

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

**Cilt XXIV, Ekim 2020, Sayı 4
Vol. XXIV, October 2020, No. 4**

Ankara 2020

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* Editor in Chief**

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN

Editörler*: Editors :**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdulkemim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkemim YILDIRIM

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Dr. Bilge AYTUĞAR Res. Assist.Dr. Bilge AYTUĞAR

Arş. Gör. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Res. Assist.Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Yayın Kurulu*: Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Günay KANDEMİR

ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Asil Organizasyon A.Ş.

Aşağı Öveçler Mahallesi, 1332. Sk. No:7/8, 06460 Çankaya/Ankara

Tel: 0312 911 27 45

Basım Tarihi: Ekim 2020

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 13 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

ASOS
indeks



CiteFactor
Academic Scientific Journals



DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigir İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)
YAYIN İLKELERİ**

1. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. Cilt XX Sayı 3’ten itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir. Ayrıca Cilt XXIII Sayı 1 itibarıyla dergide yayımlanan makalelere DOI numarası verilmektedir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman 12 punto, normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto, normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile gönderilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
6. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir. Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir. Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.
7. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri, ORCID numarası ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
9. Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal tarama

programında (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) azamî %10 benzerlik oranına sahip makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

10. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
11. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi’ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite’ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
13. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.
Örnek: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: “Makalenin Başlığı”, **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.
Örnek: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi:**

Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40. İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir. Örnek: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010) Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır. Örnek: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıflar da dahil olmak üzere bir kaynağa yapılacak atıflarda SOYAD, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:AYHAN, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise parantez içerisinde çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, (2007), s. 53.
AYHAN, (1997), s. 33.

Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: AYHAN, İşletme, s. 76.
AYHAN, Tasarruf, s. 33.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel: (312) 216 21 13

Faks: (312) 215 01 69

web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY FACULTY OF LAW
REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY**

1. Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-FLR) is published four times per year as a “peer-reviewed journal” and indexed by ULAKBİM. Since Vol. XX No. 3 “double peer-review” system has started to be applied. Also a DOI number is assigned to all articles since Vol. XXIII No. 1.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style and submitted via e-mail to the Editor.
4. Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
5. Articles in Turkish, English, German or French languages are accepted.
6. Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English. If the article is in a foreign language; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.
7. Names of the authors, their ORCID numbers, institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
8. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal or articles that contain mistypes above the ordinary are declined.
9. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles, which has a maximum 10% similarity ratio (on condition that bibliographic

materials, quoted materials and 2% small sources are excluded) in plagiarism scanning programme, are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “Article ID” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. If the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers’ wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.

10. Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses may also be published in the Journal along with peer reviewed articles and translations. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
11. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.
12. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
13. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Example: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME: Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Example: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki

Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)
If the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Example: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. Including first citation all citations to same resource material should be as such: SURNAME, page number.
Example: AYHAN, p. 36.

If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated in brackets.

Example: AYHAN, (2007), p. 53.
AYHAN, (1997), p. 33.

If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: AYHAN, İşletme, p. 76.
AYHAN, Tasarruf, p. 33.

Contact Information: Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını)
Beşevler/ANKARA/TURKEY

Tel: +90 312 216 21 13

Fax: +90 312 215 01 69

web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

e-mail: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXIV

Ekim 2020

Sayı 4

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar Serkan AYAN	3-60
Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi Musa AYGÜL / Ersin ERDOĞAN	61-100
Gemeinsames Sorgerecht Yasemin DURAK	101-118
Concordat And Restructuring In Turkish Insolvency Law (A Review From Adr Perspective) Mustafa GÖKSU	119-154
Türkiye-Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması ve 18 Mart 2016 Tarihli Türkiye-Avrupa Birliği Zirve Bildirisi Uyarınca Düzensiz Göçle Mücadele ve Bazı Sorunlu Alanlar Hüseyin Akif KARACA	155-194
Yenilenebilir Enerji Kaynaklarına Dayalı Lisanssız Elektrik Üretimi Özkan ÖZYAKIŞIR / Serdar ÜNVER	195-226
Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sıfatının Belirlenmesi H. Ebru TÖREMİŞ	227-262

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

KAMU HUKUKU

Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler İzzet ÖZGENÇ	265-272
Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81) Berrin AKBULUT	273-358
Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi Faruk TURHAN	359-410
Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK m. 308/A) Seydi KAYMAZ	411-488
Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu Muhammed DEMİREL	489-554
Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi Hakan GÜNDÜZ	555-584
İngiltere ve Galler’de Ceza Hukuku Sorumluluğuna Mâni Olan Bir Kurum Olarak Otomatizm Mehmet MADEN	585-612
İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babındaki Takibi Şikayete Bağlı Suçlarda Uzlaştırma Kurumunun Uygulanmasının Doğuracağı Sakıncalar İhsan BAŞTÜRK	613-666

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXIV

October 2020

Number 4

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

*Some Issues Arisen From Prescription Of Revocation
In Joint Indebtness*

Serkan AYAN3-60

*Arbitration On The Resolution Of Disputes Arising From Public-Private
Partnership Agreements In Healthcare Industry*

Musa AYGÜL / Ersin ERDOĞAN 61-100

Joint Custody

Yasemin DURAK101-118

*Concordat And Restructuring In Turkish Insolvency Law
(A Review From Adr Perspective)*

Mustafa GÖKSU 119-154

*Combatting Irregular Migration Under Turkey-European Union
Readmission Agreement And Turkey-European Union Summit
Statement Of 18 March 2016 And Some Problematical Areas*

Hüseyin Akif KARACA.....155-194

*Unlicensed Generation Of Electricity By Using
Renewable Energy Resources*

Özkan ÖZYAKIŞIR / Serdar ÜNVER 195-226

*Defining Investors As Consumers In Terms Of Investment
Services And Activities*

H. Ebru TÖREMİŞ227-262

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

PUBLIC LAW

<i>The Problem Of Sexual Relationship Between Children Who Are Age-Mates And Criminal Law Liability Examples From Turkish Practice</i>	
İzzet ÖZGENÇ	265-272
<i>The Crime Of Wilful Murder (Tpc Art. 81)</i>	
Berrin AKBULUT	273-358
<i>A Critical Evaluation About Witnesses' Oath In Criminal Procedure Law</i>	
Faruk TURHAN	359-410
<i>Objection Of The Chief Public Prosecution Office Of Regional Court Of Justice (Code Of Criminal Procedure Clause 308/A)</i>	
Seydi KAYMAZ	411-488
<i>The Crime of Deprivation of Liberty</i>	
Muhammed DEMİREL	489-554
<i>Appeal Authority Of The Chief Prosecutor Of The Regional Jurisdiction Court</i>	
Hakan GÜNDÜZ	555-584
<i>Automatism As A State Which Prevents Criminal Liability In England And Wales</i>	
Mehmet MADEN	585-612
<i>The Possible Drawbacks Implicated In The Practice Of Mediation In Offences Within The 16 Th Section Of The Enforcement And Bankruptcy Code That Are Bound To A Complaint For Prosecution</i>	
İhsan BAŞTÜRK	613-666

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

MÜTESELSİL BORÇLULUKTA RÜCU ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Serkan AYAN*

ÖZ

Müteselsil borçluluk; alacaklının, kanun veya sözleşme gereğince alacağının tamamını veya bir kısmını, birden çok borçlunun birinden veya tamamından isteme hakkına sahip olduğu bir borç türüdür. Müteselsil borçlulukta borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ifa edilene kadar devam eder. Ancak borçlulardan birinin borcun tamamını ifa etmesiyle tüm müteselsil borçluların alacaklıya karşı olan sorumluluğu sona erer. Bu aşamadan sonra ise borçlular arasında iç hesaplaşma gerçekleşir.

Müteselsil borçlu, alacaklıya karşı, borçlular arasındaki hukuki ilişkiye göre borcun bir kısmını karşılaması gerektiği yönünde bir savunma yapamaz. Bu sebeple, iç ilişkide sorumlu olduğundan daha yüksek tutarda bir borcu ifa etmek zorunda kalabilir.

Bunun sonucu olarak da, iç ilişkideki payından fazla bir tutarda ifada bulunan müteselsil borçlu, diğer koşullar da varsa, payını aşan kısmı diğer müteselsil borçlulardan talep edebilir.

Bu talebin bağlı olduğu zamanaşımı süresi, müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisi varsa, bu sözleşme hükümlerine göre belirlenen zamanaşımı süresine bağlıdır. Müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa, bu kez de rücu alacağının hukuki dayanağına göre zamanaşımı süresi belirlenir.

Anahtar Kelimeler: Müteselsil Borçluluk, Müteselsil Sorumluluk, Rücu, Halefiyet, Zamanaşımı.

SOME ISSUES ARISEN FROM PRESCRIPTION OF REVOCATION IN JOINT INDEBTNESS

ABSTRACT

Joint indebtness; is a type of debt in which creditor has the right to request all or the debt's part as required by law or contract, from one or all of the multiple debtors. In joint indebtness, the debtors' liability continues until entire debt is fulfilled.

* **Doç. Dr.**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi,
e-posta: serkanayan@yahoo.com,

ORCID ID: 0000-0002-9788-8792.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.812926

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 26/07/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 09/10/2020

However, when one of debtors performs entire debt, all the various debtors' liability towards creditor ends. Hereafter, internal accounting occurs between debtors.

The joint debtor cannot make defense against creditor that he/she should meet the debt's part according to legal relationship between debtors. Therefore, the debtor may have to perform higher amount of debt than he/she is responsible for in internal relationship.

As result, the joint debtor, who performs more than share in internal relationship, may request portion exceeding his/her share from other joint debtors, if other legal conditions exist.

If there's a contractual relation between debtors, the prescription which demand depends on the revocation will depend on the prescription period determined according to terms of this contract. If there's no contractual relation between joint debtors, determination of the prescription period depends on legal basis of revocation.

Keywords: *Joint indebtedness, Joint Liability, Revocation, Subrogation, Prescription.*

GİRİŞ

Bilindiği gibi müteselsil borçluluk; alacaklının, Kanun veya sözleşme gereğince alacağının tamamını veya bir kısmını, birden çok borçlunun birinden veya tamamından isteme hakkına sahip olduğu; borçluların sorumluluğunun da borcun tamamı ifa edilene kadar devam ettiği, ancak borçlulardan birinin borcun tamamını ifa etmesiyle alacaklıya karşı olan sorumluluğun sona erdiği, bu aşamadan sonra borçlular arasında iç hesaplaşmanın gerçekleştiği birlikte borçluluk¹ türünü ifade eder².

Müteselsil borçluluk kanunda belirtilen istisnai durumlarda ortaya çıkabileceği gibi, tarafların idaresinden de doğabilir. Hukukumuzda, müteselsil borçluluğun istisna, paylı borçluluğun ise kural olduğu kabul edilmiştir (TBK 162).

¹ Birlikte borçluluk üst kavramı ve bu konudaki alt ayrımlar için bkz. BUCHER, s. 486 vd; GAUCH / SCHLUEP / EMMENEGGER, no. 3685 vd; AKINTÜRK, s. 4 vd; KAPANCI, (2014), s. 3 vd; KAPANCI, (2019), m. 162-168, no. 4 vd.; ŞAHİN CANER, s. 2 vd; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, no. 1599 vd.

² VON TUHR, s. 785; BUCHER, s. 491; KOLLER, s. 1199; GAUTSCHI, s. 4; KARAYALÇIN, s. 109; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 285; AKINTÜRK, s. 35; KIRCA, s. 24; ŞAHİN CANER, s. 10; ALTAY, s. 393; AYAR / ENGİN, s. 1293; TURANBOY, no. 3; AŞIK, s. 5; ARAT, s. 326.

Kanundan doğan müteselsil borçluluğun tipik (ilk akla gelen) örnekleri, aynı zarardan (geniş anlamda) haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olanların borçluluğu (TBK 61) ile; kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe, borçlulardan en az biri için ticari nitelik taşıyan bir iş nedeniyle birden çok kişinin birlikte borçlanmasıdır (TTK 7)³. Bu sebeple müteselsil borçluluk denince, diğer müteselsil borçluluk hallerinin yanında, hem sözleşme hükümleri, hem de haksız fiil hükümleri gereğince birden çok kişinin borcun tamamı için borçlu olması kastedilmektedir.

Müteselsil borçlulukta borçluların her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumludur. Alacaklı, borcun tamamını bir borçludan talep ve tahsile yetkilidir. Fakat dış ilişkideki bu durum gereğince borcun tamamını ifa etmek zorunda kalan müteselsil borçlu, iç ilişkideki borca katılma payını aşan miktardaki ödemesi için diğer müteselsil borçlulara rücu etme hakkına sahiptir (TBK 62 / II ve TBK 167 / II). Borçlular arasındaki iç hukuki ilişkiden doğan özel rücu hakkı olarak anılan bu imkânın yanında, ifade bulunanın alacaklıya halef olması da sağlanarak, rücu hakkının kolaylaştırılması amaçlanmıştır. Halefiyet yoluyla, asıl borç ilişkisi için geçerli olan teminatların, rücu hakkının teminatı olarak kullanılması sağlanmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmada, müteselsil borçlulukta, alacaklıya karşı kendi payından fazlasını ifa eden / etmek zorunda kalan borçlunun, diğer müteselsil borçlulara rücu hakkının bağlı olduğu zamanaşımı sorunu incelenecektir.

I. ALACAKLI İLE MÜTESELSİL BORÇLULAR ARASINDAKİ (DIŞ) İLİŞKİ

Müteselsil borçluluğun temel özelliği, alacaklı karşısında her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu olmasıdır⁴. Alacaklı, dilerse bir borçluya başvurup borcun bir kısmının veya tamamının ifasını isteyebilir. Kendisine başvurulmuş borçlu, borcun bir kısmından sorumlu olduğu yönünde bir savunma (bölme def'i) yapamaz⁵. Fakat bu alacaklar arasında yarışma

³ Kanunda doğan diğer müteselsil borçluluk halleri için bkz. GAUTSCHI, s. 28 vd; KOLLER, s. 1206; AKINTÜRK, s. 123 vd; KILIÇOĞLU, (2014), s. 747; ŞAHİN CANER, s. 79 vd; DALCI ÖZDOĞAN, s. 60 vd; KAPANCI, (2014), s. 51. HMK 326 / III hükmünün, mahkeme kararından doğan bir müteselsil borçluluk ilişkisi yaratabileceği yönünde: KILIÇOĞLU, (2014), s. 750; KAPANCI, (2014), s. 52.

⁴ Müteselsil borçlulukta dış ilişki, inceleme konumuz değildir. Fakat iç ilişkideki rücu mekanizmasının açıklanabilmesi için, dış ilişkideki hukuki durumun ana hatlarıyla, ilgili olduğu ölçüde kısaca belirtilmesinde yarar vardır.

⁵ EREN, s. 1344; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 285; KILIÇOĞLU,

bulunmaktadır. Borçlulardan biri borcun tamamını ifa edince, borç sona erer⁶.

818 sayılı önceki Borçlar Kanunu döneminde sorumluluk hukuku için kabul edilmiş bulunan eksik teselsül – tam teselsül ayırımında, sorumluların aynı hukuki sebepten mi, yoksa farklı hukuki sebepten mi sorumlu tutulduklarına göre farklı hukuki rejimin uygulanmasının gerektiği⁷, bu farklılığın, özellikle konumuzla ilgili olarak şu üç noktada ortaya çıktığı kabul edilmektedir.

- Tam teselsülün aksine eksik teselsülde, her bir sorumlunun, zarardan tek başına sorumlu olsaydı ne miktarda sorumlu tutulacaksa, dış

(2014), s. 750; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no. 850; GAUTSCHI, s. 6; KAPANCI, (2014), s. 53; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 1; BAYSAL, s. 615; ACAR, (2010), no. 20 vd; DALCI ÖZDOĞAN, s. 42; ŞAHİN CANER, s. 44; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİ-OĞLU, no. 1625 vd; NOMER, (2015), s. 198; TURANBOY, no. 6; ARAT, s. 329.

Bu yönüyle müteselsil borçluluğun, alacaklı için bir paşa konumu yarattığı ifade edilmiştir. Doktrinde farklılaştırılmış teselsül olarak anılan ve TBK Tasarısında bulunmasına rağmen, Kanuna alınmayan bu hukuki kurumda, müteselsil borçlulardan her biri, zarara yol açan fiile tek başına sebep olsaydı ne miktarda sorumlu olacak idiyse, dış ilişkide de o miktarda sorumlu olmaktadır. Buna göre, hiçbir sorumlu, sırf yanında başka sorumlu(lar) da var diye, zarardan tek başına sorumlu olması halinde ödeyeceği tazminattan daha yüksek bir tazminatla sorumlu tutulmamalıdır. Bkz. EREN, s. 924 vd. NOMER, (2012), s. 57; KAPANCI, (2014), s. 36; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no.20; KIRCA, s. 38; YAĞCIOĞLU, s. 117 vd; ŞAHİN CANER, s. 21; GÜRPINAR, s. 278.

Farklılaştırılmış teselsülün hukukumuzdaki somut yasal örneği olan TTK 557 hükmü hakkında bkz. KAPANCI, (2014), s. 40 vd; YAĞCIOĞLU, s. 137 vd; AKDAĞ GÜNEY, s. 1207 vd; GÖKTÜRK / CAN, s. 247 vd.

Doktrinde *Acar*, farklılaştırılmış teselsülün Türk Borçlar Kanuna alınmamış olması nedeniyle sorunlar yaşanacağını beyan etmiş ve buna ilişkin olarak şu örneği vermiştir: Yazarın müteselsil borçlu olarak kabul ettiği zorunlu mali sorumluluk sigortacısının limiti mesela 20.000 TL olmasına rağmen, işletenin KTK 85 gereğince sorumlu olduğu maddi zarar toplamı 30.000 TL ise, sigorta şirketi 30.000 TL ödemek zorunda kalacaktır. Bkz. ACAR, (2011), s. 345.

⁶ Müteselsil borçta borcun tamamı borçluların biri tarafından ifa edilince aslında borç tamamen sona ermeyebilir. Borcu ifa eden müteselsil borçlu, rücu hakkı ölçüsünde alacaklının yerine geçer, alacaklıya halef olur. Bu sebeple, metinde geçen *borç sona erer* ibaresi, anlatımı sağlayabilmek için kullanılmıştır.

Bu yönüyle halefiyetin, ifa ve alacak temlikinden müteşekkil bir hukuki yapısının bulunduğu, doktrindeki bir görüşte haklı olarak kabul edilmiştir: KILIÇOĞLU, (1979), s. 9; KAPANCI, (2014), s. 386. Bkz. FRANKO, Halefiyet I, s. 202 vd; OĞUZMAN / ÖZ, (2018), no.284 vd.

⁷ Çalışmamızın kapsamı dışında tuttuğumuz bu konuda bkz. KARAYALÇIN, s. 112; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 8 vd; KILIÇOĞLU, (2014), s. 457; DALCI ÖZDOĞAN, s. 76 vd; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no. 837 vd; KIRCA, s. 23 ve özellikle s. 36 vd; ŞAHİN CANER, s. 15 vd; VON TUHR, s. 408 vd; NOMER, (2015), s. 200; NOMER, (2012), s. 56; GÜRPINAR, s. 276; KURT, s. 138; ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, s. 504; AŞIK, s. 8; GAUTSCHI, s. 63 vd.

ilişkide bu miktardan müteselsilen sorumlu sayılması.

- Tam teselsülün aksine eksik teselsülde, zamanaşımının bir müteselsil borçlu için kesilmesi halinde, bunun diğerleri için de zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmayacağı kabul edilmesi⁸.
- Eksik teselsülde, rücu aşamasında halefiyetin söz konusu olmaması⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise, eksik – tam teselsül ayrımı terk edilmiş olup, sorumluluk ister aynı hukuki sebepten, isterse de farklı hukuki sebepten kaynaklansın, sorumluların hukuki durumu yeknesaklaştırılmıştır. Bu sebeple, yukarıda açıklanan (konumuzla ilgili) üç özel farklılık artık ortadan kalkmıştır¹⁰.

Doktrinadaki hâkim görüşte, müteselsil borçlulukta, alacaklı ile her bir borçlu arasında ayrı borç ilişkilerinin doğduğu kabul edilmektedir¹¹. Borcun çokluğu görüşü olarak isimlendirilen bu görüş gereğince alacaklının hakkı, birden çok borçluya yönelen tek bir alacak olmayıp, borçluların her birine karşı ayrı ayrı yönelen ve birbirleriyle yarışma halinde bulunan birden çok alacaktan oluşur. Bu sebeple her bir borçlunun borcunun muacceliyeti, temerrüdü ve zamanaşımının işlemeye başlaması / durması birbirinden farklıdır¹².

Borcun çokluğu görüşünün sonucu olarak müteselsil borçlulukta, her bir borçlunun borcunun zamanaşımı süresi, diğerinden bağımsız olarak işler. Bu durum zamanaşımı yönünden üç noktada farklılık yaratabilir¹³:

⁸ BAYSAL, s. 610; ACAR, (2011), s. 341; OĞUZMAN / ÖZ, (2018), no.1956; KILIÇOĞLU, (2014), s. 464; KILIÇOĞLU, (2007), s. 165; YAĞCIOĞLU, s. 235.

İsviçre hukukunda uygulama ve doktrinadaki hâkim görüş de bu yöndeydi: ROTHENBERGER, s. 97; VERDE, (2019), s. 129. BGE 127 III 257, E.6a.

⁹ Bu konudaki görüşler ve yargı kararları için bkz. KURT, s. 141.

¹⁰ KURT, s. 150. Fakat ifade etmek gerekir ki, özellikle eksik teselsül olarak anılan durumda, zamanaşımının kesilmesinin diğer borçluları da etkilemesi görüşünün, yeni Kanun döneminde de tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Bu konuyu ayrı bir çalışmada ele almayı planladığımızdan, soruna işaret etmekle yetinmeyi uygun görmekteyiz.

¹¹ EREN, s. 1343; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 288; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no.1341; KAPANCI, (2014), s. 28; KAPANCI, (2019), m. 162, no. 5 vd; KIRCA, s. 25; YAĞCIOĞLU, s. 67; DALCI ÖZDOĞAN, s. 32; ŞAHİN CANER, s. 40.

¹² VON TUHR, s. 787; GAUTSCHI, s. 126; KAPANCI, (2014), s. 30; DALCI ÖZDOĞAN, s. 200; ŞAHİN CANER, s. 41; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, no. 1626; ARAT, s. 359.

¹³ KAPANCI, (2019), m. 166, no. 118. Bu üç duruma, zamanaşımı def'inin sadece buna daya-

- Zamanaşımının işlemeye başlamasında:

Mesela haksız fiilde zarar gören, fiili, zararı ve sorumlulardan birini öğrenmişse, öğrendiği kişi yönünden 2 yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Fakat zarar gören, zarara yol açan diğer müteselsil sorumluyu henüz öğrenememişse; onun için 2 yıllık zamanaşımı süresi başlamaz¹⁴.

- Zamanaşımının durmasında:

Zamanaşımının durmasına neden olan sebepler kişisel olup, diğer müteselsil borçluları etkilemez¹⁵. Mesela bir önceki örnekte, sorumlulardan biriyle arasında evlilik ilişkisi bulunan zarar gören için zamanaşımının durması, sadece eşi olan sorumlu için geçerliken, diğer müteselsil sorumlular için zamanaşımı süresi işlemeye devam eder.

- Zamanaşımı süresinin uzunluğunda:

Müteselsil borçluluk farklı hukuki sebeplere dayandığında, alacaklının her bir müteselsil borçluya yönelik talebinin bağlı olduğu zamanaşımı süresi de diğerinden farklı olabilir. Bu durum şu örnekte açıkça ortaya çıkmaktadır:

(S)atıcı, sattığı malzemeleri (A)lıcıya (Ç)alışanı aracılığıyla teslim etmiştir. Fakat (Ç), gördüğü işle fonksiyonel bağlı bulunan, kusurlu ve hukuka aykırı fiiliyle teslim sırasında alıcıya zarar vermişse, bu zarardan (S)'nin ve (Ç)'nin sorumlu olmasına ilişkin zamanaşımı süreleri farklıdır. Zamanaşımı süresi (Ç) açısından haksız fiil hükümlerine göre 2, 10 ve fiil suç teşkil ediyorsa ceza zamanaşımı süresine bağlıken; (S) açısından adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre 2-10 yıllık, ifa yardımcısının sorumluluğu hükümlerine göre ise 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır.

nan veya bundan vazgeçen müteselsil borçlu için hüküm doğuracağını da eklemek suretiyle, bu farklılık noktalarını dört olarak açıklamak da mümkündür. Bkz. TUTUMLU, s. 111.

¹⁴ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 718; KAPANCI, (2014), s. 262; DALCI ÖZDOĞAN, s. 200.

¹⁵ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 313; ERDEM, (2010), s. 343; KAPANCI, (2014), s. 157; ŞAHİN CANER, s. 252; NOMER, (2015), s. 419, no. 24; DALCI ÖZDOĞAN, s. 201; YAĞCIOĞLU, s. 234.

Bu yönde: Yargıtay 21. HD, 26.02.2018, E. 2016/11976, K. 2018/1726 (www.kazanci.com, erişim: 01.07.2020).

II. MÜTESELSİL BORÇLULAR ARASINDAKİ (İÇ) İLİŞKİ

A. Genel Olarak Rücu Hakkı ve Halefiyetle İlişkisi

Müteselsil borçluların kendi arasındaki hukuki ilişki incelenirken, öncelikle rücu kavramının açıklanması gerekir.

*“Rücu hakkı, bir başkasının nihai olarak üstlenmesi gereken yükü geçici olarak üstlenen başka bir kişinin, geriye dönerek ona başvuruda bulunması ve oluşan geçici durumun giderilmesinde kullanılan bir araçtır.”*¹⁶.

Geçici olarak borcun tamamını / bir kısmını ifa etmiş olan borçlunun rücu hakkını kullanılması sayesinde, iç ilişkide bozulan dengenin sağlanması amaçlanır¹⁷.

Rücu hakkının genel olarak iki temele dayanabileceği kabul edilmektedir¹⁸:

1. Kanunun bu yönde açık bir imkân tanınmasıyla.
2. Taraflar arasındaki hukuki ilişki nedeniyle bu imkânın doğmasıyla.

Buna göre Kanun, bazı durumlarda ifade bulunan kişinin başkalarına rücu etmesine imkân tanımıştır. Mesela, kamu hizmetinin kötü ifası nedeniyle zarar gören kişinin zararının idare tarafından tazmininden sonra idarenin, kişisel kusuru bulunan kamu görevlisine rücu etmesi mümkündür (Anayasa 40 / III, 129 / V). Başka bir örnek 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’ndan verilebilir. Bu Kanunun 21. maddesine göre, iş kazası veya meslek hastalığı işverenin kastından veya iş güvenliği mevzuatına aykırı davranışından kaynaklanmışsa, SGK tarafından sigortalıya veya haleflerine yapılan ödemelerin bir kısmı işverene rücu edilebilir. Aynı şekilde bu zarar, üçüncü kişilerin kusurlarından kaynaklanmışsa, kurum hak sahiplerine yaptığı ödemenin bir kısmını bu kişilere rücu edebilir¹⁹. Bu

¹⁶ KAPANCI, (2014), s. 355. Benzer tanımlar için bkz. NOMER, (2011), s. 250.

¹⁷ GAUTSCHI, s. 82; BUCHER, s. 496; ANTALYA, s. 667; KAPANCI, (2014), s. 387; ALTAY, s. 395; DALCI ÖZDOĞAN, s. 84; ŞAHİN CANER, s. 252; YAĞCIOĞLU, s. 245; AŞIK, s. 31.

¹⁸ Bu ayırım için bkz. TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, no. 1636; KAPANCI, (2014), s. 61, dn. 275 ve özellik s. 356. Benzer ayırım için bkz. NOMER, (2011), s. 250; NOMER, (1997), s. 248; KILIÇOĞLU, (2014), s. 505.

¹⁹ YHGK, 19.06.2015, 2013/10/2281 E, 2015/1727 K.: Bu karara göre SGK’nun kusurlu kişilere yönelik rücu talebinde müteselsil sorumluluk söz konusu olmaz. (www.kazanci.com.tr, erişim: 01.07.2020).

konuyla ilgili verilebilecek diğer örnek, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gereğince hak sahiplerine İçişleri Bakanlığınca yapılan yardımın, bakanlıkça sorumlulara rücu edilmesidir²⁰,²¹.

Bazı durumlarda ise, rücu hakkı taraflar arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanır. Buna göre taraflar arasındaki özel bir hukuki ilişki (çoğunlukla -bir adi ortaklık, vekâlet ya da iş sözleşmesi gibi- bir sözleşme veya vekâletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme) nedeniyle, borçluların, yapılan ifanın belli bir kısmını veya tamamını üstlenmesi / karşılması gerekebilir²². Doktrinde bazı yazarlarca “*özel rücu hakkı*” olarak nitelenen²³ bu rücu hakkı, alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız, müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiden doğan yeni bir borçtur. Bu borç, müteselsil borçlulardan birinin yaptığı ifayla kendisine (halef olarak) intikal eden asıl borç değildir²⁴.

Konumuz olan müteselsil borçlular arası rücu ilişkisi, kanaatimce kanundan değil, doğrudan müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiden

Bu paragrafta verilen örneklerde SGK'nun veya idarenin, sorumlularla birlikte müteselsil borçluluğu söz konusu olmadığından, bunlara ilişkin rücu zamanaşımı sorunu, konumuzun kapsamı dışındadır. Fakat kısaca belirtelim ki, 5510 sayılı Kanuna göre açılacak olan rücu davaları aynı Kanunun 93 / III hükmüne göre 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlanmıştır: “*Bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları, on yıllık zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımı tarihi; rücu konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf veya ödeme tarihinden itibaren başlar.*”

Fakat doktrinde SGK'nun müteselsil borçlu kategorisine dâhil edildiği de görülmektedir: NOMER, (2015), s. 205; NOMER, (1997), s. 252; NOMER, (2011), s. 253; YAĞCIOĞLU, s. 365.

²⁰ YHGK, 23.02.2000, 4-130 / 124 sayılı kararında, haksız fiil sonucu ölen emniyet görevlisine 2330 sayılı Kanun gereğince İçişleri Bakanlığının yaptığı ödeme için, bakanlığın haksız fiil sorumlusuna rücu edilebileceği kabul edilmiştir. Karar için bkz. KILIÇOĞLU, (2014), s. 460, dn.526. Bakanlığın müteselsil borçlu olduğu görüşünde: NOMER, (2015), s. 204.

²¹ Örnek olarak verdiğimiz bu durumlarda, rücu hakkı halefiyetle güçlendirilmiş değildir. Bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 119.

²² TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 314; ÖZEN, s. 1452.

²³ ÖZEN, s. 1452; KAPANCI, (2019), m. 167, no. 2; KAPANCI, (2014), s. 357 ve özellikle s. 480; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 27; YAĞCIOĞLU, s. 251 vd; Bu kavramı reddeden görüşte: DALCI ÖZDOĞAN, s. 86, dn. 257.

²⁴ KILIÇOĞLU, (1979), s. 13; ANTALYA, s. 668; KAPANCI, (2014), s. 359; NOMER, (2011), s. 250; NOMER, (1997), s. 248; KIRCA, s. 49; DALCI ÖZDOĞAN, s. 93; ŞAHİN CANER, s. 255; TERCİER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, no. 1635; FRANKO, (Halefiyet II), s. 386; YAĞCIOĞLU, s. 250; ÇELİK, m. 73, no. 12; KURT, s. 140.

doğar²⁵. Müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişki, bir sözleşme ilişkisi olabileceği gibi, bunlar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme niteliğinde de olabilir.

Türk Borçlar Kanununun müteselsil borçluluğa ilişkin iki ayrı maddesinde rücu hakkında bahsedilmektedir (TBK 62 / II ile TBK 167 / II). Her iki hükümde de rücu hakkının varlığı, müteselsil borçlulardan birinin, iç ilişkideki payından daha fazla bir tutar için alacaklıyı tatmin etmesi halinde mevcut olduğu düzenlenmiştir. Böylece rücu hakkının aslında, doğrudan müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye bağlandığı görülmektedir.

Bu sebeple kanaatimce, müteselsil borçlulukta rücu hakkının dayanağı kanun olmayıp, doğrudan müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkidir. Bunun sonucu olarak da müteselsil borçlular arasındaki rücu ilişkisinin bağlı olduğu zamanaşımı süresi belirlenirken, rücu talebinin dayanağının da öncelikle belirlenmesi gerekir. Zira rücu talebi mesela adi ortaklık ilişkisine dayanıyorsa zamanaşımı süresi farklı, iş sözleşmesine dayanıyorsa farklı, sebepsiz zenginleşmeye dayanıyorsa farklı olacaktır. Bu konuda aşağıda ilgili kısımda incelenecektir.

Müteselsil borçlular arasındaki rücu ilişkisinin dayanağını kanun değil, müteselsil borçlular arasındaki özel hukuki ilişki olarak kabul ettiğimizden, TBK 62 / II hükmünde geçen: “*Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip(tir)*” ile TBK 167 / II, c.1’de geçen “*Kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır.*” ifadeleri bulunmasaydı bile, iç ilişkide rücu, müteselsil borçlular arasındaki özel hukuki ilişkiye dayalı olarak mevcut olabilecekti²⁶.

Müteselsil borçlular arasındaki özel hukuki ilişkiye dayanan rücu hakkının kullanılması aşamasında müteselsil borçlunun hukuki konumunun güçlendirilmesi için, payından fazla tutarda ödemedede bulunan borçlunun alacaklıya halef olacağı da kabul edilmiştir²⁷. Konumuzla ilgili olarak TBK

²⁵ AKINTÜRK, s. 207; KAPANCI, (2019), m. 167, no.1. Müteselsil borçlular arasındaki rücu hakkının kanundan doğduğu görüşünde: DALCI ÖZDOĞAN, s. 87, dn. 257; YAĞCIOĞLU, s. 251; TURANBOY, no. 7.

²⁶ KAPANCI, (2019), m. 167, no. 1.

²⁷ Bu etki, özellikle borç için verilmiş olan teminatlar yönünden hüküm doğurmaktadır. Bkz. FRANKO, Halefiyet II, s. 384.

Konumuzun dışında olmakla birlikte doktrinde bu konuda örnek olarak verilen kanaatimce

62 / II ve TBK 168 / I'de halefiyet esası açıkça belirtilmiştir. Buna genel rücu hakkı da denilmektedir²⁸. Konumuz olan müteselsil borçlulukta, borçlulardan birinin payından fazla bir tutarda ifade bulunması halinde, onun diğer müteselsil borçlulara iç ilişkideki payından fazlası için rücu edebileceği, bu aşamada da alacaklının yerine geçerek, alacaklının halefi olarak bu rücu hakkını kullanabileceği kanunda düzenlenmiş olmaktadır.

Halefiyet, ancak rücu hakkı varsa söz konusu olabilir. Rücu hakkı bulunsa bile, halefiyet ancak rücu hakkı ölçüsünde söz konusudur. Özel rücu hakkının genel rücu hakkını sınırlandıracağı da kabul edilmektedir²⁹. Bu yönüyle halefiyet, özel rücu hakkının yardımcısı, özel rücu hakkının bir fer'isidir³⁰. Özel

hatalı anlaşılmaya uygun bir durumun belirtilmesinde yarar vardır.

Payından fazla bir miktarda ifade bulunan müteselsil borçlunun rücu hakkını kullanırken sahip olduğu halefiyet gereğince, asıl borç için verilmiş olan bütün teminatların bu borçluya intikal edeceği belirtilmektedir. Mesela A, B ve C'nin müteselsil borçlu olduğu bir olayda (Ü), tüm müteselsil borçlular lehine bir taşınmazın alacaklıya rehin olarak verilmiş ve borcun tamamı (A) tarafından ödenmişse, doktrinde (A)'nın bu ipotegi de halef olarak elde edeceği ileri sürülmüştür. İpotek örneği için: KILIÇOĞLU, (2014), s. 757; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no.1431.

Hatta doktrinde (Ü) kefil olsaydı, yine halef olarak (A)'nın (K)'ya rücu edebileceğini ileri sürenler de bulunmaktadır. Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no. 1431; DALCI ÖZDOĞAN, s. 97; ŞAHİN CANER, s. 283.

Fakat kanaatimce her iki örnekte de halefiyetin kapsamına, tüm borçluların borcu için verilmiş bulunan kefaletler ile üçüncü kişilerce tüm borçlular lehine verilen ipotekler dâhil olamaz.

Zira asıl borçlunun teminat veren üçüncü kişiye başvurması mümkün değildir. Rehin veren üçüncü kişi veya kefil, borcu ödemek zorunda kalınca, zaten asıl borçlulara rücu hakkına sahiptir (rehin için: TMK 884 / II, kefalet için: TBK 596). Doktrinde verilen örneklerde asıl borçlu, kefile veya rehin verene halef olarak rücu edebilecek; kefil veya rehin veren de bu ödeme sonrasında yine aynı asıl borçlulara rücu edebilecektir. Bunun da anlamsız olduğu açıktır.

Bu sebeple, aslında borcun tamamının müteselsil borçluların biri tarafından ödenmesi halinde, tüm borçlular lehine verilen kefaletler ile üçüncü kişilerce tüm borçlular lehine verilen ipotekler sona ermiş olur. Halefiyetin kapsamına girecek olan teminatlar, sadece belli müteselsil borçlu lehine verilmiş bulunan kefaletler ile rehinlerdir. Bunun yanında rücu edilmek istenen asıl borçlulardan birinin verdiği rehinler de halefiyetin kapsamına girer.

Bu konu ayrı bir çalışmayı hak eden özel bir nitelik taşıdığından, bu aşamada bu açıklamayla yetinmek uygun olacaktır.

²⁸ KAPANCI, (2014), s. 357.

²⁹ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 321; ÖZEN, s. 1461; KAPANCI, (2014), s. 62, s. 357 ve özellikle s. 371; AŞIK, s. 46; NOMER, (1997), s. 250.

³⁰ AKINTÜRK, s. 223, KILIÇOĞLU, (1979), s. 137; KAPANCI, (2014), s. 357 ve s. 390; ŞAHİN CANER, s. 283. Aksi görüşte: DALCI ÖZDOĞAN, s. 99; YAĞCIOĞLU, s. 262.

rücu hakkının bulunmaması halinde, halefiyet de olmaz³¹. Mesela müteselsil borçlular arasındaki sözleşme ilişkisinde, borcun tamamının iç ilişkide bir borçlu üzerine kalacağı kararlaştırılmışsa, borcun bu kişi tarafından alacaklıya ifası halinde özel rücu yolu kapatıldığından, halefiyete dayalı genel rücu yolu da bulunmayacaktır.

Bu konuda **Kapanıcı**'nın verdiği örnek şöyledir: Bankadan kredi almak isteyen B1, bankanın talebi üzerine teminat amacıyla B2'nin müteselsilen borçlu olmasını sağlamışsa, dış ilişkide banka, borcun tamamını B1 veya B2'nin birinden isteyebilir. Bu olayda borcun tamamını B1 öderse, genel rücu hakkı kapsamında B2'ye başvurup, yaptığı ödemenin yarısını karşılmasını isteyebilir (TBK 167 / I-II). Fakat B2, kendisinin gerçekte teminat veren sıfatının bulunduğunu, diğer bir ifadeyle B1 ile arasında, B1'in kredi sözleşmesine teminat sağlama borcunu üstlendiği bir vekâlet sözleşmesinin akdedildiğini iddia ve ispat ederse, bu sözleşme gereğince kendisinin iç ilişkide borca hiç katlanmayacağı kararlaştırıldığından, özel ilişkinin ortadan kaldırdığı rücu hakkı, genel rücu yolunu da tamamen kapatır.

Bu olayda borcun tamamını B2 ödemek zorunda kalmışsa, B1'e yönelik rücu talebinde, iç ilişkiyi iddia ve ispat etmesi halinde, rücu hakkını 1/2'lik kısım için değil, yaptığı tüm ödeme için kullanabilecektir.

Böylece aslında müteselsil borçlular arasındaki halefiyetin, gerçekte doğrudan rücu hakkına bağlı olduğunu kabul etmiş bulunmaktayız.

Halefiyete dayalı genel rücu hakkında başvurunun temeli, alacaklıdan halefiyet yoluyla intikal eden asıl borç ilişkisidir. Zira, burada alacaklıya yapılan ifayla borç sona ermemekte, alacak hakkı, (iç ilişkideki) rücu hakkının bulunduğu ölçüde ifada bulunan müteselsil borçluya intikal etmekte, bu müteselsil borçlu da alacaklının hukuki konumunu elde edip, diğer müteselsil

³¹ AKINTÜRK, s. 223; KILIÇOĞLU, (1979), s. 74; KAPANCI, (2019), m. 168, no. 7; KURT, s. 140, dn. 15. BUCHER, s. 497; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 316 ve özellikle s. 320 vd; NOMER, (2011), s. 250.

Aynı durum, kefalet sözleşmesinde kefilin halefiyeti bakımından da geçerlidir. Bkz. ÖZEN, s. 1461.

Müteselsil borçlunun, ortak ilişkiden doğan savunmayı kusurlu olarak ileri sürmüyüp ödemede bulunmak zorunda kalması halinde, onun rücu hakkı ve bununla paralel olarak halefiyeti de söz konusu olmayacaktır (TBK 164 / II). KILIÇOĞLU, (1979), s. 75; KAPANCI, (2014), s. 373. Bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 94.

Sigorta sözleşmesinde, rücu hakkı bulunmayan bir halefiyetin bulunduğuna ilişkin görüş için bkz. KILIÇOĞLU, (1979), s. 14; DALCI ÖZDOĞAN, s. 119.

borçlulara rücu etmektedir. Halef, selefinin hukuki konumunu elde ettiğinden, selefinin haklarına sahip olacak ve onun bağlı olduğu kısıtlamalara tabi olarak hakkını kullanabilecektir³².

Mali yükün asıl sorumlular arasında dengelenmesi biçimindeki amaca hizmet eden bu iki imkânın (genel rücu – özel rücu) birbiriyle yarışmalı olarak uygulama alanına sahip olduğu doktrinde kabul edilmektedir³³. Bunlardan biri kullanılarak amaca ulaşıldığında, diğerinin kullanılma imkânı da ortadan kalkar.

Özel rücu hakkının kapsamı, halefiyete dayalı genel rücu hakkından daha geniş veya dar olabilir³⁴.

Halefiyete dayalı genel rücu hakkı, buna başvuran müteselsil borçluya iki temel imkân / kolaylık sağlar³⁵:

1. İspat kolaylığı:

Halefiyete dayalı rücu hakkını kullanmak isteyen müteselsil borçlu, ilk olarak iç ilişkideki sorumluluk payının Kanunun karine olarak düzenlendiği biçimde olduğunu ileri sürüp, bunu aşan kısma ilişkin ifasının diğer müteselsil borçlular tarafından kendisine ödenmesini talep edebilir.

Müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiye dayalı sorumluluk payının TBK 62 / I ve TBK 167 / I'de belirtilenden daha az olması halinde, davalı bunu iddia ve ispat yükü altındadır.

Halefiyet, buna dayanan müteselsil borçluyu, rücu hakkını varlığı ve miktarı konusundaki (iç ilişkiye dayalı) ispat yükünden ve müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiyi iddia ve ispat yükünden kurtarır.

Fakat müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye dayalı davalının payının, TBK 62 / I ve TBK 167 / I'de belirtilenden daha fazla olması halinde, bunu iddia ve ispat yükü, elbette ki davacıda olacaktır.

³² NOMER, (1997), s. 244; DALCI ÖZDOĞAN, s. 96; YAĞCIOĞLU, s. 258.

³³ KILIÇOĞLU, (1979), s. 17; NOMER, (2011), s. 251; NOMER, (1997), s. 250; KAPANCI, (2014), s. 358; KAPANCI, (2019), m.61-62, no.27; KAPANCI, (2019), m. 167, no. 4; DALCI ÖZDOĞAN, s. 98.

³⁴ Bu konudaki örnekler için bkz. KILIÇOĞLU, (1979), s. 18; KAPANCI, (2014), s. 367 vd.

³⁵ Karş. KILIÇOĞLU, (1979), s. 69; KAPANCI, (2019), m. 167, no. 1; YAĞCIOĞLU, s. 260; AŞIK, s. 47; NOMER, (1997), s. 249; KURT, s. 140.

Bu yönüyle müteselsil borçlular arasındaki halefiyetin ilk işlevinin ispat kolaylığı olduğu söylenebilir.

2. Teminatların intikali:

Halefiyetin ikinci işlevi, teminatların intikalidir. İntikale elverişli teminatlar, rücu hakkının da teminatını oluşturacaktır.

Bu açıklamalarımıza göre genel rücu hakkına (halefiyete) dayanmak isteyen müteselsil borçlunun, müteselsil borçluluğun varlığını ve kendisinin iç ilişkideki payından³⁶ fazla bir tutarda ifade bulunduğunu kanıtlamasının yanında ayrıca bir başka hususu daha ispat etmesine gerek yoktur³⁷. Fakat müteselsil borçluluyla arasındaki özel hukuki ilişkiye dayalı rücu hakkını kullanmak isterse, ayrıca bu hukuki ilişkiyi de ispat etmesi gerekir³⁸.

Mesela bir iş sözleşmesiyle çalışan işçinin, işini gördüğü sırada üçüncü bir kişiye zarar verdiğini ve bu fiil nedeniyle kusur sorumluluğu bulunan işçi yanında, işverenin de zarar görene karşı adam çalıştıran sıfatıyla TBK 66 hükmüne göre sorumlu olduğunu kabul edelim. Bu olayda işveren, zararın tamamını karşılamışsa, işçiye rücu imkânını iki hukuki yoldan sağlayabilir: 1. TBK 62 / II gereğince halefiyet, 2. İş sözleşmesine aykırılıktan doğan zararın tazmini³⁹.

Halefiyete dayalı genel rücu talebinde uygulanacak olan zamanaşımı süresi ve bunun başlangıcı ile müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye dayalı rücu hakkının bağlı olduğu zamanaşımı süresi ile başlangıcı farklılık gösterir. Bunların ikisinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Fakat öncelikle müteselsil borçlular arasındaki payların belirlenmesi konusunda kısa bir açıklama yapılması uygun olur.

B. Müteselsil Borçluların İç İlişkideki Paylarının Belirlenmesi

Konumuz olan müteselsil borçlulukta, her bir borçlu alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmakla birlikte, borçluların kendi aralarındaki ilişkide borçtan sorumlu olma oranları ayrıca belirlenmelidir.

³⁶ İç ilişkideki payın belirlenmesi konusunda bkz. aşa. II, B.

³⁷ FRANKO, Halefiyet I, s. 204; KAPANCI, (2019), m. 168, no. 7, 8.

Aksi görüşteki Dağdelen'e (s. 189) göre, bu ihtimalde özel rücu hakkının varlığının da ispatı gerekir.

³⁸ KAPANCI, (2014), s. 61, s. 359 ve s. 370.

³⁹ İş sözleşmesinde işçinin işi özenle icra etme borcu bulunmaktadır (TBK 396/ I). İşçi işi özenle icra etme borcuna aykırı davranıp işverene zarar verirse, bu zararı sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazmin etmekle yükümlüdür (TBK 400 / I).

Müteselsil borçluların iç ilişkideki sorumluluk paylarının tespiti çalışmamızın kapsamında değildir⁴⁰. Fakat kısaca belirtelim ki, gerek haksız fiilde, gerekse de haksız fiil dışı müteselsil borçluluk hallerinde iç ilişkideki paylaşım oranları, varsa müteselsil borçluların akdettikleri sözleşmeye göre, yoksa Kanunda belirtilen ilkelere göre belirlenir. Buna göre müteselsil borçluların rücu talebine ilişkin davada, taraflarca, aralarındaki sözleşme ilişkisine göre daha farklı bir biçimde payların belirlenmesinin gerektiği tarafların herhangi birince iddia ve ispat edilmediği sürece iç ilişkideki paylar haksız fiile dayalı müteselsil sorumlulukta TBK 62 / I'de belirtilen ilkelere göre hâkim tarafından belirlenecek olup, haksız fiil dışındaki müteselsil borçluluk hallerinde TBK 167 / I gereğince (işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça) eşit olarak değerlendirilecektir⁴¹. Bu hükümlerden ayrı bir oranın uygulanması gerektiğini iddia eden, bunu usulüne uygun olarak ispat külfeti altındadır.

Haksız fiil alanında da, tazminatın müteselsil borçlular arasında nasıl paylaşılacağına, hangi müteselsil borçlunun iç ilişkide bu tazminatın ne kadarını üstleneceğine ilişkin bir sözleşme varsa, iç ilişkideki paylaşım bu sözleşmeye göre yapılır⁴². Fakat müteselsil borçlular arasında bu yönde bir sözleşme yoksa, aynı zarardan birden çok kişinin sözleşme dışı sorumluluğunda, müteselsil borçluların iç ilişkideki paylaşım oranı TBK 62 / I hükmüne göre somut olayın bütün durum ve koşulları ile sorumluların kusur ağırlığı ve yarattıkları tehlikelilik derecesine göre hâkimce belirlenir⁴³.

Meseleyi bir örnekle açıklayalım:

(A) ve (B)'den oluşan adi ortaklığın işlettiği bir havai fişek fabrikasının faaliyetinden tehlike sorumluluğu hükümlerine doğan tipik tehlike gerçekleşir ve üçüncü kişiler zarar görürse, (A) ve (B) bu zarardan müteselsilen sorumlu olur. (A) ile (B) arasındaki adi ortaklık sözleşmesinde, bu işletmenin işletilmesinden doğacak zararların iç ilişkide tamamen (B)'nin sorumluluğunda olacağı yönünde bir hüküm varsa, iç ilişkideki paylaşım konusunda bu hükmeye göre değerlendirme yapılması gerektiği açıktır.

⁴⁰ Bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 99 vd.

⁴¹ Bkz. ve karşı. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 315; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no. 1410; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 28; KILIÇOĞLU, (2014,) s. 754; ŞAHİN CANER, s. 257; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, no. 1642; NOMER, (2015), s. 202; ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, s. 502; YAĞCIOĞLU, s. 380.

⁴² DALCI ÖZDOĞAN, s. 100.

⁴³ Bu konuda bkz. EREN, s. 928; KAPANCI, (2014), s. 522; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 29 vd; DALCI ÖZDOĞAN, s. 101; GÜRPINAR, s. 282.

Benzer bir örnek iş sözleşmesinden verilebilir. İş sözleşmesinde, işçinin hafif kusurlu olarak zarar vermesi halinde, işverene karşı sorumlu tutulmayacağı yönünde geçerli bir sorumsuzluk hükmü varsa ve işçi, hafif kusurlu bir fiille işini ifa ederken üçüncü kişiye bir zarar vermişse, işçi bu zarardan zarar görene karşı haksız fiil hükümlerine göre, işveren ise adam çalıştıran sıfatıyla TBK 66 hükmüne göre sorumludur. Bunların sorumluluğu da müteselsildir. Eğer zararın iç ilişkide paylaşılmasında taraflar arasındaki sözleşme hükmü görmezden gelinirse, işveren ödediği tazminat için işçiye rücu edebilecektir. Fakat haksız fiile dayalı rücu ilişkilerinde de taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin dikkate alınması gerekir. Bu sebeple bu verilen örnekte işveren, iç ilişkide işçiye rücu edemeyecektir.

Fakat bu örneklerde belirtilenin aksine haksız fiil nedeniyle müteselsilen sorumlu olanlar arasında bu yönde bir sözleşme yoksa veya böyle bir sözleşme hükmünün varlığı iddia ve ispat edilemezse, bu zararın iç ilişkide nasıl paylaşılacağı TBK 62 / I hükmüne göre hâkimce belirlenir.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken bir konu da, iç ilişkideki sorumluluğun dağılımı konusundaki TBK 62 / I hükmünün yasal istisnalarının olabileceğinin gözden kaçırılmamasıdır. Mesela KTK 89'da iç ilişkideki paylaşım düzenine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır.

Aynı şekilde haksız fiil hukuku alanı dışındaki müteselsil borçluluk hallerinde de iç ilişkideki paylaşım oranları, yine varsa müteselsil borçlular arasındaki sözleşme hükümlerine göre belirlenir. Müteselsil borçlular arasında bir sözleşme yoksa veya sözleşmede bu konuda bir hüküm yoksa, borçlular arasındaki hukuki ilişkinin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, iç ilişkideki paylar eşittir⁴⁴.

Görüldüğü gibi, gerek sorumluluk hukuku alanında, gerekse de sorumluluk hukuku dışı alanda müteselsil borçlulukta iç ilişkideki paylar, öncelikle müteselsil borçluların iradesine göre belirlenir. Bu yönde bir irade ortaya konulmamışsa müteselsil borçluların iç ilişkideki payları, haksız fiil alanında TBK 62 / I hükmüne göre hâkimce belirlenecek oranda; sorumluluk hukuku dışı müteselsil borçlulukta ise TBK 167 / I hükmüne göre eşit olarak paylaşılacaktır.

Gerek müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenen, gerekse de doğrudan Kanun hükümlerine göre belirlenen bu iç ilişkideki

⁴⁴ Bu konuda bkz. EREN, s. 1354; ACAR, (2010), no. 61 vd; AYAR / ENGİN, s. 1294.

payından fazla miktarda bir tutar için alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlu, bu payını aşan kısım için diğer müteselsil borçlulara dönüp, bu kısmın kendisine ödenmesini talep edebilir. Bunu isterken de, halefiyet ayrıcalığından yararlanır.

Müteselsil borçlu sayısı en az üçse ve borcun tamamını borçlulardan biri ifa etmişse, diğer iki müteselsil borçluya rücu hakkı, kural olarak müteselsil değil, paylı bir borçluluk niteliği taşır (TBK 167 / II, c.2). Diğer bir ifadeyle rücu aşamasında teselsül söz konusu olmaz. İç ilişkide borçlular, payları oranında sorumlu tutulurlar⁴⁵. Fakat bu hüküm emredici olmayıp, müteselsil borçlular arasındaki sözleşmede aksine hükümler getirilebilir.

III. MÜTESELSİL BORÇLULAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİYE DAYALI ÖZEL RÜCU HAKKININ TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİ

A. Genel Olarak

Müteselsil borçlulardan birinin dış ilişkide alacaklıya ifada bulunması sonrasında, müteselsil borçlular arasında iç hesaplama yapılacaktır. Bu iç hesaplama, müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiye dayanır. Müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide, bu iç ilişkiye göre belirlenmesi gereken sorumluluk payından fazla ödeme yapanın diğerlerine başvurabileceğine ilişkin hükümler bulunabilir. İşte bu hukuki ilişkiye göre, payından fazla ifada bulunan müteselsil borçlu, diğer müteselsil borçlulara, temelini müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiden alan rücu talebini ileri sürebilir.

Müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye dayalı bu rücu hakkının, halefiyet yoluyla intikal eden hakla bir ilişkisi yoktur. Bu rücu hakkı, doğrudan (payından fazla bir miktarda) ifayla doğar ve dayanağını müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiden alır.

Özel rücu talebinden doğan alacak, kural olarak ifayla birlikte muaccel olur⁴⁶. Bu alacağın bağlı olduğu zamanaşımı süresi de, alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiden bağımsız olarak, müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir⁴⁷. Helefiyete bağlı alacak

⁴⁵ Bkz. KAPANCI, (2014), s. 60, s. 392; YAĞCIOĞLU, s. 73.

⁴⁶ KAPANCI, (2014), s. 360.

⁴⁷ GAUTSCHI, s. 146 vd; GAUCH / SCHLUEP / EMMENEGGER, no. 3743; KILIÇOĞLU, (1979), s. 13; KAPANCI, (2014), s. 360, s. 540.

zamanaşımına uğramış olsa bile, özel rücu hakkı (zamanaşımına uğramamışsa) ileri sürülebilir⁴⁸. Rücu alacağıın bu özelliği nedeniyle, zamanaşımının dış ilişkide bir müteselsil borçluya karşı kesilmesi, iç ilişkiye dayalı rücu alacağı için bir etki yaratmaz⁴⁹.

Müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişki çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir⁵⁰. Bunların detaylı olarak incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşmaktadır⁵¹. Fakat kısaca belirtelim ki, müteselsil borçlular arasında ya bir sözleşme ilişkisi vardır, ya da yoktur. Aşağıda bu temel çıkış noktası dikkate alınarak değerlendirmeler yapılacaktır⁵².

B. Müteselsil Borçlular Arasında Bir Sözleşme İlişkisinin Bulunması Durumunda Rücu Talebi

Müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması halinde, borcun sebebi haksız fiil olsa bile, müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide rücu, bu sözleşme hükümlerine göre gerçekleşir⁵³. Bu durumda TBK 73 hükmü uygulanmaz.

Müteselsil borçlular arasındaki sözleşme çok çeşitli biçimde karşımıza çıkabilir. Adi ortaklık, vekâlet sözleşmesi, iş sözleşmesi, sigorta sözleşmesi vs⁵⁴. Müteselsil borçlular arasındaki sözleşme ilişkisinin hukuki niteliğinin

⁴⁸ NOMER, (2011), s. 251; ÇELİK m. 73, no. 17.

