaktır<sup>37</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, tacirler arasındaki ticari işlerden dolayı ticari defterlerle ispat 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda 80 vd. maddelerinde ve 1465’te düzenlenmişti. Fakat ticari defterler ile ispat, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na alınmamış, HMK’nın “İspat ve Deliller” başlıklı “Dördüncü Kısım” nın 199-224’üncü maddeleri arasında yer alan “Belge ve Senet” başlıklı ikinci bölümünde

<sup>29</sup> 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 26.06.2012 tarihli ve 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

<sup>30</sup> **KENDİGELEN**, s.88.

<sup>31</sup> Baki **KURU**; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, C. II, İstanbul 2001, s. 1966.

<sup>32</sup> **KURU**, C. II, s. 1966.

<sup>33</sup> Hayri **DOMANIÇ**, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, Dördüncü Bası, İstanbul 1988, s. 269.

<sup>34</sup> **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 252.

<sup>35</sup> **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 253.

<sup>36</sup> Reha **POROY**/Hamdi **YASAMAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012, s. 230.

<sup>37</sup> 6100 Sayılı Kanun Gerekçesi, m. 222.

düzenlenmiştir. Nitekim TTK'da da deliller ile bunların sunulmasının Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir (TTK m. 4/2).

“Ticari defterlerin ibrazı ve delil olması” başlıklı HMK m. 222 şöyledir: “Mahkeme, ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir (f. 1). Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır (f. 2). İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz (f. 3). Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve<sup>38</sup> içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur (f. 4). Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır (f. 5)”. Bu hükme göre, ticari defterler, belirtilen şartların varlığı durumunda, ticari uyuşmazlıklarda, sahibi lehine veya aleyhine delil olabilir.

### 1. Ticari Defterlerin Ticari Davalarda Delil Olması

HMK m. 222/1-2 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, ticari defterler, “ticari davalarda” delil olarak kabul edilir. “Ticari davalar, çekişmesiz yargı işleri ve delilleri” başlıklı TTK m. 4’te düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün birinci fıkrası uyarınca; “Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; Bu Kanunda (b. a), Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969’uncu maddelerinde (b. b), 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580’inci maddelerinde (b. c), Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta (b. d), Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde (b. e), Bankalara, diğer kredi kuruluş-

<sup>38</sup> Bu hükümde geçen “ve” bağlacının “veya” şeklinde anlaşılması yönünde bkz. TAŞDELEN, s. 285.

larına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır (b. f)”. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre ise; “Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir”.

Düzenlemede de görüldüğü üzere, ticari dava için her iki tarafın tacir olması ve anlaşmazlığın konusunun her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olması gerekmektedir (nisbi ticari davalar). Ayrıca tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın a-f arasında sayılan TTK ve diğer kanunlarda düzenlenmiş hususlardan doğan hukuk davaları da ticari dava sayılır (mutlak ticari davalar). Mutlak ticari davalar, TTK m. 4’te sayılanlardan ibaret değildir. TTK dışında bazı özel kanunların gösterdiği mutlak ticari davalar da vardır. Örneğin Kooperatifler Kanunu’nun 99. maddesi uyarınca, “Bu Kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır.”

Aşağıda defterlerin sahibi lehine delil olması kısmında belirteceğimiz üzere, ticari defterler her türlü ticari davada değil, kural olarak<sup>39</sup> ancak tacirler arasında ve her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili davalarda delil olabilir<sup>40</sup>.

## 2. Ticari Defterlerin Sahibi Lehine Delil Olması

Kural olarak, bir kimsenin, kendisi tarafından düzenlenmiş belgelere dayanarak iddiasını ispat etmesi mümkün değildir. Ancak HMK ile bu kurala bir istisna getirilmiş olup, belli şartlar altında, tacirin kendisi tarafından tutulan defterler, kendisi lehine kanıt oluşturabilecektir<sup>41</sup>. Buna göre HMK m. 222 hükmü gereğince defterlerin sahibi lehine delil olarak kullanılabilmesi için;

<sup>39</sup> Örneğin bkz. HMK m. 222/5.

<sup>40</sup> **DOMANIÇ**, 270; **YILMAZ**, s.31, 32

<sup>41</sup> Oğuz **İMREGÜN**, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)*, Filiz Kitapevi, 12. Baskı, İstanbul 2001, s. 101; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 253; Senai **OLGAÇ/Mustafa ÇENBERCİ**, “*İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler*,” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. III, S. 1, Yıl: 1965, s. 104; **ARKAN**, s. 351; **YARBAŞ**, Hukuki Niteliği, s. 134, 135; **KAYAR**, Ticaret Hukuku, s. 235; **KURU**, C.III, s. 2464; Yargıtay’ın da bir kararında belirttiği üzere, TTK’da senedin sahibi lehine delil olarak kabul edilmesi, istisnadır. “Bir kimsenin kendi düzenlemiş olduğu belgelere dayanarak iddiasını ispat etmesi, kural olarak mümkün değildir. Ancak TTK ile bu kurala bir istisna getirilmiş ve tacirin tutmuş olduğu defterlerin, belli şartlar altında kendi lehine kanıt oluşturabileceği kabul edilmiştir. Defterlerin sahibi lehine kanıt oluşturması, istisnai bir durum olduğundan, bazı koşullara bağlanmıştır. Bu şartların tümü gerçekleşmedikçe ticari defterler sahibi lehine delil olma niteliğine haiz olmazlar. Ticari defterlerin sahibi lehine kanıt oluşturabilmesi için aranan koşullar, TTK’nun 82, 83/1 ve 86. maddelerinde gösterilmiştir. (Y. 9.HD, 22.3.2010, E.17627/K.5393; www.kazancı.com 24.02.2014).

- a. Uyuşmazlığın her iki tarafının da uyuşmazlık konusu işin yapıldığı sırada tacir olması<sup>42</sup> ve uyuşmazlık konusu işin<sup>43</sup> her iki taraf için de ayrı ayrı defterlerine geçirmesi gereken ticari iş niteliğinde olması gerekir<sup>44</sup>. Bu kural, usul hukukunun “tarafaların eşitliği” ilkesinin doğal bir neticesidir<sup>45</sup>. Böylece, taraflar arasında ispat açısından denge bozulmamış olacaktır<sup>46</sup>. Türk Ticaret Kanunu’nun 19. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Taraflardan yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.*” Bu hükme oranla, HMK m. 222/1 hükmü özel bir mahiyet taşır; bu bağlamda ticari defterlerin lehe delil olarak kullanılmasında TTK m. 19/2 hükmü uygulanamaz<sup>47</sup>. Bu nedenle ticari iş kapsamında değerlendirebileceğimiz haksız fiiller, diğer tarafın defterinde yer almayacağı için haksız fiillerde ticari defterlerden yararlanmak mümkün değildir<sup>48</sup>. Bu iki şartın vücut verdiği ticari davalar aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde açıklanacaktır.
- b. Ticari defterlerin usulüne uygun bir şekilde tutulmuş olması gerekir<sup>49</sup>. Bu bağlamda,

<sup>42</sup> **OLGAÇ/ÇENBERCİ**, s. 105; **ÜLGEN**, s. 86; **İMREGÜN**, s. 100, 101; **KAYAR**, Ticaret Hukuku, s. 235; **KURU**, C. III, s. 2466; Sami **KARAHAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, Mimoza Yayınları, 6335 sayılı Kanunla değişik 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu ve 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Güncellenmiş 23. Baskı, Konya 2012, s. 315; **ARKAN**, s. 351; **YARBAŞ**, Hukuki Niteliği, s. 131; **DOMANİÇ**, s. 269; **DOĞANAY**, s. 29; **ÜLGEN**, s. 87, 88; “Ticari defterlerin kesin delil niteliğini haiz olabilmesi için uyuşmazlığın tacir sıfatını haiz kimseler arasında çıkmış olması gerekir.” Y. 11.HD, 22. 10. 1985, E.5510/K.5498; “Taraflar tacir olup ticari defterler kesin delil niteliğini taşır.” Y. 11.HD, 3.10.1986, E.4602/K.4958 (**KARAHAN**, 2012, s. 315, dn. 1); “Türk Ticaret Kanununun 82’inci maddesi uyarınca ticari işlerden dolayı tacir sıfatını haiz olan kimseler arasında çıkan uyuşmazlıklarda ticari defterler sahibi lehine kanunda tayin edilen şartları muhtevi olmak kaydıyla delil olabilirse de bu defterlerin tacir olmayan ve defter tutma mecburiyetinde olmayan esnaf aleyhinde delil olarak kabulüne imkan yoktur. Davalılar esnaf olduklarına göre, davacının ticari defterleri davacı lehine delil olarak kabul edilerek ona göre hüküm tesisi yolsuzdur.” Y. TD, 16.4.1963, E. 5017/K.1878, **DOĞANAY**, s. 29, dn. 26; Y. TD. 29.6.1964, E.844/ K.2337 **DOĞANAY**, s. 29, 30 dn. 27.

<sup>43</sup> Bu şartın “uyuşmazlığın iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bir husustan doğması” şeklinde ifade edilmesi gerektiği yönünde bkz. **ÜLGEN**, s. 89.

<sup>44</sup> **ÜLGEN**, s. 90; **DOĞANAY**, s. 30; **KURU**, C. III, s. 2470; **ARKAN**, s. 352; **YARBAŞ**, Hukuki Niteliği, s. 134; **DOMANİÇ**, Genel Esaslar, s. 270.

<sup>45</sup> **ÜLGEN**, s. 87; **İMREGÜN**, s. 101; **OLGAÇ/ÇENBERCİ**, s. 105.

<sup>46</sup> **İMREGÜN**, s. 101.

<sup>47</sup> **BOZER/GÖLE**, s.162.

<sup>48</sup> **KURU**, C. III, s. 2469; **ÜLGEN**, s. 90; Bu nedenle bu şartın, “uyuşmazlığın iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bir husustan doğması” ve “uyuşmazlık konusu işin her iki tarafın da defterlerine geçirecekleri bir husus olması” gerekir, şeklinde ifade edilmelidir, **ÜLGEN**, s. 89, 90.

<sup>49</sup> “Yanlara ait ticari defterlerin yasaya uygun biçimde tutulmadıkları anlaşılmaktadır. TK’nun 84. maddesi uyarınca, bu nitelikteki defter kapsamı sahibi ya da yasal halefleri aleyhine kanıt olabilir. Başka bir anlatımla yasaya aykırı bir biçimde tutulan ticari defterlerdeki sahibi yararına olan kayıt değil sadece aleyhteki kayıtların gözetilmesi gerekir” (Y. 11.HD, 19.6.1980, E.2738/K.3266: **KURU**, C. III, s. 2471).

- i. Ticari defterlerin sahibi lehine delil olarak kullanılabilmesi için tacirin zorunlu defterleri eksiksiz tutmuş olması gerekir<sup>50</sup>. Ticari defterlerin bir kısmının tutulmaması durumunda, tutulan ticari defterler, yalnızca tacirin aleyhine delil olarak kullanılabilir<sup>51</sup>.
- ii. Onaya tabi defterlerin açılış ve kapanış tasdiklerinin eksiksiz ve zamanında yapılmış olması gerekir (HMK m. 222/2)<sup>52</sup>.
- iii. Defterlerin kayıt ve muhasebe düzeni bakımından usulüne uygun bir şekilde tutulması gerekir. Örneğin, karışık ve anlaşılmasız kayıtlar, usulüne riayet edilmeksizin yapılan silinti, kazıntı ve düzeltmeleri içeren defterler sahibi lehine delil olarak kullanılamazlar<sup>53</sup>.
- iv. Defter kayıtlarının birbirini doğrulaması gerekir<sup>54</sup>. Kayıtlar arasında çelişki olmamalıdır. Birbirini doğrulamayan ticari defterler, tacirin aleyhine delil olabilir<sup>55</sup>. Bu şart, davalı-davacı olmak üzere her iki tarafın defterlerindeki kayıtlar bakımından da gereklidir<sup>56</sup>.
- v. Bu şekilde tutulan ticari defterler kayıtlarının sahibi lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir.

Bu şartlara uygun olarak tutulan ticari defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar bir bütün teşkil eder ve birbirinden ayrılamaz<sup>57</sup>. Buna göre

<sup>50</sup> ARKAN, s. 353; KURU, C. III, s. 2472; KARAHAN, 2012, s. 315.

<sup>51</sup> KURU, C. III, s. 2472; KARAHAN, 2012, s. 315.

<sup>52</sup> Y. 11. HD, 17.6.1991, E.2463/K.4190 www.kazancı.com 24.02.2014).

<sup>53</sup> KAYAR, Ticaret Hukuku, s. 236.

<sup>54</sup> “TTK'nın 82'nci maddesi hükmünde ticari işlerden dolayı tacir sıfatını haiz olan kimseler arasında çıkan anlaşmazlıklarda muntazam surette, tasdikli ve birbirini teyit eden defterlerin delil olabileceği yazılı bulunmaktadır. 85'inci maddede ise, kanuna uygun bir surette tutulan ve birbirini teyit eden defterlerin münderecatı sahibi lehine delil ittihaz olunur, diye yazılmıştır. Tacir olan iki tarafın ticari defterleri mütehasıs bilirkişiler marifetiyle tetkik ettirilerek ve bu tetkik sonunda kanuna uygun bir şekilde tutulmuş oldukları anlaşıldığı takdirde sahipleri lehine kesin delil olarak kabulü gerekir.” Y. TD, 6.6.1969 E.69/K. 2913 (DOĞANAY, s. 31, dn. 28). Ayrıca Yargıtay'a göre, ticari defterlerin yalnızca uyumsuzlukla ilgili kısmı değil, tümü birbirini doğrulamalıdır; “Defter kayıtlarının delil olabilmesi için TTK. md.82 f.3 gereğince (tacirin) bütün defterlerinin birbirini teyit etmesi şarttır. Aksi takdirde defterler delil olmaktan çıkar. Bu bakımdan davacının tasdikli olduğundan bahsettiği defterlerinin dava ile ilgili bir kaydının ibraz edilmesi kafi değildir. Bütün defterlerin bilirkişiye incelettirilmesi lazımdır.” Y. TD, 12.10.1962, E.5140/K.3523 (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. II, S. 2, Yıl: 1963 s. 306, 307) (OLGAÇ/ÇENBERCİ, s. 115, dn. 68).

<sup>55</sup> KURU, C. III, s. 2473; KARAHAN, 2012, s. 315; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 254.

<sup>56</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 254.

<sup>57</sup> DOĞANAY, s. 36, 37; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 314; KARAHAN, 2012, s. 317.

HMK m. 222/3 hükmü, ticari defterlerdeki kayıtlar için “bölünmezlik kuralı” nı benimsemiştir<sup>58</sup>.

### 3. Ticari Defterlerin Sahibi Aleyhine Delil Olması

Ticari defterlerin sahibi aleyhine delil olması şu durumlarda gerçekleşebilir:

- Kendi iddiasını ispatlamak isteyen tacir, kendi ticari defterlerine dayanmış ise, ticari defterlerdeki kayıtlar kendisi aleyhine delil oluşturacak nitelikte olabilir<sup>59</sup>. Bu ihtimalin gerçekleşme ihtimali zayıftır. Çünkü kimse kendi aleyhine kayıtlar içeren ticari defterlerine dayanmaz<sup>60</sup>. Ticari defterlerdeki sahibi aleyhine kayıtlar, defter sahibi tarafından başkaca geçerli delillerle çürütülebilir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere defter kayıtları, kesin delil değildir<sup>61</sup>.
- Bir davada ispat yükü kendisine düşen taraf, HMK’ya göre caiz olan diğer delillerin yanı sıra karşı tarafın tuttuğu ticari defterlere de delil olarak dayanabilir. Bu durumda, defterlerin ibraz edilmemesinin sonuçları HMK m. 220. maddesi hükmüne tabidir<sup>62</sup>. Bu durumda, karşı tarafın ticari defterlerine dayanan taraf, taraf delilini hasmının ticari defterlerine hasretmediği için, HMK m. 222/5 (TK m. 83/2) hükmü uygulanmaz<sup>63</sup>.
- HMK m. 222/5 hükmü uyarınca; bir uyuşmazlıkta, tacir olsun veya olmasın<sup>64</sup>, ispat yükü kendisine düşen taraf, sadece karşı tarafın ticari defterlerine dayanabilir<sup>65</sup>. Bu durumda defterlerine delil olarak dayanılan tacirin, defterlerini ibraz etmesi gerekir. Karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa,

<sup>58</sup> AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 314.

<sup>59</sup> KARAHAN, 2012, s. 317; YARBAŞ, Hukuki Niteliği, s. 146; KAYAR, Ticaret Hukuku, s. 237.

<sup>60</sup> KARAHAN, 2012, s. 317; YARBAŞ, Hukuki Niteliği, s. 146.

<sup>61</sup> KAYAR, Ticaret Hukuku, s. 237.

<sup>62</sup> ARKAN, s. 349; KURU, C. III, s. 2447.

<sup>63</sup> KURU, C. III, s. 2447; “Davacı iddiasını ispat için davacının ticari defterleri ile birlikte dava dilekçesinin deliller bölümünde ve delil listesinde açıkladığı başka delillere de dayanmıştır. TTK’nun 83/2’nci maddesinin uygulanabilmesi için sadece davalının defterine dayanmak gerekir. Başka bir deyişle davacının başka deliller göstermeksizin iddiasını münhasıran davalının defter kayıtlarıyla ispat edeceğini iddia etmemiş olmasına göre davacının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir” (Y. 13.HD, 29.9.1987, E.3205/K.4527 www.kazancı.com 24.02.2014).