⁴⁹ DALCI ÖZDOĞAN, s. 223; YAĞCIOĞLU, s. 390.

⁵⁰ Bu konuda 818 sayılı Kanun döneminde savunulan görüşler ve farklı kararlar için bkz. ERDEM, (2010), s. 107 vd; ÇELİK, m. 73, no. 5; KURT, s. 142 vd.

⁵¹ Çalışmamızın kapsamı dışında tuttuğumuz bu konuda bkz. KAPANCI, (2014), s. 480 vd; KILIÇOĞLU, (1979), s. 16.

⁵² Bu yönde: ERDEM, (2010), s. 114.

⁵³ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 1046; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no. 862; ŞAHİN CANER, s. 123; ERDEM, (2010), s. 115. Müteselsil borcun sözleşme ilişkisine dayanması halinde bu yönde: ÇELİK, m. 73, no. 7.

⁵⁴ Bu dayanak kira sözleşmesi bile olabilir. Mesela (A)'nın 1/5, (B)'nin ise 4/5 oranında paylı malik olduğu bir taşınmazın malikleri akdettikleri sözleşmede, taşınmazın tamamının (B) tarafından kullanılacağı, taşınmazın tüm bakımının da bu kişi tarafından yürütüleceği kararlaştırılmış olsun. Bu olayda taşınmazdaki bakım eksikliği nedeniyle zarar gören üçüncü kişi karşısında (A) ve (B) müteselsilen sorumludur. (A), zarar görenin tüm tazminat talebini yerine getirdikten sonra, (B)'ye rücu edebilir. Bu rücu talebi, onlar arasındaki sözleşme ilişkisine dayanır. Rücu talebi, (B)'nin borca aykırı davranışına dayandığından ve (A) ile arasında bu olayda bir kira sözleşmesi bulunduğundan, (B)'nin (A)'ya karşı sorumluluğu 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlı ve iç ilişkideki paylar, TBK 62 / I hükmüne göre değil, müteselsil borçlular arasındaki sözleşme hükümlerine göre belirlenir.

tespiti bu çalışmanın kapsamının dışında, başlı başına incelemeyi hak eden bir konu niteliğindedir⁵⁵. Aşağıda müteselsil borçlular arasında varlığı tespit edilen sözleşme ilişkilerinden uygulamada sıklıkla görülen bazılarındaki rücu sorunu incelenecektir.

1. Adi Ortaklık:

TBK 638 / III gereğince “*Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.*” Bu hükme göre ortaklar, ortaklığın borçlarından müteselsilen sorumludur.

TBK 627 / I gereğince “*Ortaklardan birinin ortaklık işleri için yaptığı giderlerden veya üstlendiği borçlardan dolayı diğer ortaklar, ona karşı sorumlu olurlar; ...*”

Bu hükme göre de, ortaklığın borcunu, müteselsil borçluluk hükümlerine göre alacaklıya ödemiş bulunan ortak, TBK 627 / I hükmüne göre ortaklık işi için yaptığı giderin iadesi zımında rücu hakkını kullanabilecektir⁵⁶. Böylece rücu hakkının temelinin, bu ortaklık sözleşmesi olduğunu tespit etmiş bulunmaktayız.

Rücu hakkının hangi miktar için kullanılabileceği de yine ortaklar arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir. Bu durumu bir örnekle açıklayalım:

(A) ve (B)’den oluşan adi ortaklık, bir havai fişek fabrikası işletiyor olsun. İşletmedeki tipik tehlike gerçekleşmiş ve patlama gerçekleşmişse, bu patlama sırasında yaralanan (İ)’nin zararından, (A) ve (B) müteselsilen sorumludur. (A) bu zararın tamamını ödemek zorunda kalmışsa, TBK 627 / I’e dayalı rücu talebiyle, yaptığı giderin (B)’nin ortaklık payı ölçüsünde kendisine ifasını talep edebilir.

Fakat bu olayda (B) yönetici ortaksa, bu işletmenin bütün kontrolünü ve denetimini kendisi sağlıyorsa ve onu gerekli hiçbir denetimi yapmaması ve alması gerekli güvenlik önlemlerini almaması nedeniyle bu kaza meydana gelmişse, bu durumda tazminatın tamamını ödemek zorunda kalan (A), TBK 628 / II gereğince bu zararın tamamının karşılanmasını da talep edebilir.

⁵⁵ Müteselsil borçlular arasında kural olarak her durumda bir adi ortaklık ilişkisinin kurulduğunun söylenebileceği görüşünde: KAPANCI, (2014), s. 496.

⁵⁶ KAPANCI, (2014), s. 498; ERDEM, (2010), s. 115.

Böylece müteselsil borçlular arasında bir adi ortaklık ilişkisinin bulunduğu hallerde, alacaklıya karşı borcun tamamını ifa etmiş bulunan müteselsil borçlu ortağın, adi ortaklığa ilişkin hükümlere göre diğer ortaklara rücu edebileceği, rücu alacağının ortaklık sözleşmesi hükümleri gereğince 5 yıllık zamanaşımına süresine tabi olduğu (TBK 147 / I, b.4), bu rücu talebinin ödemenin yapılmasıyla muaccel olacağı ortaya çıkmaktadır.

2. Vekâlet sözleşmesi:

Müteselsil borçluluk, vekilin, müvekkilin bir işini görmek amacıyla müteselsil borçlu hale gelmesine ilişkin (müvekkil – vekil arasındaki) anlaşmadan kaynaklıyorsa, rücu ilişkisinin bu sözleşme hükümleri kapsamında çözümlenmesi gerekir. Mesela (A) bir ev kiralamak istemektedir. Fakat kiraya veren (K)'nın, ancak bir sigortalı çalışanla birlikte kiracı olarak imzalaması halinde bu evi (A)'ya kiraya verebileceğini söylemesi üzerine (B), (A)'nın bu evi kiralayabilmesini sağlamak amacıyla (A) ile birlikte kiracı olarak bu kira sözleşmesini imzalamışsa ve sözleşmede kiracıların müteselsil borçlu olacağı yönünde bir hüküm bulunması halinde, (B)'nin müteselsil borçluluğunun temelini vekâlet sözleşmesine dayandığı söylenebilir⁵⁷.

Bu olayda (A) müvekkil (iş görülen), (B) ise vekil (iş gören) konumundadır. Müteselsil borçluluk hükümleri gereğince (B) kira borcunun tamamını ödemek zorunda kalmışsa, bu vekâlet sözleşmesi hükümleri gereğince (A)'ya rücu edebilir. Bu durumda rücu talebinin dayanağı, TBK 510 / I hükmüdür. (B) bu talebini TBK 147 / I, b.5 gereğince 5 yıllık zamanaşımın süresine tabidir.

3. İş sözleşmesi:

Bir işçinin kusurlu fiiliyle üçüncü kişiye zarar vermesi halinde bu zarardan, işçi haksız fiil hükümlerine göre, işveren ise (koşulları varsa) adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerine göre dış ilişkide TBK 61 gereğince müteselsilen sorumludur. İşverenin tazminatın tamamını tek başına ödemesi halinde, işçiye yönelik rücu talebi, aslında işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden işçi için doğan borca aykırılık hükümlerine dayanır. İş sözleşmesinde işçi, TBK 396 / I gereğince “*İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin hakkı*

⁵⁷ KAPANCI, (2014), s. 483. Bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 314.

Aynı durum, teminat amacıyla mevcut borca sonradan katılma halinde de geçerlidir. Mesela (Ü), (A) ile (B) arasında mevcut olan borca, teminat sağlamak amacıyla müteselsil borçlu hale getirilir ve borcun tamamını ödemek zorunda kalırsa da aynı durum karşımıza çıkabilecektir.

menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.” Ve yine aynı kanunun 400 / I hükmüne göre “*İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur.*” Bu sebeple, işçinin işini kusurlu olarak özensiz icra etmesinden üçüncü kişinin uğradığı zararı işveren ödemek zorunda kalmışsa, bu hükümlere göre işçiye başvurup, kendi payını aşan kısmın ifasını talep edebilir.

İş sözleşmesinde, işçinin işi özenle icra etme borcuna aykırılıktan doğan talepler ile işverenin işçiyi koruma borcuna aykırılıktan doğan talepler 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir⁵⁸. Bu sebeple işveren, ödediği tazminattan işçinin iç ilişkideki payına düşen kısmı ödeme tarihinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde ileri sürebilir.

4. Sigorta Sözleşmesi:

Sigorta sözleşmesine dayalı rücu hakkı konusu incelenirken, öncelikle bazı genel hususların açıklanmasında yarar vardır.

Bilindiği gibi sigorta sözleşmeleri sigorta konusu olan menfaate göre meblağ (can) sigortaları (TTK 1478 - 1520) ve zarar sigortaları (TTK 1453 – 1486) olarak ikiye ayrılır⁵⁹. Meblağ (can) sigortalarında sigortalı, hem sigorta bedelini sigortacıdan, hem de uğradığı zararın tazminini, koşulları varsa sorumludan yığılmalı olarak talep edebilir⁶⁰. Bu yönüyle meblağ sigortalarında kümülatif alacak söz konusudur⁶¹. Bu sebeple meblağ sigortalarında sigortacının müteselsil borçluluğu söz konusu olmadığından, buna bağlı olarak halefiyeti de söz konusu olmaz. Diğer bir ifadeyle, konumuz olan müteselsil borçlulukta rücu zamanaşımı sorunu, meblağ sigortalarında sigortacının müteselsil borçluluğu bulunmadığından, ortaya çıkan bir sorun değildir.

⁵⁸ ERDEM, (2019), m. 147, no. 10.

⁵⁹ Bkz. KAYIHAN, s. 1596.

⁶⁰ OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no.1338; DALCI ÖZDOĞAN, s. 117; KAYIHAN, s. 1600.

⁶¹ Hayat sigortası yönünden bu durum TTK 1491 / III hükmünde şöyle belirtilmiştir: “(3) 1472 nci madde hükmü hayat sigortalarında uygulanmaz. Hayat sigortası sözleşmesi gereği, sigorta şirketinden kararlaştırılan sigorta bedelini tahsil eden sigorta ettiren ve mirasçıları ile rizikoya muhatap olan kişilerin mirasçılarının, rizikonun gerçekleşmesine neden olan üçüncü kişiye karşı sahip olduğu tazminat alacağını sigorta şirketine temlik etmeleri geçersizdir.” Görüldüğü gibi bu hükümle, halefiyetin söz konusu olmayacağı, bu sebeple hem sigorta şirketinden sigorta bedelinin, hem de sorumlulardan tazminatın talep edilmesinin mümkün olduğu açıkça belirtilmiş olmasının yanında, tazminat alacağının sigorta şirketine devri dahi açıkça yasaklanmıştır.

Zarar sigortaları ise kendi içinde mal sigortası ve sorumluluk sigortası olarak ikiye ayrılır.

Mal sigortasında sigorta şirketi, mal zarar gördüğünde, ortaya çıkan zararı gidermeyi sigortalıya üstlenir (TTK 1459). Sigortacının bu sorumluluğunun doğmasında, bir üçüncü kişinin sorumluluğunun bulunup bulunmaması veya (varsa) sorumluluğunun kapsamı önemsizdir. Mesela bir aracın kasko sigortası yapılmasında, aracın camı kendiliğinden çatlasa bile, (bu risk teminat dâhilindeyse) sigorta şirketi bu zararı gidermekle yükümlüdür. Fakat bu cam kırılmasına bir üçüncü kişi, kusurlu ve hukuka aykırı olarak neden olmuşsa, onun da bu zararı giderme borcu bulunmaktadır.

Konumuz olan müteselsil borçluluktaki rücu zamanlaşımı sorununun incelenmesinde öncelikle tespiti gereken husus, mal sigortacısının, mala zarar verdiği için sorumluluğu bulunan üçüncü kişiyle birlikte müteselsil borçlu olup olmadığının tespitidir. Zira mal sigortacısı müteselsil borçlu sayılırsa, müteselsil borçlulukla ilgili TBK 61-62 ve 162 – 168 hükümleri de uygulama alanı bulacak ve özellikle sigortacının halefiyetine ilişkin TTK 1472 ile müteselsil borçlunun rücu ve halefiyetine ilişkin TBK 62 / II ile 167 / II ve 168 / I hükümlerinin uygulanması konusunda bir tartışma ortaya çıkacaktır. Fakat mal sigortacısı, zarardan sorumlu olan kişiyle birlikte müteselsil borçlu sayılmazsa, TBK 62 / II ve 162 – 168 hükümleri uygulama alanı bulamayacak, doğrudan ve sadece TTK 1472 hükmü uygulanacaktır.

Kanaatimce mal sigortalarında sigortacının borcu ile zarar verenin borcu aynı borç olmadığından, bunlar müteselsil borçlu sayılamaz⁶². Borçların ayniyeti olmadığından, bunlar müteselsil borçlu sayılamaz ve TBK 62 / II ve 162 – 168 hükümlerine göre sorumlulukları söz konusu olmaz⁶³. Bu sebeple mal sigortacısının zararı karşılaması halindeki hukuki durumu TTK 1472 gereğince sigortalıya halef olmaktan ibarettir⁶⁴.

Aksinin kabulü tamamen haksız sonuçların doğmasına da neden olur. Şöyle ki: mesela bir kişi hafif kusurlu olarak başkasının, değeri 100 TL olan malına zarar vermiş, malın tamamen telef olmasına neden olmuşsa, onun

⁶² Bu yönde: KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 35.

Nomer mal sigortasında sigortacıyı müteselsil borçlu saymaktadır. NOMER, (2011), s. 252; NOMER, (1997), s. 256. Bu yönde: KOLLER, s. 1209.

⁶³ Mal sigortasında sigortacı ile zarar verenin müteselsil borçlu olmamasının bir sonucu olarak, zamanlaşımı sigortacıya veya zarar verene karşı kesilince, diğerine karşı kesilmiş olmaz.

⁶⁴ Bkz. ŞAHİN CANER, s. 132; KAYIHAN, s. 1598 vd; ARĞILLI, s. 81.

ödeyeceği tazminat TBK 51 / I ve 52 / II gereğince, 100 TL'den daha düşük bir tutarda olabilecektir. Fakat bu olayda malik bu malı için 100 TL bedelli bir mal sigortası akdetmişse, bu hasar karşısında sigorta şirketi 100 TL'lik hasarın tamamını gidermekle yükümlüdür. Eğer zarar veren ile mal sigortacısı müteselsil borçlu sayılırsa, zarar veren aleyhine açılan dava sonucunda zarar görene 100 TL tazminat ödemek zorunda kalabilecektir. Zarar veren, bu zararın tamamını ödedikten TBK 62 / II gereğince halef olarak sigorta şirketine rücu edebilir. Zararın ortaya çıkmasında sigorta şirketinin hiçbir kusuru olmadığından, bu rücu talebinin dayanağı da olmayacaktır. Fakat bu olayda sigortacı olmasaydı, zararın çok küçük bir kısmını karşılamak zorunda kalacaktı. Görüldüğü gibi mal sigortasında, sigortacı ile zarar verenin müteselsil borçlu sayılması, hem teorik sebeplerle, hem de adil olmayan sonuçların ortaya çıkması nedeniyle kabul edilmemelidir.

Mal sigortacısı ile haksız fiil failleri arasında müteselsil borçluluk olmadığını kabul ettiğimizden, sigorta şirketi zararı karşıladığında, TBK 62 / II hükmüne göre değil (çünkü zarar sigortacısı müteselsil borçlu değildir), TTK 1472 / I gereğince sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı var olan dava hakları sigorta şirketine geçer. Bunun sonucu olarak da sigortalının sorumlulara karşı olan talep hakları, hukuki dayanakları⁶⁵ ve bağlı oldukları zamanaşımı süreleri değişmeksizin sigorta şirketine geçmiş olur⁶⁶.

Bu durumda (zarar gören) sigortalıya karşı müteselsilen sorumlu olanlar, sigorta şirketine karşı da müteselsilen sorumlu olur⁶⁷. Sigorta şirketinin bu alacağının zamanaşımı süresi, sigortalının sahip olduğu zamanaşımı süresi kadardır. Mal sigortasında sigorta şirketi müteselsil borçlu sayılmadığından, sigortalının sigorta şirketine dava açması, sigorta şirketinin kısmi ifada bulunması, müteselsil borçlular yönünden zamanaşımını kesmez.

Zarar sigortasının ikinci türü ise **sorumluluk sigortalarıdır**. Sorumluluk sigortasında rücu ve halefiyet sorununun çözümünde, öncelikle sorumluluk sigortacısının borcunun niteliği tespit edilmelidir. Sorumluluk sigortasında

⁶⁵ Sigortalı ile zarar veren arasındaki hukuki ilişkide, zarar verenin sorumluluğu geçerli biçimde ortadan kaldırılmışsa, sigortacı yaptığı ifayla halefiyet ve zarar verene başvuru imkânına sahip olmayacaktır. Bkz. BOZER, Rücu, s. 478.

⁶⁶ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 722; NOMER, (2011), s. 252; BOZER, Zamanaşımı, s. 475; KAYIHAN, s. 1604; ARGILLI, s. 87. Bkz. YİBK 17.01.1972, 1970/2, 1972/2, RG. 20.03.1972, S. 14134.

⁶⁷ DALCI ÖZDOĞAN, s. 118; ŞAHİN CANER, s. 132.

sigorta şirketi, aslında sigortalının bir tazminat yükümlülüğü doğduğunda, sigortalıya karşı, onu bu borçtan kurtarmayı borçlanır⁶⁸. Bu borcun ifası, ya sigortalının zarar görene ödemesi gereken tazminat tutarının sigorta şirketi tarafından sigortalıya ödenmesiyle, ya da bu ödemenin doğrudan zarar görene yapılmasıyla gerçekleştirilebilir. Bu sebeple sigortacının ediminin, sigortalıyı, üçüncü kişinin tazminat talebi karşısında bu borçtan kurtarmaktan ibaret olduğu görülmektedir.

Fakat Türk Ticaret Kanununun 1473. maddesinde, sorumluluk sigortasında sigortalının üçüncü bir kişiye karşı, sigorta sözleşmesinde öngörülen türden bir sorumluluğunun doğması halinde, sigortacının doğrudan zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat ödeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Böylece sigorta şirketinin edim yükümlülüğünün, sigortalının mal varlığının pasifinin artmasında doğacağı kabul edilmiştir.

Aynı şekilde bunun tamamlayıcısı olan TTK 1478 hükmünde de, zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurabileceği bir genel hüküm niteliğinde olmak üzere açıkça düzenlenmiştir⁶⁹. Böylece zarar gören, sigorta şirketi karşısında sadece edimi kabul eden biçimindeki pasif konumdan çıkarılıp, aktif olarak edimin kendisine ifasını talebe de yetkili hale getirilmiştir⁷⁰.

Bu hükümlerin hukuki niteliğiyle ilgili tartışmalar konumuzun dışındadır⁷¹. Meselenin konumuzu ilgilendiren kısmı, zarar görene, fail dışında doğrudan sorumluluk sigortacısına da başvuru hakkının tanınmış olması nedeniyle sorumluluk sigortacısının diğer sorumlularla birlikte müteselsil borçlu sayılmasının mümkün olup olmadığıdır.

Bu konuda bir kanaat açıklarken, sorumluluk sigortasında ilgililerin (sigortalı, sigorta şirketi ve zarar görenin) hukuki durumları incelenmelidir. TTK 1473 ve 1478 hükümleri birlikte incelendiğinde, sorumluluk sigortasının tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıdığı kabul edilebilir⁷². Tam

⁶⁸ Bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 222; YEŞİLOVA ARAS, s. 28.

⁶⁹ TTK 1478: “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.”

⁷⁰ YEŞİLOVA ARAS, s. 33.

⁷¹ Bu konuda bkz. YEŞİLOVA ARAS, s. 64 vd.

⁷² Bu yönde: OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no.1272; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 1763; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 223; GAUTSCHI, s. 56; KOLLER, s. 1174.

Bu konudaki tartışmalar ve literatür için bkz. YEŞİLOVA ARAS, s. 78.

üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat ettiren olarak ifade edilen sorumluluk sigortalısı, sigorta tazminatının lehtara, yani zarar görene ödenmesini talep yönünde bir alacak hakkına sahiptir⁷³. Lehtar, yani zarar gören de, doğrudan vaat edene, yani sorumluluk sigortacısına başvurup, alacağın kendisine ifasını talep yetkisine sahiptir. Genel olarak kabul edildiği üzere, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, hem vaat ettiren, hem de lehtar bir alacak hakkı sahibidir⁷⁴. Vaat ettirenin alacağı, tazminatın zarar görene ödenmesi yönündeyken; lehtarın alacağı ise, (zarar veren sigortalının sorumlu olduğu ve sigorta bedeli içinde kaldığı ölçüde) tazminatın kendisine ödenmesini talep yönündedir.

Kanundan doğan bir tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul ettiğimiz sorumluluk sigortasında lehtar, yani zarar gören, doğrudan sigorta şirketine başvurup (sigortalının sorumlu olduğu ve sigorta bedeli içinde kaldığı ölçüde) zararını karşılayacak tazminatın ödenmesini isteyebileceğinden⁷⁵, zarar gören ile sigorta şirketinin müteselsil borçlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁷⁶.

Yargıtay kararlarında ve doktrinde, TTK 1478 benzeri bir hüküm içeren KTK 97 gereğince sorumluluk sigortacısının diğer sorumlularla birlikte müteselsil borçlu olduğu kabul edilmektedir⁷⁷.

⁷³ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat ettiren, vaat eden ve lehtarın karşılıklı hukuki durumları hakkında bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 220 vd; BUCHER, s. 480 vd; KOLLER, s. 1188; ÖZ, m. 129, no. 34; ÇİLENTİ KONURALP, s. 156 ve özellikle s. 173.

⁷⁴ OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no. 1306; ÖZ, m. 129, no. 34; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 1767; ÇİLENTİ KONURALP, s. 173, dn.96'de anılan yazarlar.

⁷⁵ Genel hüküm niteliği taşıyan TTK 1478 yanında, sorumluluk sigortalarına ilişkin çeşitli kanunlarda düzenlenen (doğrudan sigortacıya başvuru hakkını veren) hükümler de mevcuttur. TBK 130 / I: “Başkasını çalıştıran kişi, çalıştırdığı kişiye karşı hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar doğrudan doğruya çalışana ait olur.”

KTK 97: “Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyumsuzluk olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.”

Karayolları Taşıma Kanunu 21: “Hak sahipleri, sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıya karşı talepte bulunabilirler.”

⁷⁶ Bu yönde: KOLLER, s. 1209; YEŞİLOVA ARAS, s. 87.

Açık olmamakla birlikte aksi görüşte: KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 35.

⁷⁷ Bu yöndeki kararlar için bkz. YEŞİLOVA ARAS, s. 85, dn. 228. Ayrıca bkz. ŞAHİN CA-

Bu sebeple sorumluluk sigortasında sigortacıya karşı zamanaşımı kesilince, faile karşı da kesilmiş sayılır⁷⁸.

Sorumluluk sigortasında sigortacı, zarar verenle birlikte müteselsil borçlu sayıldığına göre, sigortacının zarar gören alacaklıya ifada bulunmasıyla ortaya çıkan hukuki durumun açıklanması gerekir. Sigortacı müteselsil borçluysa, yaptığı ifayla alacaklının haklarına halef olması gerekir (TBK 62 / II, TBK 168 / I). Fakat sorumluluk sigortacı ifada bulunduğu anda, onun halefietinin alacaklıya değil, TTK 1481 / I gereğince sigortalıya olduğu açık hükümle belirtilmiştir: “*Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur.*”

Mesela bir inşaat işini yürüten (A) şirketinin, hafriyat işini yapan (İ)şçi’si hafif kusurlu davranışı sonucunda bu işin görüldüğü sırada yoldan geçen bir kişiye zarar vermiş ve (A) ile (İ) arasındaki iş sözleşmesinde, işçinin hafif kusurundan işverene karşı sorumluluğu tamamen kaldırılmış bulunsun. Bu olayda (A) şirketinin, bu olayı da kapsayan bir sorumluluk sigortası varsa, zarar gören, TTK 1478 hükmü gereğince doğrudan sigorta şirketinden talepte bulunabilir. Sigorta şirketi ödeme yaptığı anda, TBK 62’ye göre alacaklı zarar görene değil, TTK 1481 / I gereğince sigortalı inşaat şirketine halef olur⁷⁹. Bu durumda halefiyete dayalı rücu hakkını da, aynı hükme göre gerçekleşen zarardan dolayı sigortalıya karşı sorumlu olan (İ)’ye karşı kullanabilir. Fakat iş sözleşmesinde hafif kusurdan sorumluluk kaldırıldığından, bu olayda rücu talebi reddedilecektir.

Fakat eğer sigorta şirketinin halefiyeti zarar gören alacaklıya olsaydı, onun halefiyete dayalı başvurusunda (İ), hafif kusurlu olarak tazminatın bir

NER, s. 43, dn. 116.

Sorumluluk sigortacısının müteselsil borçlu olduğunu kabul edenler: KILIÇOĞLU, (2014), s. 465; GÖKCAN, s. 1377; ŞAHİN CANER, s. 129 vd; NOMER, (2015), s. 204; BAĞRIAÇIK, s. 269; YAĞCIOĞLU, s. 236.

DALCI ÖZDOĞAN’ın (s. 118) açıklamalarından yazarın sorumluluk sigortacısını müteselsil borçlular arasında görmediği anlaşılmaktadır.

⁷⁸ Bu sonuç, KTK zorunlu mali sorumluluk sigortası için açık hükümle (m.109 / III) kabul edilmiştir: “*Zamanaşımı, tazminat yükümlüsüne karşı kesilirse, sigortacıya karşı da kesilmiş olur. Sigortacı bakımından kesilen zamanaşımı, tazminat yükümlüsü bakımından da kesilmiş sayılır.*”

Aynı hüküm, Karayolları Taşıma Kanununa göre zorunlu tutulan sorumluluk sigortası için de açık hükümle (m.23) kabul edilmiştir: “*Sorumlu kişi hakkındaki zamanaşımını kesen sebepler, sigorta şirketi hakkında da uygulanır. Sigorta şirketi hakkında zamanaşımını kesen sebepler sorumlu kişi hakkında da uygulanır.*”

⁷⁹ Bkz. ve karşı. KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 35, dn. 159; ARGİLLI, s. 81.

kısmını üstlenmek zorunda kalacaktı. Bu sebeple, doktrinde ileri sürülen, sorumluluk sigortacısının TBK 62 / II hükmüne göre halef olacağı yönündeki görüşlere⁸⁰ katılma olanağı yoktur. Sorumluluk sigortacının yaptığı ifayla özel hüküm niteliği taşıyan TTK 1481 / I gereğince, TBK 62 / II'nin aksine alacaklıya değil, sigortalıya halef olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Sigorta şirketi sigortalının yerine geçtiğine göre, sigortalıya karşı sorumlu olanlara, onun hukuki durumu neyse o şekilde başvurabilecektir. Sigortalı, tazminatın tamamını kendisi ödeseydi, diğer müteselsil borçlulara hangi hukuki sebeple ve hangi miktarda rücu edebilecekti, onun halefi olan sigortacı da aynı hukuki zeminde talepte bulunacaktır⁸¹. Bu yönüyle mesela sorumluluk sigortalısının yanında 2 sorumlu daha varsa, halefiyete dayanan sigortacı (müteselsil borçlu) sigortalının yerine geçecek ve sigortalı diğer iki müteselsil borçluya nasıl rücu edebilecekti o şekilde rücu edecektir. Bu sebeple bu aşamada rücu müteselsil değil, paylı olacaktır⁸².

Sorumluluk sigortacısının rücu hakkıyla ilgili son olarak belirtilmesi gereken konu ise, sorumluluk sigortacısının, sigortalının sorumluluğunun doğduğu hallerde ortaya çıkan zararı, zarar görene (sigorta limiti ölçüsünde) ödemesinden sonra, bazı durumlarda sigortalıya rücu edip, ödediği tazminatın iadesini isteyebileceği kabul edilen durumlardır. Halefiyetle ilişkisi olmayan bu iade borcu (rücu alacağı), sigorta sözleşmesinden kaynaklanır⁸³.

Mesela Kara Yolları Trafik Kanunu Mali Sorumluluk Sigortası genel şartlarının B.4. maddesinde belirtilen durumlarda sigortacının ödediği tazminat için sigortalıya rücu edebileceği düzenlenmiştir⁸⁴. TTK 1420 / I gereğince

⁸⁰ NOMER, (2011), s. 252.

⁸¹ Bu yönde: YİBK 17.01.1972, 1970/2, 1972/2, RG.20.03.1972, S. 14134.

⁸² ŞAHİN CANER, s. 133.

DALCI ÖZDOĞAN, s. 119'ise, bu rücuun müteselsil olacağını belirtmiştir. Fakat yazarın bu kanaati sorumluluk sigortası için değil, mal sigortası için yaptığı da anlaşılmaktadır.

⁸³ KAYIHAN, s. 1608

⁸⁴ ZMSS Genel Şartları madde B.4. fıkrası II: “*Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda kazaya sebebiyet veren sigortalıya rücu edebilir.*

Sigortalıya başlıca şu nedenlerle rücu edilir:

a) *Tazminatı gerektiren olay, sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise,*

b) *Tazminatı gerektiren olay, aracın ilgili mevzuat hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan veya geçerliliğini yitirmiş sürücü sertifikasına sahip ya da ehliyetine geçici/*

“sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl(lık)...” zamanaşımı süresine tabidir⁸⁵. Bu hükme göre sigortacı, mesela işletenin uyuşturucu madde etkisi altında bir kazaya neden olması halinde de zarar görenin zararını karşılar ve fakat daha sonra kendi iç ilişkisi gereğince (açıklanan hükme göre) işletene rücu edebilir⁸⁶.

Aynı şekilde sorumluluk sigortasının bulunduğu bir durumda zarar gören, uğradığı zararı sigortalıdan tahsil etmişse, zarar veren, aralarındaki sigorta sözleşmesi hükümlerine göre sigorta şirketine başvurup, kendisinin zarar görene ödemek zorunda kaldığı ve sigortacının karşılamakla yükümlü olduğu tutarın kendisine ifasını talep edebilir⁸⁷. Bu talep sigorta sözleşmesinden doğan bir rücu talebi niteliği taşır. Kabul ettiğimiz görüş gereğince, sigorta sözleşmesi tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğuna ve tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat ettiren, yani sigortalı, kendisinin sorumlu olduğu fiilden doğan üçüncü kişinin zararının, sigorta bedeli içinde kaldığı ölçüde karşılanmasını sigorta şirketinden talebe yetkilidir. Fakat sigorta şirketi bu borca aykırı davranmış ve tazminatı zarar veren ödemişse, sigorta sözleşmesi hükümlerine göre şirkete rücu edip, bu tutarın kendisine ödenmesini talep

sürekli el konulmuş kimseler tarafından sevk edilmesi veya trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali ⁽²⁾⁽¹¹⁾⁽¹⁶⁾ sonucunda meydana gelmiş ise ⁽³⁾⁽⁵⁾⁽⁷⁾⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾,

c) Aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelen zararlar,

ç) Tazminatı gerektiren olay, yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş ise,

d) Sigortalının rizikonun gerçekleşmesi halinde bu genel şartların B.1. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarar ve ziyan miktarında bir artış olursa,

e) Tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında sigortalının kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğu tespit edilirse,

f) Bedeni hasara neden olan trafik kazalarında sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin, tedavi veya yardım amaçlı sağlık kuruluşuna gitme, can güvenliği nedeniyle uzaklaşma gibi zorunlu haller hariç olmak üzere, olay yerini terk etmesi veya kaza tutanağı, alkol raporu vb. kazanın oluş koşullarına ilişkin gereken belgelerin düzenlenmesi yükümlülüğüne aykırı davranması halinde,”

Bu hüküm hakkında bkz. KAYIHAN, s. 1610 vd.

⁸⁵ GÖKCAN, s. 490; MEMİŞ, s. 1933.

⁸⁶ BAĞRIAÇIK, s. 266.

⁸⁷ YEŞİLOVA ARAS, s. 31, dn.20.

edebilir. Bu talebin bağlı olduğu zamanaşımı süresi, yine TTK 1420 / I gereğince iki yıldır.

C. Müteselsil Borçlular Arasında Bir Sözleşme İlişkisinin Bulunmaması Halinde Rücu Talebi

Müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisinin olmadığı hallerde rücu talebinin bağlı olduğu zamanaşımını ortaya koyarken, TBK 73 hükmüyle haksız fiilden doğan müteselsil borçlulukta rücu zamanaşımına ilişkin getirilmiş bulunan özel hüküm dikkate alınarak, yine iki durumu birbirinden ayırt etmek gerekir: 1. Müteselsil borçluluğun haksız fiilden kaynaklandığı hallerde rücu, 2. Müteselsil borçluluğun haksız fiil dışında bir sebeple ortaya çıktığı hallerde rücu.

1. Müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisinin olmadığı ve müteselsil borçluluğun haksız fiilden kaynaklandığı hallerde rücu talebi (TBK 73)

a. Genel Olarak

Bilindiği gibi TBK 61 hükmünde düzenlenen müteselsil sorumluluk, aynı zarara (aynı veya farklı hukuki sebeplere dayalı olarak) yol açan birden çok kişinin bu zararı tazmin borcunun müteselsil borçlusu olmasını ifade eder. Bu yönüyle müteselsil sorumluluk olarak ifade edilen kurum, aslında bir müteselsil borçluluktur⁸⁸. Zaten Kanunda, müteselsil borçluluk hükümlerine yollama yapılmıştır. Bu sebeple, TBK 61 hükmünde geçen “*birden çok kişi ... taktirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*” ifadesinin “*birden çok kişi ... taktirde, haklarında müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*” biçiminde algılanması gerekir⁸⁹.

Yapılan bu yollama gereğince, haksız fiil nedeniyle birden çok kişinin müteselsilen borçlu olması halinde, sorumluluk hukuku kısmında özel bir hüküm yoksa (mesela zararın iç ilişkide paylaşılmasına ilişkin TBK 62 / I’de olduğu gibi), müteselsil borçluluğa ilişkin TBK 162 – 168 hükümleri uygulanır.

⁸⁸ Müteselsil sorumluluğun, müteselsil borçluluğun bir türü olduğu, kanundan doğan bir müteselsil borçluluk olduğu görüşünde: OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no. 846; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 3; YAĞCIOĞLU, s. 7, 8.

⁸⁹ Doktrinde de örtülü olarak bu hususun ifade edildiği söylenebilir. NOMER, (2012), s. 55; KAPANCI, (2014), s. 35; BAYSAL, s. 615; KIRCA, s. 24.

Müteselsil borçluluğa ilişkin TBK 162 – 168 hükümlerinde, rücu taleplerindeki zamanaşımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Aslında bulunması doğru da değildir. Zira çalışmamızda savunulduğu üzere müteselsil borçluların iç ilişkideki birbirlerine yönelik rücu talepleri, onlar arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir. Bu sebeple onların arasındaki hukuki ilişki görmezden gelinip bir genel sürenin kabulü doğru olmaz.

Fakat haksız fiilden doğan müteselsil borçlulukta rücu talepleri konusunda TBK 73 hükmüyle bir özel zamanaşımı süresinin getirildiği görülmektedir⁹⁰. Haksız fiilden doğan müteselsil borçluluğa dayalı rücu taleplerinde zamanaşımını düzenleyen TBK 73 hükmü 6098 sayılı TBK ile hukukumuzda girmiş bir hükümdür⁹¹.

Bu hüküm, haksız fiil temelli müteselsil borçlular arası özel rücu talebinin bağlı olduğu zamanaşımı süresine ilişkindir. Bu hükmün, halefiyete dayalı genel rücu ilişkilerine yönelik bir etkisi yoktur⁹². Ayrıca müteselsil borçluların borçluluğunun temeli bir haksız fiil değilse, müteselsil borçlular arası rücu ilişkilerinde TBK 73 hükmü yine uygulanamaz⁹³.

Yukarıda da açıklandığı gibi, haksız fiile dayalı müteselsil borçlulukta da, borçlulardan birinin yaptığı payından fazla tutardaki ifayla, diğerlerine rücu hakkı doğar. Bu rücu hakkı, temelini, müteselsil borçlular arasındaki

⁹⁰ TBK 73 hükmü, geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu bulunan birden çok kişinin müteselsil sorumluluğu halinde uygulanabilir. Bu hüküm, haksız fiil sorumluluğu dışındaki müteselsil borçluluk hallerinde ortaya çıkan rücu ilişkilerinde uygulama alanı bulmayacaktır. NOMER, (2011), s. 249; ÇELİK, m.73, no.3. Aksi görüşte: DALCI ÖZDOĞAN, s. 223; YAĞCIOĞLU, s. 403.

⁹¹ Bu hüküm, yasalaşma şansı bulamayan bir İsviçre tasarısından alınmıştır. Widmer/Wessner Tasarısı olarak anılan bu tasarının 55c maddesi şöyleydi: “(1) Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak 3 yılın ve her halde zarar verici fiilin meydana geldiği veya sona erdiği tarihten başlayarak 20 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. (2) Tazminatın ödenmesi kendisinden istenen kişi, durumu birlikte sorumlu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi halde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.” Bu hüküm için bkz. BAYSAL, s. 693.

⁹² Doktrinde de TBK 73 hükmünün halefiyete dayalı rücu hakkı için değil, özel rücu hakkı içi getirilmiş bir hüküm olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür. Nomer’e göre TBK 73 hükmü, halefiyete dayalı rücu hakkı için uygulanmaz. Aksi takdirde teminat verenlerin durumu, kendi iradeleri dışında ağırlaşmış olurdu. NOMER, (2011), s. 251.

Doktrinde **Kapanıcı** da bu zamanaşımı süresinin halefiyete dayalı alacak için değil, rücu dayalı özel alacak için geçerli olduğunu kabul etmektedir. KAPANCI, (2014), s. 554. Bu yönde: KILIÇOĞLU, (2014), s. 506; YAĞCIOĞLU, s. 249 vd.

⁹³ NOMER, (2011), s. 249.

hukuki ilişkiden alır. Müteselsil borçlular arasında bir sözleşme varsa, rücu bu sözleşme hükümlerine göre yapılır. Fakat borçlular arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa, bu rücu talebi somut olayın özelliklerine göre vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye dayandırılabilir. Fakat dış ilişkideki sorumluluk haksız fiil ise ve müteselsil sorumlular arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa veya varlığı iddia edilen bu sözleşmesel ilişki kanıtlanamamışsa, rücu edilecek tutar TBK 62 / I hükmüne göre belirleneceği gibi, bu talebin bağlı olduğu zamanaşımı süresi de TBK 73 hükmüne göre belirlenecektir.

Bu sebeple, TBK 73 hükmünün, rücu zamanaşımı yönünden talebin vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme olarak nitelenebileceği durumların önünü tikidığı ve bir özel hüküm olarak rücu ilişkisini düzenlediği kanaatine ulaşılmıştır.

Doktrinde, bu hükmün önemli bir boşluğu doldurduğu ileri sürülmüştür⁹⁴. Fakat bu hükümle sadece kanun koyucu haksız fiile dayalı rücu talepleri yönünden, müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde rücu talebinin vekâletsiz iş görme mi, yoksa sebepsiz zenginleşme mi niteliği taşıdığı yönündeki tartışmayı⁹⁵ ve buna bağlı olarak uygulanacak olan zamanaşımı süresi farklılığını görmezden gelmek suretiyle meseleyi tek bir hükümle çözmeye iradesini ortaya koymuştur⁹⁶.

Fakat yine belirtelim ki, TBK 73 hükmü, rücu talebinin, müteselsil borçlular arasındaki sözleşme ilişkisine dayandığı hallerde uygulanamaz⁹⁷. Bir sözleşmenin taraflarının, kendilerinin üçüncü kişiye karşı müteselsilen sorumlu olması halinde, zararın iç ilişkide nasıl paylaştırılacağına yönelik akdettikleri sözleşmelerinin görmezden gelinmesi doğru değildir.

TBK 73 hükmüne göre rücu talebi, iki yıllık kısa ve 10 yıllık uzun zamanaşımı sürelerine bağlıdır. Fakat kanunda, bu sürelerin işlemeye başlaması, genel kural olan muacceliyete bağlanmış değildir. Bu sebeple zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamasının ayrıca incelenmesi gerekir.

⁹⁴ NOMER, (2011), s. 249; KAPANCI, (2014), s. 556; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 37; BAYSAL, s. 639. KIRCA, s. 49; DALCI ÖZDOĞAN, s. 218; AŞIK, s. 81.

⁹⁵ Bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 213 vd.

⁹⁶ ÇELİK, m. 73, no. 1.

⁹⁷ Bu yönde: KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 36, dn. 165; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no. 862.

b. Sürelerin İşlemeye Başlaması

TBK 73 hükmüne göre rücu alacağının bağlı olduğu iki yıllık süre, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu olunan diğer kişinin öğrenildiği andan itibaren işlemeye başlarken, rücu alacağının bağlı olduğu 10 yıllık uzun süre ise, tazminatın tamamının ödendiği tarihten işlemeye başlar. Bu hüküm nedeniyle, öncelikle 10 yıllık sürenin işlemeye başlaması, ardından ise bir ek koşulun daha arandığı 2 yıllık sürenin işlemeye başlaması incelenmelidir.

aa. 10 yıllık uzun sürenin işlemeye başlaması

Rücu hakkına sahip olan müteselsil borçlunun bu hakkını kullanmasındaki üst zamanaşımı süresi 10 yıldır. Bu süre, rücu hakkına sahip olan müteselsil borçlunun, tazminatın tamamını ödediği tarihte işlemeye başlar. Bu ödemenin bir dava sonucunda verilen mahkeme kararına dayanması gerekli değildir⁹⁸.

Tazminatın tamamının ödenmesi, alacaklının (zarar görenin) ifa veya başka bir biçimde tamamen tatmin edilmesini ifade eder. Bu sebeple 10 yıllık sürenin işlemeye başlaması, mesela müteselsil borçlulardan birinin, zarar görenden olan karşı edim alacağını takas etmesi yoluyla tazminatın tamamının karşılanmış sayıldığı hallerde de işlemeye başlar.

10 yıllık süre, tazminatın tamamının ödenmesiyle başlayacağına göre, tazminatın kısmen ifa edilmesi halinde, 10 yıllık süre işlemeye başlamayacaktır⁹⁹. Mesela tazminat tutarı 100 TL ise ve tazminatın ödendiği tarihte 20 TL'de temerrüt faizi doğmuş ve alacaklı 110 TL ödeme yapmışsa, tazminatın 10 TL'lik kısmı halen ifa edilmemiş olduğundan, 10 yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlamamış olacaktır.

Doktrinde bu hükümde, zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla başlayacağına ilişkin genel ilkeyle paralellik olduğu ileri sürülmüştür¹⁰⁰. Fakat kanaatimce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira genel ilkeyle paralellik olsaydı, (iç sorumluluk payını aşan tutardaki) kısmi ifa halinde bu kısım için zamanaşımı derhal başlayabilirdi¹⁰¹. Çünkü verdiğimiz örnekte rücu hakkı,

⁹⁸ KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 36.

⁹⁹ EREN, s. 946; KILIÇOĞLU, (2014), s. 507; NOMER, (2011), s. 254; DALCI ÖZDOĞAN, s. 218; KIRCA, s. 50; ÇELİK, m. 73, no. 10; TUTUMLU, s. 314.

¹⁰⁰ KAPANCI, (2014), s. 555; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 36; YAĞCIOĞLU, s. 391; KURT, s. 152.

¹⁰¹ Bu yönde: DALCI ÖZDOĞAN, s. 220.

payından fazla ifade bulunmakla zaten muaccel hale gelmiştir. Fakat borcun tamamı ödenmediği için zamanaşımı işlemeye başlamayacaktır.

Zamanaşımı süresinin başlaması için önemli olan, tazminatın tamamının ödenmiş olmasıdır. Bu ödemenin kim tarafından yapıldığı önem taşımaz. Bu sebeple mesela müteselsil sorumlulardan birinin 120 TL'lik tazminatın 100 TL'sini ödemesinden 5 yıl sonra diğer sorumlu da tazminatın kalan kısmını ödemişse, rücu zamanaşımının başlaması için aranan ilk unsur olan tazminatın tamamının ödenmesi koşulu, 5. yılda gerçekleşmiş sayılacaktır¹⁰².

Zamanaşımının, tazminatın tamamının ödenmesine bağlanması, doktrinde haklı eleştiri konusu olmuştur¹⁰³. Müteselsil borçluların kimliklerinin de bilindiği ve payından fazla bir miktarda ödemede bulunduğu hallerde, henüz borcun tamamının ödenmediği için rücu talebinin zamanaşımının neden işlemeye başlamadığını anlamak güçtür.

10 yıllık sürenin tazminatın tamamının ödenmesine bağlanması da, bu üst sürenin çok uzun yıllar boyunca işlemeye başlamaması gibi bir sonuç doğurabilir¹⁰⁴. Hemen belirtelim ki, Widmer / Wessner Tasarısında olduğu gibi, hükmün bizdeki tasarı aşamasındaki şeklinde de, üst süre haksız fiil tarihinden başlatılmaktaydı. Fakat 10 yıllık üst sürenin fiil tarihinden başlatılması halinde de, ifa tarihinde bu sürenin geçmiş olması durumunda, rücu alacağından doğmasından önce zamanaşımına uğraması sonucu ortaya çıkabilecekti¹⁰⁵. Bu yönüyle 10 yıllık sürenin paydan fazla tutarda (tamamına değil) ödemeye bağlanması en uygun yoldur¹⁰⁶.

ab.2 yıllık kısa sürenin işlemeye başlaması

2 yıllık sürenin işlemeye başlaması için iki ayrı koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunların ilki, 10 yıllık sürenin işlemeye başlamasıyla aynıdır: Tazminatın tamamının ödenmesi. Bu konu için bir önceki başlıkta açıklananlar aynen geçerlidir. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, en azından iki yıllık sürenin işlemeye başlamasında tazminatın tamamının ifasının değil,

¹⁰² KILIÇOĞLU, (2014), s. 507; ÇELİK, m. 73, no. 20.

¹⁰³ GÜRPINAR, s. 283; KAPANCI, (2014), s. 558; YAĞCIOĞLU, s. 397; NOMER, (2011), s. 254.

¹⁰⁴ GÜRPINAR, s. 283; KAPANCI, (2014), s. 559; BAYSAL, s. 640; NOMER, (2011), s. 255.

¹⁰⁵ Karş. KIRCA, s. 50; KURT, s. 153.

¹⁰⁶ DALCI ÖZDOĞAN, s. 220. Karş. YAĞCIOĞLU, s. 400; GÜRPINAR, s. 284.

paydan fazla bir tutarda ifada bulunmanın aranması daha uygun olurdu¹⁰⁷. Bu konuda başka bir açıklama yapmaksızın, ikinci koşul olan birlikte borçlu diğer kişilerin öğrenilmesi hususu incelenmelidir.

İki yıllık sürenin işlemeye başlamasının ikinci koşulu, rücu hakkına sahip müteselsil borçlunun, diğer müteselsil borçluyu öğrenmesidir.

Öğrenilecek olan, müteselsilen borçlu olan diğer bir kişinin varlığı, kimliği ve iletişim bilgileridir¹⁰⁸. Bunlardan birinin eksik olması halinde, 2 yıllık kısa zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz.

Müteselsil borçlu sayısı en az 3 ise ve borcun tamamını ifa eden borçlu, diğer borçlulardan biri hakkında bilgi sahibiyse, onun bu kişiye yönelik rücu talebinin bağlı olduğu 2 yıllık zamanaşımı süresi diğer koşulun da gerçekleşmesi kaydıyla o tarihte işlemeye başlar. Üçüncü müteselsil borçlunun henüz bilinmemesi, ikinciye yönelik rücu talebi zamanaşımının işlemeye başlaması bakımından etkisizdir¹⁰⁹.

Kanun öğrenmeyi esas almış olup, öğrenmenin gerekmesini dışlamıştır. Bu sebeple borçlunun gerekli özeni göstermesi halinde diğer borçluların kimliklerini öğrenebilecek durumda olması bile, bu şartın gerçekleşmesi için yeterli değildir¹¹⁰.

ac. Bildirim külfetinin ihlali nedeniyle sürelerin daha önce işlemeye başlaması

TBK 73 / II hükmüne göre,

“Tazminatın ödenmesi kendisinden istenen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi halde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.”

Bu hüküm, ilginç bir bakış açısıyla kaleme alınmıştır. Şöyle ki, müteselsil borçluya bir bildirim külfeti getirilmiş, buna uyulmazsa henüz doğmamış

¹⁰⁷ Bu yönde: DALCI ÖZDOĞAN, s. 218.

¹⁰⁸ EREN, s. 946.

¹⁰⁹ KURT, s. 153; KAPANCI, (2014), s. 555; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 36; YAĞCI-OĞLU, s. 392; ÇELİK, m. 73, no. 21; DALCI ÖZDOĞAN, s. 220. Kılıçoğlu'nun konuyla ilgili açıklamalarında kullandığı çoğul ifadeden, bu kanaatte olmadığı anlaşılmaktadır. Bkz. KILIÇOĞLU, (2014), s. 507.

¹¹⁰ KURT, s. 153; KAPANCI, (2014), s. 555; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 36; DALCI ÖZDOĞAN, s. 220. Karş. ROTHENBERGER, s. 84.

bulunan rücu alacağının zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması gibi¹¹¹ bir sonuç kabul edilmiştir.

Bu hükmün anlamı ve kapsamının özel olarak incelenmesi gerekir. Fakat öncelikle belirtelim ki, hukuki niteliği itibariyle bildirim, bir külfet niteliği taşır¹¹².

Bildirim külfetinin doğumu: Kanunun açık hükmüne göre bildirim külfetinin doğumu tazminatın ödenmesinin müteselsil borçluların birinden istenmesiyle doğar. Bu bildirim külfetinin doğması, tazminatın sadece dava yoluyla talep edilmesi halinde mi doğar? Yoksa tazminatın dava dışı talep edilmesi halinde de, müteselsil borçlu bu durumu diğer müteselsil borçlulara bildirme külfeti altında mıdır?

Bu soruya cevap verirken, bildirim külfetinin hangi amaca hizmet ettiğini belirlemek gerekir. Kanaatimce bu bildirim külfetinin altında yatan sebep, bildirim yapılması yoluyla davada daha lehe bir sonuç alınabilmesini sağlamaktır¹¹³. Bu hükmün alındığı İsviçre Borçlar Kanunu Ön Tasarısının açıklayıcı raporunda bunun amacı benzer biçimde şöyle açıklanmıştır: Bildirimin yapılmasıyla diğer sorumluların durumu öğrenip kendisinden talepte bulunulan kişiyi sorumluluktan kurtarmasını sağlamak ve ayrıca diğer sorumluların ellerindeki delillerin kaybolmasının önlenmek¹¹⁴.

Bu sebeple bu bildirim külfetinin doğması için davanın açılması gerektiği kabul edilmelidir. Sadece bir ihtarda bulunulması veya icra takibi yapılması halinde, bunun bildirilmesinin gerekli olmadığı kanaatindeyim¹¹⁵.

Ayrıca bu hükmün bir bütün olarak genel sisteme aykırılık oluşturan yapısı nedeniyle uygulama alanının genişletici değil, daraltıcı bir yorumlama yapılmasının da uygun olacağı kabul edilebilir.

Bildirim külfetinin dava açılmasıyla doğacağını kabul ettiğimizden, bildirim, davanın ihbarı yoluyla yapılması gerektiği de ortaya çıkmaktadır.

¹¹¹ KAPANCI, (2014), s. 555; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 36; BAYSAL, s. 640; YAĞCIOĞLU, s. 401; ÇELİK, m. 73, no. 28; KIRCA, s. 50; KURT, s. 157.

¹¹² KURT, s. 155; YAĞCIOĞLU, s. 396; AŞIK, s. 82.

¹¹³ Karş. YAĞCIOĞLU, s. 393; GÜRPINAR, s. 285; KURT, s. 154.

¹¹⁴ KIRCA, s. 50.

¹¹⁵ Bu yönde: KURT, s. 155, dn.74; YAĞCIOĞLU, s. 394. Doktrinde, dava dışı talep halinde dahi, bu bildirim yapılmasının gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. KAPANCI, (2014), s. 556; KAPANCI, (2019) m. 61-62, no. 36; DALCI ÖZDOĞAN, s. 222.

HMK 62 / I gereğince davanın ihbarının yazılı olarak yapılması ve ihbar sebebinin gerekçelerinin bildirilmesi gerekir¹¹⁶.

Bildirim külfetine aykırılığın sonucu: Bildirim yapılmazsa, rücu alacağına bağlı olduğu zamanaşımı süresinin (henüz ifa bile yapılmadan önce) işlemeye başlaması gibi garip bir sonuç doğmaktadır. Buna göre, borcun ifası kendisinden istenen müteselsil borçlu, bu durumu diğer müteselsil borçlulara bildirmezse 2 yıllık zamanaşımı süresi, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar¹¹⁷.

Bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihin tespiti: Bildirimde bulunulmazsa sürenin işlemeye başlaması muğlak bir biçimde düzenlenmiştir¹¹⁸. Bunun takdirini rücu talebini inceleyen mahkeme yapacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi, Kurt tarafından aktarılan uygulamasıyla, dava açıldıktan sonraki bir ay içinde yapılan ihbarı süresi içinde görmüşken, iki ay sonra yapılan ihbarı ise süresi içinde değerlendirmemiştir¹¹⁹.

Bu hükmün uygulanması için ilk olarak kendisinden talepte bulunulan müteselsil borçlu tarafından, diğer borçlulara bildirim yapma imkânının doğması gerekir. Bunun için de, diğer müteselsil borçluların varlığının, kimliğinin ve iletişim bilgilerinin öğrenilmesi gerekir¹²⁰. Ayrıca bildirim külfeti ancak, aleyhine dava açılmayan müteselsil borçlular için mevcuttur.

Bu bilgilerin öğrenilmesinden itibaren makul süre içinde bildirim yapılmalıdır¹²¹. Aksi halde Kanunun ifadesiyle rücu alacağına zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

Bildirim her bir müteselsil borçlu için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Mesela 5 müteselsil borçludan birine dava açıldığında, bu kişi diğer müteselsil borçlulardan ikisini öğrendiğinde, bunlara bildirimde bulunmalı, diğer ikisi için ise, bilgi sahibi olmadığından bildirim külfetinin başlamadığı kabul edilmelidir.

¹¹⁶ KURT, s. 155. Farklı gerekçeyle benzer sonuçta: DALCI ÖZDOĞAN, s. 222. Ayrıca bkz. YAĞCIOĞLU, s. 395; ÇELİK, m. 73, no. 30.

¹¹⁷ NOMER, (2011), s. 255.

¹¹⁸ KURT, s. 156; KAPANCI, (2014), s. 560; DALCI ÖZDOĞAN, s. 221; YAĞCIOĞLU, s. 396; KIRCA, s. 51; 283.

¹¹⁹ Bkz. KURT, s. 157.

¹²⁰ BAYSAL, s. 640; KURT, s. 155; YAĞCIOĞLU, s. 395.

¹²¹ YAĞCIOĞLU, s. 396.

Kanaatimce TBK 73 / II hükmü ilk yapılacak kanun değişikliğinde kaldırılmalıdır¹²². Yukarıda da belirtildiği üzere bildirim külfetinin altında yatan sebep, diğer müteselsil borçluların davadan haberdar olmasını sağlayıp, varsa gerekli savunmalarını yapması ve davanın mümkün olan en lehe biçimde sonuçlanmasının sağlanabilmesidir. Bu nedenle bildirim yapılmasının yaptırımı, henüz muaccel olmayan rücu alacağının zamanaşımı süresinin başlatılması değil, olsa olsa, bildirim geç yapılması veya hiç yapılmaması nedeniyle doğan olumsuz sonucun, diğer müteselsil borçlulara yüklenmesinin önlenmesidir¹²³.

Fakat bu hüküm mevcut ve yürürlükte olduğuna göre, bunun uygulama alanını daraltıcı bir yorum yapılması uygun olur.

Buna göre ilk olarak, diğer müteselsil borçlu / borçlular, dava açıldığından haberdarsa, kanaatimce bildirimde bulunulmamasının bir sonucu olmamalıdır.

Ayrıca diğer müteselsil borçlular davadan habersiz olsa bile, bildirimde bulunulsaydı da, sorumluluk yönünden hiçbir etki doğmayacak idiyse, rücu zamanaşımı süresi yine bu bildirim yapılması gereken tarihten başlamakla birlikte, rücu davasının açıldığı tarihte zamanaşımı süresi dolmuşsa, davalının bu yönde bir savunma yapması dürüstlük kurallarına aykırı sayılabilir.

Ayrıca rücu imkânı olan hallerde davanın ihbar edilmemesinin hukuki sonuçları zaten hukukumuzda düzenlenmiş bir konudur. HMK 61 vd hükümlerinde davanın ihbarı kurumu düzenlenmiştir.