<sup>64</sup> “Davacılar vekili 30.05.1977 tarihli dilekçesiyle ödendiği iddia olunan bedel bakımından delil olarak davalıların ticari defterlerine dayanmış bulunmaktadır. Davalının ticari defterlerinin incelenebilmesi için davacıların tacir olması şart değildir. Tacir olmayan bir kimse iddiasını ispat zımında her zaman tacir olan hasmının ticari defterlerine dayanabilir. Yargıtayın müstekar içtihatları (HGK 2.12.1972 gün ve E.970/T-591, K.972/975) bu doğrultudadır (Y. 11.HD, 17.11.1977 E.4782/K.5146 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. IX, S. 4, Yıl: 1978 s. 1153-1155).

<sup>65</sup> ARKAN, s. 349; KURU, C.III, s. 2448.



mahkeme defterlerin ibrazını istemiş olan taraf lehine karar verir (m. 222/5). Defterlerini ibraz etmesi gereken tacirin, defter tutmamış olduğunu bildirmesi ya da tutmasına rağmen yangın, su baskını gibi doğal bir afet nedeniyle ziyaa uğradığını iddia edip de TTK m. 87/2 hükmü uyarınca zayi belgesi almaması, yine ibrazdan kaçınma sayılır<sup>66</sup>. Karşı taraf defterlerini ibraz ederse, uyuşmazlık konusuyla ilgili kayıtlar dikkate alınarak karar verilecektir<sup>67</sup>. İbraz edilen ticari defterlerde uyuşmazlık konusuyla ilgili hiçbir kayıt yoksa iddiacı iddiasını kanıtlayamamış sayılır<sup>68</sup>. Bunun üzerine karşı tarafın defterine dayanan kişi, iddiasını başka delillerle ispat edemez. Çünkü delilini, karşı tarafın defterlerine hasretmiştir<sup>69</sup>. Fakat bu durum, karşı tarafın ticari defterlerini kanuna uygun tutmuş olması şartına bağlıdır<sup>70</sup>. Karşı tarafın ticari defterleri kanuna uygun olarak tutulmamışsa, delilini bu defterlere hasretmiş olan taraf iddiasını başka delillerle ispat edebilir<sup>71</sup>. Buna karşılık ibraz edilen defterlerde defter sahibi aleyhine kayıtlar var ise defterler usulüne uygun olsun ya da olmasın bu kayıtlar defter sahibi aleyhine delil sayılır<sup>72</sup>. Bununla birlikte ticari defter sahibi, defterlerdeki aleyhe kayıtları başkaca kesin delillerle (HMK m. 204/1-2; HMK 205/1) çürütme imkânına sahiptir<sup>73</sup>. İbraz edilen defterde, defter sahibinin hem aleyhine hem de lehine kayıtlar var ise, bu durumda defterlerin kanuna uygun tutulup tutulmadığına bakacağız<sup>74</sup>. Şayet defterler kanuna uygun şekilde tutulmuşsa, HMK m. 222/3 hükmü gereğince, defter kayıtları bir bütün olarak alınır ve defter sahibi lehine karar verilir<sup>75</sup>. Bu durumda, karşı tarafın defte-

<sup>66</sup> ARKAN, s. 349, 350; KURU, C.III, s. 2452.

<sup>67</sup> ARKAN, s. 350; KARAHAN, 2012, s. 318.

<sup>68</sup> ARKAN, s. 350; KURU, C. III, s. 2456.

<sup>69</sup> KURU, C. III, s. 2456.

<sup>70</sup> KURU, s. 2457; Aynı görüşte ÜLGEN, s. 95; Ancak, Doktrinde bazı yazarlar, (OLGAÇ/ÇENBERCİ, s. 109; DOĞANAY, s. 35; Halil ARSLANLI, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, 2. Bası, İstanbul 1959, s. 157) taraflardan birinin hasmın defterine dayanması halinde ibrazını istediği defterlere boyun eğmek zorunda olduğunu, ticari defterler kanuna uygun tutulmamış olsalar bile ibrazı isteyen aleyhine delil olacağını savunmaktadırlar. Bu görüşün dayanakları ve eleştirisi için bkz. ÜLGEN, s. 95, 96.

<sup>71</sup> KURU, C. III, s. 2457; Fakat kişi, karşı tarafın ticari defterleri kanuna uygun olarak tutulmamış olsalar bile kabul edeceğini mahkemeye açıkça bildirmiş ise, ticari defterlerde uyuşmazlık konusuyla ilgili hiçbir kayıt bulunmasa bile, iddiasını başka delillerle ispat edemez (KURU, C. III, 2457).

<sup>72</sup> ARKAN, s. 350; KURU, C. III, s. 2458.

<sup>73</sup> KURU, C. III, s. 2459; ARKAN, s. 350; “Davacı defterindeki kayıtlar ve burada gösterilen borç miktarı davacı aleyhine delil oluştursa da defterde gösterilmemiş olan bir ödemenin geçerli bir ödeme belgesiyle her zaman kanıtlanması gerekir.” Y. 11. HD, 3.3.1989, E. 1491/K. 1272 www.kazancı.com 24.02.2014).

<sup>74</sup> ARKAN, s. 350.

<sup>75</sup> ARKAN, s. 350; KURU, C. III, s. 2460.

rine dayanan kişi, delilini karşı tarafın ticari defterlerine hasrettiği için, iddiasını başkaca delillerle ispat edemez<sup>76</sup>. Ancak defterler kanuna uygun şekilde tutulmamışsa, defterlerdeki sahibi lehine kanıtlar dikkate alınmaz. Sadece aleyhe kayıtlar dikkate alınır<sup>77</sup>. Bu durumda defter sahibi olan tacir, iddiasını başkaca kesin delille ispat edebilir<sup>78</sup>.

Yukarıda belirtilen ihtimallere de baktığımızda, ticari defterlerin sahibi aleyhine delil olması için, defterlerin sahibi lehine delil olması için aranan; uyumsuzluğun her iki tarafının tacir olması ve uyumsuzluğun her iki taraf için de ticari nitelik taşıması zorunlu olmadığı gibi, defter kayıtlarının birbirini doğrulaması, açılış ve/veya kapanış onaylarının bulunması, zorunlu defterlerin eksiksiz tutulması da şart değildir (HMK m. 222/4)<sup>79</sup>. Uyumsuzluk konusunun ticari defterlere kaydedilmesi gereken bir husus olması ve taraflardan birisinin (ticari defterlerinin ibrazı istenen tarafın) tacir olması yeterlidir<sup>80</sup>.

Ticari defterlerin delil niteliği açısından en önemli sıkıntı “Ticari defterlerin ibrazı ve delil olması” başlıklı 222. maddesinin 3. fıkrasında mevcuttur<sup>81</sup>. Söz konusu hükümde “*İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmaması olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz.*” denilmektedir. Hükümden anlaşılacağı üzere, ticari defterlerin sahibi veya halefleri lehine delil olmasının şartlarından biri de, karşı tarafın defter kayıtlarında bu hususta hiçbir kaydın olmaması durumudur. Oysa hayatın olağan akışına uygun olan, hukuki ilişkiyi inkâr eden kişinin kendi ticari defterlerinde ve kayıtlarında buna ilişkin kaydın olmamasıdır<sup>82</sup>. Zaten eTK m. 85’te hasım tarafın kayıtlarında bu hususta hiçbir kayıt yoksa karşı tarafın kendi defterlerindeki kaydın bir ispat kuvveti kalmaz şeklin-

<sup>76</sup> KURU, C. III, s. 2460.

<sup>77</sup> ARKAN, s. 350; KURU, C. III, s. 2460.

<sup>78</sup> ARKAN, s. 351; KURU, C. III, s. 2462.

<sup>79</sup> “Ticari defterler ister tasdikli olsun ister kanuna uygun olarak tutulsun ister tutulmasın her zaman defter sahibi aleyhine kanıt olarak kullanılabilir” Y. 15. HD, 24.2.1981, E. 341/K. 387 www.kazancı.com 24.02.2014).

<sup>80</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 255; KARAHAN, 2012, s. 318.

<sup>81</sup> Abdurrahim KARSLI, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 620.

<sup>82</sup> KARSLI, s. 620

deydi<sup>83</sup>. Bu nedenle bu hükmün kaynağını teşkil eden düzenlemeye uygun şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>84</sup>.