HMK 61 / I hükmüne göre: *“Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye ... rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir.”*

HMK 64 hükmüne göre: *“İhbar edilen davada verilen hükmün ihbar eden kişiye etkisi hakkında 69 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyasen uygulanır.”*

HMK 69 / II: *“Fer’î müdahilin, tarafla rücu ilişkisinde, asıl davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verildiği iddiası dinlenilmez. Ancak,*

¹²² DALCI ÖZDOĞAN, s. 222. Hükmün yerinde olmadığı görüşünde: KIRCA, s. 50; KURT, s. 158. Maddenin yerinde bir hüküm niteliği taşıdığı görüşünde: NOMER, (2011), s. 255.

¹²³ Nitekim TBK 164 / II hükmüne göre, müteselsil borçlu, ortak savunmaları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur. Diğer bir ifadeyle, diğerlerine rücu hakkını, ortak savunmayı ileri sürseydi elde edilebilecek lehe sonuç ölçüsünde kaybeder. Bkz. EREN, s. 1350.

müdahil, zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir.”

Görüldüğü gibi, ihbarın yapılmamasının / geç yapılmasının hukuki sonuçları, HMK’da detaylı olarak düzenlenmişken, bunlar görmezden gelinerek rücu zamanaşımının rücu alacağından önce işlemeye başlaması gibi bir sonucun kabul edilmesi yerinde olmamıştır.

Fakat mevcut düzenlemelerde, her iki hüküm de birlikte uygulama alanına sahip olabilecektir¹²⁴. Mesela dava açıldığında bildirimde bulunulmazsa, rücu zamanaşımı süresi işlemeye başlar. 2 yıllık bu süre içinde tazminatın tamamı da ödenir ve rücu için dava açılırsa, TBK 73 / II’nin yanında HMK 64’ün yollaması gereğince HMK 69 / II’de uygulanır.

c. TBK 73 hükmüyle getirilen ilkelerin diğer rücu talepleri bakımından da uygulanabilirliğinin incelenmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, TBK 73 hükmünün sadece haksız fiilden doğan müteselsil borçlulukta, müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumda rücu hakkı için uygulanabilir olduğunu kabul etmekteyiz. Fakat bu hükümle getirilen bazı ilkeler, acaba dayanağı başka olan diğer rücu taleplerine kıyas yoluyla uygulanabilir mi?

Uygulanabilir olup olmadığı incelenmesi gereken ilkeler, rücu zamanaşımının borcun kısmen ifasıyla değil, borcun tamamının ifasıyla başlaması ve ifanın istendiğinin diğer müteselsil borçlulara bildirilmesi külfetine aykırılığın sonucuna ilişkin hükümlerdir.

Mesela bir kira sözleşmesinde müteselsilen borçlu olan kiracılardan biri aleyhine ifa davası açıldığında, kiracı bu durumu diğer müteselsil borçluya bildirmezse, rücu talebinin zamanaşımının, bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlaması hükmü uygulanabilir mi? Veya bu örnekte kendisinden ödemedede bulunması istenen kiracı, 10.000 TL olan borcun 7.000 TL’sini öderse, borcun tamamını ödemediği için, payından fazla bir miktarda ödemedede bulunmuş olsa bile, rücu zamanaşımı süresi henüz işlemeye başlamaz mı?

¹²⁴ KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 36.

Kanaatimce bu iki hükümle getirilen kurallar, genel sistemden sapan istisnai hükümlerdir. Zira zamanaşımının muacceliyetten önce başlaması veya çok küçük bir kısmen henüz ifa edilmediği gerekçesiyle rücu alacağına zamanaşımının başlatılmaması genel olarak doktrinde de eleştirilen düzenlemelerdir. Bu sebeple bunların kapsamının kıyas yoluyla genişletilmesine değil, tam tersine amaca uygun bir yorumla bunların uygulanma alanının daraltılmasına çalışılmasına ihtiyaç vardır. Bu sebeple bu hükümlerin kıyas yoluyla başka rücu hallerine uygulanması mümkün değildir¹²⁵.

Fakat doktrinde, rücu talebinin kanundan doğduğu ve kanunda özel bir rücu zamanaşımı süresi öngörülme hallerde de bu maddede belirtilen sürenin kıyas uygulanabileceği ileri sürülmüştür¹²⁶.

2. Müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisinin olmadığı ve müteselsil borçluluğun haksız fiil dışında bir sebepten kaynaklandığı hallerde rücu talebi

Müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisinin olmadığı ve müteselsil borçluluğun haksız fiil hukuku dışında doğduğu durumlarda rücu talebinin öncelikle hukuki dayanağının tespit edilmesi gerekir.

Müteselsil borçlular arasında bir sözleşmesel ilişki yoksa, aralarında vekaletsiz işgörmeye veya sebepsiz zenginleşme biçiminde bir hukuki ilişki doğabilir¹²⁷. Bu durumda rücu zamanaşımı süresi de, bu hukuki ilişkilerin bağlı olduğu sürelerle tabidir¹²⁸. Hemen belirtelim ki, müteselsil borçlular arasındaki bu hukuki ilişkinin niteliğinin belirlenmesi çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bu aşamada sadece, bu ilişkinin, belirlenecek olan hukuki niteliğine bağlı olarak zamanaşımı süresinin de ortaya çıkacağını belirtmekle yetinmeyi uygun görmekteyiz.

Katılmadığımız bir görüşe göre ise, haksız fiil dışı müteselsil borçluluk hallerinde, müteselsil borçlular arasında bir sözleşmesel ilişki de yoksa, rücu zamanaşımı hakkında TBK 73 hükmü uygulanmalıdır¹²⁹. Fakat TBK

¹²⁵ NOMER, (2011), s. 251; YAĞCIOĞLU, s. 403.

¹²⁶ ANTALYA, s. 670; ÇELİK, m. 73, no. 4

¹²⁷ Bu durumlar için bkz. KAPANCI, (2019), m. 167, no. 2; KAPANCI, (2014), s. 505 ve s. 514. Bkz. ve karşı. ÖZEN, s. 1469 vd; ERDEM, (2010) s. 115.

¹²⁸ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 1046.

¹²⁹ DALCI ÖZDOĞAN, s. 223.

73, münhasıran haksız fiile dayalı rücu alacakları için getirilmiş bir hüküm olduğundan ve haksız fiil dışı müteselsil borçlulukta, müteselsil borçlular arasındaki rücu hakkının vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye dayandırılabilirliği açık olduğundan, bu yönde bir genelleme doğru değildir.

A. 01.01.2020 Tarihinde Yürürlüğe Giren Rücu Zamanaşımına İlişkin İsviçre Borçlar Kanununun 139 Madde Hükmü

İsviçre hukukunda haksız fiilde müteselsil sorumluların rücu zamanaşımı konusunda açık bir hüküm 01.01.2020 tarihine kadar yoktu. Bu dönemde Federal Mahkeme, eksik teselsül halinde rücu zamanaşımının, tazminatın ödendiği ve müteselsil sorumlunun öğrenildiği andan itibaren 1 yıl ve zarara yol açan olayın sona erdiği tarihten itibaren 10 yıllık süreye bağlı olduğunu kabul etmekteydi¹³⁰.

İsviçre Borçlar Kanununda yapılan ve 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren zamanaşımı hukuku revizyonuyla, zamanaşımı hukuku alanında bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri de, müteselsil borçlulukta rücu zamanaşımına ilişkin OR 139 hükmüdür.

Rücu zamanaşımına ilişkin olarak getirilen bu hüküm, zamanaşımına ilişkin 127-142 maddeleri arasında eklenmiştir. Bu sebeple bu hüküm, sadece haksız fiilde rücu konusunda değil, haksız fiil dışı rücu taleplerinde de uygulanabilecek bir genel hüküm haline getirilmiştir¹³¹. Hatta OR 129’de geçen, bu kısımda belirtilen zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin hüküm gereğince, sözleşme hukuku alanında rücu zamanaşımının taraf iradesiyle bu hükümden farklı olarak düzenlenemeyeceği de ileri sürülmüştür¹³².

Zamanaşımının düzenlendiği kısım içine eklenen bu yeni maddede, birden fazla kişinin müteselsilen sorumlu olması halinde, alacaklıyı tatmin eden her bir borçlunun rücu talebinin, alacaklının tatmin edildiği ve birlikte sorumlu olanların öğrenildiği günden itibaren 3 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir¹³³.

¹³⁰ FELLMANN, s. 216; MAERKI, s. 184; DALCI ÖZDOĞAN, s. 216. BGE 133 III 6, E.5.3.

¹³¹ VERDE, (2020), s. 180.

¹³² VERDE, (2020), s. 181. Aksi görüşte: KARAŞAHİN, s. 752.

¹³³ İsviçre hukukunda tam-eksik teselsül ayrımı varlığını sürdürdüğünden, bu hükmen sadece eksik teselsülde mi, yoksa hem eksik, hem de tam teselsülde mi uygulanacağı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bkz. FELLMANN, s. 216; PICHONNAZ, s. 742.

Buna göre, müteselsil borçlulukta rücu zamanaşımı süresi 3 yıldır. Bu süre, borcun ödendiği ve müteselsil borçlunun öğrenildiği tarihten başlar¹³⁴. Ayrıca bir üst süre ise öngörülmemiştir¹³⁵.

İsviçre hukukunda bu hükümde bir üst sürenin öngörülmemesi eleştirilmiştir¹³⁶. Buna göre zarar gören alacaklı bile, zarara yol açan fiil tarihinden itibaren belli bir süre içinde faili ve zararı öğrenememiş olsa bile tazminat alacağı zamanaşımına uğrarken, rücu talebinde müteselsil borçlunun kimliğinin öğrenilememesi halinde rücu talebinin üst süre sınırı olmaksızın talep edilebileceğinin kabul edilmesi doğru değildir. Buna göre, teorik olarak bu hüküm karşısında, zararın tamamını karşılayan müteselsil sorumlu, diğer müteselsil sorumlunun varlığın ve kimliğini mesela bu tarihten itibaren 30 yıl sonra öğrenirse, bu tarihten itibaren 3 yıl içinde rücu için başarılı biçimde dava açabilecektir.

Fakat doktrinde bu maddeyle sadece kısa süreye ilişkin bir hüküm getirdiği, uzun süre yönünden ise bir düzenleme bulunmaması nedeniyle bu konudaki boşluğun, 10 yıllık üst sürenin uygulanmasıyla doldurulması gerektiği ve fakat bu 10 yıllık sürenin de, tazminatın ödendiği tarihten başlatılmasının uygun olacağı ifade edilmiştir¹³⁷.

IV. HALEFİYETE DAYALI GENEL RÜCU HAKKININ TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİ

A. Genel Olarak

Gerek TBK 62 / II, gerekse de TBK 168 / I hükmünde, iç ilişkideki payından fazla bir tutarda ifade bulunan müteselsil borçlunun yaptığı ifayla borcun sona ermeyeceği, tersine ifade bulunan müteselsil borçlunun alacaklıya halef olacağı açıkça düzenlenmiştir¹³⁸. Buna göre müteselsil borçlu, yaptığı ifa

¹³⁴ Sürenin başlaması için öğrenmenin arandığı, gerekli özenin gösterilmesi halinde diğer müteselsil sorumluların öğrenilebilmesinin mümkün hale gelmesinin yeterli olmadığı yönünde: FELLMANN, s. 216.

¹³⁵ MAERKI, s. 185; Bu yönde bir üst sürenin öngörülmemiş olmasının bilinçli olmadığı, bir boşluk bulunduğu görüşünde: FELLMANN, s. 217. ROTHENBERGER, s. 98.

¹³⁶ ROTHENBERGER, s. 98.

¹³⁷ ROTHENBERGER, s. 98; FELLMANN, s. 217. Hatta fiil suç teşkil ediyorsa, üst sürenin 10 yıl olarak değil, ceza zamanaşımı süresi kadar olması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz. FELLMANN, s. 217; BERGAMIN, s. 39.

¹³⁸ Doktrinde, kanun yapma tekniği açısından, TBK 62 / II fıkrası hükmünün gereksiz bir tekrar niteliğinde olduğu haklı olarak belirtilmiştir. Zira TBK 61 / I'le yapılan yollama nedeniyle,

nedeniyle rücu hakkına sahip olduğu ölçüde, alacaklının haklarına da halef olur.

Halefiyetin hukuki sonucu, ifade bulunan müteselsil borçlunun, alacaklının yerine geçip, diğer müteselsil borçlulara, alacaklının halefi olarak temel ilişkideki borçluluk hükümlerine göre rücu edebilmesidir¹³⁹.

Bu halefiyetin bir sonucu, halefiyete dayalı genel rücu alacağının bağlı olduğu zamanaşımı süresinin, asıl borcun bağlı olduğu zamanaşımı süresiyle aynı olmasıdır¹⁴⁰. Buna göre asıl borcun bağlı olduğu zamanaşımı süresi mesela 5 yıl ise, halefiyete dayalı rücu hakkının bağlı olduğu zamanaşımı süresi de 5 yıldır.

Halefiyete dayanan genel rücu hakkının, özel rücu hakkıyla sınırlandırıldığını belirtmiştir¹⁴¹. Bunun zamanaşımı yönünden etkisi şu örnekte görülebilir:

Bir kamu kurumuna belli bir miktar malı tedarik işini üstlenen (A) ve (B)'den müteşekkil adi ortaklığın, kesin hesap aşamasında fazladan aldığı ortaya çıkan parayı iade etme borcundan (A) ve (B) müteselsil olarak sorumludurlar (TBK 638 / III). Bu sorumluluğun bağlı olduğu zamanaşımı süresi, satış sözleşmesinden doğan alacaklara bağlı olduğundan 10 yıldır¹⁴².

TBK 62 / II hükmünü fazlasıyla karşılayan TBK 167 / II ve 168 / I zaten müteselsil sorumluluk halinde de uygulanacaktır. KILIÇOĞLU, (2014), s. 463; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no.863; KILIÇOĞLU, (2007), s. 172; KURT, s. 151, dn. 56; GÜRPINAR, 283; NOMER, (2011), s. 249; ÇELİK, m. 73, no. 10.

¹³⁹ EREN, s. 1355; ACAR, (2019), m. 127, no. 38; KAPANCI, (2014), s. 362; NOMER, (2011), s. 250; ŞAHİN CANER, s. 278; VON TUHR, s. 488 vd; YAĞCIOĞLU, s. 402.

¹⁴⁰ ROTHENBERGER, s. 76 ve 97; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, no.1 646; GAUTSCHI, s. 149; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 1045; KILIÇOĞLU, (2014), s. 506; KILIÇOĞLU, (1979), s. 13 ve özellikle s. 135; NOMER, (1997), s. 251; ACAR, (2019), m. 127, no. 49; KAPANCI, (2014), s. 540; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 38; KAPANCI, (2019), m. 168, no. 39; DALCI ÖZDOĞAN, s. 224; ÇELİK, m. 73, no. 17.

¹⁴¹ Aksi görüşteki yazarlara göre ise, böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 225.

¹⁴² YHGK 14.03.2012, E. 2011/13-748, K. 2012/140: “*Dava, fazladan yapıldığı ileri sürülen ödemenin istirdadı istemine ilişkindir. Davacı şirket; taraflar arasındaki sözleşmenin ayakta ve geçerli olduğu bir dönemde, davalı idareye birinci 6 aylık dönem ile üçüncü 6 aylık dönemin sonunda fazla ödemedede bulunduğunu ileri sürerek, eldeki istirdat davasını açtığına göre, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin çözümünde aralarındaki sözleşmenin dikkate alınması zorunludur. Taraflar arasındaki sözleşme hükmü, edimlerin karşılıklı olarak tür ve miktarını tespit etmekle birlikte, bu sınırlama aynı zamanda taraflar arasında örtülü olarak, karşı tarafa geçeceği öngörülmeven malvarlığı değerlerinin iadesi yükümlülüğünü de içerdiğinden, davacı şirketin, sözleşmenin feshedildiği tarihte yapılacak bir kümülatif hesaplama sonucu, davalıya fazladan yaptığı bir ödemenin varlığının tespiti halinde, bu*

Alacaklı kamu kurumu, sadece (A)'ya karşı 8. yılda dava açarsa, bu davayla kesilen zamanaşımı, (B) yönünden de etki doğurur. Dava 4 yıl sürmüş ve bu sürenin sonunda (A) bu paranın tamamını ödemek zorunda kalmışsa, iç ilişkideki payından fazlası için yaptığı ödemeyi (B)'den isteyebilir. Bu ifayla (A), alacaklı kamu kurumuna halef olduğundan, halefiyete dayalı rücu alacağı da (temel ilişkideki zamanaşımı süresine bağlı olacağından) 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Fakat (A) ile (B), adi ortaklığın ortakları olduğundan, bunların birbirlerinden olan alacakları TBK 147 / I, b.4 gereğince 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Bu sebeple, bu olayda halefiyete dayalı genel rücu hakkının da 5 yıllık süre içinde kullanılması gerekir.

Halefiyete dayalı genel rücu talebi bakımından çözümlenmesi gereken bir sorun da şudur: (B1) ve (B2), (A)'ya karşı bir haksız fiil nedeniyle müteselsil borçlu olsun. Zarar gören (A), fiili, zararı ve (B1)'in sorumluluğunu öğrendiği halde ona iki yıl içinde dava açmamış, fakat 3. yılda bu zarardan (B2)'nin de müteselsil sorumlu olduğunu öğrenip ona karşı tazminat davası açmışsa hukukten cevaplanması gereken bazı sorular sorulabilir¹⁴³:

Birinci Soru: (A)'ya karşı olan borcu zamanaşımına uğramış bulunan (B1), (B2)'nin (A)'ya tüm tazminatı ödemesi halinde, (B2)'nin halefiyete dayalı rücu talebi karşısında, kendisinin (A)'ya karşı olan borcunun zamanaşımına uğradığı, bu sebeple rücu alacağının kendisine karşı ileri sürülemeyeceği savunmasında bulunabilir mi?

(B2) yaptığı ifayla, (A)'nın yerine geçer. Bu durumda (B1), (A) karşı ileri sürebileceği savunmaları, (B2)'ye karşı da ileri sürebilir¹⁴⁴. Bu sebeple bu soruya vereceğimiz cevap, (B1)'in kendi borcunun (A)'ya karşı zamanaşımına uğraması halinde, bu savunmayı halefiyete dayalı rücu talebi için de kullanabileceği yönündedir.

Fakat **Kapanıcı**'nın da haklı olarak ifade ettiği gibi, müteselsil borçlular arasındaki özel hukuki ilişkiye dayalı rücu imkânında farklı bir sonucun kabulü gerekir¹⁴⁵. Buna göre, bu olayda (B2)'nin rücu talebi, iç ilişkiye dayalı özel rücu talebine dayandırılırsa ve bunun zamanaşımı süresi henüz

miktari sözleşme hukuku çerçevesinde davalı idareden istirdada hakkı bulunduğu kabulü gerekmektedir." (www.kazancı.com.tr, erişim: 01.07.2020).

¹⁴³ Her bir müteselsil borçlunun bağlı olduğu zamanaşımı süresi diğerinden bağımsız olarak işleyeceğinden, bu olayda (B2) yönünden bir zamanaşımı savunmasına imkân yoktur.

¹⁴⁴ KAPANCI, (2014), s. 363; DALCI ÖZDOĞAN, s. 225.

¹⁴⁵ KAPANCI, (2014), s. 264, dn. 1094. Ayrıca bkz. KAPANCI, (2019) m. 166, no. 120.

geçmediyse, (B1), (B2)'ye karşı böyle bir savunma yapamayacaktır. Mesela (B1) ve (B2), bir adi ortaklığın ortaklarıysa ve bu haksız fiile dayalı zarar, adi ortaklığın bir çalışanı tarafından işlenmişse, tazminatın tamamının (B2) tarafından ödenmesi halinde iç ilişkiye dayalı özel rücu talebi TBK 627 / I hükmüne dayanacağından, (B1), (B2)'ye karşı zamanaşımı savunmasında bulunamayacaktır¹⁴⁶. Yeter ki, özel ilişkide dayalı rücu talebinin bu olayda bağlı olduğu 5 yıllık zamanaşımı süresi geçmemiş olsun.

Görüldüğü gibi rücu talebinin müteselsil borçlular arasındaki özel ilişkiye dayanması halinde, rücu talebinin halefiyet yoluyla intikal eden hakla bir ilişkisi olmadığından, yukarıda açıklanan durumda (B1),(B2)'ye karşı zamanaşımı savunmasında bulunamayacaktır. Haksız fiilde rücu talebinin dayacağı (müteselsil borçlular arasında ayrıca bir sözleşme yoksa) TBK 62 olacağından, bu özel rücu talebine dayanılması halinde, halefiyetten bağımsız olarak, yeni bir zamanaşımı süresi başlayacaktır. Bu sebeple bu durumda da açıklanan ihtimalde (B1)'in (B2)'ye karşı bu yönde bir savunma yapması mümkün olmayacaktır.

Doktrinde ilk soruya olumsuz cevap veren yazarların tartışmaya açtığı ikinci bir sorun daha bulunmaktadır. Verilen olayda (B1)'in; (B2)'nin rücu talebi karşısında, kendisinin (A)'ya karşı olan borcunun zaten zamanaşımına uğradığını; bu sebeple (A)'nın halefi olan (B2)'nin rücu talebinin de zamanaşımına uğradığını def'i olarak başarılı biçimde ileri sürebileceği kabul edilirse; acaba (B2), aleyhine (A) tarafından dava açılması aşamasında, o tarihte (B1)'in borcunun zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle, kendisinin borcun tamamından değil, sadece kendi payı ölçüsünde sorumlu olması gerektiği yönünde bir savunma yapabilir miydi?

Yukarıda verdiğimiz cevapta, (B1)'in borcu (A)'ya karşı zamanaşımına uğrasa bile, borcun tamamını ödeyen (B2)'nin iç ilişkiye dayalı rücu talebi karşısında (B1) sorumlu olacağına göre, (B2)'nin bu soruda açıklanan konuyla ilgili bir savunmada bulunması ihtiyacı da yoktur. Fakat bazı yazarlarca, bir önceki soru sadece halefiyete dayalı rücu kapsamında değerlendirildiğinden, (B2)'nin dış ilişkide bu savunmaya dayanıp dayanamayacağı ayrıca tartışılmıştır.

İlk soruya, açıkladığımız görüşten farklı cevap veren yazarlara göre, bu ikinci soruya olumsuz cevap verilirse, (B2) borcun tamamını üstlenmek

¹⁴⁶ Aynı sonuçta: DALCI ÖZDOĞAN, s. 226 ve özellikle s. 229.

zorunda kalacaktır¹⁴⁷. Fakat bunun sebebi, (B1)'e karşı zamanında harekete geçmeyen (A)'nın pasif davranışı olacaktır. Bu davranışın olumsuz sonucunun (B2)'ye yüklenmesi adil olmaz. Bu sebeple, bazı dayanaklar kullanılarak, (B2)'nin dış ilişkide de bu savunmayı yapabilmesi mümkün olmalıdır. Bunun dayanakları olarak kullanılabilir hükümlerin başında TBK 166 / III hükmü gelmektedir. Nasıl ki, bu hükme göre alacaklı müteselsil borçlulardan birini ibra ettiğinde; diğer müteselsil borçlular da, ibra edilen müteselsil borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı ölçüsünde borçtan kurtuluyorsa, alacaklının ihmali nedeniyle borçlulardan biri hakkında zamanaşımı gerçekleştiğinde, diğer müteselsil borçlular da, bu hususun def'i olarak ileri sürülmesi halinde, bu kişinin iç ilişkideki payı ölçüsündeki kısım talep edilemez olarak değerlendirilmelidir. Buna göre, aleyhine dava açılan müteselsil borçlu, (A)'nın (B1)'den olan alacağının zamanaşımına uğradığını def'i olarak ileri sürmek suretiyle bu etkiden yararlandırılmaktadır¹⁴⁸.

Doktrinde Dağdelen¹⁴⁹, bu sonucun kabulünde, TBK 168 / II hükmünden yararlanmaktadır. Buna göre alacaklı, borçlulardan birinin durumunu diğeri aleyhine iyileştirirse bunun sonuçlarına katlanır. Bu hükümden yola çıkılarak, alacaklının, borçlulardan biri için zamanaşımının geçmesine göz yumması, aslında diğer borçlular aleyhine birinin durumunun iyileştirilmesi niteliği taşır. Bu sebeple bu durumda kendisine başvuru müteselsil borçlu, bu yönde bir savunma yapıp, sorumluluğunun daha az olması gerektiğini ileri sürebilir.

Fakat tekrar belirtelim ki kabul ettiğimiz görüş gereğince, rücu talebi halefiyete değil de, doğrudan müteselsil borçlular arasındaki özel hukuki ilişkiye dayandırılırsa, müteselsil borçlulardan birinin borcu dış ilişkide zamanaşımına uğramış bile olsa, diğer müteselsil borçlu buna dayanıp sorumluluğunun daraldığını ileri süremez¹⁵⁰. Zira bu durumda rücu talebi müteselsil borçlular arasındaki özel hukuki ilişkiye dayanmakta olup, bunun halefiyetle intikal eden alacakla bir ilişkisi yoktur. Bu sebeple kabul ettiğimiz görüşte ikinci sorunun sorulması bile gereksizdir.

¹⁴⁷ Bu durumda doğrudan borcun miktarının azalması gerektiği görüşünde: TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 307; ERDEM, (2010), s. 119; CANPOLAT, s. 77.

Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. YAĞCIOĞLU, s. 255.

¹⁴⁸ Bu konuda farklı görüşler için bkz. YAĞCIOĞLU, s. 255.

¹⁴⁹ DAĞDELEN, s. 112.

¹⁵⁰ Karş. ŞAHİN CANER, s. 224; ÇANDARLI, s. 1293.

B. Özel Rücu Talebinin Hem İçerik, Hem De Zamanaşımı Yönünden Halefiyete Bağlı Genel Rücu Talebini Sınırlaması

Genel rücu talebi, özel rücu talebinden daha geniş veya dar kapsamlı olabilir. Bu, hem içerik, hem de zamanaşımı gibi yönlerden geçerlidir.

Fakat taraflar arasındaki özel hukuki ilişkinin getirdiği sınırlamalar, halefiyete dayalı genel rücu hakkı için de geçerlidir¹⁵¹. Bu konuyla ilgili açıklama, şu örnek üzerinde verilebilir:

İnşaat firması (F); (A) ve (B)'den oluşan adi ortaklıktan inşaat malzemesi satın alır. Bu malzemelerin teslimi sırasında satıcının çalışanı (Ç), özensiz (kusurlu ve hukuka aykırı) davranışları sonucunda (F)'nin diğer mal varlığı değerlerinde bir zarara neden olur. Bu olayda (A) ve (B), bu zarardan hem haksız fiil hükümlerine göre (TBK 66), hem de sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre (TBK 116) sorumludur. Sözleşmeye aykırılığa dayalı zararın tazmini talebi, TBK 146 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Mesela (A) bu zararın tamamını 7. yılda tazmin ederse, bu ifasıyla alacaklının haklarına halef olur ve bu tarihten itibaren 10 yıllık süre içinde rücu talebini müteselsil borçlu (B)'ye karşı (payı oranında) ileri sürebilir. Fakat bu olayda (A) ile (B) arasında bir adi ortaklık sözleşmesi bulunmaktadır. Adi ortaklıkta ortaklar arasında doğan tüm borçlar 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu sebeple, genel rücu talebine ilişkin zamanaşımı süresinin, özel rücu talebinin daha kısa olan zamanaşımı süresiyle sınırlandırıldığını kabul etmek gerekir¹⁵².

Fakat halefiyete dayalı rücu hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiden doğan talep zamanaşımına uğramamışsa, buna göre rücu talebinin ileri sürülmesi mümkündür¹⁵³.

Halefiyete dayalı olarak rücu hakkının kullanan müteselsil borçluya karşı davalı, özel rücu hakkının kapsamının daha dar olduğunu veya zamanaşımına uğradığı iddia ve ispat ederek, bu talebe karşı koyabilir¹⁵⁴. Bu yönüyle genel rücu hakkının kullanılması halinde, özel rücu hakkından doğan savunmalarının iddia ve ispat yükü davalıdadır¹⁵⁵.

¹⁵¹ Bkz. AKINTÜRK, s. 223; KAPANCI, (2014), s. 366, s. 371; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 34.

¹⁵² KAPANCI, (2014), s. 391, s. 540 ve özellikle s. 550.

¹⁵³ KAPANCI, (2014), s. 540.

¹⁵⁴ AKINTÜRK, s. 223.

¹⁵⁵ KAPANCI, (2014), s. 391; KAPANCI, (2019), m. 61-62, no. 34.

C. Halefiyete Dayalı Rücu Hakkının Bağlı Olduğu Zamanaşımının İşlemeye Başlaması ve TBK 155 / I Hükümünün Etkisi

Yukarıda, alacağın, payından fazla miktarda ifade bulunan müteselsil borçluya intikal etmesi nedeniyle, alacaklı için geçerli olan zamanaşımı süresinin, halefiyete dayalı rücu talebi için de geçerli olduğunu belirtmiştik. Bu sebeple zamanaşımı, halefiyetin gerçekleştiği anda hangi durumdaysa, o haliyle intikal eder. Halefiyetin gerçekleştiği anda, mesela 5 yıllık zamanaşımının 3. yılı geçmişse, rücu alacağının 2 yıl içinde ileri sürülmesi gerekir. Bu haliyle rücu hakkı yönünden zamanaşımı bağlamında dezavantajlı bir durum ortaya çıkmaktadır.

Fakat bu aşamada bir hükmün özel olarak ele alınması gerekir: TBK 155 / I.

TBK 155 / I hükmüne göre, zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince, diğer müteselsil borçlulara karşı da kesilmiş olur. Kanunda zamanaşımının kesilmesi sebepleri yönünden bir sınırlama yapılmamıştır. Bu sebeple Kanunun lafzından yola çıkılarak, borçlulardan birinin borcu ikrar etmesi halinde de zamanaşımının tüm müteselsil borçlular yönünden kesileceği doktrinde hâkim görüş olarak ileri sürülmektedir¹⁵⁶.

¹⁵⁶ VON TUHR, s. 798; BUCHER, s. 495; NOMER, (2015), s. 419; ERDEM, (2010), s. 340. Hâkim görüşe ilişkin literatür için bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 204, dn.711.

Doktrinde bazı yazarlarca, bu maddenin lafzından yola çıkılarak, farklı bir sonuca ulaşılmasının da mümkün olduğu da ileri sürülmüştür. Buna göre hükümde geçen *borçlulardan birine karşı* ibaresi nedeniyle, zamanaşımının ancak dışardan bir hareketle kesilmesi halinde bunun diğer müteselsil borçlular yönünden etkili olacağı anlamının çıkarılabileceği savunulmuştur. Ayrıca TBK 165 hükmünde, müteselsil borçluların bireysel davranışlarıyla, diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırmayacağı kuralı getirildiğine göre, zamanaşımının, borçlunun bireysel davranışıyla (ikrar, ifa) diğerleri için de kesildiğini kabul etmenin, bu kurala aykırı olduğu, bu sebeple TBK 155 / I hükmünün, TBK 165 ile uyumlu olacak biçimde yorumlanması gerektiği iddia edilmiştir.

Bu sebeple bu görüş gereğince, TBK 155 hükmünde geçen kuralın, amaca uygun bir sınırlama yapılmak suretiyle, zamanaşımının sadece alacaklının fiiliyle kesilmesi halinde bunun diğer müteselsil borçlular yönünden etki doğuracağı biçiminde yorumlanması uygun olur. Bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 1058; AKINTÜRK, s. 204; DALCI ÖZDOĞAN, s. 203; ŞAHİN CANER, s. 234; GAUTSCHI, s. 132; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, no.1581; ÇANDARLI, s. 1294.

Bu görüşe ilişkin literatür için bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 20, dn.716.

Kanaatimce bu görüş yerindedir. Böylece bir müteselsil borçlunun kendi fiiliyle diğer müteselsil borçlunun durumunu ağırlaştırmaması ilkesi de tam olarak uygulanmış olacaktır. Aksi kanaatte: ERDEM, (2010), s. 341; ERDEM, (2019), m. 155, no. 6.

İsviçre Borçlar Kanununda yapılan ve 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren zamanaşımı hu-

Doktrinde haklı olarak eleştirilse de¹⁵⁷, yürürlükte olan bu hükmün, hâkim görüşe bağlı kalındığında halefiyete dayalı rücu zamaşımı konusundaki hukuki sorunları ortadan kaldırdığı ileri sürülmüştür¹⁵⁸.

TBK 154 hükmünde, borçlunun ikrarının, kısmi ifasının veya borca ilişkin teminat göstermesi ile alacaklının dava veya icra takibine başlamasının ya da alacağını defî yoluyla ileri sürmesinin zamaşımını keseceği düzenlenmiştir.

kuku reformuyla bu hüküm değiştirilmiştir. OR 136 hükmünde yapılan değişiklikle, zamaşımının kesilmesinin, diğer müteselsil borçlular yönünden de etkili olabilmesi, zamaşımının kesilmesinin alacaklının fiilinden kaynaklanmasına bağlanmıştır. Bkz. FELLMANN, s. 219; VERDE, (2019), s. 129; VERDE, (2020), s. 183.

Bu sebeple müteselsil borçlulardan birinin ikrarı, İsviçre hukukunda, diğer müteselsil borçlular yönünden zamaşımını artık kesmeyecektir. Hükümde yapılan değişiklikler özetle şöyledir:

Birinci fıkra: Zamaşımı, müteselsil borcun veya bölünemez borcun borçlularından biri için kesildiğinde, zamaşımının kesilmesi alacaklının fiiline dayanıyorsa, zamaşımı diğer müteselsil borçlular ve bölünemez borcun diğer borçluları yönünden de kesilmiş olur.

İkinci fıkra: Zamaşımı, asıl borçluya karşı kesildiğinde, zamaşımının kesilmesi alacaklının fiiline dayanıyorsa, kefile karşı da kesilmiş olur.

Üçüncü fıkra: Zamaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz.

Dördüncü fıkra: Sigortacıya karşı doğrudan talep hakkının bulunduğu hallerde; zamaşımı sigortacıya karşı kesilince, asıl borçlu yönünden de; asıl borçluya karşı kesilince sigortacıya karşı da kesilmiş olur.

Bu sonuncu fıkraya göre ortaya çıkan etkinin, sadece sigortacının sorumluluk limiti için söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. FELLMANN, s. 220; VERDE, (2020), s. 183.

¹⁵⁷ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 1057; EREN, s. 927, s. 1352; KAPANCI, (2014), s. 32, s. 156; KIRCA, s. 44; DALCI ÖZDOĞAN, s. 202; ŞAHİN CANER, s. 232 vd.

¹⁵⁸ KAPANCI, (2014), s. 545.

Tekinay tarafından savunulan ve yukarıda açıklanan, katıldığımız görüş kabul edilirse, müteselsil borçlulardan birinin borcu ikrar etmesi veya ifa etmesi, diğer müteselsil borçlular yönünden zamaşımını kesmeyeceğinden, halefiyete dayalı rücu aşamasında ifada bulunan borçlu için önemli bir dezavantaj ortaya çıkacağı doktrinde bazı yazarlarca ileri sürülmüştür. Bu sebeple hükmün hâkim görüş doğrultusunda algılanmasının, rücu alacağı yönünden zamaşımı sorunlarını çözeceği ifade edilmiştir. Bkz. ve karşı. ERDEM, (2010), s. 117, 341; KAPANCI, (2014), s. 155, dn. 706.

Fakat kanaatimce bu olumsuzluk sadece halefiyet yönünden ortaya çıkar. Müteselsil borçlular arasındaki özel ilişkiye dayalı rücu hakkının bağlı olduğu zamaşımı süresi, zaten (kural olarak) alacaklının tatmin edilmesiyle başlayacağından, alacaklının tatmin edilmesi anından çok kısa bir süre sonra rücu alacağının zamaşımına uğramış olması gibi bir risk de ortaya çıkmayacaktır.

Bilindiği gibi zamanaşımı kesilince¹⁵⁹, süre yeniden sıfırdan işlemeye başlar.

TBK 154 ile 155 / I birlikte değerlendirildiğinde konumuzla ilgili şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

1. Müteselsil borçlulardan biri aleyhine dava / takip açılınca, diğer müteselsil borçlular yönünden de zamanaşımı kesilir¹⁶⁰.

2. Hâkim görüşe göre müteselsil borçlulardan biri alacaklıya kısmen veya tamamen ifade bulunursa, zamanaşımı diğer müteselsil borçlular yönünden de kesilir. Borcun ifası, borcun ikrarı anlamına geleceğinden, zamanaşımının kesildiğini kabul etmek uygun olur¹⁶¹.

Buna göre, hâkim görüş benimsenirse müteselsil borçlulardan birinin ifade bulunmasıyla, borcun ikrarı gerekçesiyle zamanaşımı tüm borçlular için kesilir ve bu ifayla bu borçlu, alacaklının yerini alır. Bu sonucun kabulünde, zamanaşımı sürelerinin tüm borçlular için hangi seviyede olduğunun bir önemi de yoktur¹⁶².

Müteselsil borçlulardan biri, ifade bulunduğu anda alacaklıya halef olduğuna göre, bu borçlu, halefiyete dayalı rücu alacağı için, bu tarihten itibaren asıl borç için geçerli süre içinde¹⁶³ rücu alacağını ileri sürmezse, sonradan zamanaşımı savunmasıyla karşılaşabilecektir.

¹⁵⁹ Zamanaşımının kesilmesi, ancak zamanaşımının işlemeye başlaması ile zamanaşımı süresinin henüz dolmadığı dönemde söz konusu olabilir. Bu sebeple muacceliyetten önceki veya zamanaşımı süresinin dolmasından sonraki ikrar zamanaşımını kesen sebep olarak nitelendirilemez. Müteselsil borçlulardan birinin, kendisi yönünden zamanaşımının dolmasından sonra ifade bulunması halinde, bu ifayla zamanaşımı diğer borçlu yönünden kesilmiş sayılmaz. KAPANCI, (2014), s. 157.

¹⁶⁰ Mesela (ihtiyari veya zorunlu) sorumluluk sigortalarında, TTK 1478 gereğince zarar görenin doğrudan sigorta şirketine başvurma hakkı bulunduğundan, zarar veren ile sigorta şirketinin, zarar gören karşısında müteselsil borçlu olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, zarar görenin sadece zarar verene dava açması halinde, sigorta şirketi yönünden de zamanaşımı süresi kesilmiş olacaktır. Elbette bunun tersi de geçerlidir.

¹⁶¹ KAPANCI, (2014), s. 157; KAPANCI, (2019), m. 168, no. 39; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no. 1433; ERDEM, (2010), s. 117.

¹⁶² KILIÇOĞLU, (1979), s. 137; KAPANCI, (2014), s. 157. Fakat zamanaşımı diğer müteselsil borçlu yönünden geçmişse, bu ifayla zamanaşımı diğer borçlu yönünden kesilmiş olmaz. KAPANCI, (2014), s. 545.

¹⁶³ Yargıtay bu zamanaşımı süresinin daima 10 yıl olacağını kabul etmektedir. Bkz. YHGK, 28.11.1979, 1978 / 15-260 E, 1979 / 141 K. (www.kazanci.com.tr, erişim: 01.07.2020). DALCI ÖZDOĞAN, s. 217.

Buna göre, halefiyete dayalı rücu alacağı yönünden, borçlulardan birinin ifada bulunmasıyla borç ikrar da edilmiş sayılacağından, zamanaşımı kesilecektir. Bu sebeple, müteselsil borçlunun yaptığı ifa için diğer müteselsil borçlulara rücu etmesinde, yaptığı ifadan itibaren asıl borç için geçerli olan zamanaşımı süresi içinde alacağını dava / takip yoluyla işleme koymaması halinde, diğer müteselsil borçlunun zamanaşımı savunmasıyla karşılaşabilir¹⁶⁴.

Müteselsil borçlu kısmi ifada bulursa (fakat bu tutar iç ilişkiideki payını aşyorsa) yine de bu tarihten itibaren rücu alacağı muaccel olur ve zamanaşımı sıfırdan işlemeye başlar¹⁶⁵.

V. MÜTESELSİL BORÇLULARIN RÜCU TALEBİNDE İKİNCİL SORUMLULUĞUNUN ZAMANAŞIMI SÜRESİ

En az üç müteselsil borçlunun bulunduğu durumlarda rücu aşamasında ortaya çıkacak her biri birbirine bağlı üç sorun vardır.

1. Rücu aşamasında teselsül var mıdır?

TBK 167 / II, c.2 gereğince rücu alacağında müteselsil borçluluk söz konusu değildir. Bu sebeple, rücu edilebilecek birden çok müteselsil borçlu varsa, bunların sorumluluğu paylıdır.

Mesela üç kişi 30.000 – TL’lik bir borçtan müteselsilen sorumluyrsa ve bunlardan biri olan (A) borcu tamamını ödemişse, (iç ilişkiideki paylarının da eşit olduğunu kabul edersek) payından fazla kısım olarak ödediği 20.000 TL’yi diğer müteselsil borçlulardan (B ve C’den) paylı olarak ödemelerini isteyebilir (TBK 167 / II).

Rücu talebinde paylı sorumluluk söz konusu olduğundan, rücu alacağı yönünden zamanaşımının bunlardan biri için kesilmesi, diğerleri için de kesilme sonucunu doğurmaz¹⁶⁶. Diğer bir iadeyle, TBK 155 / I gereğince zamanaşımı müteselsil borçlular yönünden kesilince, diğerleri yönünden de kesilmiş sayılır hükmü, rücu talebinde teselsül söz konusu olmadığından uygulama alanı bulmaz¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Bkz. EREN, s. 1354; KAPANCI, (2014), s. 544.

¹⁶⁵ KAPANCI, (2014), s. 544.

¹⁶⁶ Bkz. EREN, s. 1354.

¹⁶⁷ Zamanaşımının kesilmesine ilişkin diğer tüm hükümler, rücu borçluları için geçerlidir. Mesela rücu borçlularından biri, borcunu ikrar ederse, ona karşı icra takibine girilirse (veya zamanaşımını kesen diğer sebepler gerçekleşirse) zamanaşımı sadece onun yönünden kesilmiş olur.

2. Rücu aşamasında teselsül söz konusu olmadığına göre, ifade bulunan müteselsil borçlunun, bir müteselsil borçludan payını alamamasının olumsuz sonucu kimin üstüne kalacaktır?

Yukarıda örnekte (A)'nın, (B) ve (C)'ye yöneltebileceği 10'ar bin TL'lik bu rücu alacağına bağlı olduğu zamanaşımı süresi (sorumluluğun haksız fiilden kaynaklandığını kabul edersek) TBK 73 hükmüne tabidir. Buna göre, borcun tamamının ödendiği ve diğer müteselsil borçluların öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halükarda tazminatın tamamının ödendiği tarihten itibaren 10 yıl içinde bu yönde hukuki girişimde bulunmazsa, rücu alacağı zamanaşımına uğrar.

(A)'nın, bu iki yıllık süre içinde, hem (B), hem de (C) aleyhine, 10.000'er TL için rücu davası açtığını kabul edelim. 3 yıl süren davanın sonunda (A) davaların ikisini de kazanır ve (B), payı olan 10.000 TL'yi öder. Fakat (A) yaptığı icra takibi sonucunda (C)'den hiçbir tahsilat yapamaz ve alacağı aciz belgesine bağlanır.

TBK 167 / III hükmüne göre bu durumda (A), (C)'den alamadığı bu 10.000 TL'lik tutarın yarısını¹⁶⁸ (B)'den talebe yetkilidir.

3. (B)'nin bu ikinci derece sorumluluğu acaba hangi zamanaşımı süresine bağlıdır?

Kanunda bu konuda bir hüküm yoktur. Kanaatimce bu durumda TBK 73 hükmünde belirtilen 2 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekir. Şöyle ki,

(A)'nın genel olarak rücu hakkı, tazminatın tamamının ödendiği tarihten itibaren 10 yıllık uzun zamanaşımı süresine bağlı olduğundan, (B)'nin, (C)'den tahsilat yapılamaması nedeniyle ikinci derecede sorumlu olmasında da bu üst süre uygulama alanı bulur. Bu süre, yine tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlar.

Fakat kanaatimce müteselsil borçluların ikinci derecedeki sorumluluğunda, ikinci derecedeki sorumluluk koşulları gerçekleştiği anda 2 yıllık kısa sürenin de işlemeye başlaması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre, somut

¹⁶⁸ Kanunda (TBK 167 / III) bu tali sorumluluğun eşit paylarla olacağı belirtilmiştir. Fakat bu ifadenin iç ilişkideki pay oranını mı ifade ettiği, yoksa kişi sayısına göre bir eşitliği mi ifade ettiği doktrinde tartışmalıdır. Bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 320; OĞUZMAN / ÖZ, (2017), no.1429; KAPANCI, (2014), s. 534; KILIÇOĞLU, (2014), s. 756; KILIÇOĞLU, (1979), s. 77; DALCI ÖZDOĞAN, s. 101; ŞAHİN CANER, s. 276; AYAR / ENGIN, s. 1303, dn. 39 ve dn. 40'da belirtilen yazarlar.

olay bakımından, (B)'nin, (C)'den hiçbir tahsilat yapılamaması ve alacağın aciz belgesine bağlanması nedeniyle (A)'ya karşı olan 5.000 TL'den sorumluluğu, aciz belgesi tarihinden itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Fakat bu süre hiçbir biçimde TBK 73 hükmündeki (tazminatın tamamının ödenmediği tarihten itibaren işlemeye başlayan) 10 yıllık mutlak süreyi aşmamalıdır.

Rücu talebinde teselsül söz konusu olmadığından, (A)'nın (C) aleyhine dava veya takibe girişmesi, (B) yönünden zamanaşımını kesen sebeplerden olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

SONUC

Müteselsil borçlulukta iç ilişkideki payından fazla bir tutar için alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlu, payını aşan kısmı diğer müteselsil borçlulardan talep edebilir. Bu rücu hakkı, çalışmamızda savunulduğu üzere kanundan değil, daima müteselsil borçlular arasındaki özel bir hukuki ilişkiden doğar.

Bu hukuk ilişki bazen bir sözleşme olur. Haksız fiilde bile, müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması mümkündür. Bu durumda rücu hakkının bulunup bulunmadığı ve bu talebin bağlı olduğu zamanaşımı süresi, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre belirlenir.

Müteselsil borçlular arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa, rücu hakkının bağlı olduğu zamanaşımı süresinin tespitinde, TBK 73 kapsamına giren bir rücu talebinin bulunup bulunmadığı incelenir. TBK 73 kapsamına giren bir rücu talebi söz konusuysa, rücu talebi bu hükümde belirtilen 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olur.

Fakat dış ilişkideki borcun doğum sebebi haksız fiil değilse ve müteselsil borçlular arasında bir sözleşme de bulunmuyorsa, rücu talebi bu kez taraflar arasındaki hukuki ilişkinin vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme olarak nitelenmesine bağlı olarak bu hükümler için geçerli olan zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Bu biçimde belirlenen rücu hakkı, halefiyetle güçlendirilmiştir. Halefiyet, rücu hakkına bağlı bir hukuki imkân niteliği taşır. Fakat müteselsil borçlu dilerse rücu talebini doğrudan halefiyete de dayandırabilir. Bu durumda, ispat yükü kendisinde olan davalı, aralarındaki özel hukuki ilişkiyi iddia ve ispat ettiği ölçüde, bu ilişkiden doğan sınırlamaları ileri sürebilecektir. Halefiyete bağlı olan talep, dış ilişkideki borca bağlı bulunduğundan, bunun zamanaşımı süresi dış ilişkideki zamanaşımı süresiyle aynıdır.

KAYNAKLAR

- ACAR, Faruk: “Borçlar Kanun Ve Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Müteselsil Borçluluğa Toplu Bakış (BK.m.141-147)” **e-akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasi Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Şubat 2010, s.1-20 ([http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=BOR%C7LAR%20KANUN%20VE%20%20BOR%C7LAR%20KANUNU%20TASARISI%20%20C7ER%C7EVES%20DDNDE%20M%DCTESELS%DDL%20BOR%C7LULU%D0A%20TOPLU%20BAKI%DE%20\(BK.m.141-147\)&kimlik=1170695856&url=makaleler/facar-1.htm](http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=BOR%C7LAR%20KANUN%20VE%20%20BOR%C7LAR%20KANUNU%20TASARISI%20%20C7ER%C7EVES%20DDNDE%20M%DCTESELS%DDL%20BOR%C7LULU%D0A%20TOPLU%20BAKI%DE%20(BK.m.141-147)&kimlik=1170695856&url=makaleler/facar-1.htm), erişim:01.07.2020).
- ACAR, Faruk: “Tam Teselsül – Eksik Teselsül Ayırımı” **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul 2011, s.339-346.
- ACAR, Faruk: “Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi, A. Alacaklıya Halef Olma, TBK m. 127” **İstanbul Şerhi**, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. II-III, Madde 83-206, B. 3, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 1489-1514.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla: “Bankalar Kanunu’na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759’da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül (Differenzierte Solidaritaet) Düzenlemesi İle Karşılaştırılması” **Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan** C. II, İstanbul 2007, s. 1207-1240.
- AKINTÜRK, Turgut: **Müteselsil Borçluluk**, Sevinç Matbaası, Ankara 1971.
- ALTAY, Sabah: “Müteselsil Borçlulukta Rücu Hakkının Doğumundan Evvel Borçtan Kurtarılma Talebi” **MÜHFHAD**, C. 17, S. 1-2, s. 394-411.
- ANTALYA, Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1, 2, B. 2, Seçkin yayıncılık, Ankara 2019.
- ARAT, Ayşe: “Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları” **SÜHFD**, 2018 / II, s. 325-366.
- ARĞILLI, İslim: “Sigorta Hukukunda Halefîyet” **İBD**, 2013 / IV, s. 80-92.
- AŞIK, Sebanur: **Müteselsil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- AYAR, Ahmet / ENGİN, Hande: “Teselsülde Rücu” **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C.II, İstanbul 2010, s. 1293-1308.

- BAĞRIAÇIK, Safiye Nur: “Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Sorumluluğu” **Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan**, C. I, İKÜHFD, 2006 / II, Özel Sayı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 255-275.
- BAYSAL, Başak: **Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- BERGAMİN, Christof: “Die laengere strafrechtliche Verjaehrungsfrist nach Art. 60 Abs.2 OR” **Das neue Verjaehrungsrecht Tagun** vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Staempfli Verlag, Zürich 2019, s. 35-58.
- BOZER, Ali: “Sigortacının Rücu Hakkı” **BATİDER** 1964 / III, C. II, s. 477-480, (Rücu).
- BOZER, Ali: “Sigortacının Rücu’unda Zamanaşımı” **BATİDER** 1964/III, C. II, s. 473-476, (Zamanaşımı).
- BUCHER, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht**, 2.Aufl. Schulthess Verlag, Zürich 1988.
- CANPOLAT, Ferhat: “Müteselsil Borcun Sona Erme Sebepleri, Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesiyle Birlikte” **ABD**, 2008/III, s. 68-81.
- ÇANDARLI, Zahit: “Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımı Kesimi” **AD**, 1945/12, s. 1288-1295.
- ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Haksız Fiillerde Teselsül Düzenlemesi Üzerine Düşünceler” **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, GSÜHFD, 2004/1, s. 499-512.
- ÇELİK, Nazlı Hilal: “Zamanaşımı, TBK m. 72-75” **İstanbul Şerhi**, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. I, Madde 1-82, B. 3, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 1098-1108.
- ÇİLENTİ KONURALP, Ayşen: “Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Ve Hukukî Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme” **TBB Dergisi** 2020 / 146, s. 153-185.
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan: **Müteselsil Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- ERDEM, Mehmet: **Özel Hukukta Zamanaşımı**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

- ERDEM, Mehmet: “Zamanaşımı, TBK m.146-161” **İstanbul Şerhi**, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. II-III, Madde 83-206, B. 3, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 1761-2002.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 24, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- FELLMANN, Walter: “Das neue Verjaehrungsrecht” **ZBJV** 2020/156, s. 210-226.
- FRANKO, Nisim: “Borçlar Kanununun 109. Maddesine Göre Halefiyet Halleri” **ABD**, 1981 / II, s. 202-220 (Halefiyet I).
- FRANKO, Nisim: “Borçlar Kanununun 109. Maddesine Göre Halefiyet Halleri II” **ABD**, 1981 / III, s. 384-391 (Halefiyet II).
- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / EMMENEGGER, Susan: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, B. II, 9. Aufl. Schulthess Verlag, Zurich 2008.
- GAUTSCHI, Alain: **Solidarschuld und Ausgleich**, Dike Verlag, Zürich 2009.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: **Kara Yolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları**, Seçkin Yayıncılık, B. 8, Ankara 2014.
- GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi: “Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle – Dış İlişki Bakımından Anlamı Ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması” **İnönüÜHFD**, 2011 / II, s. 247-282.
- GÜRPINAR, Damla: “Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri” **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2012, s. 253-299.
- KAPANCI, Berk Kadir: “Müteselsil Sorumluluk, TBK m.61-62” **İstanbul Şerhi**, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. I, Madde 1-82, B. 3, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 969-1039.
- KAPANCI, Berk Kadir: “Müteselsil Borçluluk, TBK m.162-168” **İstanbul Şerhi**, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. II-III, Madde 83-206, B. 3, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 2003-2212.
- KAPANCI, Kadir Berk: **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

- KARAŞAHİN, Yasin Alperen: “Verjaehrungsverzicht und Vereinbarungen über die Dauer von Verjaehrungsfristen nach Revision des Verjaehrungsrechts” **ZBJV** 2019/155, s. 731-756.
- KARAYALÇIN, Yaşar: “İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler” **ABD**, 2007 / IV, s. 107-119.
- KAYIHAN, Şaban: “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti” **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, C. II, MÜHFHAD, 2016 / III, Özel Sayı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 1595-1624.
- KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru: “Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme” **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, C. II, MÜHFHAD, 2016 / III, Özel Sayı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 1759-1771.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler” **Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, Ankara 2007, s. 163-183.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 18, Turhan Yayıncılık, Ankara 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, AÜHF Yayınları, Ankara 1979.
- KIRCA, Çiğdem: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler” **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 23-51.
- KOLLER, Alfred: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3.Aufl. Staempfli Verlag, Bern 2009.
- KURT, Leyla Müjde: “Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücu Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı” **TBBD**, 2011/95, s. 135-162.
- MAERKI, Raphael: “Das neue Verjaehrungsrecht – Übergansrechtliche Regeln” **Das neue Verjaehrungsrecht Tagung** vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Hrsg. Fellmann, Walter, Staempfli Verlag AG, Bern 2019, s. 157-201.
- MEMİŞ, Tekin: “Sigorta Sözleşmesinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler” **Prof. Dr. Cevdet**

Yavuz'a Armağan, C. II, MÜHFHAD, 2016 / III, Özel Sayı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 1931-1943.

NOMER, Haluk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 14, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

NOMER, Haluk Nami: “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk” **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Makaleler – Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 53-60.

NOMER, Haluk Nami: “Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü” **İÜFHM**, 1997 / III, s. 243-260.

NOMER, Haluk Nami: “Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m.73)” **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2011, s. 249-255.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

ÖZ, Turgut: “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, TBK. m.129” **İstanbul Şerhi**, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. II-III, Madde 83-206, B. 3, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 1557-1582.

ÖZEN, Burak: “Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi” **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 1445-1480.

PICHONNAZ, Pascal: “Das revidierte Verjaehrungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte” **SJZ** 2019/115, s. 739-748.

ROTHENBERGER, Adrian: “Die Verjaehrung des Regressanspruchs” **Das neue Verjaehrungsrecht Tagung** vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Hrsg. Fellmann, Walter, Staempfli Verlag AG, Bern 2019, s. 73-101.

ŞAHİN CANER, Ayşenur: **Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk

- / ALTOP, Atilla: **Borçlar Hukuk Gene Hükümler**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- TURANBOY, Kürşat Nuri: “Müteselsil Sorumluluk Kavramı ve Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanununun Tasarısının Hükümleri” **e-akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasi Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Aralık 2009, s.1-9 (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=M%20CTESELS%20DDL%20SORUMLULUK%20KAVRAMI%20VE%20M%20CTESELS%20DDL%20SORUMLULUKTA%20BOR%20LAR%20KANUNU%20TASARISININ%20H%20DCK%20DCMLER%20DD&kimlik=1-261416813&url=makaleler/kturanboy-1.htm>, erişim: 10.07.2020).
- TUTUMLU, Mehmet Akif: **Zamanaşımı Def’i**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- VERDE, Michel: “Die Unterbrechung der Verjaehrung” (**Das neue Verjaehrungsrecht Tagung** vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Hrsg. Fellmann, Walter, Staempfli Verlag AG, Bern 2019, s. 103-134.
- VERDE, Michel: “Neues Jahrzehnt – neues Verjaehrungsrecht” **AJP** 2020, s. 171-186.
- VON TUHR, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C.I-II, B.II, Çev. Edege, Cevat, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu**, Adalet Yayıncılık, Ankara 2014.
- YEŞİLOVA Aras, Ecehan: **Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478)** Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013.

SAĞLIK SEKTÖRÜNDE KAMU-ÖZEL İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNE DAİR TAHKİM DÜZENLEMESİ

Musa AYGÜL*

Ersin ERDOĞAN**

ÖZ

Bu çalışmada Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 4/11 ile KÖİ'ye dayalı olarak yapılacak sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yolları başlığı ile düzenlenen tahkim kaydı incelenmektedir. Söz konusu düzenleme bağlamında, KÖİ Kanunu'na tâbi uyuşmazlıklarda hakem kararının milliyeti ve bu Kanuna dayalı olarak verilen hakem kararlarına karşı başvuru yolları ile kanuna aykırılığın sonuçları tartışılmıştır. Bu kapsamda, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda, hakem kararının millî olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği uyuşmazlıklar açısından ise, yabancı hakem kararı gündeme gelecektir. KÖİ Kanununa aykırı olarak verilmiş hakem kararlarına karşı başvuru yolları açısından ise üç hususta inceleme yapılmıştır. Buna göre tahkim sözleşmesinin geçerliliği tahkim yerinin Türkiye olması hâlinde, Türk hukukuna tâbi olacaktır. Tahkim yerinin yurt dışında olması hâlinde, tahkim sözleşmesinin geçerliliği tahkim yeri hukukuna tâbi olmalıdır. Tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu davalarda tahkimin MTK'ya tâbi tutulması, tahkim usulünün (MTK m. 8) taraflarca kararlaştırılması olarak yorumlanmalıdır. MTK'nın uygulanmaması, söz konusu hakem kararının tenfizinin reddine sebebiyet verebilir. KÖİ Kanunu m. 4/11'in emredici bir kural olduğunda tereddüt edilmemelidir. Ancak bu hükme uyulmaması, kamu düzenine aykırılık olarak yorumlanmamalıdır.

***Anahtar Kelimeler:** Kamu-özel işbirliği (KÖİ), tahkim, kamu düzeni, tahkim yeri, lex arbitri*

* **Doç. Dr.**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniv. Hukuk Fak. **e-posta:** musaaygul1@gmail.com
ORCID ID: 0000-0003-0363-9101

** **Doç. Dr.**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniv. Hukuk Fak. **e-posta:** ersinerdogan.law@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-7439-0780
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.812962
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 16/09/2020
Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/10/2020

ARBITRATION ON THE RESOLUTION OF DISPUTES ARISING FROM PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS IN HEALTHCARE INDUSTRY

Abstract

Article 4/11 of the Law on the Construction, Renovation and Service of the Ministry of Health with the Public-Private Partnership Model (Nr. 6428) provides arbitration clause for contracts. In this paper, we analyze the nationality of the arbitral award in disputes subject to the PPP Law and discuss legal remedies against these awards. In this context, if the seat of arbitration in Turkey, there is no need to hesitate on the arbitral award is national. For disputes where the seat of arbitration is determined as a foreign country (outside of Turkey), the foreign arbitral award will come to the fore.

In terms of remedies against arbitral awards issued in violation of the PPP Law, three matters were examined. Accordingly, the validity of the arbitration agreement, if the seat of arbitration is currently in Turkey, shall be subject to Turkish law. If the seat of arbitration is located abroad, the validity of the arbitration agreement must be subject to the law of the place of arbitration. If the seat of arbitration is out of Turkey and parties refer to Turkish IAC, this should be understood as refer to applicable law to procedure, not to lex arbitri.

Keywords: *Public-private partnership (PPP), arbitration, public order, seat of arbitration, lex arbitri*

Extended Summary

The Public-Private-Partnership provides mechanism for financing great infrastructure projects in the public sector. Turkish Government is also use different model of PPP. In this study, we analyze Article 4/11 of the Law on the Construction, Renovation and Service of the Ministry of Health with the Public-Private Partnership Model (Nr. 6428) that provides arbitration clause for contracts. With the aforementioned provision, arbitration is allowed under certain conditions in terms of PPP contracts. The Article 4/11 is as follows: Turkish Law shall govern disputes arising in connection with the agreement. Courts of Turkish Republic shall have jurisdiction. Nevertheless, it is possible that parties agree that disputes will be resolved through arbitration in accordance with Turkish International Arbitration Code. In the first version of the Code, the seat of arbitration has to be also in Turkey. Nevertheless, with the Code Nr. 6639, this requirement has been removed. The justification for this amendment was to distract the interest of foreign investor, and therefore to finance projects more easily than before.

In this study, first of all, the following conclusions have been reached in terms of determining the nationality of the arbitral award:

- *If the seat of arbitration is in Turkey and there is no foreign element in disputes, the arbitral award will be Turkish under Turkish Code of Civil Procedure.*
- *If the seat of arbitration is in Turkey and there is a foreign element in disputes, the arbitral award will be Turkish under Turkish International Arbitration Code.*
- *If the seat of arbitration is abroad (outside of Turkey), the arbitral award will be foreign.*

Secondly, we analyze the nationality of the arbitral award in disputes subject to the PPP Law and discuss legal remedies against these awards. In this context, we argue that the reference made to the IAC in the PPP Law should be considered as a reference to the law applicable to the arbitration procedure. Especially the amendment made by the Law No. 6639 and its justification support this argument. In this context, if the seat of arbitration in Turkey, there is no need to hesitate on the arbitral award is national. For disputes where the seat of arbitration is determined as a foreign country (outside of Turkey), the foreign arbitral award will come to the fore, regardless of whether the state of arbitration is a party to the New York Convention. If the seat of arbitration in Turkey and there is no foreign element in dispute, then lex arbitri will be Turkish Code of Civil Procedure (Art. 407-444). In this case, Turkish IAC will be taken into consideration as applicable law to arbitral procedure.

In terms of remedies against arbitral awards issued under the PPP Law, three matters (validity of the arbitration agreement, violation of the arbitration procedure and public order) were examined. Accordingly, the validity of the arbitration agreement, if the seat of arbitration is currently in Turkey, shall be subject to Turkish law. If the seat of arbitration is located abroad (outside of Turkey), the validity of the arbitration agreement must be subject to the law of the place of arbitration. If the seat of arbitration is out of Turkey and parties refer to Turkish IAC, this should be understood as refer to applicable law to procedure, not to lex arbitri.

If arbitrator or arbitral tribunal fail to apply Turkish IAC, this would lead to refusal of enforcement request.

There should be no hesitation that Article 4/11 of the PPP Law is an imperative rule. However, failure to comply with this provision should not be interpreted as a violation of public order. It would not be against main principles of Turkish law, or be regarded as immoral.

GİRİŞ

Türkiye’de son yıllarda kamu-özel işbirliği ile değişik yatırımlar yapılmaktadır. Kamu kaynaklarının yetersiz kalması sonucunda kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin bir yolu olarak kamu-özel yatırımları ortaya çıkmıştır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde “*bir sözleşmeye dayalı olarak, yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve getirilerinin, kamu ve özel sektör arasında paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi*”¹ Kamu-Özel İşbirliği (KÖİ) olarak tanımlanmaktadır². Söz konusu kavram yerine Kamu Özel Ortaklığı ifadesi de kullanılmaktadır. Bu yöntemi diğerlerinden ayıran temel özellik, özel sektör ile işbirliğinin sadece inşaat aşamasında değil, işletme aşamasında da devam etmesidir. Dolayısı ile bu sistemde özel sektör, kamu hizmetinin yerine getirilmesinin her aşamasında yer almaktadır. Ülkemizde uygulanmakta olan Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet, İşletme Hakkı Devri ve Yap-Kirala gibi modeller, KÖİ uygulamalarının birer örneğidir³.

Sağlık sektöründe, teknolojik gelişmeler, yaşlanan nüfus, demografi, hastalıkların mevcut tedaviye uyumu ve uyuşturucu madde bağımlılığı gibi sebepler, sağlık harcamalarını arttırmıştır. Ayrıca sağlık turizmi yoluyla gelir elde edilmesi de hedeflenmektedir⁴. Artan bu harcamaların finanse edilmesi ve gerekli yatırımların yapılması amacıyla sağlık sektöründe son yıllarda artan oranda KÖİ yatırımları gerçekleştirilmektedir. Bu yatırımların hukukî alt yapısını oluşturmak amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

İlk olarak 5396 sayılı Kanun ile Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na⁵ ek madde 7 eklendi ve bu maddeye istinaden bir de Yönetmelik⁶ çıkarıldı. Ek madde 7 ile sağlık tesislerinin gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kendi ya da hazine arazilerine kırkdokuz yılı geçmemek üzere belirli bir süre ve bedel

¹ Dünya ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler (Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü 2012), s. 6, (Gelişmeler).

² SARISU, s. 157; KERMAN/ ALTAN/ AKTEL/ EKE, s. 4; ÇAKIR, s. 22.

³ Gelişmeler, s. 6-7.

⁴ TÜRSAB Sağlık Turizmi Raporu’na göre, 2023 yılında sağlık turizmi ile iki milyon kişi hedeflenmektedir. Bkz. TÜRSAB Sağlık Turizmi Raporu, http://www.tursab.org.tr/dosya/12186/saglikturizmiraporu_12186_5485299.pdf (E.T.: 07.09.2020).

⁵ Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Kanun Numarası: 5396, Kabul Tarihi: 03.07.2005, R.G. 15.07.2005/25876.

⁶ Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapılmasına ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik, Karar Tarihi: 03.07.2006, R.G. 22.07.2006/26236.

üzerinden kiralama karşılığı yaptırılması esası kabul edildi. Yönetmelikte (m. 4/1-j) taraflar arasında özel hukuk hükümlerine tâbi⁷ bir sözleşme yapılması esası getirilerek aynı Yönetmeliğin 47. maddesinde de anlaşmazlıkların çözümüne dair bir hükme yer verildi⁸.

5396 sayılı Kanunla Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen hüküm, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁹ (KÖİ Kanunu) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yine KÖİ Kanununun uygulanmasını göstermek üzere, Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği¹⁰ (Uygulama Yönetmeliği) çıkarılmıştır.

KÖİ Kanunu ile sağlık sektöründe kamu-özel işbirliği çerçevesinde yapılacak yatırımların hukukî alt yapısı oluşturulmuştur. Mülga Kanunda olduğu gibi söz konusu yatırımların özel hukuk hükümlerine tâbi bir sözleşme niteliğinde yapılması esası benimsenmiş ve bu kapsamda idare ile yatırımcı

⁷ “Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesini konu edinen KÖİ sözleşmesinin, yüklenicinin gelirinin, hizmetten yararlanılardan alınan ücretlerden değil, idare tarafından ödenen kira bedelinden oluşması ve inşa edilen tesislerin sözleşme süresinin sonunda idareye devredilmesi yönüyle imtiyaz sözleşmelerinden farklılık taşısa da özünde idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı açıktır. Ancak 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle, kamu hizmetlerinin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördürülebileceği hususunda kanun koyucuya geniş takdir yetkisi tanındığından **idari sözleşmelerin özelliklerini taşısa da KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.**” AYM, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 01.04.2015, R.G. 15.04.2015/29327.

⁸ Mülga madde: “Anlaşmazlıkların çözümü MADDE 47 – (1) Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflar Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına tabi olup, ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar sözleşmede ihtilafların Türk hukukuna göre ve Türkiye’de, tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.”

⁹ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6428, Kabul Tarihi: 21.02.2013, R.G. 09.03.2013/28582.

¹⁰ Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, Karar Tarihi: 21.03.2014, R.G. 09.05.2014/28995. Bu Yönetmeliğin 69. maddesi ile önceki Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Önceki Yönetmelik için bkz.: Dipnot 6.

özel hukuk kişisi arasında bir sözleşmenin imzalanması kabul edilmiştir. Sözleşme Kanunda şu şekilde tanımlanmıştır:

“Sözleşme: Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini” (KÖİ Kanunu m. 2/1-ö).

Sözleşmenin bir tarafı olarak Kanundaki ifadesiyle ‘özel amaçlı şirket’in, anonim şirket olması, kanunî zorunluluk olarak kabul edilmiştir (KÖİ Kanunu m. 2/1-o). Özel amaçlı şirketin, sözleşmeye aykırı hükümler ihtiva etmemek üzere üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmeler “diğer sözleşmeler” olarak tanımlanmıştır (KÖİ Kanunu m. 2/1-ç). Diğer sözleşmeler, yüklenici özel amaçlı şirketin, taahhüdünü yerine getirmek amacıyla ve idare ile yapılan sözleşmeye aykırı hükümler içermeyecek şekilde üçüncü kişiler ile yaptığı sözleşmelerdir.

Kanunun 4/11. maddesinde uyuşmazlıkların çözümüne dair bir hükme yer verilmiştir. Kanunun ilk hâli şu şekilde idi:

“Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafların esasına Türk hukukunun uygulanması ve davanın Türkiye’de görülmesi kaydıyla ihtilafların 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.”

Daha sonra 6639 sayılı Kanun¹¹ ile hükümdeki “ve davanın Türkiye’de görülmesi” ifadesi madde metninden çıkarılmıştır.

Herhangi bir değişiklik yapılmadığı için Uygulama Yönetmeliğinin 67. maddesinde, Kanun maddesinin ilk hâli aynen kalmıştır. Ancak kanaatimizce, Yönetmelik ile Kanun hükmünün çelişmesi hâlinde, Kanunun esas alınması zorunluluğundan dolayı, Yönetmelikteki hükmü Kanundaki değişik metne göre değerlendirmek gerekir¹².

Uygulama Yönetmeliğinin 21. maddesine göre ihale dokümanında idarî şartnamenin yer alması gerekir. İdarî şartnamede ise, anlaşmazlıkların

¹¹ Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6639, Kabul Tarihi: 27.03.2015, R.G. 15.04.2015/ 29327.

¹² Aynı yönde bkz.: ORAK, s. 155, 162.

çözümüne dair hükmün bulunması zorunluluğu getirilmiştir (m. 21/2-ö). Dolayısı ile idare ile yatırımcı arasındaki bir sözleşmede, eğer uyuşmazlık çözüm metodu olarak tahkim kararlaştırılmış ise, tahkim yeri Türkiye olsun ya da olmasın, tahkimin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na¹³ (MTK) tâbi olacağı ve esasa da Türk hukukunun uygulanacağı şartının yer alacağı kuşkusuzdur. Dolayısı ile bu çalışmada ağırlıklı olarak tahkim yerinin yurt dışı olarak belirlendiği tahkim sözleşmelerinde, tahkimin MTK'ya tâbi olmasının sonuçları üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda, ilk olarak Türk hukukunda hakem kararının milliyetinin nasıl belirlendiği incelenmiş, akabinde KÖİ Kanunu kapsamındaki tahkim yargılamalarında milliyet sorunu değerlendirilmiştir. İkinci olarak, KÖİ Kanunu kapsamında tahkim usûlüne uygulanacak hukuk meselesi incelenmiştir. Son olarak, Kanuna aykırı verilen hakem kararlarının akıbeti üzerinde durulmuştur.

I. TAHKİMİN TÂBİ OLACAĞI HUKUK (*LEX ARBITRI*) BAKIMINDAN KÖİ KANUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A) GENEL OLARAK

Türk hukukunda, farklı kanunlarda hakem kararına ilişkin düzenlenmelere yer verilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁴ (HMK) içerisinde, hakem kararının verilmesi ve bu karara karşı başvuru yolları yer almaktadır. MTK'da da, hakem kararına ilişkin benzer hükümlere yer verilmiştir. Keza 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un¹⁵ (MÖHUK) tanıma ve tenfize ilişkin hükümler içerisinde “yabancı” hakem kararından söz edilmektedir.

Nasıl ki millî mahkeme kararı ile yabancı mahkeme kararı farklı muameleye tâbi tutulmaktaysa, tahkim yargılaması açısından da söz konusu ayırımın yapılması icap eder. Hakem kararının bağlayıcı etkisinin mahkemelerce dikkate alınması ile icrası ve hakem kararına karşı konulma imkânları yanında, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, tahkim yargılamasına ilişkin emredici hükümlerin belirlenmesi meseleleri, hakem kararının tespit edilecek milliyetine bağlıdır. KÖİ Kanunu'na dayalı olarak gerçekleştirilecek

¹³ Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, R.G. 05.07.2001/24453.

¹⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, R.G. 04.02.2011/27836.

¹⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, R.G. 12.12.2007/26728.

tahkim yargılaması neticesinde verilecek hakem kararının da milliyetinin tespiti bu kapsamda önem taşımaktadır.

Tabiatıyla hakem kararının milliyetinin belirlenmesi, devlet mahkemesince verilen kararlarda olduğu kadar net şekilde yapılamamaktadır¹⁶. Zira tahkim yargılamasının yürütülmesi devletin yargılama tekeline değil, tarafların iradesine dayanmaktadır ve hakem kararı devlet mahkemesinde olduğu gibi, devletin egemenlik yetkisini kullanan belli bir kurum tarafından verilmemektedir. Bu sebeple hakem kararlarının milliyeti açısından genel geçer bir belirleme yapılamaz¹⁷. Her ülke kendi hukukuna göre, vasıflandırma açısından farklı ölçütler belirleyebilir. Dolayısıyla, aslında bir hakem kararı birden fazla ülke açısından millî hakem kararı vasfını taşıyabilir yahut bütün ülkeler açısından yabancı – adeta vatansız – bir hakem kararı şeklinde değerlendirilebilir¹⁸.

Millî hakem kararlarının icrası, HMK ve MTK hükümlerine tâbi iken, yabancı hakem kararlarının Türkiye’de kesin hüküm etkisi göstermesi ve icrası (tanınması ve tenfizi) 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi [New York Sözleşmesi]¹⁹ veya MÖHUK (m. 60 vd) hükümlerine tâbidir. Ayrıca hakem kararına karşı başvurulabilecek yollar (iptal davası veya temyiz gibi) bakımından da, hakem kararının milliyetinin tespiti önemlidir²⁰.

B) TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARININ MİLLİYETİNİN TESPİTİNDE KULLANILAN KRİTERLER

Hakem kararının milliyetini ifade etmek üzere *lex arbitri* ifadesi kullanılmaktadır. Bir tanıma göre *lex arbitri*, tahkim anlaşmalarının (şeklen) geçerliliği, tahkime elverişliliğin tayini, hakem mahkemesinin oluşumu,

¹⁶ NEUNER, s. 45; BOSCH, s. 23.

¹⁷ MTK ve HMK’dan önceki döneme ait olmakla birlikte bu şekilde bir belirleme yapılamayacağından hareketle, artık milli-yabancı hakem kararı ayrımındansa millî ve milletlerarası hakem kararı ayrımının isabetli olduğu yönünde bkz. KORAL, (1984), s. 24. Fakat Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun tanıma ve tenfizi düzenlediği hükümlerinde isabetli olarak açıkça “yabancı” hakem kararı ifadesini kullanmıştır. Bu sebeple, çalışmamızda inceleme, milli-yabancı hakem kararı ayrımı üzerinden yapılmıştır.

¹⁸ KORAL, (1984), s. 24; BOSCH, s. 24.

¹⁹ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, R. G. 21.05.1991/20877.

²⁰ Bkz.: ERDOĞAN, s. 43-44; AYGÜL, s. 28.

tahkim yargılamasında temel usûlî garantiler, mahkemelerin yardımı ve hakem kararının denetimi gibi hususlar başta olmak üzere, kararın verildiği yerde tahkimi bir bütün olarak idare eden hukuk olarak anlaşılmaktadır²¹. Diğer bir anlatımla, *lex arbitri*, tahkimi bir bütün olarak idare eden, otoritesi altında tutan hukuktur²². Bu hukuka tâbi olarak verilen hakem kararı, millîdir (yerlidir)²³. Türk doktrininde ise, *lex arbitri*'yi karşılamak üzere, “tahkime uygulanacak hukuk”²⁴, “*lex (loci) arbitri*”²⁵ ve “otorite kanunu”²⁶ kavramları kullanılmaktadır.

Hakem kararının milliyetinin (*lex arbitri*'nin) tespitinde çeşitli ölçütler²⁷ ileri sürülmekle beraber günümüzde özellikle Türk hukukunda iki ilke öne çıkmaktadır: Mülkîlik kriteri (tahkim yeri, toprak esas, *Objektive Test, Sitztheorie*) ve usûl kanunu kriteri (*Subjective Test, Legal Localization, Verfahrenstheorie*).

Mülkîlik kriterine göre hakem kararının milliyeti, tahkim yeri hukukuna göre belirlenir²⁸. Nitekim New York Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin birinci fıkrasında, yabancı hakem kararı, tanıma ve tenfiz talebinde bulunulan devletten başka bir devlette verilen (*made*²⁹) karar şeklinde düzenlenmiştir. Kararın verildiği yerden ne anlaşılması gerektiği konusunda ise uzun bir süre tereddüt yaşanmıştır³⁰. Ayrıca Milletlerarası Ticarî Tahkime Dair UNCITRAL Model Kanunun³¹ etkisi ile günümüzde yaygın olarak mülkîlik kriteri

²¹ BİRSEL, s.66; POUDRET/ BESSON, s. 83; TURNER/MOHTASHAMI, s. 100; YEŞİLOVA, s. 99, 111.

²² POUDRET/ BESSON, s. 458.

²³ PETROCHILOS, s. 20.

²⁴ YEŞİLOVA, s. 107.

²⁵ BİRSEL, s. 66; ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 44; ÖZEL, s. 59; YEŞİLOVA, s. 111; ŞANLI, s. 347.

²⁶ ŞANLI, s. 347.

²⁷ Bkz.: ERDOĞAN, s. 46-62.

²⁸ BeckOK ZPO/ WILSKE/ MARKERT, § 1061, kn. 5; BOSCH, s. 25; SPOHNHEIMER, s. 17.

²⁹ İngiliz mahkemesi *Hiscox v. Outhwaite* kararında, kararın verilmesinden (*made*) maksadın olsa olsa kararın hakemlerce imzalanması olacağını belirterek tamamen İngiltere ile ilgili bir olayda, hakemin kararı imzaladığı yer Paris olması sebebiyle kararı yabancı olarak nitelendirmiştir. *Hiscox v. Outhwaite*, 25.3.1991, England and Wales, Court of Appeal, W.L.R. 1991, s. 545-550.

³⁰ DAVIDSON, s. 637, 638; BERGER, s. 8 vd.

³¹ Model Kanun için bkz.: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml->

benimsenmektedir³².

Günümüzde kabul edildiği şekli ile tahkim yeri, coğrafi değil, hukukîdir³³. Bir diğer ifade ile tahkim yeri, tahkim ile bir hukuk sistemi ve seçilen devlet mahkemelerinin yetkisi arasında, hukukî bir bağ kurmaktadır³⁴. İngiliz Tahkim Kanununun 3. maddesinde, tahkim yerinin hukukî anlamda olduğu “hukukî mahâl” (*juridical seat*) kavramı ile ifade edilmiştir³⁵. Tahkim yerinin tespitinde, coğrafi ve fizikî kriterler yerine, hukukî varsayımlardan (*legal fiction*) yararlanılmaktadır. Dolayısı ile tahkim yeri, coğrafi ya da fizikî mekândan ziyade, hukukî bir yerdir³⁶. Fiilen yargılamanın başka bir yerde yürütülmesi veya hakemlerin kararı başka bir yerde imzalamaları önemli değildir³⁷. Diğer bir ifade ile tahkim yeri ile hakemlerin faaliyetleri farklı yerlerde olabilir ya da duruşmalar farklı ülkelerde yapılabilir³⁸. Hatta taraflar ve hakemler, tahkim yargılaması boyunca tahkim yerine bir kez dahi gitmemiş olabilirler. Bu yönüyle tahkim yeri salt bir bağlanma noktasını ifade etmektedir³⁹. Ayrıca teknolojideki gelişmeler de, tahkim faaliyetlerinin fizikî olarak yapıldığı yerin önemini azaltmaktadır. Örneğin çevrim içi (*online*) tahkimde, tahkim yeri anlamsızlaşmaktadır⁴⁰.

arb/07-86998_Ebook.pdf, (E.T. 12.10.2020).

³² KAUFMANN-KOHLER, (1998), s. 338; POUURET/ BESSON, s. 84; BLACKABY/ PARTASIDES/ REDFERN/ HUNTER, s. 180; “The *lex arbitri* is the *lex loci arbitri*”: PARK, s. 159; Mülkîlik ilkesinin tercih sebepleri hakkında bkz.: AYGÜL, s. 30 vd.

³³ MüKo-ZPO/ADOLPHSEN, UNÜ Art. I, kn. 10; STEIN/ JONAS/ SCHLOSSER, § 1061, kn. 18; ZK-IPRG/VISCHER, Art. 176, kn. 5; DAVIDSON, s. 638; BERGER, s. 11; AYGÜL, s. 30; ERDOĞAN, s. 48.

³⁴ PETROCHILOS, s. 22. ŞANLI, s. 347. Tahkim yeri, duruşmaların yapıldığı yer demek değildir. Duruşmalar tahkim yerinden farklı ülke ya da ülkelerde yapılabilir. Model Kanunda (m. 16), ICC (m. 18) ve LCIA (m. 16) tahkim kurallarında duruşmaların tahkim yerinin dışında farklı yerlerde yapılabilmesi kabul edilmiştir: BLACKABY/ PARTASIDES/ REDFERN/ HUNTER, s. 181-183.

³⁵ EKŞİ, (2003), s. 295, 333; POUURET/ BESSON, s. 101; TURNER/ MOHTASHAMI, s. 114.

³⁶ BİRSEL, s. 65; EKŞİ, (2003), s. 333; KAUFMANN-KOHLER, (2003), s.1313,1316; ÖZEL, s. 61; SENTNER, s. 159-166; AKINCI, (2020), s. 126-128.

³⁷ AYGÜL, s. 37; ERDOĞAN, s. 48; Ayrıca bkz. KUKO-ZPO/ DASSER, Art. 353, kn. 3; STEIN/ JONAS/ SCHLOSSER, § 1061, kn. 18; ZK-IPRG/ VISCHER, Art. 176, kn. 6; DAVIDSON, s. 638; BERGER, s. 11.

³⁸ KAUFMANN-KOHLER, (2003), s. 1318.

³⁹ ERGÖNEN, s. 214.

⁴⁰ KAUFMANN-KOHLER, (2003), s. 1318. Özellikle spor uyuşmazlıklarına ilişkin (CAS) uyuşmazlıklarda, tahkim yeri her davada Lozan’dır. Ancak duruşmalar farklı yerlerde

Usûl kanunu kriterine göre ise hakem kararının milliyeti, tahkim yerinden bağımsız olarak tahkim yargılamasının tâbi olduğu usûl hukukuna göre belirlenir. Buna göre, tarafların seçtikleri ya da hakemlerin uyguladıkları usûl kanunu, *lex arbitri* olarak kabul edilir⁴¹.

Türk hukukunda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.11.1951 tarihli ve E. 126, K. 109 sayılı kararından itibaren ağırlıklı olarak usûl kanunu kriteri benimsenmiştir. Yargıtay, “*yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş hakem kararının*” yabancı sayılacağına karar vermiştir⁴². Türk doktrininde de, Yargıtay kararına paralel olarak, usûl kanunu kriteri ağırlıklı olarak benimsenmiştir⁴³. Bir diğer görüş de, usûl kanunu kriterinin yanında, bu kriterin yetersiz kaldığı durumlarda, tahkim yeri kriterinin tamamlayıcı olarak uygulanmasını savunmaktadır⁴⁴. Nitekim daha sonra bazı Yargıtay kararlarında⁴⁵ bu iki ilke birlikte uygulanmıştır⁴⁶. Bu görüşlere nazaran, Türk usûl hukukunun otoritesi⁴⁷ altında verilmiş bir hakem kararı, Türk (millî) hakem kararı sayılmıştır.

Ancak Türk hukukundaki bu anlayış hem New York Sözleşmesi’ne taraf olunması hem de MTK’nın kabul edilmesiyle birlikte doktrinde ve uygulamada değişmeye başlamıştır. Bunun değişik sebepleri bulunmaktadır.

yapılabilir: KAUFMANN-KOHLER, (2003), s. 1319; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (2013), s. 242. Ayrıntılı bilgi için bkz.: AYGÜL, s. 38 vd. Dolayısı ile günümüzde tahkim hukukunda kabul edilen bu anlayış sebebiyle “sanal mülkîlik prensibi” ifadesi kullanılmaktadır: ERGÖNEN, s. 215.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: AYGÜL, s. 32; ERDOĞAN, s. 54-56.

⁴² Yargıtay’ın usûl kanunu kriteri uyguladığı kararlar için bkz.: ERTEKİN/ KARATAŞ, s. 430-461. Yargıtay 1976 yılında kadar usûl kanunu kriterini uygulamış iken 1976 yılında Yargıtay 15. Hukuk Dairesi meşhur Keban Barajı olarak anılan kararında ise, mülkîlik ilkesi uygulanmıştır. Bu karar da doktrinde eleştirilmiştir: KORAL, (1979), s. 419 vd. Bir görüşe göre, Yargıtay bu kararında usûl kriterinden vazgeçmeyip, hakem kararının milliyeti usûl kanunu kriterine göre belirlenemediğinden, yardımcı kriter olarak tahkim yeri esasına dayanmıştır: ÜSTÜNDAĞ, s. 15. Yargıtay’ın daha sonraki kararlarında tekrar usûl kriterini uygulamıştır: ERTEKİN/ KARATAŞ, s. 467; ŞİT, s. 187; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 781.

⁴³ KORAL, (1977), s. 155, 178 vd.; KALPSÜZ, (1984), s. 48; AKINCI, (1994), s. 15; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 779; ŞANLI, s. 348; NOMER/ EKŞİ/ ÖZTEKİN-GELGEL, s. 65; NOMER, s. 563.

⁴⁴ ÜSTÜNDAĞ, s. 15.

⁴⁵ Yargıtay 11. H.D., E. 1985/7355, K. 1985/7099, T. 19.12.1985. Karar için bkz.: SAKMAR/ EKŞİ/ YILMAZ, s. 367-368.

⁴⁶ AKINCI, (1994), s. 13-15; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 782; NOMER/ EKŞİ/ ÖZTEKİN-GELGEL, s. 65.

⁴⁷ Genel olarak Türk usûl hukukunun emredici kurallarına uyulması yeterli kabul edilmektedir: ŞİT, s. 184-186; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 782; NOMER, s. 564.

Öncelikle, yukarıda incelendiği üzere, New York Sözleşmesi'nde, prensip olarak mülkîlik ilkesi benimsenmiştir⁴⁸. Dolayısıyla tahkim yeri Türkiye dışında ama New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke içerisindeyse ve uyuşmazlık ticarî nitelikteyse, ilgili hakem kararı New York Sözleşmesi'ne göre tanınıp tenfiz edilebilir yabancı hakem kararı olarak kabul edilmek durumundadır⁴⁹.

İkincisi ve belki de en önemli sebep, UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak HMK ve MTK'da mülkîlik ilkesinin benimsenmesidir. UNCITRAL Model Kanunda olduğu⁵⁰ gibi MTK'nın uygulama alanının tespitinde, “[b]u Kanun, ...**tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği**... uyuşmazlıklar hakkında uygulanır” ifadesi ile birinci sırada mülkîlik ilkesine yer verilmiştir⁵¹. HMK'nın uygulama alanının belirlenmesinde de m. 407'deki, “[b]u Kısımda yer alan hükümler, ...yabancılık unsuru içermeyen ve **tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği** uyuşmazlıklar hakkında uygulanır” ifadesi ile mülkîlik ilkesi benimsenmiştir⁵².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 2012 tarihli bir kararında hakem kararının yabancılığının toprak esasına (mülkîlik) göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁵³. Söz konusu karara göre,

*“Her ne kadar bir hakem kararının yerli veya yabancı hakem kararı olup olmadığı ayrımı konusunda, doktrinde genel olarak “otoritesi altında verilen kanun” ve “toprak esası” şeklinde tanımlanan değişik görüşler bulunmakta ise de, New York Sözleşmesinin, “İş bu Sözleşme, tabii veya hükmi şahıslar arasında zuhur eden ve tanınması ve icrası bahis mevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazisinde verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında tatbik olunur.” hükmünü taşıyan 1. maddesindeki (...bahis mevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazisinde) ifadeleri gereğince, **anılan sözleşmede açıkça “toprak esası” benimsenmiş olduğundan Türkiye dışında***

⁴⁸ BİRSEL, s. 72.

⁴⁹ ERDOĞAN, s. 58.

⁵⁰ PETROCHILOS, s. 42; BLACKABY/ PARTASIDES/ REDFERN/ HUNTER, s. 191-192.

⁵¹ ÖZEL, s. 61; AKINCI, (2020), s. 127-128.

⁵² ERDOĞAN, s. 58.

⁵³ Yargıtay H.G.K., E. 2011/568, K. 2012/47, T. 08.02.2012, [https://content.next.westlaw.com/Link/Document/Blob/15b54f04b1ef511e38578f7ccc38dcbee.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=cc524d1f-c6a4-44c8-9fcd-1d36a01ed999&contextData=\(sc.DocLink\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/Link/Document/Blob/15b54f04b1ef511e38578f7ccc38dcbee.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=cc524d1f-c6a4-44c8-9fcd-1d36a01ed999&contextData=(sc.DocLink)&firstPage=true) (E.T.: 07.09.2020).

verilen hakem kararlarının, “yabancı hakem kararı” niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.”

MTK m. 1/2’de yer alan “veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır” ifadesinden hareketle, tahkim yeri Türkiye olmasa bile MTK hükümleri uygulanarak verilen hakem kararlarının da “millî” hakem kararı vasfını haiz olacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Söz konusu düzenleme hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe⁵⁴ göre, Kanundaki hükme rağmen söz konusu düzenleme, uygulanamaz ya da “ölü bir hüküm” niteliğindedir⁵⁵. Bu görüşe göre, tahkim yeri hukuku da, söz konusu tahkim bakımından otorite kanunu olacaktır. Bu hâlde bir tahkim yargılaması iki farklı otorite kanununa tâbi olacak ve yetki ihtilâfları çıkabilecektir. Örneğin hakem kararına karşı hem Türkiye’de hem de tahkim yeri ülkesinde iptal davası açılabilir⁵⁶. Ayrıca bu görüşe göre tarafların doğrudan *lex arbitri*’yi belirleyemeyecekleri de kabul edilmektedir⁵⁷.

Bir diğer görüşe göre, tahkim yeri Türkiye olmasa da, taraf iradeleri ya da hakem kararı ile *lex arbitri*’nin Türk hukuku olarak belirlenmesi mümkündür⁵⁸. Türk kanun koyucusu, hakem kararının Türk milliyetinde kabul edilmesi açısından tahkim yeri ve uygulanan usûl kuralı ölçütlerini alternatif olarak düzenlemiştir⁵⁹. Bu noktada, özellikle tahkim yeri Türkiye olmamasına rağmen taraflarca veya hakem mahkemesince MTK’nın uygulanması

⁵⁴ ATAMAN-FİĞANMEŞE, 9, dn. 23; AYGÜL, s. 40; ERGÖNEN, s. 238.

⁵⁵ YEŞİLOVA s. 136-147; AYGÜL, s. 40; ERGÖNEN, s. 238.

⁵⁶ YEŞİLOVA, s. 117-139. Pek çok ülkede hakem kararının iptali davasında tahkim yeri mahkemesinin münhasır yetkili olduğu hakkında bkz.: BAYATA-CANYAŞ, s. 43.

⁵⁷ YEŞİLOVA, s. 112.

⁵⁸ TANRIBİLİR/ŞİT, s. 819, 831; ÖZEL, s. 61-62; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 657; AKINCI, (2020), s. 57; ERDOĞAN, s. 60.

⁵⁹ MTK’nın uygulama alanına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. YEŞİLOVA, s. 137. Öğretide ayrıca, tahkim yeri Türkiye olmasına ve uyuşmazlık yabancılık unsuru içermesine rağmen, tarafların açık iradeleriyle, MTK’ya veya HMK’nın emredici kurallarına tâbi kılmadıkları tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararlarının “yabancı” hakem kararı niteliği taşıyacağı savunulmaktadır. Bu yönde bkz. EKŞİ, (2003), s. 336; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 630. Hâlâ uygulanan usûl hukuku teorisine dayanan söz konusu görüşün, mevcut kanunî düzenlemeler dikkate alındığında pozitif dayanağı olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca, *lex arbitri*’nin tespitinde tahkim yerinin zorunlu olduğu ve tahkim yerinin emredici hükümlerinin dışlanamayacağı yönünde bkz. AYGÜL, 39, dn. 196; ERGÖNEN, s. 236.

kararlaştırılmışsa, söz konusu hakem kararı Türk hukukuna göre millî hakem kararı olarak nitelendirilirken; tahkim yeri sebebiyle muhtemelen bir başka ülke hukukuna göre de millî olarak nitelendirilebilir⁶⁰. Hatta bu hâlde, Türkiye dışında verilen bir hakem kararı söz konusu olduğu için New York Sözleşmesi'ne göre, yabancı ve tenfizî mümkün ve MTK m. 1/2 gereğince de millî ve MTK'ya göre icrası mümkün bir karar olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır⁶¹.

Kanaatimizce, tahkim yeri yurt dışında olmasına rağmen otorite Kanunu olarak, taraflarca ya da hakem mahkemesi tarafından MTK seçilmiş ise, iki ihtimal söz konusudur.

Birincisi, tahkim yeri New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke ve söz konusu hakem kararı Türkiye bakımından New York Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmekte ise, Sözleşmenin uygulama alanının daraltılması mümkün olmadığı için söz konusu hakem kararı yabancıdır ve tenfize tâbidir⁶².

⁶⁰ ERDOĞAN, s. 61.

⁶¹ Özel, bir hakem kararının millî vasfının olması hâlinde, tenfize gerek kalmayacağını ileri sürmektedir: ÖZEL, s. 25. Ekşi ise, böyle bir durumda MTK ile New York Sözleşmesi'nin çatışma içinde olmasından dolayı MTK m. 1/son gereğince New York Sözleşmesi'nin esas alınması gerektiği görüşündedir: EKŞİ, (2003), s. 337. Aynı yönde bkz.: ERGÖNEN, s. 225. Erdoğan da, taraflarca ya da hakem ya da hakem heyeti tarafından MTK'nin seçtiği ancak tahkim yerinin New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olması hâlinde, New York Sözleşmesi'nin uygulama alanının daraltılmasının mümkün olmaması sebebiyle, *lex arbitri* hakem kararının yabancı niteliği taşıyacağı ve dolayısı ile New York Sözleşmesi'ne göre tenfiz edilmesi gerektiğini ifade etmektedir: ERDOĞAN, s. 61. Bayata-Canyaş ise, Sözleşmeye nazaran daha lehe hükümler içeren iç hukuk düzenlemelerin uygulanmasına imkân veren New York Sözleşmesi'nin 7. maddesi gereğince icrayı daha kolay şekilde mümkün kılan düzenlemenin uygulanabileceğini ileri sürmektedir: BAYATA-CANYAŞ, 15, dn. 49.

⁶² New York Sözleşmesi'nin, tahkim yerinden başka, tanıma ve tenfiz talep edilen ülke hukukuna göre, millî kabul edilmeyen hakem kararları açısından da uygulanacağı ifade edilerek taraf devletlere *görece* bir serbesti tanınmıştır (m. I, c. 2). Buna göre örneğin, tahkim yeri Almanya olsa bile, Alman hukukundaki (1998 reformu öncesi) hâkim görüş gereği hakem kararının milliyeti uygulanan usûl kuralına göre belirlendiği için Fransız Usûl Kanunu uygulanarak verilen bir hakem kararını, Alman mahkemeleri “yabancı hakem kararı” olarak vasıflandırıp, New York Sözleşmesi'ne göre tenfizini talep edebilir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi, *Bergesen v. Joseph Muller Corp* kararında, tahkim yeri New York olmasına rağmen her iki tarafın da yabancı olması sebebiyle, hakem kararını New York Sözleşmesi anlamında yabancı hakem kararı olarak değerlendirmiştir. Bkz. AMRO, s. 76. Fakat her hâlükârda tahkim yeri tanıma ve tenfiz talep edilen ülkeden başka bir ülke ise, New York Sözleşmesi'nin uygulanması gerekir. Başka bir anlatımla, ikinci cümle ile getirilen esneklik, New York Sözleşmesi'nin uygulanmasını daraltacak şekilde yorumlanamaz. Bu yönde bkz. YEŞİLOVA, Bilgehan, “Lex Loci Arbitri ve Tahkim Yeri Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı

Tahkim yeri, New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülkede değil ya da taraf bir ülkede olmakla birlikte söz konusu hakem kararı Türkiye'nin koyduğu çekinceler (karşılıklılık ve ticarî nitelikte olma) sebebiyle uygulanmamakta ise, söz konusu hakem kararı MTK m. 1/2 gereği millidir⁶³.

Netice itibariyle,

1. Yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar açısından, *tahkim yerinin Türkiye* olarak belirlenmiş olması hâlinde, ortaya çıkan hakem kararı millî niteliği (HMK) haiz olur.

2. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından, *tahkim yeri Türkiye* ise ortaya çıkan hakem kararı millî niteliği (MTK) haiz olur.

3. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından, tahkim yeri Türkiye olmamasına rağmen, *MTK'nın hükümleri tercih edilmişse* ve tahkim yerinin bulunduğu devlet New York Sözleşmesi'ne taraf değilse veya Türkiye'nin koyduğu çekinceler (karşılıklılık ve ticarî nitelikte olma) sebebiyle New York Sözleşmesi bu devlet açısından uygulanmamaktaysa, ortaya çıkan hakem kararı millî niteliği (MTK) haiz olur.

4. Tahkim yeri Türkiye değil ve MTK da uygulanmamışsa⁶⁴ (HMK'nın taraflarca seçtiği için uygulanmasının bu noktada bir önemi yoktur) veya MTK uygulanmasına rağmen tahkim yerinin bulunduğu devlet New York Sözleşmesi'ne tarafsız, ortaya çıkan hakem kararı “yabancı” nitelikte olur.

Şu hâlde, KÖİ Kanunu'nda yer alan hüküm değerlendirilirken, hakem kararının milliyetine ilişkin bu tespitler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması uygun olur.

(MTK m. 1/II)”, UTDER 2013, S. 1, s. 147, dn. 154. Buna karşılık, New York Sözleşmesi ile hakem kararının milliyetinin tespitinde öncelikli bir kriter getirilmediği, Sözleşme'nin 1'nci maddesinde yer alan her iki cümledeki kriterin (tahkim yeri ve millî hukukta kabul edilen kriter) eş güçte olduğu yönünde bkz. SCHÜTZE, Schiedsverfahren, kn. 688; SCHLOSSER, kn. 65; ERGÖNEN, Onur, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Sonrası Hakem Kararlarının Milliyeti Meselesi: Otorite Kanunu Kriteri'nin Sonu”, UTDER 2014, S. 1, s. 224.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ERDOĞAN, s. 61. Aynı yönde bkz.: ERGÖNEN, s. 236-237.

⁶⁴ New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler açısından söz konusu olur.

C) KÖİ KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELERE GÖRE HAKEM KARARININ MİLLİYETİNİN (*LEX ARBITRI*'NİN) TESPİT EDİLMESİ

KÖİ Kanunu kapsamında uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde Kanunun ilk hâlinde üç esas kabul edilmiş idi. Bunlar;

- Uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanması,
- Tahkim davasının Türkiye’de görülmesi ve
- Tahkimin MTK’ya tâbi olmasıdır.

Ancak 6639 sayılı Kanunla tahkim davasının Türkiye’de görülmesi şartı kaldırılmıştır. Uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanması şartı, inceleme konumuz dışında kaldığı için üzerinde durulmayacaktır. Ancak diğer iki şart (tahkim davasının Türkiye’de görülmesi ve tahkimin MTK’ya tâbi olması), hakem kararının milliyetinin tespiti ile ilgilidir.

Tahkim davasının Türkiye’de görülme şartı, KÖİ Kanunu’ndan önce yürürlükte bulunan 5396 sayılı Kanunla Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na getirilen ek maddenin uygulamasını göstermek amacıyla çıkarılan mülga Yönetmelikte de aranmıştır. Edimin Türkiye’de ifa edilecek ve karşı tarafın da bir Türk şirketi⁶⁵ olduğu ihtimalde kanun koyucu tahkimin Türkiye’de yürütülmesini ve Türk hukukunun denetiminde olmasını aramıştır. Böyle bir tercihin tahkim masraflarını da azaltacağı bir gerçektir. Davanın Türkiye’de görülmesi şartı, tahkim yerinin Türkiye olması gerekliliğini ifade eder. Tahkim yerinin Türkiye olması demek, yukarıda izah edildiği gibi MTK m. 1/2 ve New York Sözleşmesi m. 1 gereğince *lex arbitri*’nin Türk hukuku ve tahkim yargılaması sonunda verilecek kararın da Türk milliyetinde olması anlamına gelmektedir. Bu hâlde hakem kararı, Türk hukukunun denetimi altındadır ve hakem kararına karşı da Türk mahkemelerinde iptal davası açılabilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, davanın Türkiye’de görülme şartı, 6639 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. Kanunun gerekçesi aynen şu şekildedir:

*“Değişiklik ile, Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek ve milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebilecek hukuki ihtilaflarda, sözleşme serbestisi çerçevesinde ve **tarafların iradeleriyle***

⁶⁵ Yukarıda zikredildiği üzere, özel amaçlı şirketin anonim şirket olması zorunluluğu bulunmaktadır. Yabancı sermayeli olsa bile Türkiye’de kurulmuş bir şirketin sözleşmenin tarafı olması olasıdır.

(ihtilafın esasına Türk hukuku uygulanmak kaydıyla) tahkim yerinin Türkiye dışında da belirlenebilmesine imkân tanınmakta ve böylece projelerin finanse edilebilirliği kolaylaştırılmaktadır.⁶⁶

Kanunun gerekçesinden anlaşıldığı kadarı ile Türkiye'deki projelere (yabancı) finansman sağlamak amacıyla bu şekilde bir değişiklik kabul edilmiştir. Kanun koyucunun, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hâllerde, Kanun kapsamındaki projelere kolay (yabancı) finans sağlanacağını düşündüğü anlaşılmaktadır.

Yukarıda izah edildiği üzere mülkîlik ilkesine göre, tahkim yerinin Türkiye dışında bulunmasının hukukî sonucu, tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının yabancı olarak nitelendirilmesidir. Ancak Kanun tahkim yeri yurt dışında bulunan bir tahkimin hâlen MTK'ya tâbi olmasını aramaktadır. İşte bu halde, usûl kanunu kriterince (MTK m.1/2), *lex arbitri*'nin Türk hukuku ve söz konusu hakem kararının da millî olduğu kabul edilebilir mi sorusunun cevaplanması icap eder.

Bu sorunun cevabı bir önceki başlıkta verilen görüşlere göre farklılık arz edecektir. Örneğin MTK m.1'deki düzenlemeden hareketle taraf iradeleri veya hakem mahkemesince *lex arbitri*'nin tespit edilebileceği görüşünün⁶⁷ kabul edilmesi hâlinde, tahkim yeri Türkiye dışında bulunsun da MTK'ya teb'an verilmiş hakem kararı millîdir. Yine tahkim yerinin New York Sözleşmesi'nin bulunduğu bir ülkede bulunması hâlinde söz konusu hükmün uygulanamayacağı görüşü⁶⁸ doğrultusunda değerlendirme de yapılabilir. Bu hâlde tahkim yeri ülkesi New York Sözleşmesi'ne taraf ise, MTK'ya teb'an cereyan etmiş olsa bile söz konusu hakem kararı yabancıdır ve Türkiye'de tenfiz hükümlerine tâbi olur.

İfade etmek gerekir ki, tahkim yerinin yurt dışında olmasına imkân tanınmasına rağmen tahkimin MTK'ya tâbi tutulmasının yerindeliği tartışmaya açıktır. Tahkim yerinin Türkiye'de olması ile sağlanacak sonuca, MTK'nın uygulanması ile ulaşılmakta ise Kanun koyucu amacını gerçekleştirecek bir değişiklik yapamamıştır denilebilir. Kaldı ki, tahkim yerinin Türkiye olması sebebiyle finans sağlamayan birisi tahkimin *lex arbitri* anlamında MTK'ya

⁶⁶ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss688.pdf>. (Vurgu yazarlarca eklenmiştir) (E.T.:07.09.2020).

⁶⁷ Bkz.: YEŞİLOVA, s. 117-139.

⁶⁸ Bkz.: ERDOĞAN, s. 61. Aynı yönde bkz.: ERGÖNEN, s. 236-237.

tâbi olması durumunda da finans yatırımı yapmayacaktır. Çünkü yabancı yatırımcıların, devlet ile aralarındaki uyuşmazlıkları, tarafsız bir mahalde ve söz konusu devlet hukukundan bağımsız hukuk kurallarının uygulanması ile çözüme kavuşturmak istemeleri tabiidir⁶⁹.

Şu hâlde, KÖİ Kanunu kapsamında 6639 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ve düzenlemenin amacı dikkate alındığında, Kanun koyucunun taraflara tahkim yerini Türkiye dışında belirleyebilme imkânı ve dolayısı ile tarafların tahkimi bir başka ülke hukukuna tâbi kılmalarına olanak yarattığı kabul edilmelidir. Bu kapsamda, KÖİ Kanunu ile getirilen düzenlemenin, MTK'nın uygulanacak olması sebebiyle tahkim yeri devletinin New York Sözleşmesi'ne taraf olup olmamasından bağımsız olarak, MTK m. 1/2 anlamında, *lex arbitri*'nin hala Türk hukuku şeklinde yorumlanması isabetli olmaz. MTK m. 1/2'nin ölü ve uygulanamaz bir hüküm olduğu görüşünün kabul edilmesi hâlinde ise, sadece tahkim yeri esas alınacağı için, tahkim yerinin yurt dışı olarak belirlendiği bir hakem kararı “yabancı” olarak nitelendirilir. Aşağıda inceleneceği üzere, KÖİ Kanunu ile MTK'ya yapılan atfın, özellikle 6639 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, tahkim usûlüne uygulanacak hukuka ilişkin bir atf olarak değerlendirilmesi uygun olur.

II. TAHKİMİN USULÜNE UYGULANACAK KURALLAR BAKIMINDAN KÖİ KANUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tahkim usulüne uygulanacak kuralların tespitinde, tahkim yerinin Türkiye olması ve Türkiye dışında olmasına göre bir ayırım yapılması isabetli olacaktır. Zira tahkim yeri, yukarıda incelendiği üzere, tahkim yargılamasının milliyetinin belirlenmesi açısından temel kriterdir. Bu kapsamda, KÖİ Kanunu m. 4/11'deki tahkimin MTK çerçevesinde görüleceği hükmünün, nasıl anlamlandırılacağı, diğer bir ifade ile tahkim usulüne dair bir tercih olup olmadığı incelenmelidir.

A) TAHKİM YERİ TÜRKİYE DIŞINDA OLAN TAHKİM YARGILAMASI BAKIMINDAN

Günümüzde, tahkim usûlüne uygulanacak hukukun, tahkim yeri hukukundan ayrılması genel kabul görmektedir⁷⁰. Modern tahkim düzenlemeleri, tahkim usûlüne, tahkim yeri hukukundan farklı bir hukukun

⁶⁹ ŞANLI, s. 322.

⁷⁰ GAILLARD/ SAVAGE, s. 633; BİRSEL, s. 66; POUURET/ BESSON, s. 458.

ya da kuralların uygulanmasına izin vermektedirler⁷¹. Tahkim yeri, tarafsızlık gibi başka saikler ile seçilebilmektedir. Diğer bir ifade ile tahkim yerinin taraflarca seçilmiş olması, otomatik olarak tahkim yeri usûl kurallarının uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Bunun sebebi de, millî mahkemelerin aksine hakemlerin *lex fori*'lerinin bulunmamasıdır⁷².

Modern hukuk sistemlerinde, tahkim yerindeki emredici hükümler saklı kalmak kaydı ile tahkim usûlüne uygulanacak hukukun, taraflar veya hakem kurulu tarafından belirlenmesi (örn. UNCITRAL Model Kanun m. 19) kabul edilmektedir. Ayrıca UNCITRAL Model Kanunda, (m. 20-27) usûle ilişkin bazı konularda taraflara özellikle seçim hakkı tanınmıştır. Tahkim yeri (m. 20) veya tahkim dili (m. 22) konusundaki düzenlemeler buna örnek olarak verilebilir.

Türk hukukunda da, tarafların, tahkim usûlüne uygulanacak kuralları, Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydı ile serbestçe seçebilecekleri kabul edilmiştir (MTK m. 8/A/1; HMK m. 424). Dolayısı ile Türk hukukunda, tahkim usûlüne uygulanmak üzere, yabancı bir ülke kanununun veya milletlerarası kurumsal tahkim kurallarının seçilmesine imkân tanınmış olmaktadır⁷³. Nitekim MTK'da "kanun" ifadesi de kullanılarak tarafların yabancı bir ülkenin hukukunu tahkim usûlüne uygulanmak üzere seçebileceği açıkça kabul edilmiştir (MTK m. 8/A/1).

Taraflar, hem mahkemelerde uygulanan usûl kanunları hem de tahkim kanunları olmak üzere, millî hukuk sistemlerini seçebilirler. New York Sözleşmesi'nin m. 5/1-d hükmünün liberal yorumu da, bu görüşü desteklemektedir⁷⁴.

Tarafların yabancı usûl kanunu seçmelerinin etkileri sınırlıdır. Çünkü seçilen hukuk, *lex arbitri*'nin emredici kurallarına aykırı olmamalıdır. Hatta seçilen ülke hukukundaki emredici kurallar da, bu vasıflarını kaybederler. Çünkü yabancı usûl kanunu, artık *lex arbitri* vasfını kaybetmiştir ve başka

⁷¹ Millî devlet düzenlemeleri hakkında bilgi için bkz.: GAILLARD/ SAVAGE, s. 636-637; RUBINO-SAMMARTANO, s. 478-486.

⁷² GAILLARD/ SAVAGE, s. 636-637; SCHWARZ/ KONRAD, s. 174.

⁷³ ÖZEL, s. 101; KALPSÜZ, (2010), s. 101; NOMER/ EKŞİ/ ÖZTEKİN-GELGEL, s. 42; ŞANLI, s. 365; EKŞİ, (2003), s. 326-327; AKINCI, (2020), s. 121; YEŞİLIRMAK, s. 104.

⁷⁴ LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 524; POUURET/ BESSON, s. 461; SCHWARZ/KONRAD, s. 80.

bir kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere tarafların iradesi ile uygulanmaktadır⁷⁵.

Yukarıda ifade edildiği üzere, 6639 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ve gerekçesi dikkate alındığında, KÖİ Kanununu ile tahkim yeri neresi olursa olsun tahkim usûlüne MTK'nın uygulanmasının amaçlandığı kabul edilmelidir. Söz konusu hükmün emredici niteliği dikkate alındığında, KÖİ Kanunu gereğince yapılacak tahkim sözleşmelerinde, tahkim usûlüne uygulanacak hukukun MTK olarak belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla, taraflar tahkim yeri (ve dolayısı ile *lex arbitri*) olarak başka bir ülkeyi seçebilmelerine rağmen, tahkim usûlüne uygulanacak hukuk açısından bir başka devlet hukukuna veya kurumsal tahkim kurallarına (ICC ya da ISTAC gibi) atıf yapamayacaktır.

Tahkim yeri yabancı ülkede olan bir tahkim yargılamasında, tahkim usûlüne MTK'nın uygulanması, MTK'nın emredici hükümlerinin, bu vasfının yitirilmesi anlamına gelir. Çünkü yabancı bir ülkede MTK'nın tahkim usulüne uygulanacak kanun olarak tespit edilmesi hâlinde MTK'nın hükümleri, ancak *lex arbitri*'nin (tahkim yeri hukukunun) emredici kurallarına aykırı olmaması kaydıyla uygulanabilecektir. Örneğin iptal davalarında görevli mahkemeyi ve iptal sebeplerini düzenleyen MTK m. 15/A/1'deki hükmün uygulanma ihtimali kalmamaktadır.

Tahkim yeri yurt dışında olan bir tahkim yargılamasında hakem mahkemesi, tahkim usûlüne tarafların seçtikleri hukuku ya da kuralları uygulayacaktır. Taraflar sözleşme yaparken MTK'nın uygulanmasını seçmişlerse, ki KÖİ Kanunu gereğince bu seçim zorunludur, hakem mahkemesi tarafların seçimi ile bağlıdır⁷⁶. Hakemlerin bu seçime uymamaları, hakem kararının iptali ya da tenfizinin reddi sebebidir⁷⁷.

Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, tahkim usûlüne uygulanacak kurallar bakımından, tahkim yerinin emredici hükümleri ve kurumsal tahkim kuralları bir çerçeve belirlemiş olmasına rağmen, pek çok usûlî mesele, hem *ad hoc* tahkimde hem de kurumsal tahkimde, hakemlerin takdir yetkisine bırakılmıştır⁷⁸. UNCITRAL Model Kanunu'nda, tahkim usûlüne dâir

⁷⁵ HASCHER, s. 329; BERGER/ KELLERHALLS, s. 288.