### III. TİCARİ DEFTERLERİN DELİL OLMASI İÇİN DAYANAK BELGELERİN İBRAZININ GEREKLİ OLUP OLMADIĞI

#### 1. Dayanak Belgelerin İbrazını Gerekli Gören Görüş

Doktrindeki bir görüşe göre, ticari defterlerin sahibi lehine kanıt olabilmesi için, defter kayıtlarının dayanağını teşkil eden belgelerin ibraz edilmesi gerekir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun mantığı, defterlerin dayanağının delil olarak kabul edilmesi anlayışına dayanmaktadır<sup>85</sup>. Keza ticari defterler, usulüne uygun olarak düzenlenmiş olan belgelerden çıkarılacak kayıtlar yazılarak tutulmalıdır<sup>86</sup>. Bu itibarla, ticari bir deftere dayanağı olmadan herhangi bir kayıt yapılamayacağına göre, bir uyumsuzlukta ticari defterin kendisi yerine bizatihi dayanağının delil olarak kullanılması ile yetinilebileceği de şüphesizdir. Bu nedenle

<sup>83</sup> ETK m.85 “Kanuna uygun bir surette tutulan ve birbirini teyit eden ticari defterlerin münderecatı sahibi lehine delil ittihaz olunur; şu kadar ki hasım tarafın keza kanuna uygun surette tutulmuş olan ve birbirlerini teyideden defterleri buna aykırı olur veya bu hususta hiçbir kaydı havi bulunmazsa yahut iddianın dayandığı kaydın aksi, vesika veya diğer muteber delillerle ispat edilirse sözü geçen kaydın ispat kuvveti kalmaz.”

<sup>84</sup> **KARSLI**, s. 620; **TUZTAŞ**'a göre de, bu bölüm maddeye sehven konulmuştur ve ilk fırsatta değiştirilmesi gerekmektedir (Hüseyin **TUZTAŞ**, *Ticari Defterlerin İbrazı ve Delil Olması*, www.sevgipinari.org/hukuk-rehberi 02.08.2013, s.12). Aynı yönde **KARAHAN**'a göre de, bu durumun, HMK m. 222/3 hükmünün eski TK m. 85 hükmünden hatalı bir şekilde aktarılmasından kaynaklanmaktadır. Kanun koyucunun böyle bir iradeyi taşıdığı da esasen düşünülemez. Netice itibarıyla, çelişkili, hukukun ilkelerine zıt ve ciddi suiistimallere yol açabilecek bu hükmün acilen değiştirilmesi ve her iki tarafın ticari defterlerinin ilk beş şartı yerine getirmesi halinde, taraflardan birinin ticari defterlerinde, dava konusu uyumsuzluğa ilişkin hiçbir kayıt yokken; diğer tarafın defterlerindeki kayda onun lehine ispat gücü tanınmamalıdır, Sami **KARAHAN**, “Yeni Kanuni Düzenlemelerde Ticari Defterlerin Delil Olması,” www.ticaretkanunu.net s. 2 (Delil Olması).

<sup>85</sup> **POROY/YASAMAN**, 2012, s. 228, 229; Oysa yazar, kitabının daha önceki baskılarında farklı görüş benimsemekte idi. Eski baskıda yazara göre, defterlerdeki kaydın dayandığı belgelerin ibrazının istenemeyeceği, aksi takdirde defterlerle ispat özelliğinin bir özelliğinin kalmayacağını, nitekim ticari defterlerle ispatın genel ispat usullerini ve diğer delillerini bertaraf eden bir usul değil; genel ispat mekanizmasında bir avantaj, kolaylık sağladığını, karşı tarafın defterlerdeki kayıtların aksini, kendi defterleri, vesika veya diğer geçerli delillerle ispat edebileceğini, aksi takdirde davacının defterlerinin özel delil olma fonksiyonunun ortadan kalkacağını beyan etmişlerdir (Reha **POROY**/Hamdi **YASAMAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, Beta Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul 2001, s. 182, 183; Reha **POROY**/Hamdi **YASAMAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, İstanbul 2004, s. 208).

<sup>86</sup> **KAYAR**, *Ticaret Hukuku*, s. 235; “...Defterdeki borç kaydının dayanağı olan tediye ve tahsil fişlerinin mevcut olmaması karşısında bu kaydın hukuken bağlayıcı olup olmayacağı irdelenmek ve incelenmek ve sonucuna göre bir karar verilmek gerekir”. Y.11.HD. T: 11.5.1993, E: 1992/3112, K:1993/3405 (www.kazancı.com 24.02.2014).

6102 sayılı TTK’da ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlere yer verilmemesi de isabetli bir karardır<sup>87</sup>.

Ayrıca kanun koyucu, ticari defterler ile birlikte defter kayıtlarının dayanağı olan belgelerin de saklanmasını zorunlu kılmıştır. TTK m. 64/2’de “*Tacir, işletmesiyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamakla yükümlüdür*”<sup>88</sup>. Bu genel düzenleme yanında, ticari defterlerin ve belgelerin saklanması hususu TTK m. 82’de hükme bağlanmıştır. TTK m. 82/1’e göre, defter tutma yükümlülüğüne tabi olan kişiler, ticari defterlerini, envanterlerini, bilançolarını, finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak diğer belgeleri aldığı-gönderdiği ticari mektupları ve kayıtların dayanağını teşkil eden belgeleri, on yıl boyunca saklamakla yükümlüdür. Saklama süresi, ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanter ve bilançoların düzenlendiği, ticari yazışmaların yapıldığı takvim yılının bitişinden itibaren başlar<sup>89</sup>.

Yangın, su baskını, deprem gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defter ve belgeler, kanuni saklama süresi içinde ziyaa uğrarsa tacir ziyaa uğrarsa tacir ziyayı öğrendiği tarihten itibaren 15 gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine bir “zayi belgesi (kayıp belgesi)” verilmesini ister. Bu dava hasımsız açılır ve mahkeme gerekli gördüğü delillerin toplanmasını emreder (TTK m. 82/7).

İleride gerçekleşecek uyuşmazlıkların çözümünde defter ve belgelerin önemli bir ispat aracı olduğu gözetilerek getirilen saklama yükümü, ticari defter tutma yükümünün tamamlayıcısı niteliğindedir<sup>90</sup>. Dikkat edilirse, TTK m.82/1’de sayılan belgeler, tacirin ticari işlemlerinin hazırlanmasına, kurulmasına, icrasına veya iptaline ilişkin belgelerdir. Bu belgeler, ticari defterlerdeki kayıtların dayanağını oluşturmaktadır ve ticari defterler ancak bunlarla birlikte delil olacaktır. Dolayısıyla gerektiği zaman bu belgelerin kanıt olarak sunulması söz konusu olacağından, kanunkoyucu bunların da defterler gibi saklanması

<sup>87</sup> **KENDİGELEN**, s.100; **BUDAK**’a göre de, Ticaret Kanunu’ndan ticari defterlerle ispat usulünün kaldırılmasının sebeplerinden biri, ticari defterlerle ispatın defterlerde yer alan işlemlerin dayanağının olması halinde geçerli olduğu, bu durumda da senetle ispat imkanının zaten mevcut bulunduğudır (**BUDAK**, s. 516).

<sup>88</sup> Hükümde öngörülen bu yükümlülük, belgeleme ve kaydın, belgeye dayanması ilkesi (“Belge yoksa kayıt da yoktur” ilkesi) sonucu öngörülmüştür. (TTK m. 64/2 Kanun Gerekeşi).

<sup>89</sup> VUK m. 253 ve 254’e göre, tutulan defter, kayıt ve belgelerine ilgili buldukları yılı takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl süreyle muhafaza etmeleri zorunludur.

<sup>90</sup> Oruç Hami **ŞENER**, “*Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Ziyat, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları (Özellikle TTK 68/IV)*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 1, Yıl: 2004, s. 235, 236.

zorunluluğunu öngörmüştür. Zira ancak bu belgelerin yardımıyla işletmenin defterlerinden tam bir fikir sahibi olunabilir<sup>91</sup>.

Eğer bu belgeler, defterlerin delil olarak kullanılmasında esas alınmayacak ve defterler onlarla birlikte değerlendirilmeyecekse, kanun koyucunun bunların saklanması (TTK m.82/1) ve zayi belgesi alınmasına<sup>92</sup> (TTK 82/7) ilişkin getirdiği kurallar anlamsızlaşmaktadır<sup>93</sup>.

Özellikle ticari defterlerden olan yevmiye defterini incelediğimizde, yevmiye defterinde bulunması zorunlu unsurlardan bir tanesi de her kaydın dayandığı belgenin türü, varsa tarih ve numarasıdır (Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ<sup>94</sup> m. 6/2, b. e). Dolayısıyla bu belgeler incelenmez ise, ticari defterlerdeki kayıtların gerçek bir belgeye dayanıp dayanmadığını tespit etmek mümkün değildir. Özellikle 6102 sayılı TTK ile gündeme gelen envanterler, açılış bilançoları, ara bilançolar, yılsonu finansal tablolar ile yıllık faaliyet raporları ve bu belgelerin anlaşılmasını kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerinin de ticari defterlerle birlikte incelenmesi gerekir. Sonuç itibarıyla ticari defterlerin belirtilen bu belgeler ile ibrazı, gerçek manada bir ibraz teşkil eder ve defter sahibinin defterleri lehine delil teşkil eder<sup>95</sup>.