⁷⁶ KALPSÜZ, (1999), s. 2, 19; RUNINO/ SAMMARTANO, s. 477; HEUMAN, s. 249-250; POUURET/ BESSON, s. 458; MÜLLER, s. 137; BORRIS, s. 3.

⁷⁷ BÖCKSTIEGEL/ KRÖLL/ NACIMIENTO, s. 38; BLACKABY/ PARTASIDES/ REDFERN/ HUNTER, s. 363.

⁷⁸ HEUMAN, s. 264.

konuların tamamı düzenlenmemiş olup, hakem mahkemesinin kararının tenfiz edilebilmesi amacıyla, adil bir tahkim usûlünü sağlamaya yönelik genel ilkeler benimsenmiştir⁷⁹.

Hakemlerin tahkim usûlüne uygulanacak kuralları belirleme yetkisi, *lex arbitri*'nin izin verdiği ölçüde taraf iradelerinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla hakemlerin yetkisi ve sınırları, *lex arbitri*'ye tâbidir. Hakem mahkemesinin tahkim usûlüne uygulanacak hukuku tespit etme yetkisi, tarafların yetkilerine nazaran tâlidir. Bu sebeple hakem mahkemesi, ancak tarafların tahkim usûlüne uygulanacak kuralları belirlemedikleri halde, tahkim usûlüne uygulanacak kuralları belirleyebilir⁸⁰.

KÖİ Kanunu'na tâbi tahkim yargılamaları açısından da, MTK'da hüküm bulunmayan hallerde, UNCITRAL ve modern kanunî düzenlemelerde olduğu gibi, hakem mahkemesi uygun gördüğü kuralları uygulayabilme konusunda takdir yetkisini haizdir. Ancak tekrar hatırlatmak gerekirse, tahkim yeri yurt dışında olan bir tahkim yargılamasında hakem mahkemesi için, MTK hükümlerinin hiçbir emredicilik vasfı kalmayabilir. Bu hâlde hakem mahkemesi tahkim yeri hukukunun izin verdiği ölçüde MTK hükümlerini uygulayabilir. MTK'da hüküm bulunmayan hâllerde ise, hakem mahkemesi tahkim yeri hukukunun öngördüğü şekilde uygulanacak usûl kurallarını belirler⁸¹.

B) TAHKİM YERİ TÜRKİYE OLAN ANCAK YABANCILIK UNSURU İÇERMEYEN TAHKİM YARGILAMALARI BAKIMINDAN

Tahkim yeri Türkiye olan ve yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklar MTK m. 1 ve HMK m. 407 gereği MTK hükümlerine tâbidir. Dolayısı ile KÖİ Kanunu bu anlamda bir farklılık getirmemektedir. Ancak yabancılik unsuru içermeyen uyuşmazlıklar bakımından HMK'nın mı yoksa MTK'nın mı uygulanacağını üzerinde durulması gerekmektedir.

HMK'nın kabul edilmesinden sonra iç tahkim ile milletlerarası tahkim arasında farklar azalmıştır. HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, büyük ölçüde, MTK'da düzenlenen tahkim kurallarına ve UNCITRAL Model Kanunu'na uygun olarak yeniden düzenlenerek her iki tahkim usûlü arasındaki farklılıklar

⁷⁹ BLACKABY/ PARTASIDES/ REDFERN/ HUNTER, s. 369.

⁸⁰ SCHNEIDER, s. 407.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: AYGÜL, s. 57.

giderilmiştir. Ancak özellikle hakem kararının icrası gibi bazı konularda halen önemli farklar bulunmaktadır. Hakem kararına karşı iptal davası açılması, MTK bakımından hakem kararının icrasını durdururken (MTK m. 15/A), HMK bakımından hakem kararının icrasını durdurmamaktadır (HMK m. 439/4). Keza hakem kararının icra edilebilmesi için MTK'ya göre hala icra edilebilirlik şerhi alınması gerekirken (MTK m. 15/B), HMK bakımından böyle bir şerhe ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısı ile hâlen bir hakem kararının HMK ya da MTK'ya tâbi olmasının önemi vardır.

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, MTK'nın tanımladığı anlamda, yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda, başka bir deyişle millî (iç) tahkimde uygulanabilir (HMK m. 407). Yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK hükümlerinin taraflarca veya hakem mahkemesince seçildiği uyuşmazlıklar hakkında ise, MTK uygulanır (MTK m. 1/2).

Türk hukukunda MTK m. 1/2 ile HMK m. 407'nin emredici olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, Kanunun uygulama alanını gösteren hükümler emredicidir ve yabancılık unsuru bulunan bir tahkim, HMK'ya tâbi olamaz⁸². Dolayısı ile yabancılık unsuru içermeyen bir tahkim de MTK'ya tâbi olamaz. Hatta bu görüş uyarınca, yabancılık unsuru içermeyen bir uyuşmazlıkta tahkim yeri yabancı ülke de olamaz; aksi hâlde tanıma ve tenfiz talebi reddedilir⁸³.

Diğer görüşe göre, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta taraflar HMK'ya tâbi olmayı seçebileceği⁸⁴ gibi yabancılık unsuru içermeyen tahkimde tarafların iradesi ile MTK tahkimi de seçilebilir⁸⁵. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nini bir kararına, karşı oy yazan üye de bu yönde görüş belirtmiştir⁸⁶.

⁸² YEŞİLOVA, s. 138; DEREN-YILDIRIM, s. 18-19; ULUKUŞ-BULUT, s. 46; DOĞAN, (2019), s. 454; AKINCI, (2020), s. 73; ORAK, s. 187.

⁸³ Doktrinde bu tür hakem kararlarının kamu düzeni ve tahkime elverişlilik sebeplerine dayanarak tenfiz edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz.: DOĞAN, (2019), s. 457.

⁸⁴ ÖZBAY/ KORUCU, s. 50; PEKCANITEZ/ YEŞİLIRMAK, s. 2606.

⁸⁵ ÖZDEMİR-KOCASAKAL, (2006), s. 359; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 653. “Diğer bir ifade ile uyuşmazlık yabancılık unsuru taşıyın veya taşımasın, yahut tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmiş olsun veya olmasın, taraflar onun, Milletlerarası Tahkim Kanununa tebaen hallini kararlaştırabileceklerdir”. KALPSÜZ, (2010), s. 27.

⁸⁶ “Yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyuşmazlıklarda kural olarak HMK'nın tahkime ilişkin 407-444 arasındaki hükümleri uygulanır (HMK.m.407). Ancak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre taraflar kendi iradeleri ile 4686

Yabancılık unsuru geniş bir içerik ile MTK m. 2’de tanımlanmıştır⁸⁷. Bu içeriğe göre yabancılık unsuru içermeyen bir yatırım kural olarak HMK’ya tâbi olmalıdır. Ancak KÖİ Kanunu ile yabancılık unsuru içersin ya da içermesin uyumsuzluğunun MTK’ya teb’an halli öngörüldüğü, dolayısı ile MTK m. 1/2’ye ve HMK m. 407’ye kanunî bir istisna getirildiği savunulmaktadır⁸⁸.

Kanaatimizce, yukarıda açıklandığı üzere, KÖİ Kanunu ile tahkim yargılamalarına ilişkin getirilen düzenleme, esas itibariyle tahkim usûlüne uygulanacak hukuka ilişkindir. Tahkimin tâbi olduğu hukuka ilişkin bir belirleme içermeyiz. Dolayısı ile yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyumsuzluklarda, *lex arbitri* olarak HMK’nın kabul edilmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak tahkim usûlüne uygulanacak hukuk MTK olacaktır. Örneğin, bu şekilde ortaya çıkan bir hakem kararına karşı iptal davası açılması, iptal davasının sonuçları, cebri icraya etkisi, şerh alımı alınmayacağı hususları HMK’ya göre halledilecektir.

III. KANUNA AYKIRI OLARAK VERİLMİŞ HAKEM KARARLARININ İCRASI

KÖİ Kanunu’na aykırı olarak verilmiş hakem kararlarının akıbeti üzerinde de durulmalıdır. Öncelikle Kanuna aykırılığın sadece, tahkim yeri Türkiye dışında olduğu hâlde tahkimin MTK’ya tâbi olmaması durumu için söz konusu olabileceğini düşünmekteyiz.

Tahkim yeri Türkiye dışında olmasına rağmen MTK’ya teb’an cereyan eden tahkim sonucunda verilen hakem kararının millî olduğu değerlendirilirse (usûl kanunu kriteri, MTK m. 1/2), hakem kararının icrası MTK hükümlerine göre mümkün olacaktır (MTK m. 15/B). Yine bu hâlde, hakem kararına karşı MTK m. 15’teki sebeplere binaen, iptal davası açılacaktır. Yukarıda

sayılı Kanun’un uygulama alanına girmeyen uyumsuzluklara da bu kanun hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyumsuzluklara da 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Somut olayda, uyumsuzluk yabancılık unsuru içermemektedir. Tahkim yeri olarak da Bursa/Türkiye kararlaştırılmıştır. Bu haliyle uyumsuzluk 4686 sayılı Kanun kapsamı dışında kalmakta ise de, taraflarca uyumsuzluğun 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözümleneceği kararlaştırıldığından uyumsuzluğa bu kanun hükümlerinin uygulanması gerekir.” (Yargıtay 15. H.D. 3330/4607 T. 1.7.2014. (Lexpera İçtihat Bankası) (E.T.:07.09.2020).

⁸⁷ MTK’daki yabancılık unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: AKINCI, (2020), s. 73 vd.; KALPSÜZ, (2010), s. 16 vd.; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 653.

⁸⁸ Kanunun bu açıdan eleştirisi için bkz.: ORAK, s. 181 vd.

açıklandığı üzere, KÖİ Kanunu açısından 6639 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ve amacı dikkate alındığında, MTK'nın uygulanması yalnızca tahkim usûlüne uygulanacak hukuk olarak anlaşılmalıdır.

Buna göre, tahkim yeri Türkiye dışında olmasına rağmen, MTK'ya teb'an verilen hakem kararının yabancı ve MTK'nın da taraflarca tahkim usûlüne uygulanacak kuralların seçilmesi olarak nitelendirilmesi hâlinde, söz konusu hakem kararı tenfiz hükümlerine tâbi olacaktır.

Tahkim yeri yabancı ülkede olduğu hâlde MTK uygulanmadan verilen hakem kararının icrası bakımından, tahkim anlaşmasının geçersizliği, tahkim usûlüne uyulmaması ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle hakem kararının iptalinin ya da tenfizinin reddinin mümkün olup olmadığı özel olarak incelenmesi uygun olur. Diğer iptal ya da tenfiz reddi sebeplerinin KÖİ Kanunu kapsamındaki tahkim bakımından ayrıca incelenmesini gerektirecek özel bir durum bulunmamaktadır ve bunların genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

A) TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği değişik aşamalarda incelenebilir. Örneğin, tahkim yargılaması başlamadan önce taraflardan birinin millî mahkemelerde dava açması hâlinde diğer taraf tahkim itirazında bulunabilir. Yine tahkim sözleşmesinin geçersizliği tahkim yargılaması aşamasında ya da hakem kararının iptali ya da tenfizi aşamasında söz konusu olabilir⁸⁹.

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği bir millî mahkeme önünde ihtilâf konusu olursa, mahkeme kendi hukukundaki kanunlar ihtilâfî kurallarından hareketle tahkim sözleşmesinin uygulanacak hukuku tespit eder⁹⁰.

MTK m. 4'e göre tahkim sözleşmesi, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna tâbidir. Ancak söz konusu hükmün tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hâllerde uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tahkim yeri Türkiye dışında olan ve MTK'nın uygulanmadığı uyuşmazlıklarda dahi tahkim sözleşmesinin geçerliliği MTK m. 4/3'e tâbidir⁹¹. Çünkü MTK'nın m. 4/3'ün amacı milletlerarası tahkime ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir. O

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÖZEL, s. 79 vd.

⁹⁰ ÖZEL, s. 80.

⁹¹ ÖZEL, s. 81.

hâlde tahkim yeri Türkiye dışında olan bir tahkim yargılaması bakımından Türk mahkemelerinde tahkim itirazı söz konusu olduğunda, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuk MTK m. 4/3'e göre tespit edilmelidir⁹². Aynı yönde bir başka görüş ise, söz konusu durumda bir Kanun boşluğu olduğunu ve bu Kanun boşluğunun kıyasen MTK m. 4/3 ile doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir⁹³.

Bir diğer görüşe göre tahkim yerinin Türkiye dışında olması hâlinde MTK'nın (m. 1/2) uygulama alanına giren bir tahkim yargılaması yoktur. MTK, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu tahkimlerde geçerli hükümlerini m. 5 ve 6 olarak belirlemiştir (MTK m. 1/3). Bu halde tahkim anlaşmasının geçerliliği New York Sözleşmesi'ne göre belirlenmelidir⁹⁴.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe⁹⁵ göre ise, bu hâlde ne MTK ne de henüz bir hakem kararı mevcut olmadığı için New York Sözleşmesi uygulanabilir. Bu hâlde yabancılik unsuru içeren aktelerde uygulanacak hukuku düzenleyen genel kanun niteliğindeki MÖHUK hükümleri uygulanmalı ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği MÖHUK m. 24 hükmüne⁹⁶ tâbi olmalıdır. Buna göre tahkim sözleşmesinin geçerliliğine öncelikle tarafların seçtikleri hukuk uygulanır. Hukuk seçiminin bulunmadığı hâllerde, MÖHUK m. 24/4'teki düzenlemeden hareketle tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuk belirlenmelidir. Söz konusu düzenlemede öncelikle "sıkı ilişkili hukuku" gösteren "karakteristik edim" karinesinden hareket etme zorunluluğu var ise de, tahkim sözleşmesinde her iki tarafın edimi de

⁹² ÖZEL, s. 81.

⁹³ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 662, dn. 573.

⁹⁴ YEŞİLIRMAK, s. 210; TEKİN, s. 156; SARIÖZ-BÜYÜKALP, s. 213.

⁹⁵ ESEN s. 75, 95 vd.

⁹⁶ Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk

"MADDE 24 – (1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

...

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur."

aynı olduğu ve karakteristik edim bulunmadığı için, karinelere istinaden uygulanacak hukukun tespiti mümkün olmayacaktır. Bu halde, uygulanacak hukuk, karakteristik edimden bağımsız olarak aynı düzenlemede yer alan “en sıkı ilişkili hukuk” bağlama noktasından hareketle tespit edilmelidir. Burada en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, esas sözleşme değil, tahkim sözleşmesi nazara alınmalıdır. Çünkü tahkim sözleşmesi ile esas sözleşme birbirinden bağımsızdır⁹⁷. Tahkim sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukukun tayininde, tahkim anlaşmasının tarafları, tahkim yeri, tahkim anlaşmasının doğuracağı hukukî sonuçlar gibi unsurlar dikkate alınabilir. Tahkim yeri, tahkim anlaşmasının ifa yeri olması ve tahkimi bir millî hukuka bağlaması sebebiyle hayati önemi haizdir. Bu sebeple, tahkim sözleşmesi tahkim yeri hukuku ile sıkı ilişkilidir. Dolayısıyla, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu bir tahkim sözleşmesinin geçerliliğine tahkim yeri hukuku uygulanmalıdır. MÖHUK m. 24’e istinaden varılan bu sonuç, millî ve milletlerarası düzenlemeler ile de uyumludur⁹⁸.

Tahkim yerinin Türkiye dışında olmasına rağmen KÖİ Kanunu gereğince ihtilâfın MTK’ya tâbi olmasının tahkim sözleşmesinin geçerliliğine bir etkisinin olup olmadığı da yukarıdaki görüşler çerçevesinde değerlendirilebilir.

Türkiye dışındaki tahkimde, MTK *lex arbitri* olarak kabul edilirse, tahkim anlaşmasının geçerliliği MTK hükümlerine tâbidir. MTK’ya göre tahkim sözleşmesinin geçersizliği, iptal sebeplerinden birisidir (MTK m. 15/A/1-a). Tahkim sözleşmesinin geçerliliği, tarafların seçtikleri hukuka, taraflar bir hukuk seçmemişlerse, Türk hukukuna tâbidir (MTK m. 15/A/1-a). Taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi, tarafların seçtikleri hukuka, yoksa Türk hukukuna göre geçersiz ise, hakem kararı Türk mahkemelerinde iptal edilir⁹⁹.

Eğer yurt dışındaki tahkimde, MTK *lex arbitri* olarak değil de, MTK m. 8 anlamında tahkim usûlüne uygulanacak kurallar olarak değerlendirilirse, ki yukarıda açıklandığı üzere, bu şekilde kabul edilmesi uygun olur, bu hâlde tahkim sözleşmesinin geçerliliği katıldığımız görüş çerçevesinde tahkim yeri hukukuna tâbi olmalıdır. Bu şekilde bir değerlendirme hem New York Sözleşmesi hem de MÖHUK’taki hükümler (m. 24 ve 62/1-f) ile uyumlu olacaktır.

KÖİ Kanunu’na tâbi ve tahkim yeri de yabancı ülke olmasına rağmen MTK uygulanmadan verilen hakem kararının yabancı olarak vasıflandırılması

⁹⁷ Tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı hakkında bkz.: ERKAN, s. 539 vd.

⁹⁸ ESEN, s. 96.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: AKINCI, (2020), s. 385 vd.; KALPSÜZ, (2010), s. 132-133; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 67.

hâlinde, hakem kararının Türkiye’de icrası ancak tenfiz kararı ile mümkün olacaktır. Tahkim yeri yabancı ülkede olan bir tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın tenfizi Türk mahkemelerinden talep edildiğinde tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuk, tenfize dair düzenlemelerde ayrıca nazar alınmıştır. Söz konusu hakem kararı Türkiye’de tenfiz edilecek ve tahkim yeri ülkesi de New York Sözleşmesi’ne taraf ise, bu hâlde New York Sözleşmesi uygulanacaktır. New York Sözleşmesi’nde ise, tahkim sözleşmesi tarafların seçtikleri hukuka, taraflar hukuk seçmemişler ise, tahkim yeri hukukuna tâbi kılınmıştır (m. V/1-a). New York Sözleşmesi’ne taraf olmayan bir ülkede verilmiş hakem kararının tenfizi ise MÖHUK hükümlerine tâbidir. MÖHUK m. 62/1-e’de de New York Sözleşmesi’ndeki hüküm aynen tekrar edilmiştir. Dolayısıyla tenfiz aşamasında tahkim sözleşmesinin geçerliliği, MTK hükümlerine değil, New York Sözleşmesi ve MÖHUK hükümlerine göre tespit edilecektir¹⁰⁰. Bu hâlde, yukarıda izah edildiği üzere, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, varsa tarafların seçtikleri hukuka, yoksa tahkim yeri hukukuna tâbidir (New York Sözleşmesi m. V/1-a; MÖHUK m. 62/1-e). Tahkim sözleşmesi, varsa tarafların seçtikleri hukuka yoksa tahkim yeri hukukuna göre geçersiz ise, tenfiz talebi reddedilir.

B) TAHKİM USÛLÜNE AYKIRILIK

Tahkim usûlüne aykırılık hem iptal sebebi hem de tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir. New York Sözleşmesi’nde ve MÖHUK’ta hakemlerin uyguladıkları usûlün, tarafların anlaşmasına, anlaşma olmayan hâllerde tahkim yeri hukukuna aykırı olması bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir (New York Sözleşmesi m. V/1-d; MÖHUK m. 62/1-f)¹⁰¹. Sözleşmede ve Kanunda her ne kadar esasa etkili olma şartı aranmasa da, her türlü usûle aykırılık bir tenfiz engeli olarak kabul edilmemektedir¹⁰². Tanıma ve tenfize engel olabilecek usûl ihlâlinin, lehine ihlâl gerçekleşen kişinin menfaatine, diğer tarafın aleyhine olması gerekir. Tenfize engel olacak nitelikte usûl ihlâlinin tespiti, New York Sözleşmesi’nin amacına uygun olarak yapılmalıdır¹⁰³.

MTK’ya göre de, tahkim usûlüne aykırılık bazı şartlarda iptal sebebi olarak kabul edilmiştir. MTK’ya göre, “*tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde,*

¹⁰⁰ ÖZEL, s. 86.

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: AKINCI, (1994), s. 128; ŞİT, s. 213.

¹⁰² DOĞAN, (2020), s. 1249; AKINCI, (2020), s. 528.

¹⁰³ Ağır ve ağır olmayan usûl hataları ayrımı için bkz.: KAPLAN, s. 51 vd.

*bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili” olduğunu, başvuran taraf ispat ederse hakem kararı iptal edilebilir*¹⁰⁴.

Türkiye dışındaki tahkimde, MTK *lex arbitri* olarak kabul edilirse, MTK'nın uygulanmaması, MTK m. 15/A/1-f kapsamında hakem kararının iptaline sebebiyet verebilir. Bu hâlde MTK hem *lex arbitri*, hem de MTK m. 8 anlamında tahkim usûlüne uygulanan hukuktur. Taraflar, Kanun gereği tahkim usûlüne MTK'nın uygulanmasını kararlaştırmış olmaktadırlar. Hakem ya da hakem kurulu MTK'da öngörülen usûle uymadan karar vermiş ve bu da esasa etkili olmuş ise, hakem kararı iptal edilebilir. Örneğin hakemler, MTK'da öngörülen usulden farklı olarak bir kurum tarafından atanmış ise, hakem kararının iptali söz konusu olabilecektir.

Tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu davalarda tahkimin MTK'ya tâbi tutulması, tahkim usulünün (MTK m. 8) taraflarca kararlaştırılması olarak yorumlanırsa, ki yukarıda açıklandığı üzere, bu şekilde kabul edilmesi uygun olur, MTK'nın uygulanmaması, söz konusu hakem kararının tenfizinin reddine sebebiyet verebilir. Bu hâlde artık yabancı hakem kararı söz konusudur ve bu hakem kararının icrası tenfiz hükümlerine tâbidir. Hakem mahkemesinin, taraflarca kararlaştırılmış tahkim usûlüne uymaması, diğer bir ifade ile MTK'nın uygulanmaması, taraflarca kararlaştırılan usûlün uygulanmaması anlamına gelir. Bu hâlde de, söz konusu hakem kararının iptali ya da tenfiz talebinin reddine sebebiyet verebilir (New York Sözleşmesi m. V/1-d; MÖHUK m. 62/1-f)¹⁰⁵.

Açıklanan sebeplerle tahkim yeri yurt dışında olan bir davada hakem ya da hakem kurulunun, taraflar arasında bir sözleşme hükmü olarak yer alan tahkimin MTK çerçevesinde cereyan etmesi koşulunu yerine getirmeleri gerekir. Örneğin, hakemlerin seçimi ve reddi, tahkim yargılamasının başlaması ve süresi gibi usûlî konularda taraflar aksine bir anlaşma yapmadıkları sürece MTK uygulanmalıdır. Burada önemli olan husus yukarıda izah edildiği üzere, MTK'nın uygulanması tahkim yerinin emredici kuralları ile sınırlıdır. Örneğin, tahkim yerindeki mahkemelerin görev ve yetkisi MTK uyarınca değil, tahkim yeri hukuku (*lex arbitri*) tarafından belirlenir¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: BAYATA-CANYAŞ, s. 228.

¹⁰⁵ Yargıtay, sözleşmedeki “yürürlükteki Türk Kanunları uygulanır” ifadesinden hareketle usûle Türk hukukunun uygulanmamasını tenfiz engeli olarak kabul etmiştir. Kararın ayrıntısı için bkz.: EKŞİ, (2009), s. 54, 63.

¹⁰⁶ AYGÜL, s. 57; AKINCI, (2020), s. 232.

C) KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK

Tahkim hukukunda kamu düzenine aykırılık, hakem kararının hem iptali (MTK m. 15/A/2-b) hem de tenfiz talebinin reddi¹⁰⁷ (New York Sözleşmesi m. V/2-b; MÖHUK m. 62/1-b) sebepleri arasında sayılmıştır¹⁰⁸.

Ortak bir tanımı¹⁰⁹ olmayan kamu düzeni, her devletin hukukî, ahlâkî, siyasi, dinî ve içtimaî standartlarını yansıtır¹¹⁰.

Hem MTK'ya tâbi hakem kararının iptali hem de yabancı hakem kararının tenfizi davasında mahkeme, hakem kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığını re'sen inceler. Hâkim tarafından yapılacak incelemede, Türk kamu düzenine aykırılık görülürse hakem kararının iptaline ya da tenfiz talebinin reddine karar verilir. Mahkeme önüne gelen somut olayın şartlarına göre kamu düzenine aykırılığı tespit eder¹¹¹.

Tahkim yeri, Türkiye dışında bulunan ve KÖİ Kanunu ve taraflar arasındaki sözleşmenin bir hükmü olarak yer alan tahkimin MTK'ya teb'an cereyan etmemesi, kamu düzenine aykırılık olarak ileri sürülebilir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, hakem ya da hakem kurulunun, esasa yanlış hukuku uygulaması ya da uygulanan hukuku yanlış uygulaması ile sözleşmenin bir hükmünü uygulamaması ya da yanlış uygulaması kamu

¹⁰⁷ Yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni şartı için bkz.: EKŞİ, (2020), s. 143,152 vd.

¹⁰⁸ Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine dair Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında kamu düzenine aykırılık hâlleri şu şekilde tespit edilmiştir: “*O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.*” R.G. 20.09.2012/28417. Türk hukukundaki kamu düzeni anlayışı için bkz.: BAYATA-CANYAŞ, s.128 vd.; EKŞİ, (2020), s. 155 vd.

¹⁰⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında kamu düzeni şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmî açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanım yapılabilir.*”

¹¹⁰ EKŞİ, (2020), s. 155.

¹¹¹ Doktrinde kamu düzenine aykırı olabilecek hususlar hakkında bkz.: TANRIVER, s. 480 vd.; EKŞİ, (2020), s.155 vd.

düzenine aykırılık teşkil etmez. Çünkü söz konusu hususların tespiti, içerik denetimi kapsamındadır. Dolayısı ile mahkemenin, hakemlerin davanın esasına uyguladıkları hukuku ve içeriğini denetlemesi (*verbot der revision au fond*) kabul edilmemektedir¹¹². Bu anlamda karara ilişkin bir içerik denetimi, kural olarak¹¹³ söz konusu değildir¹¹⁴. Ancak doktrinde yabancı hakem kararında, Türk hukuk düzeninin esaslı bir ilkesi, özellikle kamu hukuku ilkeleri, emredici hukuk kuralları çiğnenmiş ve kararda adalet ve nesafet kuralları ihlâl edilmiş ise, kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebileceği ileri sürülmektedir¹¹⁵.

KÖİ Kanunu m. 4/11'in emredici bir kural olduğunda tereddüt edilmemelidir. Söz konusu hüküm idareyi ve tarafları bağlar. Ancak söz konusu hükmün uygulanmamasının Türk hukukunun temel ilkelerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet kurallarına, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılığının ileri sürülebilmesi gerekir.

İmtiyaz sözleşmelerinde Türk mevzuatını uygulamayarak Devletin gelirinin azalmasına sebebiyet verilmesi kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmektedir¹¹⁶. MTK'nın uygulanmaması, davanın esası ile ilgili

¹¹² HAUSMANN, s. 594; SCHWAB/ WALTER, Kapitel 24, kn. 1; BAUMBACH/ LAUTERBACH/ ALBERS/ HARTMANN, § 1059, kn. 1; PRÜTTING/ GEHRLEIN ve diğer yazarlar, ZPO Kommentar (Köln 2017) §1059, kn. 11; WIECZOREK/SCHÜTZE §1059, kn. 3; PG/ RAESCHKE-KESSLER, §1059, kn. 15; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 670; DOĞAN, (2019), s. 457; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 725; ROSENBERG/ SCHWAB/ GOTTWALD, § 181, kn. 3.

¹¹³ Bu noktada tek istisna, kamu düzenine aykırılık denetimidir (HMK m. 439/II, ğ ve MTK m. 15/A, 2, b).

¹¹⁴ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 612; SÜRAL, s. 1377,1385; TAŞ-KORKMAZ, s. 2733. Karş. BECKOK-ZPO/ WILSKE/ MARKERT, § 1059 kn. 1; PG/ RAESCHKE-KESSLER, § 1059, kn. 15. İçerik denetiminin yapılmamakta olması sebebiyle iptal davasına konu uyuşmazlıkların Yargıtay'ın farklı dairesine gönderilmesine gerek olmadığı yönünde bkz. AKINCI, (2020), s. 244. Kamu düzeni gerekçesiyle içerik denetiminin sınırları hakkında bkz. TRAPPE, s. 7-9.

¹¹⁵ TANRIVER, s. 479.

¹¹⁶ EKŞİ, (2020), s. 155-156; NOMER, s. 570. İptal davasında kararın esastan incelemeye tâbi tutulduğu yönde eleştiri için bkz.: ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 670, dn. 590.

olmadığından, devlet gelirinin azaltılmasına sebebiyet verdiği de söylenemez. Kaldı ki, kanun gereği davanın esasına Türk hukuku uygulanacaktır. Dolayısı ile ne hakem kararının iptalinde ne tenfiz talebinde yurt dışındaki tahkim yargılamasına gerek *lex arbitri* olarak gerek usûl hükümleri olarak MTK'nın uygulanmaması kamu düzenimize aykırılık teşkil etmez ve bu nedenle hakem kararının iptali yahut tenfiz talebinin reddi söz konusu olamaz kanaatindeyiz.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin görülmesi açısından maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilebilmesi için bir finansman modeli olarak geliştirilen KÖİ sözleşmeleri, Türk hukukunda çeşitli alanlarda olduğu gibi sağlık sektöründe de kabul edilmiştir. Buna ilişkin ilk olarak 5396 sayılı Kanun ile Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa bir madde eklenmiş, daha sonra 6428 sayılı KÖİ Kanunu ile kapsamlı olarak düzenlenmiştir. KÖİ Kanunu m. 4/11 ile KÖİ'ye dayalı olarak yapılacak sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yolları da özel olarak düzenlemiştir. Zikredilen hüküm ile KÖİ sözleşmeleri açısından tahkime belirli şartlarda izin verilmiştir. Kanunun ilk hâlinde, uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanması, tahkim davasının Türkiye'de görülmesi ve tahkimin MTK'ya tâbi olması aranırken, 6639 sayılı Kanun ile tahkim davasının Türkiye'de görülmesi şartı kaldırılmıştır. 6639 sayılı Kanunun gerekçesinde, böylece tarafların iradeleriyle (ihtilafın esasına Türk hukuku uygulanmak kaydıyla) **tahkim yerinin Türkiye dışında da belirlenebilmesine** imkân tanındığı ve projelerin finanse edilebilirliğinin kolaylaştırıldığı belirtilmiştir.

Bu çalışmada, ilkin hakem kararının milliyetinin belirlenmesi açısından şu sonuçlara varılmıştır:

1. Yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar açısından, *tahkim yerinin Türkiye* olarak belirlenmiş olması hâlinde, ortaya çıkan hakem kararı millî niteliği (HMK) haiz olur.

2. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından, *tahkim yeri Türkiye* ise ortaya çıkan hakem kararı millî niteliği (MTK) haiz olur.

3. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından, tahkim yeri Türkiye olmamasına rağmen, *Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümleri tercih edilmişse* ve tahkim yerinin bulunduğu devlet New York Sözleşmesi'ne taraf değilse veya Türkiye'nin koyduğu çekinceler (karşılıklılık ve ticarî nitelikte olma) sebebiyle New York Sözleşmesi bu devlet açısından

uygulanmamaktaysa, ortaya çıkan hakem kararı millî niteliği (MTK) haiz olur.

4. Tahkim yeri Türkiye değil ve MTK da uygulanmamışsa (HMK'nın taraflarca seçildiği için uygulanmasının bu noktada bir önemi yoktur) veya MTK uygulanmasına rağmen tahkim yerinin bulunduğu devlet New York Sözleşmesi'ne tarafsız, ortaya çıkan hakem kararı "yabancı" nitelikte olur.

Bu çerçevede KÖİ Kanununda yer alan hüküm incelenmiş ve hakem kararının milliyeti açısından şu sonuçlara varılmıştır:

1. Özellikle 6639 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ve gerekçesinden sonra, KÖİ Kanununda MTK'ya yapılan atfın, tahkim usûlüne uygulanacak hukuka atf olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda, hakem kararının millî olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği uyuşmazlıklar açısından ise, -tahkim yeri devletin New York Sözleşmesine taraf olup olmamasından bağımsız olarak – yabancı hakem kararı gündeme gelecektir.

2. Tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıkların, yabancılık unsuru içermemesi hâlinde, *lex arbitri* olarak HMK'nın kabul edilmesi önünde bir engel yoktur. Bu uyuşmazlıklarda da MTK ancak tahkim usûlüne uygulanacak hukuk olarak dikkate alınacaktır. Bu şekilde ortaya çıkan bir hakem kararına karşı iptal davası açılması, iptal davasının sonuçları, cebrî icraya etkisi, şerh alınıp alınmayacağı hususları, HMK'ya göre halledilecektir.

KÖİ Kanununa aykırı olarak verilmiş hakem kararlarına karşı başvuru yolları açısından ise üç husus (tahkim sözleşmesinin geçerliliği, tahkim usûlüne aykırılık ve kamu düzenine aykırılık) açısından inceleme yapılarak aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

1. Tahkim yerinin Türkiye olması hâlinde, tahkim sözleşmesinin geçerliliği Türk hukukuna göre belirlenir.

2. Tahkim yerinin yurt dışında bulunması hâlinde, MTK *lex arbitri* olarak değil de, MTK m. 8 anlamında tahkim usûlüne uygulanacak kurallar olarak değerlendirilirse, ki yukarıda açıklandığı üzere, bu şekilde kabul edilmesi uygun olur, bu hâlde tahkim sözleşmesinin geçerliliği katıldığımız görüş çerçevesinde tahkim yeri hukukuna tâbi olmalıdır.

3. Tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu davalarda tahkimin MTK'ya tâbi tutulması, tahkim usulünün (MTK m. 8) taraflarca kararlaştırılması olarak

yorumlanırsa, ki yukarıda açıklandığı üzere, bu şekilde kabul edilmesi uygun olur, MTK'nın uygulanmaması, söz konusu hakem kararının tenfizinin reddine sebebiyet verebilir. Hakem mahkemesinin, taraflarca kararlaştırılmış tahkim usûlüne uymaması, diğer bir ifade ile MTK'nın uygulanmaması, taraflarca kararlaştırılan usûlün uygulanmaması anlamına gelir. Bu hâlde de, söz konusu iptal tenfiz talebinin reddine sebebiyet verebilir (New York Sözleşmesi m. V/1-d; MÖHUK m. 62/1-f).

4. KÖİ Kanunu m. 4/11'in emredici bir kural olduğunda tereddüt edilmemelidir. Söz konusu hüküm idareyi ve tarafları bağlar. Ancak söz konusu hükmün uygulanmamasının Türk hukukunun temel ilkelerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılığının -dolayısı ile kamu düzenine aykırılığının - ileri sürülememesi gerekir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020 (Milletlerarası Tahkim).
- AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, İzmir, 1994 (Tenfiz).
- AMRO, Ihab, "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Theory and in Practice", **Comparative Study in Common Law and Civil Law Countries**, Newcastle 2013.
- ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: "Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, s. 35-81, 2011.

- AYGÜL, Musa: **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- BAUMBACH, Adolf/ LAUTERBACH, Wolfgang/ ALBERS, Jan/ HARTMANN, Peter: **Zivilprozessordnung**, C.H. Beck, München, 2017 (Baumbach/Lauterbach/Albers/ Hartmann, § X).
- BAYATA-CANYAŞ, Aslı: **UNCITRAL Model Kanunu Çerçevesinde Uluslararası Ticarî Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Beck'scher Online Kommentar-ZPO, München, 2017 (BeckOK-ZPO/Yazar, Art. X).
- BERGER, Bernhard/ KELLERHALLS, Franz: **International and Domestic Arbitration in Switzerland**, London, 2010. (Beck/Hart, London 2010).
- BERGER, Peter: "Sitz des Schiedsgerichts oder Sitz des Schiedsverfahrens", **RIW**, s. 8-12, 1993.
- BİRSEL, Mahmut: "Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçiminin Önemi", **Milletlerarası Tahkim Semineri**, C. 1, s. 64-77, 2003.
- BLACKABY, Nigel/ PARTASIDES, Constantine/ REDFERN, Alan/ HUNTER, Martin: **Redfern and Hunter on International Arbitration**, Oxford University Press, 2009.
- BORRIS, Christian: "The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process", Frommel S/ Rider BAK (eds) **Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration**, The Hague, 1999. FROMMEL, Stefan N./RIDER, Barry A. K. (eds): **Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration**, The Hague/ London/Boston, 1999.
- BOSCH, Wolfgang: **Rechtskraft und Rechthtaengigkeit im Schiedsverfahren**, Mohr Siebeck, 1991.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz/ KRÖLL, Stefan/ NACIMIENTO Patricia: "Germany as a Place for International and Domestic Arbitration- General Overview", Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan Michael/Nacimiento, Patricia (eds): **Arbitration in Germany The Model Law in Practice**, s. 3-63, 2007.
- ÇAKIR, Mehmet Kadir: **6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala- Devret**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

- ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- DAVIDSON, Fraser P.: “Where is an Arbitral Award Made?: Hiscox v. Outhwaite”, **ICLQ**, 41(3), s. 637-645, 1992.
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004.
- DOĞAN, Vahit: **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- DOĞAN, Vahit: “Tahkime Elverişlilik Bağlamında Yabancı Unsur”, **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler**, Savaş Yayınları, 2019.
- Dünya ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, 2012, (Gelişmeler).
- EKŞİ, Nuray: “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan/ Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23 (1-2), s. 295-338, 2003. (Değerlendirme).
- EKŞİ, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 67 (1), s. 54-74, 2009.
- EKŞİ, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 40 (1), s. 143-201, 2020.
- ESEN, Emre: “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 6, Sa. 1, s. 75-149, 2017.
- ERDOĞAN, Ersin: **Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ERGÖNEN, Onur: “Milletlerarası Tahkim Sonrası Hakem Kararlarının Milliyeti Meselesi: “Otorite Kanunu Kriteri”nin Sonu”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 3, Sa. 1, s. 207-245, 2014.
- ERTEKİN, Erol/ KARATAŞ, İzzet: **Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 1997.
- GAILLARD, Emmanuel/ SAVAGE, John: **Fouchard, Gaillard, Goldman**

on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999.

HASCHER, Dominique T.: “The Law Governing Procedure: Express or Implied Choice by the Parties-Contractual Practice”, **Introduction: The Law Governing the Procedure**, A.J. van den BERG (ed.), PLANNING EFFICIENT ARBITRATION PROCEEDINGS, (ICCA Congress Series No. 7, s. 322-336, 1996.

HAUSMANN, Rainer: “Die Aufhebung von Schiedssprüchen nach neuem deutschen Schiedsverfahrensrecht”, **Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag**, Tübingen, s.593-617, 2001.

HEUMAN, Lars: **Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure**, Juris Publishing, USA, 2003.

KALPSÜZ, Turgut: ‘Türk Hakem Kararı Kavramı’, II. Tahkim Haftası Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, **BATİDER**, s. 35-53, 1984, (Hakem Kararı).

KALPSÜZ, Turgut: ‘İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim’, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, C. 1, Bildiriler Tartışmalar, s. 2-51, 1999, (İsviçre).

KALPSÜZ, Turgut: **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

KAPLAN, Yavuz: **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

KAUFMANN-KOHLER, G.: “Globalization of Arbitral Procedure”, **36 Vanderbilt Journal of Transnational Law**, s. 1313-1333, 2003, (Arbitral Procedure).

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: “Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration ”, van den BERG, Albert (ed): **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series Vol. 9, s. 336-365, 1998, (Identifying).

KERMAN, Uysal/ ALTAN, Yakup/ AKTEL, Mehmet/ EKE, Erdal: “Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 17, Sa. 3, s. 1-23, 2012.

- KORAL, Rabi: “Hakemlik Münasebetine İfade Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu” Kriteri”, **Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan/ İÜHFİM**, C. 42 (1-4), s. 155-199, 1977, (Otorite Kanunu).
- KORAL, Rabi: ‘Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı’, II. Tahkim Haftası Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, s. 19-30, 1984.
- KORAL, Rabi: “Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan/ İstanbul Üniversitesi Yayınları**, s. 419-491, 1979, (Hakemliğin Milliyeti).
- Kurz Kommentar Zivilprozessordnung, ed. OBERHAMMER, Paul/ DOMEJ, Tanja/HAAS, Ulrich, Basel 2014 (KUKO-ZPO/Yazar, Art. X).
- LEW, Julian D.M./ MISTELIS, Loukas A./ KRÖLL, Stefan M.: **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003.
- MÜLLER, Christoph: **Swiss Case Law in International Arbitration**, Schulthess Verlag, 2010.
- Münchener Kommentar zum ZPO, Band 1, München 2013 (MüKo-ZPO/ Yazar, Art. X).
- NEUNER, Robert: “Zum Problem der auslaendischen Schiedssprüche”, **RabelsZ**, 1929, s. 37-62, 1929.
- NOMER, Ergin: **Devletler Hususî Hukuku**, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- NOMER, Ergin/ EKŞİ, Nuray/ ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli: **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2013.
- ORAK, Cem Çağatay: “Sağlık Sektöründeki Kamu Özel İşbirliği Projeleri: Türk Tahkim Hukukunda Bir Anomali Örneği (mi)”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 9, Sa. 1, s. 55-148, 2020.
- ÖZBAY, İbrahim/ KORUCU, Yavuz: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi”, **Prof Dr. Özel Seliçi’ye Armağan**, s. 343-368, 2006.

- ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: **Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi**, 1. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2013, (CAS).
- ÖZEL, Sibel: **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilâfı Meseleleri**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2008.
- PARK, William W.: **Arbitration of International Business Disputes**, Oxford University Press, 2006.
- PEKCANITEZ, Hakan/ YEŞİLIRMAK, Ali: **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- PETROCHIOS, G.: **Procedural Law in International Arbitration**, Oxford University Press, 2004.
- POUDRET, Jean F./ BESSON, Sebastian (Tercüme: BERTI, Stephen V./ PONTI, Annette): **Comparative Law of International Arbitration**, Sweet& Maxwell, 2007.
- PRÜTTING, Hanns/GEHRLEIN, Markus ve diğer yazarlar: **ZPO Kommentar**, Köln, 2017 (Prütting/Gehrlein/Yazar, § X).
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro: **International Arbitration, Law and Practice**, Kluwer Law International, 2001.
- SAKMAR, Ata/ EKŞİ, Nuray/ YILMAZ, İlhan: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- SARISU, Ayhan: **Kamu & Özel İşbirlikleri**, 1. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2009.
- SCHLOSSER, Peter, **Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit**, Tübingen 1989.
- SCHNEIDER, Michael E.: “An Introduction to and a Commentary on Article 176-194 of the Swiss Private International Law Statute”, **BERTI, Stephen V.: International Arbitration in Switzerland**, s. 395-453, The Hague 2000, (Commentary).
- SCHÜTZE, Rolf A., **Schiedsgericht und Schiedsverfahren**, München 2016 (Schiedsverfahren).
- SCHWAB, Karl H./ WALTER, Gerhard: **Schiedsgerichtsbarkeit**, Helbing Lichtenhahn, 2005.
- SCHWARZ, Franz T./ KONRAD, Christian W.: **The Vienna Rules A Commentary on International Arbitration in Austria**, Kluwer Law

- International, 2009.
- SENTNER, James J.: “Arbitrator Discretion: Should It Be Restricted by Party Stipulation of Governing Procedural Rules”, **American Arbitration Association: Handbook on International Arbitration Practice**, s. 159-166, 2010.
- SPONHEIMER, Frank: **Gestaltungsfreiheit bei antezipiertem Legalanerkenntnis des Schiedsspruchs**, Mohr Siebeck, 2010.
- STEIN, Friedrich/ JONAS, Martin ve diğer yazarlar: **Kommentar zur ZPO**, Tübingen, 2012, (Stein/Jonas/Yazar, § X).
- SÜRAL, Ceyda: “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı**, C. 16, s. 1377-1411, 2014.
- ŞANLI, Cemal: **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, (Uluslararası Ticarî Akitler).
- ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8 Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ŞİT, Banu: **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, 1. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge/ ŞİT, Banu: “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan/ Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22 (2), s. 819-837, 2002.
- TANRIVER, Süha: **Medenî Usûl Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.
- TAŞ- KORKMAZ, Hülya: **Pekcanitez Usûl Medeni Usul Hukuku**, C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TEKİN, Selin Ece: **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- TRAPPE, Johannes: “Revision au fond bei der Vollstreckung eines Schiedsspruchs – eine Anmerkung”, **BB**, s. 7-9, 2000.
- TURNER, Peter/ MOTASHAMI, Reza: **A Guide To The LCIA Arbitration Rules**, Oxford University Press, 2009.
- TÜRSAB Sağlık Turizmi Raporu, http://www.tursab.org.tr/dosya/12186/saglikturizmiraporu_12186_5485299.pdf (E.T.: 07.09.2020).

- ULUKUŞ-BULUT, Şaziye Tuba: **MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: ‘Yabancı Hakem Kararı Kavramı’, II. Tahkim Haftası, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, s. 3-16, 1984, (Yabancı Hakem Kararı).
- Wieczorek/Schütze: **Zivilprozessordnung und Nebengesetze – Gross Kommentar**, ed. SCHÜTZE, Rolf A., Bd. 11, Berlin, 2014 (Wieczorek/Schütze/Yazar, § X).
- YEŞİLIRMAK, Ali: **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, (Sorunlar ve Çözüm Önerileri).
- YEŞİLOVA, Bilgehan: “Lex Loci Arbitri ve Tahkim Yeri Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m. 1/II)”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 2, Sa.1, s. 99-163, 2013.
- Zürcher Kommentar – Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, C. V, 1h/1, Zürich, 1991 (ZK-OR/Yazar, Art. X).

GEMEINSAMES SORGERECHT

Yasemin DURAK*

ZUSAMMENFASSUNG

Das gemeinsame Sorgerecht ist die gemeinsame Ausübung der bestehenden Rechte und Pflichten durch Mutter und Vater in Bezug auf die persönlichen oder finanziellen Rechte des Kindes, das nach einer Scheidung oder außerhalb der Ehe geboren wurde. Auf diese Weise wird das Sorgerecht von Mutter und Vater so ausgeübt, als ob die Scheidung nicht stattgefunden hätte. Das gemeinsame Sorgerecht ist eine im Ausland weit verbreitete angewendete Institution. Obwohl das Sorgerecht ein gemeinsam ausgeübtes Recht ist, bleibt das Kind, das noch nicht mündig ist, bei seiner Mutter oder seinem Vater. Da die geschiedenen Ehepartner es zusammen ausüben, erhält der Aufbau einer persönlichen Beziehung zum Kind auch eine andere Dimension. Die Entscheidungen der Gerichte sind immer noch auf den Zeitraum nach der Scheidung gerichtet. Ein gemeinsames Sorgerecht ist jedoch erst dann möglich, nachdem durch eine zukünftige gesetzliche Regelung ein Abstammungsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und dem Vater hergestellt worden ist. So werden uneheliche Kinder die gleichen Rechte wie in der Ehe geborene Kinder bekommen. Darüber hinaus kann in einer solchen Situation in Betracht kommen, dass die Eltern gleiche Rechte und Pflichten in Bezug auf die Kinder haben.

Schlüsselwörter: *Sorgerecht, gemeinsames Sorgerecht, Wohl des Kindes, bester Nutzen, zwingende Regelung.*

ORTAK VELAYET

ÖZ

Ortak velayet, boşanmadan sonra veya evlilik dışı doğan çocuğun şahsi ya da maddi hakları ile ilgili var olan hak ve sorumlulukların anne ve baba tarafından ortak kullanılmasıdır. Böylelikle çocuk açısından tıpkı boşanma gerçekleşmemiş gibi velayet hakkı anne ve baba tarafından kullanılacaktır. Ortak velayet yurt dışında yaygın bir uygulamadır. Velayet her ne kadar ortak kullanılan bir hak olsa da henüz ergin olmayan çocuk ya annesinin ya da babasının yanında kalacaktır. Velayeti

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (**Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Kırıkkale**), e- posta: yaseminerol80@gmail.com

ORCID ID: 0000-0001-5301-7947

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813019

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/10/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/10/2020

boşanan eşler birlikte kullanacağı için de çocukla kişisel ilişki kurulması da farklı bir boyut kazanacaktır. Mahkemelerin vermiş olduğu kararlar henüz boşanma sonrasına yöneliktir. Ancak ilerde yapılacak olan bir yasal düzenleme ile evlilik dışı doğan çocuk ile baba arasında soybağı kurulduktan sonra ortak velayet mümkün olabilir. Böylelikle evlilik dışı doğan çocuklar da evlilik içinde doğan çocuklarla eşit haklara sahip olacaklardır. Ayrıca böyle bir durumda anne ve babanın da çocuklarla ilgili eşit hak ve sorumluluklara sahip olmasından söz edilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Velayet, ortak velayet, çocuğun yararı, üstün yarar, emredici düzenleme.*

JOINT CUSTODY

ABSTRACT

Joint custody is the joint use of the existing rights and responsibilities regarding the personal or financial rights of the child born after divorce or out of wedlock by the mother and father. Thus, on the part of child, the right of custody will be used by the mother and the father, just as if the divorce did not take place. Joint custody is a widely used implementation abroad. Although custody is a common right, the child who is not yet an adult will stay with his mother or father. Because the divorced spouses will use custody together, establishing a personal relationship with the child will take on a different dimension. Decisions made by the courts are intended for post-divorce yet. However, joint custody may be possible after establishing a family relationship with the father of children born out of wedlock with a future legal regulation. Thus, children born out of wedlock also will have equal opportunities with children born in marriage. In addition, in such a situation, parents also will have equal rights and responsibilities regarding their children.

Keywords: *Custody, joint custody, benefit of the child, the ultimate benefit, mandatory regulation.*

ANMELDUNG

Es ist eine Institution, die in unser Recht neu eingeführt wurde und deren Beständigkeit sich im Laufe der Zeit zeigen wird. Es wurde jedoch schon begonnen, Entscheidungen über das gemeinsame Sorgerecht von Gerichten gefällt zu werden. Es ist zweifelhaft, wie angemessen diese Institution für die türkische Kultur und Struktur sein wird. Es wird m.E. notwendig sein, Zeit zu lassen, um zu sehen, wie erfolgreich eine Nation im gemeinsamen Sorgerecht sein wird, der es noch nicht gelungen ist, Scheidung und Sorgerecht zivilisiert

zu lösen. Hierbei kann auch das Gegenteil der Fall sein. Die Tatsache, dass das Sorgerecht nur einem Elternteil gehört, kann sich auch im Missbrauch der Entscheidungen über das Kind äußern. Wenn das gemeinsame Sorgerecht auf richtige Weise umgesetzt werden kann, können Mutter und Vater auch gegenseitig Kontrollmechanismen sein¹. Daraus kann geschlossen werden, dass der Erfolg oder Misserfolg dieser Institution damit zusammenhängt, wie Eltern das Sorgerecht ausüben.

Wie bekanntlich wird das Sorgerecht seit Jahren in der Türkei gesetzlich nur einem Elternteil übertragen. Der Aufbau einer persönlichen Beziehung zwischen dem Kind und dem Elternteil, dem das Sorgerecht nicht übertragen wird, führt jedoch zu ernsthaften Problemen.

Die Eltern fordern aus freiem Willen das gemeinsame Sorgerecht und die Nähe des Hauses, die Fähigkeit, miteinander gut auszukommen, und die finanzielle Situation der Eltern sind Faktoren bei dieser Wahl².

I- DER BEGRIFF DES SORGERECHTS

Das Sorgerecht kann als die Rechte und Pflichten der Mutter und des Vaters in Bezug auf das Kind ausgedrückt werden. Das Sorgerecht bezieht sich in der Regel auf die Persönlichkeit und das Vermögen der Erwachsenen, um Minderjährige ausnahmsweise zu pflegen und zu schützen³.

Zum Beispiel fallen die Bestimmung des Namens, die Entscheidung über die Adoption, die Erlaubnis zur gerichtlichen Mündigkeit, die Bestimmung des Aufenthaltsortes, die Erziehung des Kindes, die Erlaubnis zur Verlobung und die Erlaubnis zur Eheschließung unter das Sorgerecht⁴.

II- DER BEGRIFF DES GEMEINSAMEN SORGERECHTS

Das gemeinsame Sorgerecht ist die Ausübung des Sorgerechts durch die Elternteile im Falle der Beendigung der Ehe oder auch wenn die Ehe nie zustande kommt. Auch hier handelt es sich um die Rechte und Pflichten von

¹ Sehen Sie, dass das gemeinsame Sorgerecht von Vorteil ist. İNCE, s. 220.

² KOÇHİSARLIOĞLU, s. 146 vd; GÜLGÖSTEREN, s. 177; KİREMİTÇİ, s. 24 ff.

³ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 359; AKINTÜRK/ ATEŞ-KARAMAN, s. 406; ÖZTAN, (2015), s. 1074; ARKAN-SERİM, s. 6078; SEROZAN, (2005), s. 250; BAYGIN, s. 259; BAKTİR-ÇETİNER, s. 30; CEYLAN, (2006), s. 152; SARI, s. 86; ÖZDEMİR/ RUHİ, s. 261.

⁴ Siehe auch. KILIÇOĞLU, s. 496 ff; ÖZDEMİR/ RUHİ, s. 263 ff; BAKTİR-ÇETİNER, s. 52 ff.

Mutter und Vater im Hinblick auf die mit dem Kind verbundenen persönlichen oder das Vermögen betreffenden Fragen.

In der Türkei gibt es noch nicht eine gesetzliche Regelung über das gemeinsame Sorgerecht. Die Gerichte haben jedoch inzwischen begonnen, Entscheidungen über das gemeinsame Sorgerecht zu fällen. Natürlich ist es auch hier wichtig, dass die Elternteile das gemeinsame Sorgerecht beantragen. Denn der Richter fällt keine Entscheidung über das gemeinsame Sorgerecht, es sei denn, die Ehegatten wollen es⁵.

Der rechtliche Status des Kindes, der nicht mit dem Sorgerecht zusammenhängt, ist ebenfalls wichtig. Zunächst erfolgt nach dem derzeitigen türkischen Zivilgesetzbuch die Herstellung einer persönlichen Beziehung zwischen der Mutter oder dem Vater und dem Kind, dessen Sorgerecht ihnen nicht übertragen ist. In Fällen des gemeinsamen Sorgerechts besteht weiterhin eine persönliche Beziehung, die jedoch zu dem Kind von demjenigen hergestellt wird, bei dem es nicht wohnt. Da nicht erwartet werden kann, dass die Elternteile nach Beendigung der Ehe im selben Haus wohnen, muss festgelegt werden, wie sich die Mutter oder der Vater, die nicht beim Kind bleiben, mit dem Kind treffen, wie es heute der Fall ist.

Das Konzept des gemeinsamen Sorgerechts ist nicht nur auf eine Scheidung zurückzuführen. Wenn die Ehegatten das Sorgerecht nach der Scheidung gemeinsam ausüben, kann dieses Konzept im Falle der Feststellung der Vaterschaft auch bei Kindern in Frage kommen, die außerhalb der Ehe geboren wurden. Denn der Zweck des gemeinsamen Sorgerechts besteht darin, dass Mutter und Vater das Sorgerecht gemeinsam ausüben. Folglich kann dieses Konzept sowohl bei Beendigung der Ehe als auch in außerehelichen Situationen vorkommen. Die häufigste Situation bei Beendigung der Ehe ist die Scheidung. Die Ehe endet jedoch auch in Fällen von absoluter Nichtigkeit und relativer Nichtigkeit. In diesem Fall kommt das gemeinsame Sorgerecht auch in Fällen vor, in denen die Ehe aufgrund der Nichtigkeit beendet wird. Ein gemeinsames Sorgerecht ist jedoch im Todesfall natürlich nicht möglich.

Das gemeinsame Sorgerecht scheint nicht korrekt zu sein, wenn die Ehe aufgrund einer Geschlechtsumwandlung beendet wird. Angesichts der

⁵ Ankara Berufungsgericht 28. HD. 09.12.2019 (Akte N.: 2019/820 Beschluss N.: 2019/24) da die Ehegatten der Entscheidung nicht zustimmten, wurde das gemeinsame Sorgerecht nicht geregelt (UYAP). Siehe für eine ähnliche Entscheidung. İzmir Berufungsgericht 2. HD. 07.07.2020 (Akte N.: 2020/87 Beschluss N.: 2020/799) (UYAP).

geistigen Entwicklung des Kindes ist es undenkbar, dass es zwei Mütter oder zwei Väter hat. Wenn es keine negative Situation gibt, ist es daher zutreffender, das Kind dem Elternteil zu geben, der das Geschlecht nicht ändert. Es kann zwar als eine strenge Meinung angesehen werden, aber in Fällen einer Geschlechtsumwandlung sollte der Richter sehr vorsichtig sein, wenn es darum geht, persönliche Beziehungen aufzubauen. Denn es wäre für ein Kind fairer, dass es kein Problem mit der sexuellen Identität hat.

III- MEINUNGSSTAND ÜBER DAS GEMEINSAME SORGERECHT

A) MEINUNG, DIE DAS GEMEINSAME SORGERECHT FÜR UNZULÄSSIG HÄLT

Auch wenn das gemeinsame Sorgerecht Tag für Tag Unterstützung findet, gibt es auch Meinungen, die diese Situation nicht für angemessen halten. Es wird jedoch notwendig sein, auf Art. 336/III TZGB zurückzugreifen, um dieses Problem zu lösen. Gemäß der Bestimmung gehört das Sorgerecht demjenigen Elternteil, der im Todesfall des anderen noch am Leben ist, und demjenigen, dem das Kind bei einer Scheidung übertragen wird. Nach der Auffassung, welche ein gemeinsames Sorgerecht für unzulässig hält, ist die Bestimmung Art. 336/III TZGB zwingender Natur⁶ und erlaubt, dass nur die Mutter oder der Vater das Sorgerecht im Falle einer Scheidung hat. Aus dieser Bestimmung kann nicht geschlossen werden, dass das gemeinsame Sorgerecht zulässig ist. Es gibt keine rechtliche Lücke in Bezug auf das gemeinsame Sorgerecht. Der Gesetzgeber wollte hier eine negative Lösung⁷.

B) MEINUNG, DIE DAS GEMEINSAME SORGERECHT FÜR ZULÄSSIG HÄLT

Das gemeinsame Sorgerecht wird Tag für Tag immer mehr unterstützt. Es wird hier angeführt, dass es nicht nur die Auffassung gibt, das gemeinsame Sorgerecht anzuwenden, sondern auch die Gesetzgebung dies nicht verhindert. Nach einer Ansicht enthält die Bestimmung von Art. 336/III TZGB eine implizite Lücke. Ziel des Gesetzgebers ist es, das Interesse des Kindes im Falle einer Scheidung bestmöglich zu schützen. Wenn diese Bestimmung jedoch so angewendet wird, dass im Falle einer Scheidung kein gemeinsames Sorgerecht

⁶ Siehe für entgegengesetzte Meinung. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 37.

⁷ HATEMİ, s. 182; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 144; SEROZAN, (2008), s. 772; KURT, s. 173. Siehe auch, dass das Urteil zwingend ist. BAYGIN, s. 266.

zugelassen wird, schützt sie das Kind nicht. Insbesondere bei freiwilligen Scheidungen sollte der Richter über das gemeinsame Sorgerecht entscheiden, wenn die Eltern das gemeinsame Sorgerecht wünschen und diese Situation im Interesse des Kindes liegt⁸. Selbst wenn die Eltern das gemeinsame Sorgerecht beantragen, kann der Richter folglich diesem Begehren nachkommen, wenn es nicht zum Wohle des Kindes dient⁹.

In Fällen, in denen das gemeinsame Sorgerecht nicht angenommen wird, geht der Elternteil, dem das Sorgerecht nicht übertragen wird, nicht viel weiter als eine Mutter oder ein Vater zu sein, die/der nur die finanziellen Bedürfnisse des Kindes befriedigt¹⁰.

Nach einer anderen Ansicht sollte im Falle einer Scheidung ein gemeinsames Sorgerecht möglich sein, wenn das Wohl des Kindes dies erfordert und die Eltern sich auf dieses Thema einigen können. Die Bestimmung von Art. 336/III TZGB, die bei einer Scheidung kein gemeinsames Sorgerecht zulässt, verstößt gegen das in der Verfassung verankerte Recht der Eltern, das Recht auf die Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes, das Recht des Kindes, nicht von den Eltern getrennt zu werden, und den Grundsatz der Gleichstellung von Männern und Frauen, da das Sorgerecht größtenteils der Mutter übertragen bleibt¹¹.

Nach einer anderen Ansicht ist das gemeinsame Sorgerecht wesentlich, wenn die Ehe in einer Scheidung endet. Das gemeinsame Sorgerecht sei jedoch nicht erforderlich. Wenn der gemeinsame Sorgerechtsantrag der Parteien dem Wohl des Kindes zuwiderläuft, sollte das Sorgerecht einem der Ehegatten übertragen werden. Wenn das Kind urteilsfähig ist, ist ihm Gehör zu schenken¹².

⁸ ÖZTAN/ ÖZTAN, s. 2582; ÖZTAN, (2006), s. 260; ÖZTAN, (2015), s. 1090 – 1091; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 175; HATEMİ/ SEROZAN, s. 370; AKKURT, s. 4198; KİREMİTÇİ, s. 104; ARKAN-SERİM, s. 6085; BİNGÖL, s. 304; GÜVEN, AYDIN, s. 29; BÜKEL-KOÇ, s. 65. Siehe auch. BAKTİR-ÇETİNER, s. 108; ERLÜLE, s. 283 ff.

⁹ ÖZTAN/ ÖZTAN, s. 2583.

¹⁰ ÖZTAN, (2006), s. 259; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 187; BAKTİR-ÇETİNER, s. 91.

¹¹ SEROZAN, (2008), s. 772. Das gemeinsame Sorgerecht wird auch bei der Mediation begrüßt. Sehen. ÖZTÜRK-ALMAÇ, s. 2192.

¹² GENÇCAN, s. 27.

IV- FÄLLE, BEI DENEN VOM GEMEINSAMEN SORGERECHT DIE REDE IST

Obwohl die Scheidung das erste ist, was bei dem gemeinsamen Sorgerecht in den Sinn kommt, kann dies auch für Kinder möglich sein, die außerhalb der Ehe geboren wurden. Im Falle einer Scheidung gab es diejenigen Stimmen, die das gemeinsame Sorgerecht für möglich hielten, sowie diejenigen, die angaben, dass dies nicht möglich sei.

Um von dem gemeinsamen Sorgerecht bei unehelichen Kindern sprechen zu können, muss ein Abstammungsverhältnis zwischen dem Kind und dem Vater hergestellt werden. Dies kann durch Anerkennung und Vaterschaftsurteil erreicht werden.

Es ist nicht möglich, von dem gemeinsamen Sorgerecht zu sprechen, wenn nicht festgestellt werden kann, wer die Mutter ist oder ob die Mutter Geisteskrank oder minderjährig ist. All diese Möglichkeiten gelten auch für den Vater.

In der Doktrin wurde betont, dass das gemeinsame Sorgerecht begrüßt wurde, nachdem durch die Anerkennung und Vaterschaftsurteil das Abstammungsverhältnis zwischen dem Kind und dem Vater festgelegt worden war und die Notwendigkeit einer sofortigen Regelung besteht¹³.

Es wurde zudem auch ausgeführt, dass die Rechte und Pflichten zwischen dem Kind und den Eltern nicht unterschiedlich sein können, je nachdem, ob die Eltern geschieden oder verheiratet sind¹⁴.

V-DAS GEMEINSAME SORGERECHT AUS DER SICHT DES TÜRKISCHEN ZIVILGESETZBUCHES

Die Bestimmungen, die geprüft werden müssen, um eine Lösung für das gemeinsame Sorgerecht zu finden, sind insbesondere Art. 182 und 336 TZGB. In Art. 182/I TZGB gibt es keine Formulierung, dass einem der Ehegatten im Falle einer Scheidung das Sorgerecht übertragen wird. Im zweiten Absatz desselben Artikels wird der Ausdruck „Ehegatte, dem das Sorgerecht nicht übertragen wird“ verwendet¹⁵. Ausgehend von dieser Aussage kann m.E. der Schluss gezogen werden, dass „einem der Ehegatten das Sorgerecht

¹³ BÜKEL-KOÇ, s. 69; UZUN-KAZMACI, s. 183.

¹⁴ GÜLGÖSTEREN, s. 178.

¹⁵ Siehe über die Bestimmung sollte geändert werden. BİRİNCİ-UZUN, s. 166.

übertragen werden kann“. In Anbetracht der Ausdrucksweise anderer Artikel des türkischen Zivilgesetzbuches bleibt im Falle einer Scheidung das Sorgerecht einem der Ehegatten überlassen. Zum Beispiel ist in Art. 349 TZGB der Ausdruck „Mutter oder Vater als Sorgerechtsinhaber“ verwendet.

Dass das gemeinsame Sorgerecht daraus abgeleitet werden kann, dass der Gesetzgeber es in Art. 182 TZGB nicht ausdrücklich bestimmt, hängt damit zusammen, ob die Bestimmung zwingender Natur ist oder nicht. Wenn die Bestimmung unter diesem Gesichtspunkt geprüft wird, ist ein zwingender Aspekt nicht ersichtlich.

Der Hauptartikel zum Sorgerecht ist Art. 336 TZGB. Im letzten Absatz dieses Artikels lautet, bei einer Scheidung gehöre das Kind zu dem Elternteil, dem es zu übertragen wird. In dieser Bestimmung wird festgelegt, dass das Sorgerecht der Mutter oder dem Vater übertragen wird. Der Wille des Gesetzgebers besteht darin, das Sorgerecht nach der Scheidung der Mutter oder dem Vater zu übertragen¹⁶. Es wird hier angeführt, dass es eine echte Lücke in Bezug auf das Sorgerecht gibt¹⁷. Nach der gegenteiligen Ansicht gibt es hier keine echte¹⁸ Lücke oder eine implizite Lücke¹⁹.

In einer diesbezüglichen Stellungnahme wurde erwähnt, dass im Falle einer Scheidung das Sorgerecht für das Kind der Mutter oder dem Vater gehört, der/dem es übertragen wird, dass das Gegenteil jedoch nicht verboten ist. Folglich kann das Sorgerecht nur einem der Ehegatten oder beiden übertragen werden²⁰. Nach einer anderen Meinung besteht kein Hindernis für die gemeinsame Ausübung des Sorgerechts im Falle einer Scheidung²¹.

Für uneheliche Kinder liegt das Sorgerecht bei der Mutter. Die Anerkennung der Abstammung zwischen dem Vater und dem Kind erfolgt durch die Vaterschaftsklage oder die Eheschließung von Mutter und Vater. Bei der Anerkennungs- und Vaterschaftsklage wird ein Abstammungsverhältnis zwischen dem Kind und dem Vater hergestellt, es besteht jedoch kein direkter Zusammenhang mit dem Sorgerecht des Kindes. Wenn der Mutter aber das

¹⁶ Beachten Sie, dass dieser Artikel das gemeinsame Sorgerecht nicht verhindert. SERDAR, s. 180. Sehen sie, dass es eine Gesetzeslücke gibt. ÖZDEMİR, s. 50.

¹⁷ APAYDIN, s. 457.

¹⁸ KURT, s. 172.

¹⁹ KURT, s. 173. Sehen sie für Gegenansicht GÜLGÖSTEREN, s. 179.

²⁰ ERDEM, s. 171.

²¹ APAYDIN, s. 457; ŞEN/AYBAY, s. 595.

Sorgerecht genommen wird, kann der Vater das Sorgerecht für das Kind übernehmen. Hier gibt es wie im schweizerischen Zivilgesetzbuch keine gemeinsame Sorgerechtsinstitution. Kommt das gemeinsame Sorgerecht nach der Beendigung der Ehe durch die Scheidung in Betracht, kann auch für uneheliche Kinder ein gemeinsames Sorgerecht möglich sein. Hier bedarf es der richterlichen Rechtsschöpfung.

Es ist bemerkenswert, dass diese Institution ohne gesetzliche Regelung in die Praxis umgesetzt wurde. Folglich sieht die Rechtsprechung die betreffende Bestimmung nicht als zwingend an. Bei Scheidungen hat der Richter einen Ermessensspielraum in Bezug auf das gemeinsame Sorgerecht. Wenn beispielsweise eine der Parteien kein gemeinsames Sorgerecht beantragt, ist es nicht zutreffend, dass der Richter über das gemeinsame Sorgerecht entscheidet. Entscheidend ist auch, was das Wohl des Kindes erfordert, aber nicht erheblich, was einer der Elternteile nicht will. Das Wohl des Kindes wird über vielen Prinzipien gesehen und es muss auch so sein.

Das gemeinsame Sorgerecht zum Schutz des Kindes wird im türkischen Recht als eine fehlende Rechtslage angesehen²². Es wird angenommen, dass Ehepartner, denen es gelungen ist, sich scheiden zu lassen, auch in der Lage sein können, das gemeinsame Sorgerecht auszuüben.

Darüber hinaus sollte der Richter bei der Entscheidung über das gemeinsame Sorgerecht auch den urteilsfähigen Kindern zuhören²³. Folglich wird auch der Antrag des Kindes auf gemeinsames Sorgerecht die Entscheidung des Richters unterstützen. Während die Eltern kein gemeinsames Sorgerecht wünschen, ist es nicht sehr angebracht, das gemeinsame Sorgerecht anzunehmen, wenn nur das Kind dies wünscht.

Das Leben in getrennten Städten ist auch kein Hindernis für das gemeinsame Sorgerecht. Selbst ein Stadtwechsel beendet das gemeinsame Sorgerecht nicht²⁴. Wenn der Stadtwechsel jedoch verhindert, dass das Sorgerecht ordnungsgemäß durchgeführt wird, muss das gemeinsame Sorgerecht möglicherweise beendet werden.

Um das gemeinsame Sorgerecht aufrechtzuerhalten, kann es angebracht sein, dass Eltern fachkundige Hilfe oder Beratung einholen.

²² GÜVEN, KUDRET, s. 38; CEYLAN, (2018), s. 56; DÖNMEZ/ BARIN, s. 206.

²³ GÜVEN, KUDRET, s. 47; ÖZTAN/ ÖZTAN, s. 2587; AKKURT, s. 4198.

²⁴ GÜVEN, KUDRET, s. 50.

VI-DAS GEMEINSAME SORGERECHT IM SINNE DES SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCHES

Im Schweizerischen Zivilgesetzbuch sind in vielen Bestimmungen zum gemeinsamen Sorgerecht enthalten. Art. 298²⁵ ist die Bestimmung, die das gemeinsame Sorgerecht regelt. Sie lautet: “In einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren überträgt das Gericht einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist.”

Nach Art. 298 Abs. 1 kann das Sorgerecht nach der Scheidung nur einem der Ehegatten übertragen werden, falls es erforderlich ist. Wie aus dieser Bestimmung hervorgeht, ist das gemeinsame Sorgerecht von wesentlicher Bedeutung. In Fällen, in denen das gemeinsame Sorgerecht nicht angemessen ist, gehört das Sorgerecht nur der Mutter oder dem Vater.

Nach türkischem Recht ist ein gemeinsames Sorgerecht ebenfalls möglich, wenn die Ehegatten es gemeinsam verlangen²⁶. Tatsächlich kann der Richter in der Praxis nicht über das gemeinsame Sorgerecht entscheiden, wenn einer der Ehegatten dies nicht möchte. Es gibt jedoch eine Unbestimmtheit im türkischen Recht, während im schweizerischen Recht nicht davon die Rede ist.

Art. 298a regelt das gemeinsame Sorgerecht für uneheliche Kinder. In Art 298a heißt es: “Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet und anerkennt der Vater das Kind oder wird das Kindesverhältnis durch Urteil festgestellt und die gemeinsame elterliche Sorge nicht bereits im Zeitpunkt des Urteils verfügt, so kommt die gemeinsame elterliche Sorge aufgrund einer gemeinsamen Erklärung der Eltern zustande”

Wie aus Absatz 1 von 298a zu entnehmen ist, können Mutter und Vater gemeinsam entscheiden und ihr Sorgerecht ausüben, wenn uneheliche Kinder vom Vater anerkannt werden oder wenn ein Kindesverhältnis festgestellt wird. Dabei müssen sie belegen, dass sie das gemeinsame Sorgerecht wünschen und sich auf andere Fragen einigen. Es wird jedoch nicht akzeptiert, dass nur ein Elternteil das gemeinsame Sorgerecht beantragt, ohne dass sich beide Elternteile dazu entschließen²⁷.

²⁵ SEROZAN, (2005), s. 255; ERLÜLE, s. 169 ff. In einer Entscheidung vor türkischen Gerichten wurde festgestellt, dass das gemeinsame Sorgerecht eine Ausnahme im schweizerischen Zivilgesetzbuch darstellt. Wesentlich ist jedoch das gemeinsame Sorgerecht im Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Siehe für die Entscheidung. İzmir Berufungsgericht 18. HD. 19.02.2020 (Akte N.: 2018/634, Beschluss N.: 2020/166) (UYAP).

²⁶ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 77.

²⁷ CEYLAN, (2006), s. 163.

Die Bestimmung von Art. 298c ist eine spezifischere Regelung als 298a in Bezug auf das gemeinsame Sorgerecht infolge der Vaterschaftsklage. Nach dieser Bestimmung: "Heißt das Gericht eine Vaterschaftsklage gut, so verfügt es die gemeinsame elterliche Sorge, sofern nicht zur Wahrung des Kindeswohls an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem Vater zu übertragen ist."

Im Fall von Art. 298c ordnet das Gericht das gemeinsame Sorgerecht an, wenn die Mutter oder der Vater aufgrund des Vaterschaftsverfahrens nicht das alleinige Sorgerecht zum Wohle des Kindes übernehmen müssen. Selbst bei einem unehelichen Kind ist daher das gemeinsame Sorgerecht wesentlich. Wenn es jedoch wichtige Gründe gibt, wird das Sorgerecht nur der Mutter oder dem Vater übertragen.

Art. 301a regelt den Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes im Falle des gemeinsamen Sorgerechts. Nach der Bestimmung: "Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kinderschutzhilfe, wenn: a. der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt; oder b. der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat."

Gemäß Art. 301a/II bedarf es der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kinderschutzhilfe, wenn die Eltern das Sorgerecht gemeinsam ausüben und einer der Elternteile möchte, dass der Aufenthaltsort des Kindes sein eigener sein soll. Wenn sich der neue Aufenthaltsort im Ausland befindet oder der Wechsel des Aufenthaltsorts erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönliche Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil hat, wird die Entscheidung in dieser Richtung getroffen.

In Deutschland besteht seit Inkrafttreten des KindRG zum 1.7.1998 gem. § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB für nicht miteinander verheiratete Eltern die Möglichkeit, ohne Eheschließung ein gemeinsames Sorgerecht durch Abgabe der Erklärung, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen, zu begründen²⁸. Das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts, kurz Kindschaftsrechtsreformgesetz, schaffte zum 1.07.1998 den Unterschied

²⁸ MÜNCH/ MÜLLER/ ENGELS, N. 99.

zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern ab. In Bezug auf das Sorgerecht wurde somit die Unterscheidung zwischen Kindern, die innerhalb und außerhalb der Ehe geboren wurden, beseitigt.

VII-DAS GEMEINSAME SORGERECHT IM RAHMEN DER KONVENTION ZUM SCHUTZ DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN

Die Situation wurde auch im Hinblick auf das Protokoll Nr. 11 und Artikel 5 des Protokolls Nr. 7, Anhang zur Konvention zum Schutz verschiedener Menschenrechte und Grundfreiheiten gewürdigt²⁹. In dieser Bestimmung wird erwähnt, dass die Elternteile nach der Scheidung gegenüber den Kindern gleiche Rechte und Pflichten haben, während das direkte Sorgerecht darin nicht zum Ausdruck kommt. Folglich hebt diese Bestimmung nicht Art. 339³⁰ TZGB auf. Die Frage, auf die hier einzugehen ist, ist, ob die Übertragung der elterlichen Sorge nur der Mutter oder dem Vater den Grundsatz der Gleichheit verletzt. Wenn beide Elternteile das Sorgerecht gemeinsam ausüben wollen, kann das alleinige Sorgerecht in Bezug auf gleiche Rechte und Pflichten ungerecht sein.

Darüber hinaus werden in dieser Bestimmung nur Elternteile erwähnt. Wenn dieses Protokoll als alleiniger Maßstab betrachtet wird, kann von dem gemeinsamen Sorgerecht bei unehelichen Kindern überhaupt nicht gesprochen werden. Folglich ist es möglicherweise nichtzutreffend, allein aufgrund dieser Bestimmung einen Schluss über das gemeinsame Sorgerecht zu ziehen.

Die Artikel 3, 7 und 18 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes enthalten Bestimmungen, die die Grundlage für das Sorgerecht bilden können. Bei allen Aktivitäten, die Kinder betreffen, wird in Artikel 3 Absatz 1 das Wohl des Kindes als grundlegende Überlegung ausgedrückt. In Artikel 7 wird erwähnt, dass das Kind das Recht hat, von seinen Eltern betreut zu werden. In Artikel 18 heißt es, dass die Eltern gemeinsam die Verantwortung für die Erziehung und Entwicklung des Kindes tragen. Obwohl das Sorgerecht oder das gemeinsame Sorgerecht in diesen drei Artikeln nicht direkt erwähnt wird, wird angegeben, dass die Eltern gemeinsam zum Wohle des Kindes verantwortlich sind. Wenn diese Bestimmungen zusammen bewertet werden, kann das Ergebnis erreicht werden, dass es sich hier um die elterliche

²⁹ Dieses Protokoll wurde 2016 von der Türkei verabschiedet.

³⁰ ÖZTAN/ ÖZTAN, s. 2579. Sehen sie für Gegenansicht. ŞEN/ AYBAY, s. 596.

Sorge handelt. Freiwilligkeit ist jedoch für das gemeinsame Sorgerecht unerlässlich. Das gemeinsame Sorgerecht funktioniert möglicherweise nicht gut in Situationen, in denen das Kindeswohl nicht gewahrt wird,³¹ oder die Eltern oder das Kind es nicht wollen.

Nach einer Ansicht ist das Sorgerecht ein Grundrecht, und in Fällen, in denen ein internationales Abkommen besteht, findet nicht Art. 336/III TZGB, sondern die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes Anwendung. Folglich kann der Richter im Falle einer Scheidung auch nach türkischem Recht über das gemeinsame Sorgerecht entscheiden, wenn es sich um das Kindeswohl handelt³².

ERGEBNIS

Nach all diesen Studien und Diskussionen ist klar, dass das gemeinsame Sorgerecht auf eine Rechtsgrundlage gesetzt werden sollte. Denn ob das türkische Zivilgesetzbuch dem gemeinsamen Sorgerecht zulässt oder nicht, war Gegenstand von Diskussionen. Bei der Ausarbeitung dieser Bestimmung sollten die Grenzen des Ermessensspielraums des Richters, das Kindeswohl und dessen Meinung bewertet werden, wenn es darum geht, wie sich das gemeinsame Sorgerecht im Falle einer Scheidung und für uneheliche Kinder gestaltet. Das gemeinsame Sorgerecht sollte sowohl bei Scheidungen als auch unehelichen Kindern möglich sein, wenn die Eltern dies verlangen und das Kindeswohl dies erfordert.

Im Falle einer Geschlechtsumwandlung taugt das gemeinsame Sorgerecht nicht zum besten Interesse des Kindes. Da es hier keine Mutter- oder Vaterfigur mehr geben wird, sollte das gemeinsame Sorgerecht nicht angenommen werden, auch wenn die Elternteile einschließlich des Kindes dies wollen. Daher reicht nur der Antrag des Kindes oder der Elternteile für die Annahme der elterlichen Sorge nicht aus. Das wichtigste Prinzip wird hier das Wohl des Kindes sein. Folglich wird der größte Wegweiser für den Richter das Wohl und die Meinung des Kindes sein.

³¹ Siehe für die Entscheidung, dass ein gemeinsames Sorgerecht ohne das Wohl des Kindes nicht möglich ist. İzmir Berufungsgericht 2. HD. 23.06.2020 (Akte N.: 2020/414 Beschluss N.: 2020/648) (UYAP). Siehe für eine ähnliche Entscheidung. İstanbul Berufungsgericht 2. HD. 05.12.2019 (Akte N.: 2018/42 Beschluss N.: 2019/1862) (UYAP).

³² KURT, s. 174, DÖNMEZ/ BARIN, s. 205; ÖCAL-APAYDIN, s. 655; ERLÜLE, s. 111 ff.

ABKÜRZUNGEN

- Art. : Artikel
BaÜHFD. : Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BÜHFD. : Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C. : Cilt
ÇÜHFD. : Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜHFD. : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ff. : und folgende Seiten
HD. : Hukuk Dairesi
HHFD. : Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD. : İstanbul Barosu Dergisi
İKÜHFD. : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD. : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KindRG. : Kindschaftsrechtsreformgesetz
KHÜHFD. : Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LHD. : Legal Hukuk Dergisi
N. : Nummer
s. : sayfa/ Seite
S. : Sayı
TAAD. : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
THD. : Terazi Hukuk Dergisi
TZGB : Türkisches Zivilgesetzbuch
UYAP. : Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
ylt. : yüksek lisans tezi

LITERATURVERZEICHNIS

- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ-KARAMAN, Derya: **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, Beta Yayıncılık, 17. Bası, İstanbul 2015.
- AKKURT, Sinan Sami: “Boşanma Sonrası Ortak Velayet Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi”, **LHD**, 2019, C. 2, S. 202, s. 4185 – 4202.
- APAYDIN, Eylem: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, **İÜHFD**, 2018, C. 9, S. 1, s. 445 – 475.
- ARKAN-SERİM, Azra: “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, **LHD**, 2016, C. 14, S.167, s. 6075 – 6088.
- BAKTIR-ÇETİNER, Selma: **Velâyet Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000.
- BAYGIN, Cem: **Soybağı Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- BİNGÖL, Ediz: “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, **İBD**, 2014, C. 88, S. 2, s. 276 – 312.
- BİRİNCİ-UZUN, Tuba: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, **HHFD**, 2016, 6(1), s. 135–166.
- BÜKEL-KOÇ, Merve: **Ortak Velayet**, ilt, Ankara 2020.
- CEYLAN, Ebru: **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006 (Ceylan, 2006).
- CEYLAN, Ebru: Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler, **LHD**, 2018, C. 16, s. 35 – 68 (Ceylan, 2018).
- DÖNMEZ, Ünsal/ BARIN, Taylan: “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, **TAAD**, 2018, S. 35, s. 175 – 210.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

- ERDEM, Mehmet: **Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ERLÜLE, Fulya: **Boşanmada Birlikte Velayet**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: “Ortak Velayet”, **İzmir Barosu Bülten**, 2017, 8 Mart Özel Sayısı, s. 24 – 30.
- GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, **ÇÜHFD**, 2017, C. 2, S. 2, s. 157 – 180.
- GÜVEN, Aydın: “Türk Hukukunda Ortak Velayet”, **İBD**, 2017, C. 91, S. 3, s. 120 – 130.
- GÜVEN, Kudret: “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, **BÜHFD**, 2018, C. 4, S. 1, s. 11 – 64.
- HATEMİ, Hüseyin: **Aile Hukuku**, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona: **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- İNCE, Nurten: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, **TAAD**, 2018, S. 34, s. 189 – 229.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Aile Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KİREMİTÇİ, Müge: **Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KURT, Leyla Müjde: “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet”, **İÜHFD**, 2018, C. 9, S. 2, s. 157 – 186.
- MÜNCH, Christof: **Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis**, C.H. BECK., 3. Auflage 2020.
- SARI, Suat: “Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması”, **LHD**, 2007, S. 49, s. 83 – 94.
- SERDAR, İlknur: “Birlikte Velayet”, **DEÜHFD**, 2008, C. 10, S. 1, s. 155 –

197.

SEROZAN, Rona: **Soybağı Hukuku**, Vedat Kitapçılık, Ankara 2005 (Serozan, 2005).

SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler (Soybağı Hukuku)”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara 2008, s. 759 – 777 (Serozan, 2008).

ÖCAL-APAYDIN, Bahar: “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, **BaÜHFD**, 2016, C. 11, S. 145, s. 631 – 658.

ÖZDEMİR, Janset: “Velayet Hakkında Yeni Dönem 6684 S. Kanun İle Türk Hukukuna Uygun Bulunan Ortak Velayet Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Üzerine”, **Hukuk Gündemi**, 2019/1, s. 46 – 50.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa/ RUHİ, Ahmet Cemal: **Çocuk Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2018.

ÖZTAN, Bilge: “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet”, **Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara 2006, s. 251 – 260 (Öztan, 2006).

ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015 (Öztan, 2015).

ÖZTAN, Bilge/ ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller”, **ÇÜHFD**, 2020, C. 5, S. 1, s. 2569 – 2608.

ÖZTÜRK-ALMAÇ, Tuğçe: “Aile Arabuluculuğunda Ortak Velayetin Tesis Edilebilirliği”, **THD**, 2019, C. 14, S. 159, s. 2188- 2193.

ŞEN, Bülent/ AYBAY, Erdem: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu”, **İKÜHFD**, 2016, C. 15, S. 1, s. 589 – 615.

UZUN-KAZMACI, Özge: “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, **KHÜHFD**, 2018, C. 6, S. 1, s. 171 – 186.

CONCORDAT AND RESTRUCTURING IN TURKISH INSOLVENCY LAW (A REVIEW FROM ADR PERSPECTIVE)

Mustafa GÖKSU*

Abstract

All modern legal systems present alternatives to the ultimate and undesirable conclusion of bankruptcy liquidation for insolvent debtors. These alternatives provide reorganization and restructuring of unpaid debts, the debtor or even both. Even though there is a wide range of reorganization schemes throughout different legal systems, the essence of these mechanisms are surprisingly similar. They provide temporary protection for debtors who are in financial trouble with the hopes of a possible rescue, while incorporating the creditors in the process. The key point of all these schemes is almost always the concession to be made by both sides. This aspect of reorganization mechanisms is unmistakably reminiscent of amicable resolution of conflicts and alternative dispute resolution, even though the origins of the reorganization mechanisms mostly lack this perspective. In this article, concordat and restructuring in Turkish law and the aforementioned similarity and a possible relation between these institutions and ADR are examined.

Keywords: *Bankruptcy, reorganization, insolvency, concordat, alternative dispute resolution*

TÜRK KÜLLİ İCRA HUKUKUNDA KONKORDATO VE YENİDEN YAPILANDIRMA (ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ PERSPEKTİFİNDEN BİR İNCELEME)

ÖZ

Tüm modern hukuk sistemleri, ödeme güçlüğü içine düşen borçlulara, istenmeyen bir sonuç olan iflas tasfiyesine karşı alternatifler sunmaktadırlar. Bu alternatifler borçların, borçlunun veya bazen de her ikisinin birlikte yeniden yapılandırılmasını mümkün kılarlar. Her ne kadar farklı hukuk sistemlerinde çok çeşitli mekanizmalara

* **Asst. Prof. Dr.**, Civil Procedure, Compulsory Enforcement and Bankruptcy Law Department, Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law.
Email: mustafa.goksu@hbv.edu.tr

ORCID ID: 0000-0003-3414-1699

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813023

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 23/09/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 08/10/2020

rastlansa da, bu yolların özlerinde şaşırtıcı şekilde benzer oldukları kolaylıkla görülebilir. Tüm bu yollar, bir taraftan borçluya yeniden ayağa kalkabilmesi için bir koruma sağlarken, diğer taraftan da alacaklıları prosedüre dâhil etmektedirler. Bu yolların kilit noktasını, çoğunlukla her iki tarafça verilen ödümler oluşturmaktadır. Yeniden yapılandırma kurumlarının çıkış noktaları ve varoluş amaçları farklı temellere dayansa da kurumların bu boyutu, anlaşmazlıkların dostane yollarla çözümü ve alternatif uyuşmazlık çözümü kurumları ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Bu makalede, Türk hukukundaki konkordato ve yeniden yapılandırma kurumları ve bu kurumlar ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasındaki benzerlik ve muhtemel ilişki incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *İflas, yeniden yapılandırma, ödeme güçlüğü, konkordato, alternatif uyuşmazlık çözümü*

INTRODUCTION: AN OVERVIEW OF TURKISH INSOLVENCY LAW

In general, compulsory debt enforcement and insolvency law are considered as parts of a common legal subject in Turkey. This is also evident in the title of the principle legislation regulating almost all aspects of the partial (debt collection) and collective (bankruptcy and reorganization) enforcement procedures, the Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy (numbered 2004), which was enacted in 1932. Since the Code is a relatively old piece of legislation, it must be noted that it received numerous amendments through the years. An effort is under way to enact a completely new statute while maintaining same major principles of the current Code. As it will be examined later, one can easily say the rehabilitative aspect of insolvency law is somewhat an afterthought in the Code. Even the name of the Code contains the term bankruptcy, rather than insolvency. Bankruptcy in Turkish, which is *iflas*, refers to the liquidation solution to the insolvency problem. This solution along with the rarely used concordat, carried on for many years until more modern mechanisms were introduced in 2003. However, these mechanisms were also amended or some even completely vacated in the following years.

Currently, there are three major mechanisms regarding the dissolution of insolvencies: Bankruptcy (liquidation), concordat and restructuring of corporations and cooperatives via reconciliation.

Bankruptcy is the main (at least with regard to the soul of the Code) and the ultimate way to dissolve insolvency. Bankruptcy, within the context

of Turkish law, represents the liquidation of the debtor's assets. However, it must be expressly indicated that, bankruptcy within the Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy (CCEB), is not limited to insolvency. Since the compulsory enforcement and bankruptcy is tightly linked in theory and in practice, a debtor eligible for bankruptcy may be bankrupted also on the basis of a defaulted money payment¹. According to the CCEB, should the debtor fail to pay a monetary debt, the creditor may either seek seizure/attachment of the debtor's assets or request a judgment of bankruptcy from the court provided that the debtor is eligible for bankruptcy². Eligibility for bankruptcy is determined by the CCEB and the Commercial Code (no. 6012). In general, merchants are eligible for bankruptcy; however there are some exceptions to this rule³. In summary, according to Turkish law, entire assets of a billion-dollar company may be liquidated on account of a miniscule monetary debt⁴.

The other aspect of the bankruptcy is of course dependant on the insolvency status of the debtor. We are using the insolvency term broadly here, since there are many grounds for direct bankruptcy according to the CCEB (art. 177-179). If a debtor becomes insolvent and cannot see a way out or there really is no other option; she or a creditor of hers may apply for bankruptcy. Bankruptcy occurs with the judgment of the commercial court in the place of business of the debtor (art. 154). After the judgment, an automatic stay regarding all compulsory enforcement procedures (barring some exceptions) against the debtor commences and liquidation proceedings begin (art. 193). Liquidation proceedings start with the bankruptcy agency, which is a governmental one. However, following the first meeting of the creditors, a board of trustees are selected by the creditors and appointed by the relevant compulsory enforcement court (art. 223)⁵. Liquidation is carried out by the board within the strict rules of the CCEB and the instructions given by the creditors in their second meeting or consecutive meetings if any.

¹ KURU, pp. 1102-1103; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR- AYVAZ / HANAĞASI, p. 443; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, p. 628; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, p. 522.

² It must be noted that bankruptcy route is not mandatory for merchants; it is the creditor's choice. (KURU, p. 172; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, pp. 630-631)

³ UZAR SCHÜLLER, p. 42-15.

⁴ For an examination on this notion see YEŞİLOVA, pp. 142-147.

⁵ UZAR SCHÜLLER, p. 42-20.

The board liquidates the estate of the debtor (now “the bankrupt / *müflis*”) and designates all credits owed by her. If any disputes arise regarding these credits, they are resolved by relevant courts or of course by amicable resolution. After all is done, the board pays the creditors what they are owed according to the distribution priorities determined by the CCEB (art. 206); and gives a final report to the commercial court, which then finalizes the liquidation process (art. 254). A crucial aspect of bankruptcy in Turkish law is the absence of the “clean-page / fresh-start” concept. The debtor is not resolved of her debts just because she had gotten through the bankruptcy proceedings. If any debt remains even partially unpaid, the board drafts a document which is aptly named “insolvency certificate – *borç ödemededen aciz belgesi*” and issues it to the unpaid creditor (art. 251). With this document, the creditor may pursue compulsory enforcement in the future provided that the debtor had obtained new assets.

Since bankruptcy results in the complete liquidation of the assets of the debtor as it is summarized above, it is almost impossible to find any similarities between this proceeding and ADR. Maybe the only aspect of bankruptcy involving another party is creditors’ limited participation in liquidation proceedings; and also their authority to settle debts/credits of the debtor via the creditors committee’s second meeting (art. 237-238). Therefore, bankruptcy will be excluded from the final chapter and also the title of this article.

The other two mechanisms for fending off insolvency are composition agreements with debtors or concordat as it will be called in this article; and restructuring of corporations and cooperatives via reconciliation. Concordat is also comprised of three distinct proceedings. Another mechanism, postponement of bankruptcy, used to exist however it was abolished in 2018. All these mechanisms will be examined in the following chapters.

CHAPTER I: A BRIEF HISTORY OF LIQUIDATION AND REORGANIZATION MECHANISMS IN TURKISH INSOLVENCY LAW

1. THE ORIGINAL TWO: BANKRUPTCY (LIQUIDATION) AND (SIMPLE) CONCORDAT

The first legislation combining the compulsory enforcement and bankruptcy procedures in the Republic of Turkey was enacted in 1929 (numbered 1424). Before that, compulsory enforcement and bankruptcy

procedures were regulated by different statutes. 1929 Code was adopted from the Swiss Federal Statute on Debt Enforcement and Bankruptcy (SchKG) mostly unchanged⁶. Bankruptcy (liquidation) and two types of simple concordat, namely ordinary (preventive) concordat and concordat in bankruptcy were present in this statute. Both mechanisms in Turkish legal history law date back to 19th century under Ottoman law⁷. However, the eligibility was different under Ottoman law for both institutions. Unlike today, concordat was limited to merchants⁸. Furthermore, *Mecelle* (the Civil Code at the time) had provided some provisions regarding the bankruptcy for individuals; however it was abolished by the 1926 Turkish Civil Code⁹.

After only three years in effect, the “incompatibility” of the 1929 Code to the “realities” of the Turkish life as well as the effects of the Great Depression led to the draft of the current Code in 1932¹⁰. The current Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy (CCEB) stands as a largely amended version of the 1929 Code. Insolvency mechanisms stated above were carried to the new Code mostly unchanged.

Both bankruptcy and concordat provisions in the Code were amended numerous times in the following years. However, the basis of these mechanisms mostly remained unaltered. Amendments were generally aimed at either expediting the processes or to prevent misuses emerged in practice apart from the reforms that will be examined below. Latest major amendment was in 2018 (Statute numbered 7101), and it overhauled the concordat provisions mostly to fill the gap left with the repeal of postponement of bankruptcy, which will be examined shortly.

Even though concordat will be examined in the next chapter, the *raison d'être* of the institution should be stated with regard to the only other option during that era, namely bankruptcy. Unlike bankruptcy, which does not absolve the debtor of her unpaid debts at the end of the procedure, concordat aims for the opposite. If a debtor chooses the concordat route and persuades the creditors (or at least the minimum required) as well as the court, she rids herself all of her debts, provided that she performs the stipulations of the composition

⁶ UMAR, p. 137; UZAR, pp. 42-43, 47.

⁷ UMAR, p. 87; UZAR, p. 27-28.

⁸ Ibid.

⁹ UMAR, p. 88.

¹⁰ ÜSTÜNDAĞ, pp.15-21; UZAR, p. 47, 51.

agreement¹¹. Therefore, it is a true reorganization method to absolve a debtor from her debts. Unfortunately, concordat could never be a popular means for this purpose in Turkey. The number of successful concordats was severely limited during this era.

2. THE 2003 REFORM: 4949

A. In general

In 2003, the CCEB was amended by the Statute numbered 4949. This amendment constitutes the second largest amendment in the Code's history¹². It was and still is one of the most important amendments with regard to the topic of this study. Along with amending the rules of the existing proceedings, the amendment introduced two new mechanisms to Turkish insolvency law: Postponement of bankruptcy and concordat by way of cession of assets. The preamble of the amending Statute explicitly refers to the need to the reconstruction/reorganization mechanisms in order for the assets of the debtor to be protected, even improved in value¹³. It is also stated in the preamble that a delicate balance is ought to be achieved between liquidation and reconstruction.

B. Postponement of Bankruptcy

Even though the 2003 amendment introduced postponement of bankruptcy provisions to the CCEB, it must be noted that at the time, postponement of bankruptcy was already in effect in Turkish law, thanks to the then in effect Turkish Commercial Code of 1956 as well as the Law on Cooperations of 1969. However, these provisions were seldom utilized due to numerous reasons¹⁴. The CCEB, with the amended article 179 and newly added articles 179/a and 170/b, regulated the subject for nearly fifteen years.

Postponement of bankruptcy was a special means to prevent bankruptcy, namely liquidation. It was only available to corporations¹⁵ and cooperatives

¹¹ POSTACIOĞLU, p. 12; BERKIN, p. 348.

¹² The largest amendment was made in 1965 with the Statute numbered 538.

¹³ p. 2, <https://www2.tbbm.gov.tr/d22/1/1-0550.pdf> (Last accessed: 24.06.2020)

¹⁴ ERMENEK, p. 93.

¹⁵ Corporations in Turkish law are comprised of joint stock companies, limited liability companies and commandite companies limited by shares. Other types of companies in which partners are more important than the capital are excluded from this term. (AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, pp. 9-10)

under certain circumstances. If a corporation or cooperative's assets were unable to match its debts, this was and as a matter of fact still is grounds for direct bankruptcy (art. 179). Application for bankruptcy in this case is even mandatory for the responsible officers of the corporation. However, if the debtor could come up with a suitable proposal, it could secure a very favorable postponement. Postponement was a provisional relief for the debtor¹⁶. It aimed the protection of the debtor (corporation or cooperative) for a period of time in which it could, at least in theory, pick itself up and be able to pay its debts. Therefore, it was neither reconstruction of the corporation nor the reorganization of its debts on its own; it was a provisional relief aimed at the protection of the company from its creditors¹⁷.

The procedure used to begin with a request from the commercial court. This request had both involved direct bankruptcy and its postponement. The reason behind this was that postponement was available only if the bankruptcy conditions had been met¹⁸. The debtor was obliged to provide any relevant documents, balance sheets and most importantly the proposal itself. The court had examined the request on its own initiative; i.e. it utilized *ex officio* investigation principle¹⁹. The court had appointed a trustee as well as taking any necessary measures to protect the assets of the debtor. The power of the trustee was not explicitly specified by the Code, it was determined by the court. If the conditions were met, the court could grant a postponement no longer than one year. However, the court had the authority to extend this period to a total of five years provided that the conditions were met.

The main consequence of the postponement was of course the stay and/or prevention of any compulsory enforcement procedure against the debtor during the postponement. This stay was automatic once the postponement judgment was rendered. However, there were some credits exempt from this stay such as some labor credits and credits secured with property; but even these exemptions were limited. Barring the exceptions, no creditor could pursue the debtor in enforcement within the postponement period. If the rescue attempt was unsuccessful at the end of the postponement period or if the court

¹⁶ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKIN ÖZKAN / ÖZEKES, pp. 665. For a comprehensive examination on the legal characteristic of the institution see ERMENEK, pp. 106-128.

¹⁷ TAŞPINAR AYVAZ, p. 263; YARICI, pp. 188-189.

¹⁸ ERMENEK, p. 200.

¹⁹ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKIN ÖZKAN / ÖZEKES, p. 679.

had denied the postponement in the first place, the court was obliged to render a judgment for bankruptcy. Therefore, the postponement period could have ended either with the desired result or badly.

As it was summarized above, the main two characteristics of the postponement of bankruptcy were its improperly long duration and the lack of any input from the creditors. Therefore, it was open for misuse in practice. The debtors could easily manufacture balance sheets and documents to persuade the court and fend off debtors for up to five long years. Due to its failure in effectiveness and rampant misuse, important amendments were enacted in 2016 with the Statute numbered 6728 to address its major issues. This amendment was aimed at generally making the procedure more difficult to misuse, as well as limiting the total postponement period to only two years. However, also in 2016, the use of postponement of bankruptcy provisions were halted by the Statutory Decrees numbered 669 and 673 through the state of emergency period, which lasted until 2018. Finally the Statute numbered 7101, which was enacted in the same year, abolished the postponement procedure entirely. The preamble of said Statute summarizes the principle changes brought by the Statute as the repeal of the “problem-ridden” postponement of bankruptcy procedure and the restoration of concordat as an efficient and functional procedure²⁰.

C. Concordat by way of Cession of Assets

The 4949 introduced another “modern” method to fend off insolvency entitled concordat by way of cession of assets. This procedure was known in Switzerland and it was in the Swiss Federal Statute on Debt Enforcement and Bankruptcy (SchKG), which was the source Code to the CCEB, since 1949²¹. Since it will be examined in the following chapter, we will shortly mention here. Concordat by way of cession of assets is a true hybrid mechanism containing various aspects of both bankruptcy and ordinary concordat²². While the commencement, approval and the end result of the procedure (clean-page / fresh-start) resemble ordinary concordat; the part in-between, namely the liquidation of the assets, is akin to bankruptcy liquidation. The main difference between concordat by way of cession of assets and bankruptcy liquidation is that, liquidation is carried out directly by the creditors with broad authority

²⁰ p. 19, <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0913.pdf> (Last accessed: 24.06.2020).

²¹ POSTACIOĞLU, p. 158.

²² KURU, p. 1542; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, pp. 713-714.

in the former, unlike the latter²³. Moreover, although the name suggests the cession of “assets”, it must be noted that, the power of disposition over the estate, not the assets themselves, are transferred to the creditors²⁴.

3. THE 2004 ADDITION: RESTRUCTURING OF CORPORATIONS AND COOPERATIVES VIA RECONCILIATION

Before the 2004 Statute, there were two pieces of legislation aimed at protecting and rescuing financially distressed companies from going under in Turkish law. These were the Statute numbered 3332 (known as the Company Relief Law in short) which was enacted in 1987 and the Statute numbered 4743 (known as the İstanbul Approach) which was enacted in 2002 after the 2001 financial crisis²⁵. Although both of these statutes were aimed at strengthening and protecting thereby rescuing financially distressed companies from going under, they had offered only unofficial out-of-court solutions. And thus both had failed to fulfill their purpose. İstanbul approach provides a template for a framework agreement between the debtor and creditors to negotiate for complicated restructuring²⁶. However, as it is mentioned, this agreement fails to bear legal consequences with regard to the CCEB. Therefore, it is based completely on the principle of voluntariness²⁷.

After the 4949 reform and the overhaul of concordat and introduction of the postponement of bankruptcy, the government had proposed a bill to the Parliament within the spirit of İstanbul Approach to save corporations from bankruptcy. The Statute was enacted in 2004 and introduced restructuring of corporations and cooperatives via reconciliation to the CCEB. This restructuring scheme is not dissimilar to concordat as it will be examined in the next chapter. However it must be noted that, unlike concordat which is available to any financially distressed debtor, restructuring is limited to corporations and cooperatives as the name suggests.

4. THE 2018 SHAKE-UP: 7101

The main impact of the Statute numbered 7101, as we have discussed above, was the complete removal of the postponement of bankruptcy

²³ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, p. 568.

²⁴ TAŞPINAR AYVAZ, pp. 255-256; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, pp. 713-714.

²⁵ ULUC / SUTTON / YAVASI, p. 67.

²⁶ TAŞPINAR AYVAZ, p. 221.

²⁷ Ibid, p. 235.

procedure. It not only repealed the relevant articles in the CCEB, but also all the references made within the Turkish Commercial Code and the Cooperatives Law. The Statute also overhauled the proceedings in ordinary concordat in order to make the process more feasible and attractive since it would *de facto* replace the then popular yet defunct postponement of bankruptcy. The Statute also made an addition to the concordat process: Negotiation with secured creditors and structuring of credits. This provision, for the first time in Turkish insolvency law history, introduced a type of binding reorganization procedure involving secured creditors. This procedure will be examined further, along with other mechanisms in reorganization.

CHAPTER II: AN OVERVIEW OF CONCORDAT AND RESTRUCTURING IN TURKISH INSOLVENCY LAW

1. CONCORDAT IN GENERAL

Concordat, under Turkish law is not fundamentally different than any other reorganization mechanism utilized throughout the world. It is similar in essence to the *Nachlassvertrag* or *Insolvenzplan* in Europe, to Chapter 11 reorganization in USA and the somewhat complicated administration / scheme of arrangement / voluntary arrangement procedures in England. All these procedures can easily be traced back to similar roots: The need for the debtor to be left standing, reorganization of debts and involvement (saying) of the creditors. The minor differences seem to be realized with regard to who can apply, what the prerequisites are, how the stay/moratorium works, how it can be challenged, etc. This difference in naming but similarity in substance is reminiscent of the ADR methods utilized throughout the world. A negotiation between the parties involving a neutral third party can easily be named mediation, conciliation or any other name depending on the jurisdiction or the legislation.

As it is mentioned above, concordat is not a new institution in Turkish law. Its roots date back to Roman law in general²⁸ and to the 19th century for Turkish law; and it has been a staple of Turkish insolvency law, at least on paper, since early 20th century²⁹. Concordat³⁰ is usually defined as a compulsory

²⁸ The notion that “if the majority of the creditors agree to a continuance then it becomes mandatory for the dissenting creditors” dates back to Justinian. (VÉLYVIS / MIKUCKIENËP, p. 294)

²⁹ PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, pp. 3-4; ÖZTEK / BUDAK / TUNÇ YÜCEL / KALE / YEŞİLOVA p. 31.

³⁰ For the etymology of the word “concordat”, see UMAR, p. 20, fn. 51.

enforcement instrument allowing a debtor who is unable to pay her due debts to repair her financial standing by reaching an agreement with her creditors under the supervision and control of the court under conditions stipulated by the statute³¹. This “compulsory enforcement instrument” argument constitutes the dominant argument in Turkish legal literature³². Among other arguments regarding the legal characteristic of concordat, settlement (contract) between the debtor and creditors should also be mentioned. This somewhat old argument opines that concordat represents a settlement agreement between the debtor and her creditors regarding the unpaid debts³³. 1850 Commercial Code of the Ottoman Empire had introduced modern concordat as a compulsory settlement – *cebri sulh* between the debtor in bankruptcy and her creditors with no less than 30% percent approval of her creditors³⁴.

Concordat provisions in the CCEB were amended numerous times throughout the almost century-old history of the Statute. These amendments were mostly introduced to make concordat more efficient and functional, thereby rendering it more appealing. However one can easily say that, concordat was never a popular tool in practice. The “agreement” aspect of the instrument may also be blamed, since the same can easily be said for the utilization of ADR in Turkey. However, since the repeal of the postponement of bankruptcy and the further push for the concordat by the Government demonstrated an uptick since 2018; but it may require years to see a complete picture as it was (and still is) the case with mediation statistics.

Before getting to the examination of the types of concordat under the CCEB, it must be noted that, a debtor and one or more of her creditors may also sign an out-of-court agreement regarding the standing debt³⁵. This agreement becomes a law of obligations agreement and it is treated as such. This agreement lacks any direct result with regard to compulsory enforcement.

³¹ POSTACIOĞLU, p. 12; TANRIVER (Komiser), p. 3; ANSAY, p. 337; GÜRDOĞAN, p. 155; UMAR, p. 20; KURU, p. 1444; ÖZTEK (Öztek-Konkordato Şerhi), m. 285, no 9.

³² For the arguments on the subject, see UMAR, p. 21-27; TANRIVER, pp. 6-7; BERKIN, p. 348; POSTACIOĞLU, pp. 13-14; GÜRDOĞAN, pp. 155-156; PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, pp. 4-5.

³³ However, this argument is justly criticized on grounds that it fails to explain the compulsoriness of the concordat for the dissenting creditors. An agreement cannot be imposed on a disagreeing party by definition. See Ibid.

³⁴ UZAR, p. 28.

³⁵ BERKIN, p. 350; ÖZTEK (Öztek-Konkordato Şerhi), m. 285, no 1; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, pp. 633.

However, if said agreement is made through mediation or conciliation with the involvement of both parties' lawyers, it becomes an enforceable instrument under the Law on Mediation in Civil Disputes and the Law of Lawyers respectively. However it is still not possible for it to be referred to as a concordat agreement within the context of the CCEB³⁶.

2. ORDINARY (PREVENTIVE) CONCORDAT

As it was explained above, the CCEB provides three types of concordat: Ordinary concordat, concordat in bankruptcy and concordat by way of cession of assets. Ordinary (or preventive) concordat, as the name suggests, is the main type of concordat. It is similar to American Chapter 11 reorganization in most aspects. It involves a debtor who is in financial trouble and is unable to pay her due debts (illiquidity). A plausible probability in the future for said financial trouble (imminent illiquidity) is also sufficient grounds. The debtor is not required to be eligible for bankruptcy. If said debtor applies to the court, passes through all stages stipulated by the Code, persuades her minimum required number of creditors and gets her proposal confirmed by the court, an opportunity is created for her to clear said financial trouble and to be rescued from becoming bankrupt. The contents of any ordinary concordat are limited to a reduction in credit, continuance or both. Another type of agreement cannot be reached in ordinary concordat³⁷.

A. Commencement and Proposal

The procedure starts with the request of the debtor from the commercial court (art. 285). The petitioning debtor must also enclose the proposal. Proposal may contain a reduction in payment, continuance for payment or both. The debtor cannot create any creditor classes within the proposal. All unsecured creditors that will be affected by the concordat constitute a single class³⁸. There are no separate classes for investors/shareholders. The proposal cannot contain different provisions between the debtor and a particular creditor; the equality principle must be complied with³⁹. The debtor is also obliged to present all relevant documents stipulated in the Code (art. 286) to the court, including an independent audit report. If a creditor aims to request concordat for her

³⁶ Ibid.

³⁷ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKIN ÖZKAN / ÖZEKES, pp. 776-777.

³⁸ For adverse opinion see ATALAY, pp. 124-125.

³⁹ ÖZTEK (Öztek-Konkordato Şerhi), m. 299, no 20.

debtor (involuntary petition), the creditor must have the legal interest to file for bankruptcy for said debtor (art. 285). Once the court determines that all documents are presented, it grants a provisional period order (art. 287). This provisional period marks the commencement of the stay (moratorium) period for the protection of the debtor. Therefore, unlike the Chapter 11 procedure, the request (petition) itself does not grant the debtor an automatic stay, even though the preamble of the amendment makes a reference to Chapter 11's automatic stay provisions⁴⁰. However, since the discretionary power of the court at this stage is severely limited⁴¹, the end results stand largely similar.

With the grant of the provisional period, the court also appoints a commissioner (or three depending on the circumstances) (art. 287). This commissioner aids the debtor for the refinement of the proposal, oversees the debtor's business activities, drafts necessary reports to the court and informs the creditors and the creditors committee. After the announcement of the provisional period, creditors may object to the concordat request before the court (art. 288). After the court hears all relevant parties and the provisional commissioner, it grants a one-year stay (final) period to the debtor, if it determines that the plan could succeed (art. 289). The court makes this decision upon examination on its own initiative; i.e. it utilizes *ex officio* investigation principle⁴². This period may be extended for another six months. The court may also create a creditors committee representing different classes of creditors. This committee may advise and supervise the activities of the commissioner; it can also request the replacement of the commissioner from the court⁴³.

B. Stay Period (Moratorium) and Ballot

The stay period protects the debtor from the ongoing and future compulsory enforcement procedures. However, first rank priority credits stated in article 206 of the CCEB (select labor credits, alimony and child support payments) are exempt from this stay (art. 294). Credits secured by property may also be pursued however the property in question cannot be granted protection or sold

⁴⁰ p. 24, <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0913.pdf>, (Last accessed: 14.06.2020); Also see AYER / BERNSTEIN / FRIEDLAND.

⁴¹ TUNÇ YÜCEL, p. 2; SARISÖZEN, p. 81.

⁴² KALE, p. 229.

⁴³ BÖRÜ, pp. 363-366.

(art. 295). The debtor, in principle, stays in possession⁴⁴ and in control during this period. All her activities must be carried out under the supervision of the commissioner; the court even has the power to put the commissioner in charge instead of the debtor (art. 297/I). The debtor is also prohibited from certain activities such as pledging properties or signing surety agreements (art. 297/II).

The commissioner informs all creditors on the meeting for the ballot after inviting them to claim any credits that were not identified by the debtor. The minimum approval requirements for concordat are determined by the CCEB based on two probabilities (art. 302). The proposal must be approved by:

- Half of the creditors and the creditors representing half of the total amount of credit or,
- A quarter of the creditors and the creditors representing two thirds of the total amount of credit.

These numbers relate to uncontested credits. If a credit is contested, the eligibility of the creditor to vote is dependent on the court's decision. Only the creditors affected by the project (and also who are not relatives of the debtor) are allowed to vote. If a creditor gives dissenting vote to the project, she retains all the legal rights against any guarantors regarding the credit (art. 303).

C. Confirmation, Discharge and Revocation

After the ballot is completed favorably, the commissioner presents the case file and her report to the court. The court, after hearing the objecting parties, decides on the confirmation request. Conditions for confirmation are specified by the CCEB (art. 305). In order for the court to confirm a concordat, the court must determine that:

(1) Proposed amount to be paid to the creditors is higher than the amount to be achieved by the bankruptcy (liquidation) of the debtor⁴⁵;

⁴⁴ It must be noted that, this is not the technical concept of "debtor in possession" as in Chapter 11 proceedings. That concept does not exist in Turkish reorganization schemes. See also POSTACIOĞLU, p. 11; ULUÇ / SUTTON / YAVASI, p. 103.