Nitekim *Domaniç*'e göre de, yevmiye defterinde kayıtlar yapılırken her kaydın dayandığı belgenin türü, varsa tarih ve numaralarının da yazılmasının emredilmesi, defter kayıtlarının belgelere dayanmasını zorunlu kılmaktadır. Ayrıca aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz VUK m. 227/1 hükmü ve hâkimin takdirine tabi bulunmayan kanuni delilleri düzenleyen HUK m. 287-290 (HMK m. 200 vd.)'nin da gereği olarak defter kayıtlarına TK m. 66/2'de (TTK m. 64/2) sayılan belgelerin dayanak olması zorunludur. Aksi takdirde dayanak belge olmaksızın yapılan kayıtlar, çürüktür. Yazara göre belgelerin kayıtlara dayanak olması zorunluluğuna "*Tahriri olması icap eden akitlerde, borç deruh-te edenlerin imzaları bulunmak lazımdır*" şeklindeki BK m. 13/1 (TBK m. 14/1) hükmü kaynaklık etmektedir<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> **ŞENER**, s.237-238.

<sup>92</sup> "Faturalar da tacirler bakımından TTK.'nın 68. maddesinin kastettiği anlamda belge niteliğinde olduğundan zayi olmaları halinde bunlar için dahi zayi belgesi istenebilir. (Y. 11.HD. 22.6.1978, E.3297/K.3388 Fevzi **YARBAŞ**, *Ticaret ve Vergi Davalarında Ticari Defterlerin Delil Niteliği*, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 1996, s. 198 [Delil Niteliği]).

<sup>93</sup> **ŞENER**, s.238 dn.16; **BOZER/GÖLE**, s.166.

<sup>94</sup> RG: 19.12.2012, Sayı: 28502.

<sup>95</sup> Ünal **SOMUNCUOĞLU**, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterlerin İbrazı ve Delil Olma Nitelikleri", İstanbul Barosu Dergisi, C: 86, S: 2012/1, Ocak-Şubat 2012, s. 201.

<sup>96</sup> **DOMANIÇ**, 282, 283

Her ne kadar kanun koyucu defterlerdeki kayıtların birbirini doğrulamasından söz etmiş, defterlerdeki kayıtların belgelerdeki kayıtlara uygun olması gerektiği hususuna yer vermemiş olsa da, muhasebe bir küldür. Bu bağlamda belgelerdeki kayıtlarla defterlerdeki kayıtların birbirini doğrulaması gerekir. Aksi durumda defterlerdeki kayıtlar, belgelerdeki kayıtlara uygun olmadığı için değer taşımaz<sup>97</sup>.

Nitekim “belgeleme” muhasebenin temel kavramlarından biridir. Bu kavram uyarınca, muhasebe kayıtlarının gerçek durumu yansıtan ve usulüne uygun olarak düzenlenmiş belgelere dayandırılması gerekir<sup>98</sup>. Gerçek durumu yansıtan ve usulüne uygun olarak düzenlenmiş belgelere dayanılması halinde muhasebe bilgilerinin doğruluğundan bahsedilebilir<sup>99</sup>.

Yargıtay’a göre de, defter kayıtlarının dayanağı olan belgelerin mevcut olmaması halinde defterler delil olarak kullanılmazlar. Nitekim Yargıtay birçok kararında, ticari defter kayıtlarının usulüne uygun düzenlenmiş belgelerle desteklenmesi gerektiğini, ticari defterlerin dayanakları ile birlikte geçerli olduğunu, ancak bu şekilde dayanan yararına delil olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Ticari defterlerin dayanağı belgeler üzerinde durulmadan salt defter kayıtları ile yetinilen durumlarda, bu kayıtların dayanakları konusunda uzman bir bilirkişi vasıtasıyla incelenmesi gerektiğini belirterek kararları bozmuştur<sup>100</sup>.

Oysa Yargıtay önceleri, “Tacirin ticari defterlerinin dayanakları olmasa bile, defterler yasaya uygun olduğu takdirde tacirin lehine delil olabilir” demektedir<sup>101</sup>. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi Yargıtay sonradan bu içtihadını değiştirmiştir.

## 2. Dayanak Belgelerin İbrazını Gerekli Görmeyen Görüş

Doktrinde ileri sürülen ikinci görüşe göre ise, ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için, defter kayıtlarının dayanağını teşkil eden belgelerin ibrazına gerek yoktur. Defterlerin delil kuvvetini böyle bir şarta bağlamaya kanunun lafzı ve ruhu uygun değildir. Belgelerin de ibrazı aranmış olsaydı, ticari defter

<sup>97</sup> **BOZER/GÖLE**, s.165, 166

<sup>98</sup> Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği, s. 4. (26 Aralık 1992 tarihli 26/21447 mükerrer sayısında yayınlanmıştır).

<sup>99</sup> **YARBAŞ**, Delil Niteliği, s. 25.

<sup>100</sup> Y. 11.HD, 9.7.1986, E.3492/K.4315; Y. 11.HD, 18.2.1991, E.9193/K.1051; Y. 19.HD, 27.6.2012, E.1593/K.10656; YHGK 2.10.2002 E.19-753/K.661; Y. 19.HD, 10.5.2005, E.10653/K.5346; Y.11.HD, 11.5.1993, E.3112/K.3405 (www.kazanci.com 24.02.2014) “Ticari defterler dayanakları ile birlikte geçerlidir.” Y. 11.HD, 6.11.1989, E. 8242/K.5987; “Tacir olan tarafların defterleri ile bunların dayanaklarının da incelenmesine karar verilmelidir.” Y. 11.HD, 21.06.1988, E.243/K.4170 (**Eriş**, s. 1150).

<sup>101</sup> Y. TD, 3.4.1972, E.316/K.1687.

tutmanın ve defterlerle ispat usulünün hiçbir anlamı kalmazdı. Zira böyle bir şart öngörülürse, defterlerin delil olmasından değil, dayanağı olan belgelerin delil kuvvetinden söz etmek gerekir ki bu durumda defter tutmanın özel bir nedeni kalmamaktadır<sup>102</sup>. Çünkü bu durumda tacir defterler yerine senet, belge ve kâğıtları saklar ve iddiasını bu belgeler ile ispat ederek aynı sonuca ulaşır<sup>103</sup>. Zaten bu hususta yasada açık ve kesin bir hüküm de mevcut değildir<sup>104</sup>.

Aksi yönde kanaat açıklayan yazarlar görüşlerine tacirin TTK m. 64/2 ve TTK m.82 gereğince yaptığı hukuki işlemlere ilişkin belge ve kâğıtlar ile senetleri on yıl saklaması zorunluluğunu dayanak göstermişlerse de, bu kurala uyulmaması durumunda, bunun hukuki ve cezai yaptırımı açıklanmamıştır<sup>105</sup>. Oysa ticari defterlerin saklanmamasının hukuki sonucu, tacir bu defterleri ibrazdan kaçınmış sayılmasıdır. Bunun sonucunda, ticari defterlerin ispat fonksiyonundan lehine yararlanamaz<sup>106</sup>. Nitekim Yargıtay'ın 1972 tarihli kararında (Y. TD, 3.4.1972, E.316/K.1687) tacirlerin işletmeleriyle ilgili aldıkları belgeleri saklamaya ilişkin mecburiyetin, defter kayıtlarının ispat hukuku bakımından hükümsüz saymak gayesine matuf olmadığı, TK'da belgeleri saklama mecburiyetinin bir müeyyidesinin bulunmadığı, 67'nci maddenin 4'üncü fıkrasındaki müeyyidenin, defterleri hiç veya kanuna uygun şekilde tutmayan sorumlulara ait olduğu, ayrıca böyle bir yazılı delil olduğunda, iddiayı defterlere dayanarak ispatın

<sup>102</sup> ARKAN, s.353; ÜLGEN, s.102; POROY/YASAMAN, 2001, s.183; POROY/YASAMAN, 2004, s. 208; KARAHAN, 1996, s.238; BUDAK, s. 517; ERİŞ, s.1187 (ERİŞ'in 11.HD'nin, 9.7.1986 tarihli kararına ekli karşı oy yazısı).

<sup>103</sup> ERİŞ, s.1187 (ERİŞ'in 11.HD'nin, 9.7.1986 tarihli kararına ekli karşı oy yazısı); Nitekim ÜLGEN'e göre de bu belgeler (fatura, makbuz, senet) tek başına delil gücüne sahip belgeler olduğu için, bu durumda ticari defterleri ortaya çıkarmanın bir anlamı kalmayacaktır (ÜLGEN, s.102).

<sup>104</sup> BUDAK, s. 516.