⁴⁵ Similar: Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring

- (2) Proposed amount is proportional to the assets of the debtor;
- (3) Project is approved by the required number of creditors;
- (4) Security is given for the priority creditors and for credits duly created during the stay period;
- (5) All expenses and government duties are paid.

A notable absence from the conditions stipulated by the Statute is the good faith of the debtor. Before the 4949 reform, one of the conditions set by the Code for confirmation of concordat was the good faith of the debtor. However in order for the procedure to be more objectively carried out, said condition was removed from the Code⁴⁶. Since then, it is debated that whether the debtor is obliged to possess good faith in the process⁴⁷. Even though good faith is not listed as a condition for confirmation, the provision in article 308/f stipulates that any creditor may request the revocation of concordat claiming that the concordat was invalidated due to bad faith of the debtor. In that case, if the court grants the request, the concordat is revoked as a whole and if the debtor is eligible for bankruptcy and grounds for direct bankruptcy is present, the court renders judgment for bankruptcy (art. 308). This sanction is also applicable to the rejection of confirmation by the court⁴⁸.

The decision regarding the confirmation or rejection of concordat is appealable by the debtor or the creditors (art. 308/a). After the intermediate appeal, the decision may also be contested in the Court of Cassation. This possibility is limited to this occasion however, the decisions regarding stay period are mostly final⁴⁹. If concordat is confirmed by the court, the concordat project and its conditions become binding for all creditors affected by the

and insolvency) art. 2/1/6: “best-interest-of-creditors test” means a test that is satisfied if no dissenting creditor would be worse off under a restructuring plan than such a creditor would be if the normal ranking of liquidation priorities under national law were applied, either in the event of liquidation, whether piecemeal or by sale as a going concern, or in the event of the next-best-alternative scenario if the restructuring plan were not confirmed. (<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1023/oj> Last Accessed: 22.06.2020).

⁴⁶ Preamble of the Statute numbered 4949, p. 16, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0550.pdf> (Last accessed: 24.06.2020); See also TAŞPINAR AYVAZ, p. 241.

⁴⁷ TAŞPINARAYVAZ, p. 241; TANRIVER (4949), pp. 67-90; PEKCANITEZ/ ERDÖNMEZ, p. 130-131; See also TANRIVER / DEYNEKLI, pp. 77-86.

⁴⁸ KALE, p. 254.

⁴⁹ See TORAMAN, pp. 207-225.

project. The concordat is compulsory for all credits before the concordat request and created during the period without the consent of the commissioner (art. 308/c). However, (1) first rank priority creditors stated in article 206 (select labor credits, alimony and child support payments), (2) credits secured by property (limited to the secured amount), and (3) public arrears⁵⁰ (back-taxes etc.) are excluded from the compulsoriness of the scheme.

After the confirmation, if the debtor performs in accordance with the confirmed agreement, she is discharged from all her previous debts⁵¹. However, if she fails to make a payment, the unpaid creditor may request from the court a partial revocation (art. 308/e). Unlike the revocation as a whole that was mentioned above, partial revocation bears legal consequences only between the debtor and the requesting creditor. If the court grants partial revocation, the creditor becomes entitled to the previous (real) amount in case of an impaired claim. Furthermore, she retains any additional perks provided by the concordat.

3. NEGOTIATION WITH SECURED CREDITORS AND STRUCTURING OF CREDITS

As it was discussed above, the 2018 (7101) amendment, along with the aforementioned overhaul of the concordat procedure, has introduced an ancillary procedure to ordinary concordat called negotiation with secured creditors and structuring of credits. This procedure may be categorized as a completely new type of reorganization, if only it were not ancillary to ordinary concordat. (art. 308/h). This negotiation procedure involves creditors whose credits are secured with property (pledge or mortgage). Historically in Turkish law, these types of credits were always excluded from any type of reorganization procedure. This provision, which was added to the proposed bill in the Parliament, encourages the debtor to negotiate with said secured creditors⁵². Negotiations and indeed settlements between the debtor and secured creditors were always possible as we have explained above. However, this provision also provides a mandatory aspect to such negotiations and agreements for other secured creditors. If the debtor successfully negotiates with any of her secured creditors representing more than two thirds of her total

⁵⁰ This exemption is justly criticized. (ATALAY, p. 132-133)

⁵¹ POSTACIOĞLU, p. 12; BERKIN, p. 348.

⁵² In the original bill, secured creditors were to be included in the ordinary concordat procedure albeit in a class of their own. (ATALAY, p. 131)

amount of secured debts, other creditors who have not reached an agreement with the debtor are also affected from this procedure. The provision stipulates that, (1) if an agreement is reached between the debtor and her creditors representing two thirds of the total secured debt, and (2) the main ordinary concordat proposal was also successful, than an agreement between the debtor and other secured creditors is assumed to be reached. The result of this is that, the dissented secured creditors' credits are to be paid with the interest rate before the debtor's default and the new due date will be determined in accordance with the agreement between the debtor and any secured creditor that grants the latest due date. Therefore, the dissenting creditor is going to be bound by the continuance and the reduced interest rate. Since this provision cannot completely devoid the secured creditors of their property rights protected by the substantive law, even if the debtor had made an agreement with any secured creditor reducing the credit, this reduction cannot be imposed on the dissenting creditor; i.e. the credit of the dissenting creditor cannot be impaired. However, even though this is true for the principle credit, it is false for the interest, since the interest rate rolls back to pre-default rate; which will most likely be a reduced rate⁵³. This provision is justly criticized in literature⁵⁴.

Principle problematic aspect of the procedure is the absence of the equality principle within the class. As we have explained above, any concordat (composition) agreement must be equal for the creditors (within the class). However, since the art. 308/h provision authorizes the debtor to make separate agreements with particular secured creditors; it represents a severe deviation from the basic equality principle⁵⁵.

In addition, the Legislator seems to have carefully avoided using the title concordat for this procedure. The article even includes a provision stating that none of the concordat provisions in the Code (art. 285-309/1) are to be implemented for this procedure. However, even though the title suggests a "negotiation", the compulsoriness of the scheme is unmistakable. The ADR aspect of this procedure will be discussed in the following chapter.

One last thing to note regarding negotiation with secured creditors and structuring of credits is that this scheme is not a freestanding one; it must

⁵³ SARISÖZEN, p. 210.

⁵⁴ PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, pp. 112-117; SARISÖZEN, pp. 206-213; BUDAK (Öztek-Konkordato Şerhi), m. 308/h.

⁵⁵ PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, pp. 184.

be carried out ancillary to an ordinary concordat procedure. As the provision stipulates, this scheme can be confirmed by the court only if the main ordinary concordat is confirmed. Therefore, if the unsecured creditors do not approve the (main) concordat plan, the article 308/h procedure cannot be mandatory. However, if the article 308/h procedure fails, main concordat is unaffected from this; since this is an ancillary scheme.

4. CONCORDAT IN BANKRUPTCY

Concordat in bankruptcy is very similar to the ordinary concordat in many aspects. As the name suggest, the aim of this type of concordat is not the prevention of bankruptcy but to deliver the debtor out of bankruptcy. If the debtor whose assets are being liquidated within a bankruptcy process presents a concordat proposal and it is accepted by the creditors and confirmed by the court, the bankruptcy status gets removed by the court (art. 309). Since liquidation is already under way, there is already a stay/moratorium in this type of concordat. In addition, the board of trustees operating in the liquidation assumes the duty of the (concordat) commissioner; therefore a separate commissioner is not appointed by the court. The conditions for approval and confirmation as well as the admissible contents of the proposal are identical to the ordinary concordat. The Code limits the application for this type of concordat within a liquidation procedure to a single time; i.e. if the proposal fails, the debtor cannot apply with a second proposal (art. 309).

5. CONCORDAT BY WAY OF CESSION OF ASSETS

As we have discussed above, concordat by way of cession of assets was introduced in 2003 with the 4949 reform. This type of reorganization combines various aspects of ordinary concordat and bankruptcy liquidation. Even though it is proposed, approved and confirmed in a similar fashion to concordat, the end result is the liquidation of the debtor's assets. Unfortunately, the practice of concordat by way of cession of assets is almost non-existent in Turkey⁵⁶.

The proposal must contain the particulars of the liquidation. It must state how the assets will be handled, transferred or sold, whether the creditors have waived from the remainder of their credits, how the liquidation officers and the creditors committee will be formed and other points determined by the Code (art. 309/b).

⁵⁶ YILMAZ, p. 1283.

After the confirmation of the concordat becomes final (i.e. all appellate remedies are exhausted), the power of disposition over the debtor's assets (not the assets themselves) are transferred to the creditors, or the assets are transferred to third parties and the profits go directly to the creditors (art. 309/c). The assets of the debtor form an estate, and this estate is represented by the liquidation officers (and the creditors committee). Even though concordat by way of cession of assets resembles the bankruptcy liquidation, the former is much more flexible and efficient, since necessary rulings are made directly by the creditors committee and executed by the liquidation officers⁵⁷.

Similar to the bankruptcy liquidation, after the credit claims are accepted and the liquidation of the estate is finished, liquidation officers draft a payment schedule and distribute the proceeds to the creditors accordingly. The major difference here is that, unlike bankruptcy, insolvency certificate is not issued to any unpaid (impaired) creditors⁵⁸. Therefore, at the end of the proceeding, at least in principle, the debtor is discharged from her unpaid debts, as this is the case with the other types of concordat.

6. RESTRUCTURING OF CORPORATIONS AND COOPERATIVES VIA RECONCILIATION

A. Requirements for Restructuring

Restructuring of corporations and cooperatives via reconciliation represents the more professional aspect of reorganization in Turkish insolvency law. Unlike concordat which is available to any debtor; restructuring, as the name suggest, is available only to corporations and cooperatives. It is also more complicated than simple concordat since the debt-credit relations involved in this procedure are usually more complicated as well. Unlike the previously examined reorganization procedures, reconstruction involves a reorganization of the corporation itself, along with the reorganization of the debts⁵⁹. It must be noted however, as it is the case with concordat by way of cession of assets, reconstruction by reconciliation is unfortunately is a rarely utilized way of reorganization⁶⁰.

⁵⁷ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, p. 714.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ TAŞPINAR AYVAZ, p. 291; YARICI, pp. 20-25.

⁶⁰ YILMAZ, p. 1297; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, p. 719.

In order for a debtor to apply for this type of reorganization, it must be a joint stock company, a limited liability company, a commandite company limited by shares, or a cooperative. Banks and insurance companies are barred from applying for restructuring as debtors (art. 309/t). Being in financial trouble constitutes sufficient grounds for application; the company could be over-indebted, insolvent or even carry a probable risk for either⁶¹. The application is made to the commercial court with a detailed restructuring project. The expected contents of the project are determined by the Code (art. 309/n). The project must include:

(1) Conditions to be applied to creditors affected by the project and how equality is going to be ensured between similar creditors;

(2) Possible effects of the project to contracts which the debtor is a party to;

(3) Effects of the project to the debtor's power of disposition on its assets;

(4) Whether the debtor is going to resort to financial resources such as loan should it is deemed necessary;

(5) Methods to ensure feasibility of the project such as transfer of the business, mergers, amendments to charter, assignment of management of the business, continuance for debts, modification of interest rates, issuance of securities;

(6) Who will audit the implementation of the project after confirmation;

(7) Acknowledgment that the dissenting creditor will be treated equally with similar creditors, unless said creditor had expressly accepted less than what is provided for her class.

B. Stay, Approval and Confirmation of the Project, Revocation

Along with the project, the debtor must also present any relevant documents such as financial statements, list of creditors etc. to the court. The debtor must also provide the notarized records for the approval process of the project (art. 309/o). The complete negotiation and approval (ballot) processes in restructuring occur prior to the application to the court. Therefore, no stay/moratorium is available for the debtor before the project is presented to the court. Unlike concordat, the debtor, in restructuring, may create classes,

⁶¹ TAŞPINAR AYVAZ, pp. 297-301.

provided that similar credits are placed in the same class⁶². A creditor, due to her various credits from the debtor may be placed in multiple classes⁶³. When this is the case, said creditor casts a vote for each class that she is, resulting in multiple votes⁶⁴. Each class member must be treated equally⁶⁵. Unlike concordat, the debtor may also designate credits that are to be excluded from reconstruction⁶⁶. Creditors of such credits are not allowed to vote. Since the voting process is carried out outside the court, it must be conducted professionally and in accordance with the Restructuring of Corporations and Cooperatives via Reconciliation Regulation (RCCRR) issued by the Ministry of Justice in 2004. Each class must approve the project with simple majority with respect to creditors and at least two thirds with respect to the total amount of credit within the class. If multiple classes are designated, said majority must be satisfied by all classes. As we will explain in the following chapter, there is no cram down power; the project cannot be confirmed if a class does not approve the project (art. 309/m/IV).

After the debtor applies to the commercial court and presents the project and other required documents as stated above, the court commences the proceedings. Upon the request of the debtor or any creditor, the court may issue injunctions or any other provisional remedies. This power includes the stay of any compulsory enforcement procedures against the debtor, limited to creditors affected from the project (art. 309/ö). The court may also appoint an interim auditor to either directly assume control of the operations of the debtor or to audit said operations until the confirmation or rejection of the project. This auditor may be elected by the debtor and the creditors.

The court examines the application thoroughly and in order for it to confirm the project, it must determine that (1) the debtor is acting in good faith, (2) all requirements set by the Code are met, and (3) the amount to be received by dissenting creditors matches the amount to be procured by bankruptcy liquidation (art. 309/p). Otherwise, it rejects the project. Upon rejection, all injunctions and provisional remedies imposed by the court (such as

⁶² Ibid, p. 308.

⁶³ Ibid, pp. 313-314; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKIN ÖZKAN / ÖZEKES, p. 840; Restructuring of Corporations and Cooperatives via Reconciliation Regulation, art. 6.

⁶⁴ TAŞPINAR AYVAZ, p. 332.

⁶⁵ YARICI, p. 57.

⁶⁶ Ibid, p. 303.

moratorium) are automatically vacated (art. 309/r). If the project is confirmed, the court also appoints one or multiple auditors to audit the application of the project. Upon the confirmation judgment, the project commences. The conditions of the project supersede any and all agreements between the debtor and the affected creditors.

Should the debtor perform the conditions of the project accordingly; it is discharged from its debts created before the confirmation. However, if it fails to do so, similar to concordat, restructuring may be revoked by the court upon identical grounds (art. 309/s). The project may also be partially amended involving a creditor if needed by the court's permission (art. 309/ş). If the debtor breaches the conditions of the project, the court is informed by the auditor or the creditors. If the court determines that the project could not be salvaged or the financial creditor is not paid, it renders a judgment for bankruptcy (art. 309/t).

CHAPTER III: THE ADR PERSPECTIVE

1. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN GENERAL

Alternative dispute resolution or ADR in short, refers to a range of mostly out-of-court and voluntary dispute resolution procedures between dissenting parties, usually involving an independent and neutral third party whose role is to lead the parties to reconciliation and ultimately settlement⁶⁷. This definition however may be somewhat restricting, since there are many types of ADR methods utilizing various techniques for dispute resolution. Most common ADR methods throughout the world are negotiation, mediation and conciliation. Whether arbitration is a type of ADR is a matter of dispute, however examination of this dispute exceeds the confines of this article⁶⁸.

ADR is a concept that is dependent on the concept of dispute; meanwhile dispute is a concept that is based on the concept of conflict⁶⁹. When or if a conflict between parties is turned into conflict, it is ought to be resolved. Traditional dispute resolution sits with the state. One of the principle duties of the state is to enforce its subjects' rights should they need enforcement⁷⁰. If a

⁶⁷ ÖZBEK, pp. 167-168; ILDIR, p. 26; GÖKSU (ADR), p. 18; KERLEY / BANKER HAMES / SUKYS, p. 11; JAMES / HAZARD / LEUBSDORF, p. 349.

⁶⁸ See EKMEKÇI / ÖZEKES / ATALI / SEVEN, pp. 10-12.

⁶⁹ ÖZBEK, p. 99 ff.

⁷⁰ KURU, p. 48. Also the Constitution, art. 36 (Freedom of Claiming Rights).

subject fails to deliver the right of another subject, the state intervenes with the request of the aggrieved party. Even though this duty of the state is constant, parties may want to and are increasingly willing to resolve their disputes through more amicable means. ADR provides tools for reconciliation, rather than judgments⁷¹.

Alternative dispute resolution may be seen as “dispute resolution” in itself or a tool in pursuit of settlement. In Turkish law, it is mostly the former. Settlement or *sulh* in Turkish refers to parties’ agreement on ending a dispute with mutual concessions⁷². The term *sulh* literally means peace. Settlement finds its place in the Code of Civil Procedure. Settlement terminates the court action as well as the right of claims of the parties regarding that action⁷³. However, this is the case for an in-court settlement. Out-of-court settlements are excluded from this rule. Out-of-court settlements refer to law of obligations agreements between parties; these types of agreements are not designated by the Turkish Code of Obligations⁷⁴. However they are known and utilized, even if rarely. Major Turkish ADR methods on the other hand, which are mediation and conciliation, deliver their own comprehensive legal results apart from settlement. Both the Law on Mediation in Civil Disputes and the Law of Lawyers, designate the legal characteristics of the “record of agreement” according to their respective procedures. Therefore, neither of the major ADR methods utilized in Turkey leads the parties to a *sulh*, but to a propriety record of agreement, that is accepted as an enforceable document by the law. The parties however, at least in principle, can transform this agreement to an in-court settlement, should they wish so.

The Turkish viewpoint of dispute resolution contains another important aspect, which is the distinction between a legal dispute and a monetary claim. Mostly due to the fact that Turkish law implements debt enforcement procedures regarding monetary claims without the need for a court judgment⁷⁵, Turkish civil procedural law and Turkish compulsory enforcement law are deemed

⁷¹ JAMES / HAZARD / LEUBSDORF, p. 344; ÖZBEK, pp. 173-174.

⁷² ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR- AYVAZ / HANAĞASI (Usul), p. 566; TANRIVER (Usul), p. 1022. Also the Code of Civil Procedure art. 313.

⁷³ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR- AYVAZ / HANAĞASI (Usul), pp. 566-567; TANRIVER (Usul), p. 1030. Also the Code of Civil Procedure art. 315.

⁷⁴ KILINÇ, p. 510.

⁷⁵ For claims other than money, the creditor must file an action and secure an enforceable judgment. (GÖKSU (Recovery), p. 4)

distinct yet tightly connected legal disciplines. Most of the proceedings in debt enforcement procedures, even the ones that involve compulsory enforcement courts, do not ultimately resolve disputes between the debtor and the creditor; they rather advance the enforcement proceedings⁷⁶. Namely, the procedure itself does not result in *res judicata*. Only if a court other than compulsory enforcement court gets involved in the process and said court resolves the disputes in accordance with general rules and provisions, then it becomes a dispute resolution in the real sense, or at least in the Turkish jurists' eyes.

This distinction is also evident in mandatory (compulsory) mediation provisions: In Turkish law, barring some exceptions, labor disputes, commercial disputes involving a monetary claim and consumer disputes must be mediated before litigation⁷⁷. The proper term for this burden is called mediation as procedural requirement. If the creditor (or the debtor in some instances) files an action to resolve a dispute that is subject to mandatory mediation without trying mediation beforehand, the court dismisses the case on procedural grounds. However, this rule only applies to filing an action (i.e. "real" dispute resolution), but not applying for debt enforcement without a judgment⁷⁸. If the claim is monetary, the creditor may claim the credit via the enforcement procedure; she may even request the removal of objection in the compulsory enforcement court if the debtor had objected to the claim; the creditor is not obliged to mediate the dispute, since said procedure is not a real lawsuit⁷⁹. This freedom solely relies on the fact that enforcement procedures without a judgment are not deemed real dispute resolution, as they lack *res judicata* as we have explained above. These points must be established and noted beforehand, since they will be crucial in our evaluation of reorganization.

2. ARE ENFORCABLE CREDIT CLAIMS DISPUTES?

The answer to this question is heavily dependent on the type of enforcement, which the enforceable credit claim is subject to. If one is talking about partial (or individual) debt enforcement, the answer should be "it usually is". The affirmative answer is mostly encountered within the enforcement without a judgment. If the debtor objects to the proceeding, which it is usually

⁷⁶ KURU, p. 66; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKIN ÖZKAN / ÖZEKES, p. 117.

⁷⁷ See GÖKSU (ADR), p. 73 ff.

⁷⁸ EKMEKÇI / ÖZEKES / ATALI / SEVEN, p. 195; ERMENEK / AZAKLI ARSLAN, p. 149, 155.

⁷⁹ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR- AYVAZ / HANAĞASI, p. 186.

the case, it is evident that there is not just a conflict but also a dispute between the parties. Even if the debtor abstains from objecting to the proceeding; since the proceeding does not constitute *res judicata* on its own as we have stated above, she may file an action for restitution against the creditor at a later date⁸⁰. In regular enforcement procedures (i.e. enforcement based on judgment) however, disputes are rare. Since a court had already removed the dispute with a (final) judgment, disputes in this case generally arise from ancillary matters such as the statute of limitations for the judgment. If there is a dispute between the parties, than a dispute resolution should of course be carried out. However, if there is no dispute between the parties, for example if a judgment on the matter exists, yet the debtor simply failed to pay; now the question is whether this claim is a dispute. Then the answer is “no”. This, at least in Turkish law, cannot be conceived as dispute, but a conflict. Therefore, a conflict resolution may become necessary, but not dispute resolution. This probability (conflict resolution) is addressed in the CCEB. The Code allows for the parties to make agreements (e.g. continuance for payment) before the enforcement agency and determines the outcomes of such agreements⁸¹. Therefore, even during an individual enforcement, amicable conflict resolution is probable and even encouraged.

Similar arguments may also be made regarding insolvency, or collective enforcement as it is called in Turkish law. The major difference between individual and collective enforcement with regard to our current subject, is mostly the probable lack of a claim in the latter. Since all individual enforcement procedures begin with a claim; a dispute or at least a conflict is always present. However, in collateral enforcement, a creditor whose credit is not even yet overdue may (and should) become involved due to the collectiveness of the procedure. On the other hand, a creditor may have initiated the insolvency proceedings; or the claim brought forward by the creditor may be rejected by the debtor. Therefore, it depends on the matter at hand. On some occasions, a complete absence of dispute is also possible in insolvency proceedings: The debtor may have accepted all her debts but simply failed to pay them. If the credit claimed by the creditor is contested by the debtor or the officer(s) carrying out the procedure (e.g. liquidation officer, board of trustees etc.); or even another creditor, than a dispute is deemed existent and it must be resolved.

⁸⁰ GÖKSU (Recovery), p. 13.

⁸¹ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, p. 276 ff.

If there is no such dispute or they are resolved by any means, then the amount to be paid as the result of the proceedings becomes the primary issue. If the procedure is bankruptcy liquidation, the creditors are paid in accordance with rules and regulations and they make do with what they procure. However, if the procedure at hand is a type of reorganization, the procedure itself becomes a matter of contention. If the debtor accepts all credit claims however lacks the means to pay them and resorts to concordat or Chapter 11 bankruptcy or voluntary agreement or any other similar procedure; is there a dispute between the debtor and her creditors? This is the major question to be answered. Simple answer to this question is “yes”; because the legal matter at hand now differs from the credit relation between the creditor and the debtor. Even if the amount or type of credit is undisputed, the aspiration of the debtor to pay less or secure a continuance points to a conflict. When said debtor concretizes this aspiration and applies for a reorganization scheme, said conflict transforms into a dispute. And as it is the case with all disputes, this dispute must be resolved. Dispute may also be existent in the matter of involuntary petition, i.e. the request of a creditor for reorganization. Almost all reorganization schemes present this opportunity to creditors yet it is hardly ever encountered. It is more probable and prevalent in liquidation bankruptcy, at least in Turkish bankruptcy law.

3. REORGANIZATION SCHEMES AS TOOLS FOR NEGOTIATION

Apart from the outlying examples such as the now defunct postponement of bankruptcy, the resolution of all reorganization schemes are two-stage affairs: Approval and confirmation. While the first stage is carried out with the direct involvement of the creditors; second and final stage is within court’s jurisdiction. The governance of both stages, especially the second stage may vary according to the type of reorganization. Courts sometimes have vast power of discretion on some matters, while almost none on others. Nevertheless, it should always be within the court’s jurisdiction to confirm a reorganization scheme as it becomes mandatory for the dissenting creditors. This compulsoriness aspect can only be reached with the involvement of a court; it cannot be the achieved nor should it be forced by an administrative order or a type of alternative dispute resolution.

The matter that we should deliberate is then, is the first stage of the reorganization scheme. As we have stated above, almost all reorganization schemes, historically beginning with concordat, must involve the approval

of a number (usually majority) of creditors⁸². One can easily say that, this approval requirement constitutes the *sine qua non* aspect of any reorganization scheme⁸³. This conclusion demonstrates the bridge between insolvency reorganization and amicable dispute resolution.

Since this article is limited to Turkish insolvency law, we will focus on concordat and restructuring of corporations and cooperatives via reconciliation schemes. All procedures under the reorganization umbrella in Turkish law, as we have examined above, are comprised of two stages. The differences between schemes are limited to details.

Both ordinary concordat and concordat by way of cession of assets starts with an application to the court. After the stay period is commenced and necessary steps are taken (e.g. preparation of list of claims), the democratic aspect of the schemes steps in. The creditors are summoned to meet and vote on the project drafted by the debtor. The project is fixed here and the only thing that takes place is the ballot with no signs of a real negotiation⁸⁴. Even the Code fails to make any referrals to a negotiation between the debtor and the creditors. Such negotiation may of course and should be carried out before the finalization of the project and thus the ballot; even though this matter is completely ignored by the Code. If the creditors approve the project with the majority required by the Code, than the first stage gets completed and the court acts for the second stage (i.e. confirmation). If the approval fails, than the need for the second stage is negated since the court lacks the power to confirm a reorganization scheme on its own. Therefore this means the end of the line for the concordat project.

The recently established ancillary procedure to ordinary concordat, namely the negotiation with secured creditors and structuring of debts on the other hand, is completely different with regard to the negotiation concept. Since even the name includes negotiation, it is a very important aspect of the procedure. Unlike other reorganization schemes, all negotiations and agreements made by the parties are carried out individually in the article

⁸² CONWAY, p. 8; EISENBERG, p. 553 ff; VÉLYVIS / MIKUCKIENËP, p. 294.

⁸³ The preamble of the Statute numbered 7101 which repealed postponement of bankruptcy mentions the lack of creditors' input as a reason for the failure of the procedure and promotes negotiation and agreement between the debtor and the creditors as better tools for replacement. (p. 19, <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0913.pdf> - Last accessed: 24.06.2020)

⁸⁴ PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, p. 109.

308/h scheme. This individuality is of course not mandatory, the debtor may submit same terms and conditions to all her secured creditors and enter into the same agreement with them. This freedom on individuality brings forward the infringement of the equality within the class rule by the hands of the Code⁸⁵. This means that the debtor can submit more favorable proposals to her bigger secured creditors and thereby bypass smaller secured creditors. Another critical point in this procedure is that, majority rule is limited to only the amount of credit but not the creditor count. Therefore, for instance if the debtor has a major secured creditor such as a bank who owns at least the two thirds of all her secured debts and an agreement is reached between the two, said agreement, save for any monetary reduction, becomes compulsory for all other dissenting secured creditors after the court's confirmation of ordinary concordat as a whole. Furthermore, the dissenting creditor is deprived of any favorable interest terms on the aforementioned agreement, since the interest rate is stipulated by the Code in this case. Even though the name of the scheme suggests negotiation, one must say that, the lack of protection for dissenting secured creditors in the article 308/h procedure is alarming and far removed from the concept of amicable resolution. One may even say that the Legislator, with this provision, aims to compel secured creditors to negotiate and agree with the debtor in order for them to fend off any unwanted outcome from the compulsoriness of the procedure. Whether this is a positive or a negative approach in the encouragement of amicable resolution is up to the Reader.

Restructuring on the other hand, works differently with respect to approval. Since the ballot stage is carried out before the application to the court and the stay period, unlike concordat, negotiation is more probable. Even the Code and article 5 of the Regulation (RCCRR) mention the phrase "negotiation with creditors". The Code stipulates that the debtor must carry out negotiations with creditors and also summarize said negotiations in the application to the court. But there are no provisions in the Code or the Regulation on how to carry out said negotiations. There are no limitations for such negotiations; it is left mostly up to the debtor⁸⁶. According to the Code, the ballot stage comes after said negotiations. Therefore a negotiation after the commencement of the ballot stage seems, at least in principle, not possible. Similar to concordat, an approval must be given by the creditors with sufficient majority. The court process begins after the negotiation phase and the ballot. Once again, similar

⁸⁵ PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, pp. 113-114.

⁸⁶ TAŞPINAR AYVAZ, p. 325

to concordat, the court cannot confirm a restructuring without the approval of the creditors. The difference here is that, unlike concordat, the debtor pursuing a restructuring may create creditor classes. Each of these classes must approve the proposal. Unlike Chapter 11 or similar reorganization schemes, there is no cram down power in Turkish restructuring provisions⁸⁷. Therefore, if an entire class rejects the proposal, the project cannot be confirmed under the cram down rule; the approval is required as a whole (art. 309/m). The lack of cram down power may be seen, at least in the practical sense, acting in the service of amicable resolution and forces parties to a more encompassing agreement.

4. COMPULSORINESS OF REORGANIZATION SCHEMES (AND CRAM DOWN POWER)

As it is summarized above, all reorganization schemes in Turkish law are subject to creditors' approval. However, the key point is that, approval here is not an express individual approval, but an assumption of approval on the basis of majority. In order for an alternative dispute resolution method to be successful and a settlement (or agreement) is to be achieved, as it is the case in all contracts, a mutual assent between the parties is needed⁸⁸. The major characteristic of ADR procedures is voluntariness⁸⁹. Even in instances such as mandatory (compulsory) mediation, the imperativeness manifests itself in the commencement phase, not the end result. The parties may be obliged to refer to mediation or another ADR procedure by law or by contract; but they cannot be compelled to any solution on which they do not mutually agree. The compulsoriness of reorganization schemes for dissenting creditors clearly clashes with this principle notion. This is why these schemes are mostly considered as not settlements or agreements but collective compulsory enforcement instruments. However, if a debtor and the creditor mutually agree on a type of restructuring of the debt between the two, this is by all means amicable resolution. Furthermore, if the parties have reached to this agreement as the result of negotiation or a process like mediation or conciliation, ADR should duly be credited. These agreements may also be enforced, should they possess necessary requirements imposed by the law (such as mediation agreements, in-court settlements or agreements before compulsory enforcement agencies).

⁸⁷ Ibid, 395-396.

⁸⁸ REISOĞLU, p. 51; EREN, p. 284; KERLEY / BANKER HAMES / SUKYS, p. 399; ÖNEN, p. 23.

⁸⁹ ÖZBEK, p. 277; GÖKSU (ADR), p. 21.

The main question then concentrates on the function of reorganization schemes. If the debtor and the creditors have negotiated and a majority of the creditors approved the scheme, can this be considered a settlement? The answer should be “no”. Settlement, as we have previously explained is a contract; and similar to all other contracts, a mutual assent between the parties must be present⁹⁰. If a person is forcibly included in a “settlement”, it cannot be called as such by definition, since it lacks the fundamental core of the concept of settlement. Therefore any reorganization schemes, be it concordat or restructuring, are defined as compulsory enforcement instruments. They draw their power from the power of the State and could not be enforceable without such power. The major infringers here are the compulsoriness of the procedure and the cram down power. As we have mentioned before, there is no cram down power in any reorganization scheme in Turkish law. The compulsoriness, on the other hand, constitutes the key aspect of all reorganization procedures. However, it must be noted that, the compulsoriness itself is also dependant on the approval of the majority of the creditors. There may not be a complete approval from the creditors as in settlement, but at least major approval exists among the creditors. Therefore, the amicable resolution aspect of the topic could not be overlooked. Furthermore, even if the end result may not be treated as settlement, the process itself is a completely different subject. There is no hindrance, at least in the mind of the writer of this article, for treating reorganization procedures as sort of amicable conflict resolution, if not full-fledged alternative dispute resolution. It is a fact that these schemes encourage the creditors to negotiate with the debtor and vice versa. This encouragement may best be seen with regard to the negotiation with secured creditors and structuring of debts procedure in Turkish law.

Another aspect of the reorganization schemes to be examined on the matter is the time and extent of the compulsoriness, i.e. is the creditor bound by the approval or agreement even if the concordat or restructuring fails? The answer once again must be negative. As we have explained above, these agreements by themselves cannot be regarded as real agreements. Instead, they are merely prerequisites for concordat or restructuring to be confirmed by the court. No concordat or restructuring project may commence and generate its legal results before confirmation. Therefore, even if a creditor agrees to the project, her credit gets impaired only after the confirmation; her declaration of intention cannot be regarded as an acceptance of settlement or waiver. This

⁹⁰ KERLEY, / BANKER HAMES, / SUKYS, p. 399; ÖNEN, p. 23.

concept is also very similar to its counterpart in ADR negotiations⁹¹. This non-binding aspect of the reorganization schemes is very similar to the non-binding proposals and acknowledgments made by the parties in ADR procedures; unless an agreement is signed, none of these proposals or acknowledgments become binding⁹². This conclusion is also evident in the revocation of concordat or restructuring by the court. In such case, even if the creditor has agreed to the project, she can claim the entirety of her once impaired claim. This conclusion however, may be circumvented by the parties, if they have negotiated a real settlement agreement or another agreement such as the one before a mediator.

CONCLUSION

Reorganization schemes in insolvency law are indispensable contemporary tools that are ever evolving and adapting to any jurisdiction in which they are utilized. From the relatively small reorganization of a small debtor, to the restructuring of a billion-dollar corporation, these mechanisms not only rescue and relieve the persons under financial distress, but also deliver results in the macroeconomic scale. The variety and diverseness of reorganization schemes are necessary as needs tend to change from debtor to debtor and legal system to legal system. This diverseness ensures availability of the most relevant measures and reliefs not only to debtors, but also the creditors. In Turkish law, concordat procedures representing the more general side and corporation restructuring proceedings representing the more professional side of reorganization, present strong sustaining alternatives to the bankruptcy that is opposite in nature.

It must be outright admitted that, as the origins and historical roots of reorganization and restructuring schemes suggest, the aim of these schemes are not, at least directly, the amicable resolution between the debtor and the creditors. Whether this aim is the protection of the debtor from ruin or the rescue of financially distressed companies, the amicable resolution aspect appears to be a by-product or even an instrument in achieving said aims. However, it must be noted that, even if an institution is established with a particular purpose in mind, it doesn't mean that it cannot deliver for other needed purposes just as, if not even more, successfully.

⁹¹ ÖZBEK, p. 139. Also the Code of Civil Procedure art. 188/3; the Law on Mediation in Civil Disputes art. 5.

⁹² Ibid.

As we have discussed above in detail, the amicable resolution aspect of reorganization mechanisms should not be overlooked and must be built upon. Reorganization mechanisms should be seen and treated as powerful and valuable tools in the pursuit of resolving conflicts and disputes in a more civilized and sustaining manner. Even if the final result that they produce is not settlement per se, as we have concluded, the process itself must be promoted and advocated as means of conflict or dispute resolution depending on the matters at hand. This promotion and advocacy should be carried out by the State and also the different players in the legal and financial communities in order for these mechanisms to pull away from their one-sided rescue tool image and accepted by the public as vehicles of understanding and peaceful resolution between the dissenting parties.

BIBLIOGRAPHY

- ANSAY, S. Ş.: **Hukuk İcra ve İflas Usulleri**, 5th Edition, İstiklal, Ankara, 1960.
- ARSLAN, R. / YILMAZ, E. / TAŞPINAR- AYVAZ, S. / HANAĞASI, E.: **İcra ve İflas Hukuku**, 5th Edition, Yetkin, Ankara, 2019.
- ATALAY, O.: “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, **7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler**, Oniki Levha, İstanbul, 2018, pp. 111-135.
- ATALI, M. / ERMENEK, İ. / ERDOĞAN, E.: **İcra ve İflas Hukuku**, 2nd Edition, Yetkin, Ankara, 2019.
- AYER, J. D. / BERNSTEIN, M. / FRIEDLAND, J.: “Chapter 11- An Overview of the Automatic Stay”, **ABI Journal**, Vol. XXII, No. 10, December/ January 2004.
- AYHAN, R. / ÇAĞLAR, H. / ÖZDAMAR, M.: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Yetkin, Ankara, 2019.
- BERKİN, N. M.: **İflas Hukuku Dersleri**, Hamle, İstanbul, 1960.
- BÖRÜ, L.: “Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 9 (2) , pp. 341-372.

- CONWAY, L.: **Company Voluntary Arrangements, House of Commons Library Briefing Paper**, No. 6944, 11 June 2019.
- EISENBERG, T.: **Bankruptcy and Debtor-Creditor Law**, Fourth Edition, Foundation, New York, 2011.
- EKMEKÇİ, Ö. / ÖZEKES, M. / ATALI, M. / SEVEN, V.: **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2nd Edition, Oniki Levha, İstanbul, 2019.
- EREN, F.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Volume I, 5th Edition, Beta, İstanbul, 1994.
- ERMENEK, İ. / AZAKLI ARSLAN, B.: “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, **TBB Journal** 2020 (148), pp. 135-196.
- ERMENEK, İ.: **İflasın Ertelenmesi**, 2nd Edition, Adalet, Ankara, 2010.
- GÖKSU, M.: **Alternatif Uyuşmazlık Yolları ve Tahkim**, 2nd Edition, Seçkin, Ankara, 2020. (ADR)
- GÖKSU, M.: “Recovery of Monetary Credits by Way of Procedures for Compulsory Enforcement Without a Judgment According to Turkish Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy”, **Ankara Bar Review**, Year 7, No 1, pp. 81-112. (Recovery)
- GÜRDOĞAN, B.: **İflas Hukuku Dersleri**, Ajans-Türk, Ankara, 1966.
- ILDIR, G.: **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Seçkin, Ankara, 2003.
- JAMES, F. / HAZARD, G. C. / LEUBSDORF, J.: **Civil Procedure**, 5th Edition, Foundation, New York, 2001.
- KALE, S.: “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 5 (1), Spring 2018, pp. 213-269.
- KERLEY, P. / BANKER HAMES, J. / SUKYS, P. A.: **Civil Litigation**, 6th Edition, Delmar, New York, 2012.
- KILINÇ, A.: “Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 77 (2): 503–521.
- KURU, B.: **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2nd Edition, Adalet, Ankara, 2013.

- ÖNEN, E.: **Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1972.
- ÖZBEK, M. S.: **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 3rd Edition, Yetkin, Ankara, 2013.
- ÖZTEK, S. / BUDAK, A. C. / TUNÇ YÜCEL, M. / KALE, S. / YEŞİLOVA, B.: **Yeni Konkordato Hukuku**, Adalet, Ankara, 2018. (Öztek-Konkordato Şerhi)
- PEKCANİTEZ, H. / ATALAY, O. / SUNGURTEKİN ÖZKAN, M. / ÖZEKES, M.: **İcra ve İflas Hukuku**, 11th Edition, Yetkin, Ankara, 2013.
- PEKCANİTEZ, H. / ERDÖNMEZ, G.: **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, Vedat, İstanbul, 2018.
- POSTACIOĞLU, İ. E.: **Konkordato**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1965.
- PULAŞLI, H.: **Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet, Ankara, 2012.
- REİSOĞLU, S.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14th Edition, Beta, İstanbul, 2000.
- ROOME, J. / BANNISTER, T. / SIMMONDS, / T. PFLUEGER, T.: **“Restructuring and insolvency in the UK (England & Wales): overview**, <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/> (Last accessed: 10.06.2020).
- SARISÖZEN, S.: **İcra-İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler**, 2nd Edition, Yetkin, Ankara, 2019.
- TANRIVER S. / DEYNEKLİ, A.: **Konkordatonun Tasdiki**, Yetkin, Ankara, 1996.
- TANRIVER, S.: “4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Adı Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti Ve Değerlendirilmesi”, **TBB Journal**, No 51, 2004, pp. 67-90. (4949)
- TANRIVER, S.: **Konkordato Komiseri**, Yetkin, Ankara, 1993. (Komiser)
- TAŞPINAR AYVAZ, S.: **İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma**, Yetkin, Ankara, 2005.
- TORAMAN, B.: “Konkordato Müessesesi Hakkında 7101 Sayılı Kanunla

Getirilen Yeniliklerin Kanun Yollarına İlişkin Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi”, **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019, pp. 207-225.

TUNÇ YÜCEL, M.: **Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları**, Oniki Levha, İstanbul, 2020.

ULUC, I. / SUTTON, K. R. / YAVASI, M.: Bankruptcy in Turkey: a Comparative Study of Turkey’s Adjourment of Bankruptcy and the United States’ Chapter 11 Reorganization, **University Of Bologna Law Review**, Volume.3:1 2018, pp. 64-122.

UMAR, B.: **İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi**, Ege Üniversitesi, İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, İzmir, 1973.

UZAR, G.N.: **İcra ve İflas Kanunu’nun Tarihsel Gelişimi**, Unpublished Master’s Thesis, Ankara, 2001.

UZAR SCHÜLLER, G.: “Chapter 42: Turkey”, **Collier International Business Insolvency Guide, Vol. 3 - Insolvency Laws of Selected Nations** (Editors: R.F. Broude et al.), LexisNexis 2017.

ÜSTÜNDAĞ, S.: **İcra ve İflas Kanunu’nun Dünü ve Bugünü**, Evrim, İstanbul, 1990.

VÉLYVIS, S. / MIKUCKIENĖP, M.: “Origin Of Bankruptcy Procedure In Roman Law”, **Jurisprudencija**. 2009, 3(117), pp. 285–297.

WARREN, E.: “The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics”, **Michigan Law Review**, Volume 107, Issue 4, 2009, pp. 603-640.

YARICI, H.: **Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması**, Legal, İstanbul, 2007.

YEŞİLOVA, B.: **Modern İflas Hukukunun Gereklilikleri ve Temel Haklar Çerçevesinde Susturma Hakkı / Engelleme Yasası**, Adalet, Ankara, 2015.

YILMAZ, E.: **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Yetkin, Ankara, 2016.

TÜRKİYE-AVRUPA BİRLİĞİ GERİ KABUL ANTLAŞMASI VE 18 MART 2016 TARİHLİ TÜRKİYE-AVRUPA BİRLİĞİ ZİRVE BİLDİRİSİ UYARINCA DÜZENSİZ GÖÇLE MÜCADELE VE BAZI SORUNLU ALANLAR

Hüseyin Akif KARACA*

ÖZ

Türkiye Avrupa Birliği üyelik müzakereleri sürecinde Avrupa Birliği tarafından bir şart olarak ileri sürülmesinin ve vize muafiyeti teşvikinin neticesinde Türkiye-Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması'na taraf olmuştur. Türkiye-Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması kapsamında taraflar bir diğerinin ülkesinde bulunan düzensiz göçmen niteliğindeki kendi vatandaşları ile kendi ülkesinden karşı taraf ülkeye gitmiş üçüncü ülke vatandaşlarını ve vatansız kişileri geri kabul etme yükümlülüğü üstlenmişlerdir. Türkiye ile Avrupa Birliği arasında yapılan 18 Mart 2016 tarihli zirve sonucunda düzensiz göçle mücadele amacıyla tarafların belirli konularda mutabakatını içeren bir bildiri yayınlanmıştır. Bununla birlikte, Türkiye-Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması'na ve 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisine ilişkin bazı sorunlu alanlar bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Türkiye'nin Avrupa Birliği'nin sığınma hukukuna ilişkin düzenlemeleri kapsamında güvenli üçüncü ülke sayılıp sayılmayacağı, bu çerçevede Avrupa Birliği üyesi ülkelerde iltica başvurusunda bulunan düzensiz göçmenlerin kabul edilemez başvuru kapsamında Türkiye-Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması ve 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisini uyarınca Türkiye'ye iade edilebilir edilemeyeceğidir. Sorunlu alanlardan ikincisi, 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisinin hukuki niteliği, uluslararası antlaşma niteliğinde olup olmadığıdır.

Anahtar Kelimeler: düzensiz göçmen, geri kabul, uluslararası antlaşma, güvenli üçüncü ülke, kabul edilemez başvuru.

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı e-posta: akifkaraca@yahoo.com

Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-3893-3132>

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813031

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 13/05/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/09/2020

COMBATTING IRREGULAR MIGRATION UNDER TURKEY-EUROPEAN UNION READMISSION AGREEMENT AND TURKEY-EUROPEAN UNION SUMMIT STATEMENT OF 18 MARCH 2016 AND SOME PROBLEMATIC AREAS

ABSTRACT

Turkey became a party to the Turkey-European Union Readmission Agreement as a result of it had been laid down a condition during European Union membership negotiations and also based on visa liberalisation incentive. According to the Turkey-European Union Readmission Agreement the parties are under obligation to readmit their citizens, third country nationals and stateless persons went to other contracting party from their country, who are qualified as irregular migrants. As a result of the Turkey-European Union Summit dated 18 March 2016 a statement was issued by the parties that contain their agreements on certain matters with the aim of combatting irregular migration. However, there are some problematic areas with regard to Turkey-European Union Readmission Agreement and the statement of 18 March 2016. The first problematic area is whether Turkey is qualified as safe third country according to the European Union refugee regulations and within this framework whether the irregular migrants who made a refugee application could be returned to Turkey based on inadmissible application under Turkey-European Union Readmission Agreement and the statement of 18 March 2016. The second problematic area is the legal character of the statement of 18 March 2016, whether it is qualified as an international treaty.

Keywords: *irregular migrant, readmission, international treaty, safe third country, inadmissible application.*

I. GİRİŞ

Göç bir kişinin siyasi nedenlerden kaynaklı olarak uluslararası koruma bulmak amacıyla veya ekonomik nedenlerle bulunduğu ülkeden bir başka ülkeye taşınmasıdır¹. Göç kavramı düzenli göç ve düzensiz göç olarak ikiye ayrılmaktadır. Düzenli göç yabancıların yasalara uygun olarak bir ülkeye girişi, o ülkede kalışı ve o ülkeden çıkışı anlamına gelmektedir. Düzensiz göç ise yabancıların bir ülkeye girişlerinin, o ülkede ikametlerinin, seyahatlerinin veya çalışmalarının yasalara aykırı olması anlamına gelmektedir. Düzenli göç yerine yasal göç kavramı, düzensiz göç yerine yasa dışı göç kavramları da kullanılmaktadır. Pasaportu veya vizesi olmadan bir ülkeye giren, sınır ihlalleri

¹ APAN, s. 429.

yapan, ikamet veya çalışma izinleri olmadan veya izinlerin süresi bittiği halde sürelerini uzatmadan o ülkede ikamet eden veya çalışan yabancılar düzensiz göçmenleri oluşturmaktadır². Ülkede bulunuşu hukuka uygun olan kişi düzenli göçmen kabul edilirken, hukuka aykırı olan kişi de düzensiz göçmen kabul edilmektedir. Ülkede bulunuşu hukuka aykırı olan kişi uluslararası koruma başvurusu yapmazsa veya başvuru yapar ve başvurusu reddedilirse düzensiz göçmen vasfına sahip olmaya devam edecektir. Uluslararası koruma başvurusu kabul edilirse ülkede bulunuşu hukuka uygun hale geleceği için düzenli göçmen vasfına sahip olacaktır³.

Düzenli göç ve düzensiz göç tanımlarına ülkelerin pozitif düzenlemelelerinde de yer verilmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)⁴ m. 3.1.1’da düzenli göç ve düzensiz göç kavramları tanımlanmıştır. Buna göre, düzenli göç yabancıların yasal yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını ve Türkiye’den çıkışını ifade etmektedir. Düzensiz göç ise yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını, Türkiye’den çıkışını ve Türkiye’de izinsiz çalışmasını ifade etmektedir. Avrupa Konseyi’nin 2008/115 sayılı Geri Dönüş Direktifi⁵ m. 3.1’de düzensiz göç üye ülkelerden birine girmenin, bu ülkelerde ikamet etmenin veya bulunmanın hukuki şartlarını taşımamak olarak tanımlanmıştır.

Dünyada belirli ülkelerde yaşanan işgaller, etnik çatışmalar, iç savaşlar, politik istikrarsızlıklar, insan hakları ihlalleri düzensiz göçe yol açmaktadır. Özellikle Orta Doğu ve Asya ülkelerinden kaynaklanan düzensiz göçte Türkiye hem hedef ülke hem de bu göçmenlerin Avrupa ülkelerine ulaşmakta kullandıkları transit ülke konumuna sahiptir⁶. Geri kabul antlaşmalarının temel amacı düzensiz göçle mücadele etmektir. Geri kabul antlaşmaları, taraflardan birinin ülkesinde bulunan düzensiz göçmenlerin antlaşmada belirlenen usul ve esaslara göre antlaşmanın karşı tarafının ülkesine geri gönderilmesini sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Dar kapsamlı geri kabul antlaşmaları kendi vatandaşlarını kabul etme yükümlülüğü içermekteyken, geniş kapsamlı geri

² EKŞİ, (2016), s. 1.

³ GÖÇMEN, s. 67.

⁴ R.G. T. 11.04.2013-S. 28615.

⁵ Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, “<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0115&from=EN>”, Erişim tarihi: 10.03.2020.

⁶ APAN, s. 432.

kabul antlaşmaları kendi ülkesinden antlaşmanın diğer tarafının ülkesine geçiş yapan üçüncü devlet vatandaşlarının veya vatansızların geri kabulü yükümlülüğünü de içermektedir⁷.

Türkiye ile Avrupa Birliği arasında düzensiz göç olarak da ifade edilen yasa dışı göçle mücadele etmek amacıyla 16 Mart 2013 tarihinde “Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasında İzinsiz İkamet Eden Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Antlaşma”⁸ (Türkiye-AB GKA/Antlaşma) imzalanmıştır. Türkiye-AB GKA’nın yapılmasındaki temel amaç dibacede belirtildiği üzere Türkiye veya AB üyesi ülkelerden birinde ülkeye giriş, bulunma, ikamet şartlarını taşımayan veya daha önce taşıyıp kaybetmiş olan kişilerin karşılıklı olarak Antlaşma’da yer alan aşağıda ayrıntılı inceleyeceğimiz hukuki rejim çerçevesinde geri gönderilmesini düzenlemektir.

Türkiye-AB GKA’nın 1. maddesinin 1. bendinde Antlaşma’nın kişi bakımından kapsamını oluşturan “izinsiz ikamet eden kişi” kavramı tanımlanmıştır. Buna göre izinsiz ikamet eden kişiler “yerel mevzuatta belirtilen ilgili usul uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti’ne veya Üye Devletlerden birine girme, buralarda bulunma ya da ikamet etme şartlarını taşımayan veya artık taşımayan kişiler” olarak tanımlanmıştır. Türkiye-AB GKA’da düzensiz göçmen terimi yerine “izinsiz ikamet eden kişi” teriminin kullanıldığı ve yukarıda yer verdiğimiz AB Geri Dönüş Direktifi’ndeki tanımın esas alındığı görülmektedir. Geri kabul kavramı da Türkiye-AB GKA’nın 1. maddesinin n bendinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre geri kabul “Antlaşma hükümleri uyarınca, talep eden devlette yasa dışı giriş yaparken, yasa dışı orada bulunurken veya ikamet ederken yakalanan kişilerin (kendisinden talepte bulunulan devlet vatandaşlarının, üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansız kişilerin) talep eden devlet tarafından transferi ve talepte bulunulan devlet tarafından kabulü” anlamına gelmektedir. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere Türkiye-AB GKA’nın karşı tarafının ülkesinde bulunan düzensiz göçmen niteliğindeki kendi vatandaşlarının veya aşağıda ele alacağımız üzere kendi ülkesi üzerinden Antlaşma’nın karşı tarafının ülkesine girmiş üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansızların Antlaşma’da belirtilen hükümlere göre geri kabulünü düzenlemektedir.

Bir yabancı düzensiz göçmen niteliğine sahip olup olmadığı, yani o ülkeye girişinin veya o ülkede bulunmasının hukuka aykırı olup olmadığının

⁷ EKŞİ, (2016), s. 2-3.

⁸ R.G. T. 02.08.2014-S. 29076.

tespiti ilgili devlette geçerli hukuk kurallarına göre yapılacak ve geri gönderme kararı verilebilecektir. Geri kabul antlaşmaları geri gönderme kararını uygulamanın aracı niteliğindedir⁹. Bu yönüyle geri kabul antlaşmaları düzensiz göçmenlerin özellikle sınır dışı edilecek ülkenin iş birliği yapmaması hâlinde sınır dışı edilmesinde karşılaşılan zorlukları bertaraf etmekte ve ülkeden çıkarılmalarını sağlamaktadır¹⁰.

AB geri kabul antlaşmalarını geçmişten bugüne sınırlarını temelde Avrupa'nın doğusu, Balkanlar ve Türkiye üzerinden gelebilecek düzensiz göçe karşı korumak için yapmaktadır¹¹. Göçün kaynağı olan menşe ülkeler yerine transit ülkelerle geri kabul antlaşmaları yapılmasının sebebinin menşe ülkelerin geri kabul antlaşması yapmaya yanaşmamasının yanı sıra bu ülkelere geri göndermenin uluslararası hukuk kaynaklı yükümlülük olan geri göndermeme ilkesinin ihlalini oluşturabilecek olması gösterilmektedir¹². Bununla birlikte, AB için geçerli çekinceler Türkiye için de geçerlidir. Bu yönüyle AB'nin taraf olduğu geri kabul antlaşmaları antlaşmanın diğer tarafını bir yük aktarım aracı veya düzensiz göçmen deposu hâline getirme ihtimalini barındırmaktadır¹³.

Öte yandan, AB'nin yaptığı geri kabul antlaşmaları benzer nitelikli hükümler içeren yeknesak anlaşma niteliğindedir. Bu çerçevede, geri kabul antlaşmalarının karşı tarafı son derece sınırlı hususları müzakere edebilmektedir¹⁴. Müzakerelerin en fazla yer bulabildiği konu üçüncü ülke vatandaşlarının geri kabulü ve bunun şartları ile süreler ve belgelere ilişkin teknik ayrıntılar müzakere konusu olabilmektedir. Bununla birlikte müzakereler AB'nin genel çerçevesini belirlediği taslak üzerinden yürümektedir¹⁵. Türkiye-AB GKA'nın müzakere süreci de 2002 yılında AB Konseyi'nin AB Komisyonu'na yetki vermesi ile başlamış, 2003 yılında AB Komisyonu tarafından hazırlanan taslak Türkiye'ye iletilmiş ve 2005 yılında müzakerelere başlanmıştır. Türkiye-AB GKA 2012 yılında paraf edilmiş ve 16 Aralık 2013 tarihinde imzalanmıştır. Antlaşma Türkiye bakımından,

⁹ GÖÇMEN, s. 24.

¹⁰ EKŞİ, (2016), s. 4-5; APAN, s. 435.

¹¹ ÖZKAN, s. 231.

¹² BATIR, s. 586.

¹³ KÜÇÜK, s. 112.

¹⁴ SCHIEFFER, s. 353; APAN, s. 440.

¹⁵ SCHIEFFER, s. 355.

üçüncü ülke vatandaşı ve vatansız kişilerin geri kabulüne ilişkin hükümler hariç, onay ve uygun bulma işlemlerinin ardından 1 Ekim 2014'te yürürlüğe girmiştir¹⁶. Türkiye-AB GKA'nın üçüncü ülke vatandaşlarını ve vatansızları geri kabule ilişkin 4. ve 6. maddede yer alan hükümlerinin m. 24.3 uyarınca Antlaşma yürürlüğe girdikten 3 yıl sonra, 1 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe girecek olması AB'yi bu kişilerin Türkiye tarafından daha erken bir tarihte geri kabulüne yönelik adım atmaya zorlamıştır¹⁷. Tarihin geriye çekilmesi için Ortak Geri Kabul Komitesi 2/2016 sayılı kararı almıştır. Türkiye, Ortak Geri Kabul Komitesi'nin 2/2016 sayılı kararının onaylanmasını 6714 sayılı Kanun ile uygun bulmuştur. Doktrinde bu durum Ortak Geri Kabul Komitesi'nin m. 19 uyarınca sadece öneride bulunma yetkisi olduğu, Antlaşma'da değişiklik yapmaya yetkisi olmadığı, uluslararası antlaşmada değişiklik yapmaya ilişkin usule uyulmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir¹⁸. Bununla birlikte Türkiye-AB GKA'nın yürürlüğü makalemizin sonunda ele alınacağı üzere 2019 yılının temmuz ayında askıya alınmıştır¹⁹.