<sup>105</sup> ERİŞ, s.1187 (ERİŞ'in 11.HD'nin, 9.7.1986 tarihli kararına ekli karşı oy yazısı); DOĞANAY, s. 21; Gerçekten de 6762 sayılı mülga TK m. 67'de öngörülen cezai müeyyide yalnızca defterleri hiç veya kanuna uygun şekilde tutmayan sorumlulara aitti. Ancak eski TK döneminde geçerli olan bu düşünce, yeni TTK döneminde geçerli değildir. 6102 sayılı TTK m. 562/1, b hükmü uyarınca, işletmeyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda sağlamayanlara 4. 000 TL idari para cezası verilecektir. Ayrıca TTK m. 562/1, f hükmü uyarınca bu belgeleri ibraz etmeyenler de 4. 000 TL idari para cezası ile cezalandırılacaktır. Şunu da belirtelim ki 6335 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikten önce ise belirtilen fiiller ikiyüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile yaptırma bağlanmıştı (KENDİGELEN, s. 91, dn. 53).

<sup>106</sup> ERİŞ, s.1187 (ERİŞ'in 11.HD'nin, 9.7.1986 tarihli kararına ekli karşı oy yazısı). Belirtelim ki 6102 sayılı 562/1, a hükmü uyarınca defter tutma yükümlülüğünü yerine getirilmeyenlere 4. 000 TL idari para cezası verilecektir. Ayrıca 6335 sayılı Kanun ile getirilen TTK m. 562/6 hükmüne göre, "Ticari defterlerin mevcut olmaması veya hiçbir kayıt içermemesi yahut bu Kanuna uygun saklanmaması hâllerinde, sorumlular üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır." Böylece söz konusu fıkradaki fiiller bağımsız birer suç olarak kabul edilmiştir.

bahis konusu olamayacağını, bu nedenle defterdeki kayıtların dayanaklarının aranmamış olmasında yasaya aykırı bir yön olmadığı belirtilmiştir.

Bu konuda VUK m.227/1'e değinmek gerekmektedir. "İspat edici kâğıtlar" başlıklı söz konusu hükme göre; "Bu kanunda aksine hüküm olmadıkça, bu kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların tevsiki<sup>107</sup> mecburidir (f. 1). Defter tutmak mecburiyetinde olmayan mükellefler vergi matrahlarının tesbiti ile ilgili giderlerini tesvike mecburdurlar. (Götürü usulde tesbit edilen giderler hariç). (f. 2). Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır (f. 3). Maliye ve Gümrük Bakanlığı, düzenlenmesi mecburi olan belgelerde bulunması gereken zorunlu bilgileri belirlemeye ve bu belgelerden uygun gördüklerine, düzenlenme saatinin yazılması mecburiyetini getirmeye yetkilidir (f. 4)".

Bu hükümden yola çıkarak acaba ticari defter kayıtlarının da tevsiki (belgelendirme) gerekir diyebilir miyiz? Ülgen'e göre, bu hüküm, sadece vergi hukuku açısından önem taşır. Esasen 227. maddede yer alan "bu kanuna göre" sözleri de bu görüşü destekler<sup>108</sup>. Oysa Domaniç'e göre, kendi defterlerine dayanan tacirin, VUK m.227/1 manasında bu kayıtların doğru olduğunu kanıtlayacak belgelere de sahip olması gerekir. Aksi takdirde VUK m. 227/ f.1 anlamında bir belgeye dayanmaksızın başka kişileri borçlandıran tacirin, sırf bu kayıtlar nedeniyle haklı sayılması tehlikeli sonuçlar doğurabilir ve bu nedenle dayanak belgelerin aranmaması, savunulması zor hukuki bir görüştür<sup>109</sup>.

Bu görüş taraftarlarına göre, defter kayıtlarının dayanağını teşkil eden belgelerin ibrazı zorunluluğunun aranmamış olması, iddiasını defterleriyle ispatlamak isteyen tacirin hasmını da zor durumda bırakmaz<sup>110</sup>. Çünkü tacirin her iste-

<sup>107</sup> **Tevsik:** Belgelendirme (Hukuk Bilgi Bankası <http://www.hukukturk.com> 24.02.2014)

<sup>108</sup> **ÜLGEN**, s.101; **BUDAK**, s. 516; VUK m. 227 ile ilgili örnek bir Danıştay kararı için bkz. Danıştay 3. D., 14.5.2003, E.4292/K.3080 [www.kazancı.com.tr](http://www.kazancı.com.tr) 24.02.2014; Bir başka Danıştay kararı için bkz. Danıştay 4.D., 21.5.1973, E.4752/K. 2794, Yılmaz **ULUSOY**, *Vergi Usul Kanununda Türk Ticaret Kanununda Kooperatifler Kanununda ve Özel Kanunlarda Ticari Defterler ve Belgeler, Bunlardan Doğan Mali, Hukuki, Cezai Sorumluluklar*, Olgaç Matbaası, Ankara 1981, s. 235, 236).

<sup>109</sup> **DOMANIÇ**, s.295, 296; Nitekim *Domaniç*'in bu konuyla ilgili verdiği örnek şu şekildedir: Örneğin, davalıya bir miktar mal sattığını iddia eden tacirin fatura düzenlediği ve bu faturayı müşteriye verdiği veya malı teslim ettiği makbuz ve diğer deliller yahut müşterinin defter kayıtları ile kanıtlanamıyorsa, malın satıldığının satıcı defterlerine kaydedilmiş olması müşteriye borçlandırmak için yeterli bir delil sayılamaz. İspat etme yükünü davacıya yükleyen MK m. 6 ile davacının muntazam defter kayıtlarının aksini "vesika ve diğer muteber delillerle ispat" hakkını davalıya tanıyan TK m. 85 ile "Her kaydın dayandığı vesikaları" arayan TK m. 70-6 dahi VUK m. 227/1'e dayalı görüşü teyid eder (**DOMANIÇ**, s. 296).

<sup>110</sup> **ARKAN**, s.353; **ERİŞ**, s.1187 (ERİŞ'in 11.HD'nin, 9.7.1986 tarihli kararına ekli karşı oy yazısı).



diğini veya gerçek dışı her şeyi defterine yazması imkân dışıdır<sup>111</sup>. Eğer tacir, ticari ilişki kurduğu tacirin aleyhine istediğini dayanaksız yazmış olsa bile, tacir olması gereken bu kişi de, HMK m.222/3 gereğince karşı tarafın defter kayıtlarını yasaya uygun tuttuğu takdirde kendi defterleri, elindeki belge ve geçerli diğer kanıtlarla çürütmek imkânına sahiptir<sup>112</sup>.

Bu görüş taraftarları, özellikle örf ve adet gereği tacirin yazılı olması gerekmeyen bazı iş ve işlemlerinin bulunduğu da işaret etmektedirler. Bu halde, ticari defterlerin mutlaka dayanağını aramak ve özellikle örf ve adet gereği yazılı sözleşme, belge ve senet olmadığı durumda da ticari defterleri delil olarak kabul etmemek, ticari defterlerin delil olma niteliğini çok kısıtlayan bir yorum biçimidir<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> **ERİŞ**, s.1187 (ERİŞ'in 11.HD'nin, 9.7.1986 tarihli kararına ekli karşı oy yazısı).

<sup>112</sup> **ARKAN**, s.353; **ERİŞ**, s.1187 (ERİŞ'in 11.HD'nin, 9.7.1986 tarihli kararına ekli karşı oy yazısı). 6335 sayılı Kanun ile değişik TTK m. 562/8 hükmü uyarınca, "ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."

<sup>113</sup> **ERİŞ**, s.1187 (ERİŞ'in 11.HD'nin, 9.7.1986 tarihli kararına ekli karşı oy yazısı); **BOZER/GÖLE**'ye göre, taraflar arasındaki ilişki, ihtilafın ispatı konusunda yazılı belge ibrazını gerekli kılmıyorsa, defterlerdeki kayıtların da belgelere dayanması gerekmez; bunun haricinde, belgeye dayanmayan kayıtlar sahibi lehine delil olmamalıdır. Ancak bu yorum tarzıyla defterlerdeki kayıtların doğruluğu ve disiplini sağlanabilir (**BOZER/GÖLE**, s.166); **YILMAZ**'a göre, aleyhe görüşün ileri sürdüğü tüm gerekçelere katılmakla birlikte, ticari defterlerin yeterince açık olmaması ve çelişik kayıtlar içermesi durumunda, ispat yükü kendisine düşen tarafın, iddiasını ispatlayabilmek için pratik açıdan dayanak belgeleri de sunmak zorunda kalabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu (HGK 2.10.2002, 19-753/661) anlaşılmaktadır (**YILMAZ**, s. 32, 33). **ÜLGEN** bu konuda dış senet ve işletmenin iç fişleri açısından bir ayırım yapmaktadır. Ülgen'e göre, ETK m.70 oldukça önemlidir. Söz konusu 70. Maddesinin II. Fıkrasında "yevmiye maddelerinin en az aşağıdaki malumatı ihtiva etmesi şarttır "dendikten sonra aynı maddenin 6. Bendinde "her kaydın dayandığı vesikalarn nevi ve varsa tarih ve numaraları" denmektedir. Bu hükümlerden ticari defterlerde yer alan kayıtların ispatlanması neticesine varsak bile sorun yine tam olarak çözülmemektedir. Asıl mesele, defter kayıtlarının ispatında başvurulacak belgelerin neler olması gerektiğidir. Bu belgeler dış münasebette elde edilmiş senet, fatura, makbuz vs.mi olmalıdır, yoksa işletmenin iç fişleri vs. bu konuda yeterli midir? Şayet defter kayıtlarının dış münasebette elde edilmiş senet, fatura, makbuz vs. mahiyette belgelerle ispat edilmesi gerekir dersek bu takdirde karşımıza şu sorun çıkmaktadır: Öncelikle tacirler arasında iki tarafın durumuna göre senede bağlanması gerekmeyen gelenekten olmayan muameleler pek çoktur. Ayrıca defter kayıtlarının bu tip belgelerle ispatı gerekir dediğimiz zaman, ticari defterlerin ispat aracı olarak hiçbir değeri kalmaz.

Ticari defterlerdeki kayıtların ispatı hususunda işletmenin iç fişleri (örneğin kasa fişleri) vs. yeterli ise bu takdirde de ticari defterlerde yer alan kayıtların pek emin bir dayanak bulduğu söylenemez ve defterlerin ispat gücü ve kuvvetinden şüphe edilir. Mamafih bu konuda defterlerdeki kayıtların dayanağının işletmenin iç fişleri vs. olabileceğini söylemek mümkündür. ETK m.70/II, 6'daki "her kaydın dayandığı belgelerin nevi ve varsa tarih ve numaraları" tarzındaki ifadede bu sonuca varılabilir. Gerçekten belgelerin nevi ve varsa tarih ve numarası dendiğine göre demek ki defter kayıtlarına dayanak olan belgelerin tarih taşımaları mümkün olabiliyor. Buradan söz konusu belgelerin, hiç olmazsa, her zaman pek ciddi bir şey olmadıkları sonucuna varılabilir. (**ÜLGEN**, s.102).

### 3. Görüşler Hakkında Değerlendirmemiz

Ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için, defter kayıtlarının dayanağını teşkil eden belgelerin ibraz edilmesinin gerekip gerekmediğine yönelik hem lehe hem de aleyhe görüşün savlarını yukarıda ifade etmeye çalıştık. Her iki görüşün de haklı olduğu yönler mevcuttur. Bununla birlikte biz burada görüşlerin temel çıkış noktasından hareketle görüşümüzü ortaya koymaya çalışacağız.

Dikkat edileceği üzere, her iki görüş de tacirin defterlerindeki dayanaksız kayıtlardan, karşı tarafın korunması, bundan dolayı mağdur olmaması amacındadırlar. Dayanak belgelerin ibrazını gerekli gören görüş taraftarları, kayıtlara dayanak olan belgelerin ibrazının da aranması ile bu sorunun çözülebileceğini ileri sürerken, karşı görüş taraftarları, kendisi de tacir olması gereken karşı tarafın, HMK m.222/3 gereğince kendi defterlerini kanuna uygun tuttuğu takdirde, bu kayıtları kendi defter ve belgeleri ile dayanaksız bırakma imkânına sahip olduğunu belirtmektedirler.

Kanaatimizce her durumda ticari defterlerdeki kayıtların dayanak belgeler ile ispatını aramak doğru olmayacaktır. Her iki görüşün amacından yola çıkarak iddiasını ticari defterleri ile ispatlamak isteyen tacirin hasmını zor durumda bırakmayacak şekilde bir çözüm tarzı benimsememiz gerekmektedir. Bu itibarla diyebiliriz ki karşı tarafın yasaya uygun tuttuğu defterlerindeki kayıtlarla doğrulanmayan her kayıt, mutlaka belgeler ile kanıtlanmalıdır. Şayet böyle bir belge ibraz edilemiyorsa, bu kayıtlar sahibi lehine delil oluşturmayacaktır. Bu tespite, HMK m. 222/3'teki, "...diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması..." düzenlemesinden de ulaşılabılıriz<sup>114</sup>. Örneğin, davanın iki tarafı da usulüne uygun tuttıkları defterlerini ibraz etmiş; davacının defterinde yer alan sattığı malların teslimine yönelik kayda rağmen davalının defterinde bu malların teslim alındığına yönelik herhangi bir kayıt yoktur. Bu durumda davacı yaptığı teslimatı dayanak belgeler (makbuz vs.) ile ispat etmelidir. Ancak örneğimizde davalının defterinde söz konusu malların teslim alındığına yönelik kayıt varsa artık davacının defterinde yer alan sattığı malların teslim edildiğine yönelik kaydın ispatı gerekmeyecektir<sup>115</sup>. Bu konuda *Ülgen* de, her zaman ticari defterlerdeki kayıtların ispatının istenmesinin doğru olmayacağını, her iki tarafın defterleri karşılıklı olarak birbirini doğruluyorsa artık haklı çıkan tarafın defter kayıtlarının ispatının istenmeyeceğini belirtmiştir<sup>116</sup>. Bu çözüm tarzı, usul ekonomisine de uygundur. Zira usulüne uygun tutulmuş ticari defterler birbirini doğruluyorsa, artık ticari defter kayıtların dayanak belgeler ile ispatına gerek bulunmamaktadır.

<sup>114</sup> TUZTAŞ, s. 22.

<sup>115</sup> Benzer örnek için bkz. TUZTAŞ, s. 22, 23.

<sup>116</sup> ÜLGEN, s. 102, dn. 28.

Özellikle HMK 222/3 hükmü uyarınca, ispat yükü kendisinde olan tarafın defterindeki kayıtların, karşı tarafın ticari defterlerinde ilgili hususta hiçbir kaydın bulunmaması durumunda da lehe delil olarak kabul edilmesi, bu kayıtların dayanak belgelerinin mutlaka aranmasını gerektirmektedir. *Domanıç*'in VUK m. 227/1 hükmü uyarınca, özellikle kendi defter kayıtlarıyla başka kimseleri borçlu gösteren tacirin, bu defter kayıtlarını haklı gösterecek belgelere sahip olmasını zorunlu kılar ifadesi de, bu görüşü destekler niteliktedir<sup>117</sup>.

Bazı Yargıtay içtihatlarında da, isabetli olarak, ticari defterlerden delil olarak yararlanılabilmesi için dayanak belgelerin aranması şartını, yalnızca taraflardan birinin kendi defterine dayanması halinde gerekli görmekte<sup>118</sup>; karşı tarafın ticari defterine dayanılması<sup>119</sup> veya her iki tarafın ticari defterlerinin birbirini doğrulaması durumunda böyle bir şartı aramamaktadır<sup>120</sup>.

### SONUÇ

6102 sayılı TTK hükümleri uyarınca tacirler gerekli ticari defterleri tutmakla yükümlüdür (TTK m. 18/1, 64/1). 6762 sayılı eTK'da yer alan belirli zorunlu-belirsiz zorunlu ticari defterler ayırımına son verilmiştir. Tacirin tutmakla yükümlü olduğu ticari defterler kanunda ismen belirtilmiştir (TTK m. 64/3-4). TTK'da ticari defterlerin kesin delil olma özelliğine de son verilmiştir. Ticari defterlerden artık takdiri delil olarak yararlanılacaktır. Ayrıca ticari defterlerin delil olmasına ilişkin hükümler TTK'dan çıkarılarak HMK'ya aktarılmış ve bazı farklılıklar dışında esas itibarıyla eTK'dakine paralel şekilde düzenlenmiştir. Ancak HMK'da ticari defterlerin ispatına ilişkin hükümler düzenlenirken özenli davranılmamıştır. Özellikle yasaya uygun şekilde tutulan ticari defterlerin sahibi lehine delil olması için, taraflardan birinin ticari defterlerinde ilgili hususta kayıt varken, diğer tarafın ticari defterinde hiçbir kayıt bulunmaması halinde de defterler lehe delil olmaktadır. Oysa eTK döneminde böyle bir durumda tacirin

<sup>117</sup> **DOMANIÇ**, s. 296.

<sup>118</sup> Örneğin: "Davacı şirketin, davaya konu alacağın ilişkin bulunduğu 1997 yılı Yevmiye ve Envanter Defterlerinin kapanış tasdiklerinin bulunmadığı, uzman bilirkişilerce düzenlenen 23.9.1999 havale tarihli bilirkişi raporuyla saptanmış, davacı vekili de, bu rapora bir itirazı bulunmadığını 26.10.1999 tarihli duruşmada imzasıyla beyan etmiştir. Davacı vekilinin temyiz dilekçesi ekinde sunduğu 17.11.1999 tarihli noter belgesi de, ticari defterlerin tasdikini düzenleyen TTK. nun 69. maddesinde öngörülen usule uygun bir tasdiki ifade etmemektedir. Kaldı ki, defterlerinin davacı yararına delil olarak kabul edilebilmesi için, usulüne uygun tasdikinin mevcut olması dahi tek başına yeterli değildir; defterlerdeki kayıtların dayanağını oluşturan belgelerin de mevcut olması ve yine TTK. nun ilgili diğer hükümlerinde aranan öteki koşulların da gerçekleşmiş bulunması şarttır. O halde, somut olayda anılan defterlerin TTK. nun 82. ve sonraki maddeleri anlamında davacı yararına delil oluşturmasına hukuken olanak yoktur." YHGK 2.10.2002, E.19-753/K.661 (www.kazanci.com.tr 24.02.2014).

<sup>119</sup> Örneğin bkz. Y. 19 HD, 13.3.1998, E.914/K.1852, **ERİŞ**, s. 1217-1218

<sup>120</sup> **BUDAK**, s. 517.

kendi defterindeki kaydın ispat kuvveti bulunmamaktaydı. Bu durum eTK m. 85 hükmünün TTK'ya hatalı şekilde aktarılmasından kaynaklanmaktadır. Çalışmamızda açıklandığı üzere bu düzenlemenin eTK hükmündeki şekline dönüştürülmeli ve taraflardan birinin ticari defterinde ilgili hususta hiçbir kayıt yokken, diğer tarafın defterindeki kayda ispat gücü tanınmamalıdır.

Defterler delil olarak kullanılırken, bunların dayanağını teşkil eden belgelerin ibrazının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre defterdeki kaydın sahibi lehine delil olması için, defter kayıtlarını dayanağını teşkil eden belgelerin ibrazı gerekmemektedir. Nitekim Yargıtay da önceki bir kararında ticari defterlerin dayanakları olmasa bile, yasaya uygun tutulduğu takdirde lehe delil olabileceğini belirtmiştir (Y. TD, 3.4.1972, E.316/K. 1687). Aksi görüşe göre ise ticari defterler ancak dayanakları olan belgelerle geçerlidir; kayıtlarının dayanağını teşkil eden belgelerin mevcut olmaması halinde defterler delil olarak kullanılmazlar. Yargıtay da bu konudaki görüşünü değiştirmiş ve birçok kararında ticari defterlerin ancak dayanakları ile birlikte geçerli olduğunu içtihat etmiştir.

Bizce *Tuztaş ve Ülgen'in* isabetle işaret ettikleri üzere, ticari defterlerin lehe delil teşkil etmesi için her durumda dayanak belgelerin aranması doğru değildir. Zira bu durumda, ticari defterle ispat usulünün bir anlamı kalmamış olacaktır. Ticari defterlerde yer alan kayıtlar, karşı tarafın yasaya uygun tuttuğu ticari defterlerinde yer alıyorsa başka bir deyişle her iki tarafın ticari defterleri uyumsuzluk konusunda birbirini doğruluyorsa artık dayanak belgelerin ibraz edilmesi gerekmez. Ancak taraflardan birinin yalnızca kendi defterine dayanması halinde veya iki tarafın ticari defterlerindeki kaydın birbirini doğrulaması halinde mutlaka dayanak belgelerin ibraz edilmesi gerekir. Yargıtay'ın bu yönde bazı içtihatları da mevcuttur.

Ticari defterleri tutma yükümlülüğünün ihlaline uygulanacak yaptırımlar, ticari defterleri düzenleyen TTK hükümlerinde değil, ayrı bir madde olan "Cezai Sorumluluk" başlıklı TTK m. 562'de hapis, adli ve idari para cezası olarak düzenlenmiştir.

## **KISALTMALAR**

- b.** : bent  
**BK** : 818 sayılı Borçlar Kanunu  
**bkz.** : bakınız  
**C.** : Cilt  
**D.** : Daire  
**dn.** : dipnot  
**E.** : Esas  
**eTK** : 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu  
**HD.** : Hukuk Dairesi  
**HMK** : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu  
**K.** : Karar  
**KHK** : Kanun Hükmünde Kararname  
**m.** : Madde  
**Nr.** : Numara  
**RG** : Resmi Gazete  
**s.** : sayfa  
**S.** : Sayı  
**TBK** : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu  
**TD** : Yargıtay Ticaret Dairesi  
**TL** : Türk Lirası  
**TTK** : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu  
**vd.** : ve devamı  
**VUK** : 213 sayılı Vergi Usul Kanunu  
**Y.** : Yargıtay  
**YHGK** : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

**KAYNAKÇA**

- ARKAN**, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 6335 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ticaret Kanunu’na Göre Hazırlanmış 16. Baskı, Ankara 2012.
- ARSLANLI**, Halil, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, 2. Bası, İstanbul 1959.
- AYHAN**, Rıza, Mehmet **ÖZDAMAR** ve Hayrettin **ÇAĞLAR**, *Ticari İşletme Hukuku*, Yetkin Yayınları, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Ankara 2012.
- BİLGİLİ**, Fatih ve Ertan **DEMİRKAPI**, *Ticari İşletme Hukuku*, Dora Yayınları, 3. Baskı, Bursa 2012.
- BOZER**, Ali ve Celal **GÖLE**, *Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010.
- BUDAK**, Ali Cem, “*Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1 Yıl: 2005.
- DOĞANAY**, İsmail, “*Türk Ticaret Kanununun Ticari Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerine Bir İnceleme*,” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Batider), C: IV, S: 1, Yıl: 1971.
- DOMANIÇ**, Hayri, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, Dördüncü Bası, İstanbul 1988.
- ERİŞ**, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler*, C.I, 3. Baskı, Ankara 2004.
- İMREGÜN**, Oğuz, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)*, Filiz Kitapevi, 12. Baskı, İstanbul 2001.
- KARAHAN**, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Mimoza Yayınları, 6335 sayılı Kanunla değişik 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu ve 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Güncellenmiş 23. Baskı, Konya 2012.
- KARAHAN**, Sami, *Yeni Kanuni Düzenlemelerde Ticari Defterlerin Delil Olması*, [www.ticaretkanunu.net](http://www.ticaretkanunu.net).
- KARSLI**, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012.
- KAYAR**, İsmail, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1 Yıl: 2005.

- KAYAR**, İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013.
- KENDİGELEN**, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 12 Levha Yayınları, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012.
- KURU**, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, C. II, İstanbul 2001.
- MOROĞLU**, Erdoğan, *"Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Başlangıç, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri ve Son Hükümlere İlişkin Değerlendirme ve Öneriler"*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 3. Bası.
- OLGAÇ**, Senai ve Mustafa **ÇENBERCİ**, *İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. III, S. 1, Yıl: 1965.
- POROY**, Reha ve Hamdi **YASAMAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, Beta Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul 2001.
- POROY**, Reha ve Hamdi **YASAMAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, İstanbul 2004.
- POROY**, Reha ve Hamdi **YASAMAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012.
- SOMUNCUOĞLU**, Ünal, *"6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterlerin İbrazı ve Delil Olma Nitelikleri"*, İstanbul Barosu Dergisi, C: 86, S: 2012/1, Ocak-Şubat 2012.
- ŞENER**, Oruç Hami, *"Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıya, Zayı Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları (Özellikle TTK 68/IV)"*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 1, Yıl: 2004.
- ŞUA**, İbrahim Halil, *"Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticari Defterlere Getirilen Yenilikler ve Değerlendirilmesi"*, Adalet Dergisi, S. 27, Ocak 2007.
- TAŞDELEN**, Nihat, *"6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterler"*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: III, S: 1, Yıl: 2012.
- TUZTAŞ**, Hüseyin, *Ticari Defterlerin İbrazı ve Delil Olması*, [www.sevgipinari.org/hukuk-rehberi](http://www.sevgipinari.org/hukuk-rehberi), 02.08.2013.
- ULUSOY**, Yılmaz, *Vergi Usul Kanununda Türk Ticaret Kanununda Kooperatifler Kanununda ve Özel Kanunlarda Ticari Defterler ve Belgeler, Bunlardan Doğan Mali, Hukuki, Cezai Sorumluluklar*, Olgaç Matbaası, Ankara 1981.
- ÜLGEN**, Hüseyin, *"Ticari Defterlerle İspat"*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. IV, S. 1, Yıl: 1967.

**YARBAŞ**, Fevzi, *Ticaret ve Vergi Davalarında Ticari Defterlerin Delil Niteliği*, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 1996.

**YARBAŞ**, Fevzi, *Ticari Defterlerin Hukuki Niteliği*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Kayseri 1994.

**YILMAZ**, Ejder, *Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m. 222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler*, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Yıl 2013.

**Kazancı İçtihat Programı**, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

**Hukuk Bilgi Bankası**, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).