AB'nin taraf olduğu geri kabul antlaşmalarının AB'nin oluşturduğu yeknesak sözleşmeler üzerinden müzakere edilmesi ve yukarıda açıklandığı üzere AB yararına olması antlaşmaların diğer tarafına bazı teşviklerin sağlanması yoluyla antlaşmaların kabul ettirilmesi sürecini doğurmuştur²⁰. AB ile yapılan geri kabul antlaşmaları Türkiye-AB GKA'da da belirtildiği üzere eşit ortaklık ilkelerine dayansa ve antlaşma metinlerinde karşılıklılık temelinde eşit yükümlülükler öngörülse de uygulamada asimetrik nitelikli antlaşmalardır. Bunun nedeni, düzensiz göçün akış yönünün AB'den diğer ülkelere olmaktan ziyade, Türkiye örneğinde de olduğu gibi AB'ye dönük olmasıdır. Bu nedenle, antlaşma metinlerinde öngörülen geri kabul yükümlülüklerini AB üyesi devletlerden ziyade AB ile geri kabul antlaşması yapan devletler fiilen yerine getirecektir. Bu durum da AB ile geri kabul antlaşmaları yapan devletlerin belirli teşvikler temelinde bu antlaşmaları yapmasına neden olmaktadır²¹.

¹⁶ APAN s. 442-443; ÖZKAN, s. 495.

¹⁷ EKŞİ, (2017), s. 52.

¹⁸ EKŞİ, (2017), s. 53-55.

¹⁹ “http://www.mfa.gov.tr/disisleri-bakani-sayin-mevlut-cavusoglu_nun-tgrt-haber-kanalina-verdigi-ozel-ropartaj-22-07-19.tr.mfa”, Erişim tarihi: 10.03.2020.

²⁰ SCHIEFFER, s. 356; APAN, s. 438.

²¹ TOKUZLU, (2010), s. 9; EKŞİ, (2016), s. 22.

Bu teşvikler geri kabul antlaşmasının müzakere edildiği ülkenin özelliği ve önceliklerine göre ekonomik iş birliği, AB piyasasına uygun koşullarda erişim, ülkelerin gelişimine dönük destekler olabilmektedir. Türkiye örneğinde AB üyelik süreci müzakereleri ve geri kabul antlaşmasının uygulanması neticesi vize muafiyeti sözü teşvik edici unsur olmuştur²². Türkiye'nin gündemine geri kabul antlaşmasının girmesinde vize muafiyetinin yanı sıra geri kabul antlaşmasının AB üyelik sürecinde Türkiye'ye bir şart olarak koşulmuş olması da bir diğer temel etkidir. Bu çerçevede, Türk mevzuatının AB mevzuatına uyumlaştırılması sürecinde 2001 Ulusal Programı'nda Türkiye, yasa dışı göçün önlenmesi amacıyla AB'nin kabul, geri kabul, sınır dışı, iltica ve göçe ilişkin müktesebat ve uygulamalarını gerçekleştirmeyi taahhüt etmiştir. 2005 yılında İltica ve Göç Alanında AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı kabul edilmiştir. Ulusal Eylem Planı Türkiye'nin AB'ye katılım müzakereleri sürecinde Türk yabancılar hukuku, iltica ve göç mevzuatı ve sistemini AB müktesebatı ve sistemi ile uyumlu hâle getirmeyi amaçlamaktadır. Ulusal Eylem Planı'nda gerek Türkiye-AB GKA'nın yapılması gerek menşe ülkelerle geri kabul antlaşmaları yapılması hedefi de yer almıştır²³.

Türkiye'nin AB ile geri kabul antlaşması yapmaktaki temel amaçlarından biri vize muafiyeti sağlamak olsa da Türkiye-AB GKA'da Türkiye'ye vize muafiyeti sağlanacağına dair AB'nin herhangi bir taahhüdü bulunmamaktadır. Sadece Antlaşma'nın sonunda yer verilen bir ortak beyanda vize konusunda iş birliğinin gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, ortak beyanda da AB herhangi bir taahhütte bulunmamıştır. Vize muafiyeti ayrı bir süreç olarak Türkiye-AB GKA ile aynı tarihte Türkiye ile AB arasında imzalanan Vize Muafiyeti Mutabakat Metni ile başlamıştır. Vize muafiyeti süreci Türkiye-AB GKA'nın imzası ile başlayan düzensiz göçle mücadele ile paralel devam etse de buna ilişkin hukuki çerçeve bağımsızdır. Bu çerçevede AB tarafından Vize Muafiyeti Süreci Yol Haritası hazırlanmış, ancak Türkiye'nin itirazları üzerine Vize Muafiyeti Süreci Meşruhatlı Yol Haritası hazırlanmıştır. Bu yol haritasında beş başlık altında toplanan 72 şartın yerine getirilmesi ve Türkiye-AB GKA'nın uygulanması hâlinde Türkiye'ye vize muafiyeti tanınacağı belirtilmiştir²⁴. Bununla birlikte, makalemizin kapsamına dâhil olmadığından

²² SCHIEFFER, s. 356; TOKUZLU, (2010), s. 9-10.

²³ ÖZKAN, s. 439-440.

²⁴ T.C. AB Bakanlığı, **Türkiye-AB Vize Muafiyeti Süreci ve Geri Kabul Anlaşması Hakkında Temel Sorular ve Yanıtları**, s. 3-4. https://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_

vize muafiyeti süreci hakkında bu kadar bilgi vermekle yetinilecektir.

Türkiye-AB GKA'nın imzalanması ile başlayan düzensiz göçle mücadelede önemli bir diğer metin 18 Mart 2016 tarihinde yapılan Türkiye-AB Zirvesi Bildirisi²⁵ olarak yayınlanan mutabakattır. Bu mutabakat çerçevesinde taraflar düzensiz göçle mücadele amacıyla karşılıklı taahhütlerde bulunmuşlardır. Makalemizin temel amacı, düzensiz göçle mücadelede Türkiye-AB GKA kapsamında tarafların hak ve yükümlülükleri ile 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisinde yer alan taahhütlerin ve bu düzenlemelere ilişkin sorunlu alanların incelenmesidir. Bu çerçevede, Türkiye-AB GKA kapsamında tarafların hak ve yükümlülüklerinin incelenmesinin yanı sıra, ilgili AB düzenlemeleri uyarınca düzensiz göçmenlerin sığınma hakkı ve bu bağlamda Türkiye-AB GKA'nın rolü incelenecektir. 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisinin içeriği ve tartışmalı olan hukuki niteliği de makalemizde ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. TÜRKİYE-AVRUPA BİRLİĞİ GERİ KABUL ANTLAŞMASI

A. Uygulama Alanı

1. Kişi Bakımından

Türkiye-AB GKA'nın kapsam başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrası Antlaşma'nın hangi kişilere uygulanacağını düzenlemektedir. Türkiye-AB GKA, m. 2.1 uyarınca Türkiye veya AB üyesi devletlerden birine girme, bulunma veya ikamet etme şartlarını taşımayan veya daha önce taşıyıp yitiren kişiler hakkında uygulanacaktır. Bu çerçevede, bu ülkelere vizesiz giren, vize süresi dolduğu hâlde ülkeyi terk etmeyen, ikamet veya ikamet dışı bulunma izinleri olmayan veya bunlara sahip olup sonradan yitiren kişilere Türkiye-AB GKA hükümleri uygulanacaktır. Bu kişiler Türkiye veya AB üyesi ülkelere birinin vatandaşı olabileceği gibi üçüncü bir ülke vatandaşı veya vatansız kişiler de olabilir. Antlaşma'ya taraf ülke vatandaşları ve AB üyesi ülke vatandaşları her şartta GKA kapsamına girmekteyken, üçüncü ülke vatandaşları veya vatansızlar ancak taraf ülke üzerinden diğer taraf ülkeye gitmişse kapsam dâhilindedirler.

vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf", Erişim tarihi: 10.03.2020.

²⁵ 18 Mart 2016 Tarihli Türkiye-AB Zirvesi Bildirisi, "https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/18_mart_2016_turkiye_ab_zirvesi_bildirisi_.pdf", Erişim tarihi: 10.03.2020.

Türkiye-AB GKA m. 2.3'te üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişiler bakımından bir istisnaya yer verilmiştir. Üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişiler bakımından Türkiye'nin geri kabul yükümlülüklerini düzenleyen m. 4 ve AB'nin geri kabul yükümlülüklerini düzenleyen m. 6'da belirtilen koşulların sağlandığının, Antlaşma'nın diğer tarafına kendi ülkesinden gittiğinin ispatının m. 10.1'de belirtildiği üzere Ek 3'teki belgelerle yapılması gerekmektedir. Ek 3'te belirtilen belgelerle iadeye konu kişinin belirtilen koşulları taşıdığı ispat edilemediği takdirde geri kabulü talep eden devletin yetkili makamlarının ilgili kişinin yasa dışı olarak ülkelerinde bulunduğu hakkında bilgi edinmesinden 5 yıl önce, kişinin geri gönderilmek istenilen devlet topraklarını terk etmesi hâlinde Antlaşma bu kişilere uygulanamayacaktır.

Vatandaş yönünden geri kabul yükümlülüğü uluslararası hukuk kaynaklı bir yükümlülüktür. Vatandaşın geri kabul edilmesi konusunda uluslararası örf adet kuralı bulunmaktadır. Geri kabul antlaşmaları vatandaşın geri kabulünü aynı zamanda uluslararası antlaşma altında bir yükümlülük hâline getirmektedir. Bununla birlikte, üçüncü ülke vatandaşları ve vatansızlar açısından bir devletin kabul yükümlülüğü yoktur. Geri kabul antlaşmaları esas işlevselliğini üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız olan düzensiz göçmenlerin iadesi konusunda ortaya koymaktadır²⁶.

2. Coğrafi Alan Bakımından

Türkiye-AB GKA'nın coğrafi uygulama alanını belirleyen 22. maddesi uyarınca Antlaşma temel olarak Avrupa Birliği Antlaşması'nın yürürlükte olduğu ülkeler ve Türkiye'de uygulanacak olmakla beraber Danimarka'da uygulanmayacaktır. İrlanda ile Antlaşma'nın imzalandığı tarihte hâla AB üyesi olan İngiltere AB'nin Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı bakımından farklı kurallara tâbidirler. AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın ekinde yer alan 21 No'lu Protokol uyarınca İngiltere ve İrlanda'nın Antlaşma'ya katıldıklarını bildirmeleri gerekmektedir. İngiltere bu bildirimini yaparak Türkiye-AB GKA'sına katılmış, İrlanda katılmamıştır²⁷.

²⁶ GÖÇMEN, s. 33.

²⁷ EKŞİ, (2016), s. 65.

B. Türkiye-Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması ile Diğer Hukuk Düzenlemeleri ve Araçları Arasındaki İlişki

1. Genel Olarak

Türkiye-AB GKA'nın kapsam başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasında Antlaşma'nın uygulanmasının m. 18'de belirtilen araçlara etki etmeyeceği belirtilmiştir. Atıf yapılan saklı tutulan hükümler başlıklı m. 18'de Antlaşma hükümlerinin AB'nin, Türkiye'nin ve üye devletlerin taraf olduğu diğer uluslararası antlaşmalar dâhil uluslararası hukuktan kaynaklı hak, sorumluluk ve yükümlülüklerine etki etmeyeceği düzenlenmiştir. Türkiye-AB GKA uluslararası antlaşmalardan kaynaklı yükümlülüklerle hâlel gelmeyecek şekilde ve; bu uluslararası antlaşmalarla uyumlu olarak uygulanacaktır. Bu çerçevede, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna dair Konvansiyon (Cenevre Konvansiyonu) ve 1967 tarihli Ek Protokol ile devletleri iltica başvurularını incelemekle sorumlu tutan uluslararası antlaşma hükümleri saklıdır. 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani, Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme hükümleri de saklı tutulmuştur. Suçluların iadesi ve geri kabulü ile ilgili uluslararası antlaşmalar ile yabancıların geri kabulüne ilişkin çok taraflı uluslararası antlaşma hükümleri de saklıdır. Uygulanabildiği ölçüde 1955 tarihli Kuruluşa dair Avrupa Antlaşması da m. 18 kapsamında saklı tutulan düzenlemeler arasındadır.

Türkiye-AB GKA m. 18.2'de Antlaşma konusu kişilerin ve özellikle Türk vatandaşlarının Türkiye-AB ortaklık süreci kapsamındaki hakları ile Antlaşma ilişkisini düzenlemektedir. Bu fıkra uyarınca 1963 tarihli Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında Ortaklık Kuran Antlaşma, Ek Protokolleri ve ilgili Konsey kararları ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatları kapsamında taraflardan birinin ülkesinde ikamet eden veya çalışan kişilerin kazandığı hak ve yükümlülüklerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

Türkiye-AB GKA m. 18.3 uyarınca Antlaşma düzensiz göçmenlerin iadesi sürecinde AB üyesi devletlerdeki yasal imkânlardan faydalanma, özellikle yasal danışmaya, bilgiye erişime, iade kararının askıya alınması için başvuru yapma hakkına hâlel getirmeyecektir. Ayrıca, 2008/115 sayılı Düzensiz Göçmen Konumundaki Yabancıların Geri Dönüşüne İlişkin Konsey Direktifinde (Geri Dönüş Direktifi) tanınan iade edilecek kişilerin haklarına ve usuli güvencelere hâlel getirmeyecektir. Bu fıkrada yer alan düzenlemelerle, düzensiz göçmen olduğu iddiasıyla geri gönderilme sürecinde kişilerin AB

mevzuatında yer alan idari ve yargısal yollara başvurma ve bu mevzuatta tanınan haklardan yararlanmaları garanti altına alınmıştır.

Türkiye-AB GKA m. 18.4'te iltica başvurusuna ilişkin saklı tutulan hükümlere yer verilmiştir. Bu çerçevede, iltica talebinde bulunanların kabulü için asgari standartları tespit eden 2003/9 sayılı (şu anki 2013/33 sayılı) Konsey Direktifi (Kabul Direktifi) hükümleri saklı tutulmuştur. Ayrıca, iltica başvurusu incelenirken üye devlette kalma hakkına ilişkin olarak mülteci statüsü verme ve geri çekmeye dair asgari standartları belirleyen 2005/85/AT sayılı (şu anki 2013/32 sayılı) Konsey Direktifinde (Sığınma Usulleri Direktifi) yer alan iltica başvurusu yapan kişilerin haklarına ve usuli güvencelerine hâlel gelmeyecektir. Bu çerçevede, makalemizin ilgili kısmında ele alacağımız üzere düzensiz göçmenler AB üyesi ülkelerde iltica başvurusunda bulunabilecektir.

Türkiye-AB GKA m. 18.5 uyarınca 2003/109/AT sayılı Konsey Direktifi uyarınca uzun dönem ikamet izni sahibi olanlar ile m. 18.6 uyarınca 2003/86/AT sayılı Aile Birleşimi Haklarına İlişkin Konsey Direktifi uyarınca ikamet izni sahibi olanların haklarına hâlel gelmeyecektir. Türkiye-AB GKA m. 18.7'de Antlaşma hükümlerinin diğer resmi ve gayri resmi düzenlemeler çerçevesinde yapılan iade işlemlerine engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemeler çerçevesinde bir kişinin öncelikli olarak Türkiye'de YUKK uyarınca, AB üyesi ülkelerde ise AB mevzuatı uyarınca veya Türkiye ile AB arasındaki ortaklık sürecinden kaynaklı hakları uyarınca AB üyesi ülkede bulunmasının hukuka uygun olup olmadığına bakılarak durumu tespit edilecektir²⁸. İlgili kişi bu mevzuata göre bulunma hakkına sahip olmasa dahi maddede belirtildiği üzere iltica hakkını içeren uluslararası antlaşma hükümleri ve AB'nin ilticaya ilişkin mevzuatı saklı tutulmuştur. Bu çerçevede, düzensiz göçmenlerin uluslararası koruma başvurusunda bulunma hakkı mevcuttur. Böyle bir başvuru olursa AB'nin ilgili mevzuatına göre bu başvurunun incelenmesi gerekmektedir. Bütün süreç boyunca, gerek kişinin bulunmasının hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi veya uluslararası koruma başvurusunun kabul edilmemesi sonrası iadesi hâlinde, yukarıda belirtilen uluslararası antlaşmalara uygun olarak işlemler yürütülecektir²⁹. AB-Türkiye GKA m. 19 uyarınca Antlaşma'nın uygulanmasını denetlemekle görevli Ortak Geri Kabul Komitesi aynı zamanda Antlaşma uyarınca yapılacak işlemlerin

²⁸ GÖÇMEN, s. 65.

²⁹ GÖÇMEN, s. 67-69.

18. maddede belirtilen uluslararası antlaşmalara ve uluslararası hukuktan kaynaklı yükümlülüklerle uygun yapıp yapılmadığını da denetleyecektir³⁰.

AB-Türkiye GKA'nın uygulanması aşamasında uyulması zorunlu olan bir uluslararası hukuk ilkesi de geri göndermeme ilkesidir. Geri göndermeme ilkesi m. 18 ile saklı tutulan Cenevre Sözleşmesi m. 33'te düzenlenmiştir³¹. AİHS m. 3'te yer alan işkence veya onur kırıcı muamele yasağında da temelini bulmaktadır. Geri göndermeme ilkesi aynı zamanda bir uluslararası örf adet kuralı niteliğindedir³². Geri göndermeme ilkesi uyarınca bir kişi, dili, dini, ırkı, siyasi görüşleri veya sosyal sınıfı nedeniyle hayatının tehlikede olacağı veya işkence, zulüm, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele görme tehlikesi noktasında gerçek risk olan bir ülkeye geri gönderilemez³³. Kişinin doğrudan bu nitelikli ülkeye gönderilmesi veya AİHM'nin Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya³⁴ davasında belirttiği üzere dolaylı olarak örneğin, geri kabul antlaşması ile gönderilen devlet tarafından bu nitelikteki menşe ülkesine gönderilmesi hâlinde devletin sorumluluğu doğacaktır.

2. Sığınmaya İlişkin Avrupa Birliği Düzenlemeleri Uyarınca Düzensiz Göçmenlerin Sığınma Hakkı ve Türkiye-Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması ile İlişkisi

Türkiye-AB Geri Kabul Antlaşması m. 18'de Antlaşma'nın Türkiye ve AB üyesi devletlerin taraf olduğu diğer uluslararası antlaşmalarla uyumlu uygulanacağını ve özellikle devletleri sığınma başvurularını incelemekle yükümlü tutan uluslararası antlaşma hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Sığınma hakkı gerek 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu ve 1967 tarihli EK Protokol'de gerekse AİHS'nde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ) m. 18'de sığınma bir temel insan hakkı olarak düzenlenmiştir. ABTHŞ m. 18 uyarınca "sığınma hakkı, 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu ve sığınmacıların statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol kuralları dikkate alınarak ve Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma'ya uygun olarak teminat altına alınmalıdır." Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6.1'de ABTHŞ'de yer

³⁰ EKŞİ, (2016), s. 120.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. PÜRSELİM, s. 516-519.

³² KARACA, s. 156-158.

³³ ÖZKAN, s. 165-166.

³⁴ European Court of Human Rights Grand Chamber Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy (27765/09) Judgment Strasbourg 23 February 2012, EKŞİ, (2016), s. 105-16'dan naklen.

alan hakların, özgürlüklerin ve ilkelerin tanıdığı belirtilmiştir. ABTHŞ, AB'nin birincil hukuk kaynakları arasındadır³⁵. Türkiye-AB GKA m. 18.4 uyarınca sığınmaya ilişkin saklı tutulan bazı AB düzenlemeleri mevcuttur. Bunlar, sığınma talebinde bulunanların kabulü için asgari standartları tespit eden 2003/9 sayılı (şu anki 2013/33 sayılı) Konsey Direktifi (Kabul Direktifi)³⁶ ile iltica başvurusu incelenirken üye devlette kalma hakkına ilişkin olarak mülteci statüsü verme ve geri çekmeye dair asgari standartları belirleyen 2005/85/AT sayılı (şu anki 2013/32 sayılı) Konsey Direktifinde (Sığınma Usulleri Direktifi)³⁷ yer alan iltica başvurusu yapan kişilerin haklarına ve usuli güvencelerine dair hükümlerdir. Bu düzenlemelerin saklı tutulması nedeniyle Türkiye-AB GKA kapsamına giren düzensiz göçmenler de AB üyesi ülkelerde sığınma başvurusu yapabilecektir.

Sığınma bir temel hak olarak tanınmış olmakla birlikte AB üyesi devletler bazı sınırlamalar uyarınca sığınma başvurularını değerlendirmektedir. Sığınma Usulleri Direktifi m. 33.2'de belirli hâllerde AB üyesi bir ülkede yapılan sığınma başvurusunun kabul edilemez bulunabileceği belirtilmiştir. Kabul edilemez başvuru hâllerinden m. 33.2.b'de yer alan AB dışı bir ülkenin ilk iltica ülkesi kabul edilmesi hâli ve m. 33.2.c'de yer alan AB dışı bir ülkenin güvenli üçüncü ülke kabul edilmesi hâli konumuzu ilgilendirmektedir.

İlk iltica ülkesi kavramı Sığınma Usulleri Direktifi m. 35'de düzenlenmiştir. Buna göre, AB dışındaki bir ülkenin ilk iltica ülkesi kabul edilebilmesi için, AB ülkesine iltica başvurusu yapan kişiye, o ülkede daha önce mülteci statüsü verilmiş olması ve hâlen bu korumadan faydalanan olması gerekir. Bir ülkenin ilk iltica ülkesi sayılabileceği bir diğer hâl kişinin geri göndermeme ilkesini de içerecek şekilde o ülkede yeterli korumadan faydalanan olmasıdır. İlk iltica ülkesi kavramına başvurabilmek için ilk iltica ülkesi olduğu ileri sürülen ülkenin AB üyesi ülkede iltica başvurusunda bulunan şahsı ülkesine geri kabul etmesi gerekmektedir. AB'de yapılan bir iltica başvurusunun ilk iltica ülkesi kavramı bakımından değerlendirilmesinde

³⁵ ÖZTÜRK, s. 191-193; s. ÖZKAN, s. 230.

³⁶ Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033&from=EN>, Erişim tarihi: 6.8.2020.

³⁷ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0032&from=en>, Erişim tarihi: 6.8.2020.

Sığınma Usulleri Direktifi m. 38.1’de yer alan güvenli üçüncü ülke kriterleri dikkate alınabilecektir. Bununla birlikte bu bir zorunluluk değildir.

Güvenli üçüncü ülke kriterleri Sığınma Usulleri Direktifi m. 38.1’de belirtilmiştir. Buna göre AB dışı bir ülkenin güvenli üçüncü ülke sayılabilmesi için, a bendi uyarınca kişinin o ülkede hayatının ve özgürlüğünün ırk, din, vatandaşlık veya belli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi düşünce temelinde tehdit altında olmaması gerekmekte; b bendi uyarınca 2011/95 sayılı Vasıf Direktifi uyarınca ciddi zarar riskinin olmaması gerekmekte; c bendi uyarınca o ülkede Cenevre Konvansiyonu’na uygun olarak geri göndermeme ilkesinin uygulanıyor olması gerekmekte; d bendi uyarınca uluslararası hukuka uygun olarak kişinin işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele yasağını ihlal eder şekilde yer değiştirme yasağına uyulması gerekmekte; e bendi uyarınca o ülkede mülteci statüsüne başvurma imkânının bulunması ve eğer mülteci statüsü verilirse Cenevre Konvansiyonu hükümlerine uygun korumanın sağlanması gerekmektedir.

İlgili ülkenin güvenli üçüncü ülke özelliğine sahip olup olmadığı m. 38.2.b uyarınca her bir kişinin şartları dikkate alınarak o kişiye özgü olarak ele alınacaktır. Ayrıca, m. 38.2.c uyarınca kişi güvenli üçüncü ülke temelinde başvurusunun kabul edilemez bulunması hâlinde bu karara karşı o ülkenin kendi özel şartları bakımından güvenli üçüncü ülke olmadığı gerekçesiyle idari ve yargısal yollara başvurabilecektir. Kişinin gönderileceği güvenli üçüncü ülke kabul edilen ülke kişiyi kabul etmezse, m. 38.4 uyarınca üye devletler bu şahsın iltica başvurusunu esastan incelemekle yükümlüdür.

Güvenli üçüncü ülke kavramı sığınmacının ulaştığı ilk güvenli ülkede koruma talep etmesi gerektiği kabulüne dayanmaktadır. İltica başvurusunda bulunacak kişilerin kendilerine daha iyi imkân sağlayan devletleri tercihi ve bunun sonucunda mültecilerin devletler arasında eşit olmayan biçimde dağılması önlenmek istenmektedir³⁸. İltica başvurusu yapan kişinin menşee ülkesi yerine güvenli bir devletten geçerek AB üyesi ülkeye varması hâlinde daha önceden bulunduğu devlette başvuru yapması gerektiği kabulüne dayanarak o devlete geri gönderilmektedir³⁹.

Türkiye-AB GKA bir düzensiz göçmenin iltica başvurusunda bulunması hâlinde ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülke kriterleri kapsamında

³⁸ AYDIN, s. 13.

³⁹ AYDIN, s. 16.

başvurusunun kabul edilmemesi hâlinde devreye girmektedir. Kişinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülke kabul edilen ülke tarafından kabul edilmemesi hâlinde Sığınma Usulleri Direktifi m. 38.4 uyarınca başvurusunun esasın incelenmesi zorunluluğu ve uluslararası hukukta devletlerin üçüncü ülke vatandaşlarını geri kabul yükümlülüğü bulunmadığı dikkate alındığında Türkiye-AB GKA ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülke kriterlerine göre başvurusu kabul edilemez bulunan kişinin Türkiye tarafından kabulünü sağlamaktadır⁴⁰.

Türkiye-AB GKA'nın yapılmış olması AB tarafından Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edildiğinin delilidir. Aksi takdirde, AB kendi yasalarına aykırı davranmış olacaktır. Bununla birlikte, Türkiye'nin bir düzensiz göçmenin AB üyesi ülkede iltica başvurusu yapması hâlinde gönderilebilecek güvenli üçüncü ülke vasfına sahip olup olmadığı doktrinde haklı tartışmalara konu olmuştur. Tartışmalar Türkiye'nin Cenevre Konvansiyonu'na koymuş olduğu çekince kaynaklanmaktadır. Türkiye Cenevre Konvansiyonu'na m. 42 kapsamında koyduğu çekince uyarınca mülteci statüsünü sadece Avrupa ülkelerinden gelenlere vermektedir. Avrupa dışından gelenlere şartlı mülteci statüsü verilmektedir. Bu kişiler Türkiye'ye güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar kabul edilmektedir⁴¹. Mülteciler ve şartlı mültecilerin faydalandıkları haklar bakımından da bazı farklılıklar vardır. Mültecilere verilen Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi YUKK m. 89.4.b uyarınca aynı zamanda çalışma izni yerine geçmektedir. Şartlı mültecilere verilen Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik belgesi çalışma izni yerine geçmemektedir. YUKK m. 89.4.a'da belirtildiği üzere şartlı mültecilerin çalışma izni almaları gerekmektedir. Suriyeliler içinse geçici koruma adı altında topluca verilmiş ayrı bir statü uygulanmaktadır. Geçici Koruma Yönetmeliği⁴² (GKY) m. 25'te belirtildiği üzere bu statü altındakilere verilen geçici koruma kimlik belgesi Türkiye'de kalış hakkı sağlar. Bu kişilerin ikamet izni için başvuru hakkı bulunmamaktadır. Geçici koruma statüsü sahipleri GKY m. 29.2'de belirtildiği üzere çalışma izni almak şartıyla çalışma hakkına sahiptirler.

Doktrinde Türkiye'nin Sığınma Usulleri Direktifi kapsamında güvenli üçüncü ülke vasfına sahip olduğu görüşünde olanlar, güvenli üçüncü ülke

⁴⁰ TOKUZLU, (2014), s. 59-60; TOKUZLU, (2010), s. 5-6.

⁴¹ DOĞAN, s. 146-148.

⁴² R.G. T. 22.10.2014-S. 29153.

kavramının tanımlandığı Sığınma Usulleri Direktifi m. 38’de Cenevre Konvansiyonu’na çekince koymadan taraf olma şartının aranmadığını, m. 38.1.e uyarınca Cenevre Konvansiyonu’na uygun korumanın sağlanmasının yeterli olduğunu, Cenevre Konvansiyonu’na taraf olmanın dahi şart olmadığını ileri sürmektedirler. Sığınma Usulleri Direktifi’nin aradığı şartın Cenevre Konvansiyonu’nda yer alan maddi hükümlere, standartlara uygun korumanın sağlanması olduğunu belirtmektedirler⁴³. Bu görüşe göre, Türkiye 2013 yılında çıkardığı YUKK uyarınca sığınmacılara kökenlerine bakmaksızın koruma sağlamak ve Suriyeliler dâhil eğitime ve çalışma hayatına erişim imkânlarını sağlamaktadır. Bunlar Cenevre Konvansiyonuna uygun korunma sağlandığının göstergesidir⁴⁴.

Doktrindeki diğer görüşe göre güvenli üçüncü ülke kavramına dayanarak başvuruyu kabul edilemez bulabilmek için, gönderilecek ülkenin Cenevre Konvansiyonu’na taraf olması, şahsın mülteci statüsüne başvurma imkânının olması ve Cenevre Konvansiyonu m. 2-34 arasında yer alan haklara fiilen de uygun davranılıyor olması gerekir. Bu görüşe göre, Türkiye çekince koyması nedeniyle Avrupa dışından gelenlere mülteci statüsüne başvurma imkânı vermemektedir. Cenevre Konvansiyonu’nda yer alan hakları sağlamakla da yükümlü değildir. Bu nedenlerle, bu görüşe göre Türkiye güvenli üçüncü ülke vasfına sahip değildir⁴⁵. Bu görüşe göre, Türkiye Avrupa dışından gelenlere ve Suriyelilere geçici nitelikte statü ve haklar tanımaktadır. Suriyelilerin ülkede kalma hakları olmasına rağmen ikamet hakları yoktur. Mülteci statüsü verilenler haricindekilerin ülkeye uzun dönemli hukuki ve fiili entegrasyonu sağlanmamaktadır. Cenevre Konvansiyonu’ndaki haklar tam olarak tanınmamakta, bu nedenlerle mülteci statüsüne başvuramamanın yanı sıra Sığınma Usulleri Direktifi tarafından aranan Cenevre Konvansiyonu’na uygun koruma şartı da sağlanmamaktadır⁴⁶.

Türkiye’nin güvenli üçüncü ülke olduğunun kabul edilmesi durumunda AB üyesi ülkelerde sığınma başvurusunda bulunan üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız niteliğindeki düzensiz göçmenler Sığınma Usulleri Direktifi m. 33.2 uyarınca kabul edilemez başvuru temelinde Türkiye-AB GKA vasıtasıyla

⁴³ HAILBRONNER, “Legal Requirements of the EU-Turkey Refugee Agreement”; THYM, “Why the EU-Turkey Deal is Legal...”.

⁴⁴ THYM, “Why the EU-Turkey Deal is Legal...”

⁴⁵ HATHAWAY, “Three Legal Requirements for the EU-Turkey Deal...”.

⁴⁶ PEERS/ROMAN, “The EU-Turkey and the Refugee Crisis...”; HATHAWAY, “Taking Refugee Rights Seriously...”; BOZKURT, s. 405.

Türkiye'ye iade edilebilir. Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olmadığının kabul edilmesi durumunda Sığınma Usulleri Direktifi m. 38.4 uyarınca bu kişilerin sığınma başvurularının esaslan incelenmesi gerekmektedir. Bu durumda ancak esasa dair şartları taşımayanlar Türkiye-AB GKA vasıtasıyla Türkiye'ye iade edilebilir.

Türkiye'nin AB mevzuatı kapsamında güvenli üçüncü ülke vasfına sahip olup olmadığı konusundaki kanaatimiz şu şekildedir: Sığınma Usulleri Direktifi m. 38.1.e uyarınca bir ülkenin güvenli üçüncü ülke vasfına sahip olması için o ülkede mülteci statüsüne başvurma imkânının bulunması ve eğer mülteci statüsü verilirse Cenevre Konvansiyonu hükümlerine uygun korumanın sağlanması gerekmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi, kişinin mülteci statüsüne başvurma imkânının olmasıdır. İkincisi ise mülteci statüsü verilirse, Cenevre Konvansiyonu hükümlerine uygun korumanın sağlanmasıdır. Doktrinde Cenevre Konvansiyonuna uygun korumanın yeterli olduğunu iddia eden görüşün, bu korumanın mülteci statüsü verilmesi ifadesiyle birlikte ele alındığını göz ardı ettiği görülmektedir. Kaldı ki, Cenevre Konvansiyonu'na uygun koruma şartı da sağlanmamaktadır. Türkiye Avrupa dışı ülkelere gelen kişilere mülteci statüsünden farklı bir statü olan şartlı mülteci statüsü vermektedir. Bu statünün içeriği ve tanıdığı haklar mülteci statüsünden farklıdır. Bu kişiler güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilene kadar Türkiye'ye kabul edilmektedir. Geçici koruma statüsü ise Suriyeliler için oluşturulmuş olup bütünüyle kendine özgüdür. Gerek şartlı mülteci gerekse geçici koruma statüsü kapsamında tanınan hakların mülteci statüsü kapsamında tanınan haklardan daha az olduğu ve bu statülerdeki kişilere Cenevre Konvansiyonu'na uygun korumanın sağlanmadığı bir gerçektir. Avrupa dışındaki ülkelere gelenlerin Türkiye'de mülteci statüsüne başvurma haklarının olmaması ve bu kişilere Türkiye'nin Cenevre Konvansiyonu'na uygun koruma sağlamaması nedeniyle Türkiye, güvenli üçüncü ülke kriterini tanımlayan Sığınma Usulleri Direktifi m. 38.1.e hükmüne göre güvenli üçüncü ülke vasfına sahip değildir. Bu nedenle, bu kişilerin sığınma başvurusunun güvenli üçüncü ülke kavramı temelinde kabul edilemez bulunarak Türkiye-AB GKA vasıtasıyla Türkiye'ye geri gönderilmeleri bizzat AB hukuku ile çelişmektedir. AB üyesi bir ülkenin bu kişilerin sığınma başvurusunu Sığınma Usulleri Direktifi m. 38.4 uyarınca esaslan incelemesi ve ancak esasa ilişkin şartları taşımayanları Türkiye-AB GKA vasıtasıyla Türkiye'ye iade etmesi gerekir.

C. Türkiye-Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması Kapsamında Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

1. Kendi Vatandaşlarını Geri Kabul Yükümlülüğü

Türkiye-AB GKA'nın 3.1 maddesinde Türkiye'nin kendi vatandaşlarını geri kabul yükümlülüğü, 5.1 maddesinde ise AB üyesi devletlerin kendi vatandaşlarını geri kabul yükümlülüğü aynı içerikle düzenlenmiştir. Buna göre devletler Antlaşma'nın diğer tarafının ülkesinde o devletin mevzuatına göre ülkeye girmeye, bulunmaya ya da ikamet etmeye dair hukuki koşulları sağlamayan ya da daha önce sağlayıp yitiren kendi vatandaşlarını geri kabul yükümlüdür.

Türkiye-AB GKA m. 3.2 ve m. 5.2 geri kabule konu olan Antlaşma taraflarının vatandaşlarının ergin olmayan bekar çocuklarına ve başka ülke vatandaşı olan eşlerine ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bu sebeple geri kabule konu olan şahsın ergin olmayan bekar çocuklarının bağımsız ikamet izni olmaması şartıyla vatandaşını geri kabul eden devlet, bu çocukları da geri kabul etmekle yükümlüdür. Ergin olmayan bekar çocukların yasal velisi diğer eş ise bu eşin bağımsız ikamet hakkına sahip olmaması hâlinde de bu çocukların geri kabul edilmesi gerekmektedir. Bu çocukların iadesi bakımından çocukların doğum yerinin veya vatandaşlığının önemi yoktur. Bu fıkralarda geri kabule konu olan kişinin, kabul eden devletin vatandaşı olmayan eşi için bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre eşin bağımsız ikamet hakkına sahip olmaması hâlinde eşin de kabul edilmesi gerekmektedir. Başka ülke vatandaşı olan eşin, Antlaşma taraflarınca kendi vatandaşlarının yanı sıra geri kabulü için eşin, kabul eden ülkeye giriş ve ülkede kalma hakkına sahip olması ayrıca evliliğin kabul eden ülkede yasal olarak tanınması gerekmektedir.

Türkiye-AB GKA m. 3.3 ve m. 5.3'te Türkiye ve AB üyesi ülkelerin eski vatandaşlarını geri kabul yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu fıkralarda Antlaşma'nın karşı taraf ülkesine girdikten sonra vatandaşlıktan çıkarılmış veya kendileri ayrılmış kişiler için bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme uyarınca bu kişilere buldukları ülke tarafından vatandaşlığa kabul vaadinde bulunmadığı sürece eskiden vatandaşı oldukları taraf ülke bu kişileri geri kabul yükümlüdür. Ülkelerin kendi vatandaşlarını geri kabulü konusunda milletlerarası örf adet kuralı bulunmakla birlikte bu milletlerarası örf adet kuralı sadece mevcut vatandaşlar için geçerlidir. Eski vatandaşların geri

kabulüne yönelik bir yükümlülük içermez⁴⁷. Bu kişiler vatansız konumunda oldukları için vatandaşların geri kabulüne ilişkin maddelerde yer alan şartlar yerine üçüncü ülke vatandaşlarının ve vatansızların geri kabulüne ilişkin maddelerde yer alan şartlar kapsamında geri kabullerinin gerçekleşmesi uygun olurdu⁴⁸.

Türkiye-AB GKA m.3/4. ve 5. ile m.5/4. ve 5. fıkralarında geri kabul usulü düzenlenmiştir. Buna göre, taraf devletin geri kabul talebine olumlu yanıt vermesinden sonra veya şartları oluşmuşsa m. 11.2'deki sürenin geçmesinden sonra geri kabul eden devlet, geri kabulü talep eden ülkedeki konsolosluğu tarafından geri kabul edilen kişiye üç ay geçerliliğe sahip seyahat belgesini üç iş günü içinde düzenleyecektir. Geri kabul edilen kişi hukuki veya fiili sebeplerle düzenlenen seyahat belgesi süresi içinde transfer edilememişse, geri kabul eden devletin konsolosluğu tarafından üç iş günü içinde aynı süreye sahip yeni bir belge düzenlenecektir. Kabul eden devletin ilgili ülkede konsolosluğunun olmaması veya konsolosluk tarafından yukarıda belirtilen süreler içinde seyahat belgesinin düzenlenmemesi hâlinde kabul eden devletin geri kabul başvurusuna verdiği olumlu yanıtı içeren belge kişinin seyahat belgesi niteliğine sahip olacaktır.

2. Üçüncü Ülke Vatandaşlarını ve Vatansız Kişileri Geri Kabul Yükümlülüğü

Türkiye-AB GKA'nın 4. maddesinde Türkiye'nin, 6. maddesinde ise AB üyesi devletlerin üçüncü ülke vatandaşlarını ve vatansız kişileri hangi şartlarda kabul edeceğine ilişkin yükümlülükleri aynı içerikle düzenlenmiştir. Bu çerçevede m. 4.1'de ve m. 6.1'de belirtildiği üzere Antlaşma tarafları geri kabulü talep eden üye devlet ülkesine girme, bu ülkede bulunma veya ikamet etme şartını sağlamayan veya daha önce sağlamasına rağmen yitiren kişileri belirli hâllerde geri kabulle yükümlüdür. Bu hâllerden birincisi, ilgili kişinin geri kabul başvurusu sırasında kendisinden geri kabul talep edilen devlet tarafından düzenlenmiş bir vizeye sahip olması veya o devlet tarafından verilmiş ikamet iznine sahip olmasıdır. Bu hâllerden ikincisi, ilgili kişinin kendisinden geri kabul talep edilen devlette bir müddet kaldıktan sonra ya da o devlet üzerinden transit geçiş yaparak doğrudan Antlaşma'nın diğer tarafının ülkesine yasa dışı yolla girmesidir.

⁴⁷ BATIR, s. 587.

⁴⁸ EKŞİ, (2016), s. 83.

Üçüncü ülke vatandaşları ve vatansızların geri kabulü için gerekli koşulların varlığının 10. madde uyarınca ispatı gerekmektedir. Türkiye-AB GKA m. 10.1’de Antlaşma Ek 3’te yer alan belgeler ile şartın sağlandığının kanıtlanmış olacağı, m. 10.2’de ise Ek 4’te yer alan belgelerin şartın sağlandığına dair karine teşkil edeceği belirtilmiştir. Ek 4’te yer alan belgelerin doğru olmadığını kendisinden geri kabul talep edilen devlet ispat etmedikçe şart ispatlanmış kabul edilecektir.

Türkiye-AB GKA m. 4.2 ve m. 6.2 ile üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansız kişilerin geri kabul yükümlülüğüne bazı istisnalar getirilmiştir. Bunlardan birincisi, bu kişilerin kendisinden geri kabul talep edilen devletin uluslararası nitelikteki bir havalimanının aktarma sahasından geçerek Antlaşma’nın diğer tarafının ülkesine giriş yapmış olmalarıdır. İkincisi, geri kabulü talep eden devletin bu kişiler ülkesine girmeden veya girdikten sonra kendi ülkesine giriş için kullanılan vize veya ikamet izni vermesidir. Bu istisnanın geçerli olabilmesi için kendisinden geri kabul talep edilen devlet tarafından verilmiş daha uzun süreli bir vize veya ikamet izni olmaması gerekmektedir. Üçüncüsü, bu kişilerin geri kabulü talep eden devletin ülkesine vizesiz giriş imkânının olmasıdır.

AB-Türkiye GKA m. 4’ün 3. ve 4. fıkralarında Türkiye için, m. 6’nın 4. ve 5. fıkralarında AB üyesi devletler için üçüncü devlet vatandaşı veya vatansız kişilerin geri kabul usulüne dair düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, Antlaşma tarafı devlet geri kabul talebine olumlu yanıt verdikten sonra veya şartları oluşmuşsa m. 11.2’deki sürenin geçmesinden sonra geri kabulü talep eden ülkedeki konsolosluğu aracılığıyla geri kabul edilen kişiye üç ay geçerliliğe sahip seyahat belgesini üç iş günü içinde düzenleyecektir. Geri kabul edilen kişi hukuki veya fiili sebeplerle seyahat belgesinin geçerlilik süresi olan üç ay içinde transfer edilememişse, belgenin süresi uzatılacak veya aynı geçerlilik süresine sahip yeni bir belge düzenlenecektir. Geri kabul edecek devletin ilgili ülkede konsolosluğunun olmaması veya konsolosluk tarafından yukarıda belirtilen süre içinde seyahat belgesinin düzenlenmemesi hâlinde AB’nin standart sınır dışı etme amaçlı seyahat belgesinin kullanımının kabul edildiği varsayılacaktır.

AB üyesi devletlerin üçüncü ülke vatandaşları veya vatansızları geri kabulü bakımından özel bir düzenleme Türkiye-AB GKA m. 5.3’te yer almaktadır. Buna göre, üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişiye iki veya daha çok üye devlet vize veya ikamet izni vermişse daha uzun geçerliliğe sahip belgeyi düzenleyen üye devlet geri kabulle yükümlüdür. Vize veya ikamet

izni belgelerinden biri veya birkaçı geçerliliğini yitirmişse hâlen geçerli olan belgeyi düzenleyen üye devlet geri kabulle yükümlüdür. Vize veya ikamet izni veren devletlerden verilen bütün belgeler geçerliliğini yitirmişse en son geçerliliğini yitiren belgeyi veren üye devlet geri kabulle yükümlüdür.

Devletlerin kendi vatandaşlarını geri kabul yükümlülüğü bir milletlerarası örf adet kuralıdır. Bununla birlikte, kendi ülkelerinden geçerek geri kabul talep eden ülkeye girseler dahi üçüncü ülke vatandaşlarını veya vatansız kişileri geri kabul etme yükümlülüklerini öngören bir milletlerarası örf adet kuralı bulunmamaktadır. Bu ancak taraflar arasında geri kabul antlaşması yapılmasıyla mümkün olmaktadır. Geri kabul antlaşmalarının esas işlevini gösterdiği alan da budur⁴⁹.

Üçüncü ülke vatandaşları ve vatansızların geri kabul yükümlülüğüne ilişkin Antlaşma hükümleri değerlendirildiğinde geri kabul yükümlülüğünün istisnaları 4. ve 6. maddelerde yer verilen yukarıda açıkladığımız hâllerle sınırlıdır. Bunun haricinde kamu düzeni, güvenliği, sağlığı gibi nedenlerle geri kabul talebinin reddedilmesi mümkün değildir. Bu sebeplere dayalı istisna sadece m. 14'te yer alan transit geçiş sağlama yükümlülüğü açısından öngörülmüştür. Üçüncü ülke vatandaşları ve vatansız kişiler açısından bu istisnalara yer verilmemesi, terör problemi olan Türkiye açısından sorunlu bir düzenlemedir. Transit geçiş yükümlülüğü sağlanması açısından bu istisnaya yer verilirken ülkeye kabul bakımından istisnaya yer verilmemiş olması da ayrıca bir çelişkidir⁵⁰. Düzenlemedeki sorunlu bir diğer konu da geri kabulü talep eden devlete yasal yollardan girmiş ve ikamet etmekteyken bu özelliklerini sonradan kaybeden üçüncü ülke vatandaşları veya vatansızların da geri kabulü ile yükümlü olunmasıdır. Bu kişilerin başlangıçta hukuka uygun olan durumlarını sonradan yitirmeleri Türkiye üzerinden bu ülkelere gitseler de bu aşamada durumları hukuki olduğu için Türkiye'yi bağlamamalıdır⁵¹.

3. Transit Geçiş Sağlama Yükümlülüğü

Transit geçiş kavramı Türkiye-AB GKA m. 1.m'de tanımlanmıştır. Buna göre, transit geçiş Antlaşma tarafı olmayan üçüncü ülke vatandaşlarının ya da vatansız kişilerin transit geçişi talep eden devlet sınırlarından döneceği ülkeye seyahat ederken transit geçiş talep edilen devlet sınırlarından geçişleri

⁴⁹ BATIR, s. 588.

⁵⁰ EKŞİ, (2016), s. 90-91.

⁵¹ POROY, s. 45.

anlamına gelmektedir. Türkiye-AB GKA m. 14'te taraf ülkelerde bulunan düzensiz göçmen konumundaki üçüncü ülke vatandaşları veya vatansız kişilere ilişkin Antlaşma taraflarının transit geçiş sağlama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Türkiye-AB GKA m. 14'ün 1. ve 2. fıkraları uyarınca bu yükümlülüğün var olması için üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişinin geri kabulünü menşe ülkesinin kabul etmiş olması ve Antlaşma tarafı devlet tarafından o ülkeye, doğrudan uçuş bulunmaması vb. nedenlerle, doğrudan gönderilemiyor olması gerekir.

Transit geçiş talebinin hangi hâllerde reddedilebileceği m. 14.3'te düzenlenmiştir. Bu hâllerden birincisi, transit geçişi talep edilen üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişinin gönderileceği menşe ülkesinde veya transit geçeceği diğer ülkelerden birinde ırkı, dini, vatandaşlığı, siyasi görüşü veya belli bir sosyal gruba aidiyeti nedeniyle işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye, zulme, ölüm cezasına muhatap olma riskinin bulunmasıdır. Bu düzenleme ile geri göndermeme ilkesine yer verildiği görülmektedir. Bu hâllerden ikincisi, transit geçiş konu olacak kişinin menşe ülkede veya transit geçeceği diğer ülkelerden birinde cezai yaptırıma tâbi olacak olmasıdır. Bunun için cezanın ağırlığı veya siyasi vb. suç olup olmaması gibi bir ayırım yapılmamıştır. Bu hâllerden üçüncüsü, transit geçiş sağlama talep edilen devletin kamu düzeni, sağlığı, güvenliği veya diğer milli menfaatleri için ilgili şahsın tehlike oluşturmasıdır. Bu hâllerin sonradan oluşması veya ortaya çıkması hâlinde ya da menşe ülkesi veya diğer transit ülkelerin kişiyi kabul etmesi sağlanmazsa verilen transit geçiş izni iptal edilecektir.

4.Avrupa Birliği'nin Teknik Yardım Sağlama Yükümlülüğü

Türkiye-AB GKA m. 23'te ve Antlaşma'nın ekinde yer alan Teknik Desteğe İlişkin Ortak Bildiri'de AB'nin Antlaşma'nın uygulanması için Türkiye'ye teknik yardım sağlama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Teknik yardım Türkiye'nin göç ve sınır yönetimi kapasitesinin artırılmasına odaklanmıştır. Bu çerçevede teknik yardım düzensiz göç ve insan kaçakçılığı ile mücadelede sınır kontrol mekanizmaları ve bütünleşmiş sınır yönetiminin oluşturulması, yabancılar ve iltica hukukuna ilişkin Türk mevzuatının AB hukuku ile uyumlaştırılması noktasında YUKK'un hazırlanması, göç yönetimi konusunda Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kurulması, göç ve iltica ile ilgili personelin eğitilmesi konusunda yapılan yardımları ifade etmektedir⁵².

⁵² AYDIN-DÜZGİT/KEYMAN/BIEHL, s. 7; OTT, s. 15.

Teknik yardımın önemli bir unsuru da AB'nin Türkiye'ye mali yardım sağlamasıdır. Türkiye-AB GKA'nın dibacesinde Antlaşma'nın ortak sorumluluk, dayanışma ve Antlaşma tarafları arasında göç akımlarının yönetiminde eşit ortaklık ilkelerine dayandığı belirtilmiştir. Bu bağlamda AB'nin Türkiye'ye Antlaşma'nın uygulanmasında destek olmak amacıyla mali kaynaklar sağlamaya hazır olduğu vurgulanmıştır. Türkiye-AB GKA'nın teknik yardım başlıklı 23. maddesinde Antlaşma'nın dibacesindeki ifadeler Antlaşma maddesi hâline getirilmiştir. Bu çerçevede, Antlaşma'nın ortak sorumluluk, dayanışma ve eşit ortaklık temelinde uygulanacağına dair tarafların taahhütleri yer almaktadır. Maddede, AB Antlaşma'nın uygulanmasında Türkiye'yi desteklemek üzere mali yardım taahhüdünde bulunmuştur. Mali yardım sırasında kapasite ve kurumsal gelişime özel önem verileceği ve Türkiye ile AB'nin üzerinde anlaştığı mevcut ve gelecekteki önceliklere göre mali yardım sağlanacağı belirtilmiştir. Türkiye-AB GKA ekinde yer alan Teknik Desteğe İlişkin Ortak Bildiri'de mali desteğin Türkiye'nin düzensiz göçmenlerin Türkiye'ye girişi, kalışı ve ülkeden çıkışını engellemek için kapasite oluşturulması ve artırılmasında kullanılacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede, mali yardım sınır gözetleme donanımları alma, geri kabul merkezleri ve sınır polisi için gerekli yapıları kurma ve eğitim faaliyetleri için kullanılacaktır.

III. 18 MART 2016 TARİHLİ TÜRKİYE-AVRUPA BİRLİĞİ ZİRVE BİLDİRİSİ

A. Tarafların Taahhütleri

Türkiye ile AB arasında 18 Mart 2016 tarihinde göç krizini ele alan bir zirve toplantısı yapılmış ve toplantının sonunda tarafların belirli konularda mutabakatını içeren 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisi yayınlanmıştır. Zirvenin yapılmasında 2015 yılında AB'ye yaşanan yoğun düzensiz göç dalgası etkileyici olmuştur. 2015 yılı içerisinde AB'ye çoğunluğu Suriyeli olan 800.000'den fazlası Türkiye üzerinden olmak üzere toplamda 1,5 milyon düzensiz göçmen ulaşmıştır⁵³.

Zirve bildirisinin başlangıç kısmında 29 Kasım 2015 tarihli Ortak Göç Eylem Planı'na atıf yapılmış ve planın uygulanmasında tarafların kararlılığı teyit edilmiştir. Türkiye'nin Türkiye'den Yunanistan'a giren ve uluslararası korumaya muhtaç olmayan düzensiz göçmenleri geri kabul etmeye ve Türk

⁵³ BATIR, s. 599; APAN, s. 432.

karasularında yakalanan düzensiz göçmenleri geri almaya dönük mutabakatını 7 Mart 2016 tarihinde bildirdiği belirtilmiştir⁵⁴. Başlangıç kısmında yer verilen bir diğer önemli husus AB'nin Sığınmacı Mali İmkânı'nın 3 milyar avroluk kısmını somut projelere dayalı dağıtmaya başladığı bilgisidir. Bu hususları belirttikten sonra Başlangıç kısmında son olarak Türkiye ve AB'nin Türkiye'den AB'ye gerçekleşen düzensiz göçe son vermeye karar verdikleri belirtilerek, bu amaç doğrultusunda zirve bildirisinde yer alan 9 madde konusunda mutabakata vardıkları ifade edilmiştir. Bu maddelerde yer alan taahhütlerden makalemizin konusunu oluşturan düzensiz göçle mücadele ile doğrudan ilişkili olanlar aşağıda ele alınmaktadır.

Zirve bildirisinin 1. maddesinde Türkiye'nin geri kabul yükümlülüğüne yer verilmiştir. Buna göre, Türkiye'den Yunan adalarına geçen tüm yeni düzensiz göçmenlerin 20 Mart 2016 tarihinden itibaren Türkiye'ye uluslararası hukuka uygun şekilde iade edileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede düzensiz göçmenlerin toplu sınır dışı edilmeyecekleri ve geri göndermeme ilkesine riayet edileceği belirtilmiştir. Aynı maddede Yunanistan için öngörülen önemli bir yükümlülük yer almaktadır. Buna göre, Türkiye'den Yunan adalarına ulaşmış göçmenlerin usule uygun şekilde kayıt altına alınacağı ve bu göçmenler tarafından yapılan her sığınma başvurusunun Yunanistan tarafından Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) ile iş birliği yapılarak Sığınma Usulleri Direktifi uyarınca bireysel olarak işleme konulacağı belirtilmiştir. Türkiye'ye ancak sığınma başvurusu yapmayanlar veya başvuruları Sığınma Usulleri Direktifi uyarınca kabul edilemez veya dayanaktan yoksun bulunarak reddedilenler iade edilebilecektir⁵⁵. Makalemizin ilgili kısmında AB Düzenlemeleri uyarınca düzensiz göçmenlerin sığınma hakkına ilişkin yaptığımız açıklamalar 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisini uyarınca iade edilecek düzensiz göçmenler için de geçerlidir.

Zirve bildirisinin önemli maddelerinden bir diğeri 2. maddedir. Bu maddeye göre Yunan adalarından Türkiye'ye iade edilen her bir Suriyeli için Türkiye'den bir Suriyeli AB tarafından kabul edilecektir. Bununla birlikte, AB korunmaya muhtaç gruplara dönük BM kriter ve kararlarını dikkate alarak bu kabulü gerçekleştirecektir. Ayrıca, daha önce AB'ye düzensiz göçmen olarak girmemiş ya da girmeye çalışmamış Suriyelilere öncelik verilecektir. AB'nin kabul yükümlülüğüne dönük bir diğer sınırlama sayı sınırlamasıdır.

⁵⁴ 18 Mart 2016 Tarihli Türkiye-AB Zirve Bildirisi, s. 1.

⁵⁵ 18 Mart 2016 Tarihli Türkiye-AB Zirve Bildirisi, s. 2.

Buna göre, ilk etapta 20 Temmuz 2015 tarihli AB Adalet ve İçişleri Konseyi toplantısındaki taahhütlerden kalan 18.000 kişi AB'ye yerleştirilecektir. Daha fazla yerleştirme ek olarak en çok 54.000 kişiye kadar gerçekleşecektir. Yukarıda belirtilen toplam sayı olan 72.000 sayısının aşılması hâlinde bu mekanizmaya son verileceği belirtilmiştir⁵⁶. Bu düzenleme uyarınca AB'nin Türkiye'ye iade edilecek düzensiz göçmen karşılığı Türkiye'den kabul edip AB'de yerleştireceği Suriyeli sayısını 72.000 kişi ile sınırladığı anlaşılmaktadır. Zirve bildirisinde sayının 72.000'e ulaşması hâlinde bu mekanizmanın sona ereceği belirtilmiş ancak mutabakatın sona erip ermeyeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sayının aşılması hâlinde Türkiye tarafından geri kabule devam edilmesi yükümlülük dengesini bozucu niteliktedir.

Zirve bildirisinin 3. maddesinde Türkiye'nin Türkiye'den AB'ye yönelik düzensiz göçün gerçekleştiği deniz ve kara güzergahlarını önlemek için her türlü tedbiri alacağı belirtilmiştir. Türkiye bu amaç doğrultusunda AB ve Türkiye'nin komşu devletleri ile iş birliği yapacaktır. Zirve bildirisinin 4. maddesinde düzensiz göç sona erdiğinde veya büyük ölçüde azaldığında Gönüllü İnsani Kabul Planı uygulanacağı ve AB üyesi ülkelerin bu plana gönüllülük esasında katkıda bulunacağı belirtilmiştir⁵⁷. Bu düzenleme muğlak ve AB'ye yükümlülük getirmemektedir.

Zirve bildirisinin bir diğer önemli maddesi AB'nin Türkiye'ye yapmayı taahhüt ettiği mali yardıma ilişkin 6. maddedir. Buna göre, AB'nin Türkiye için Sığınmacı Mali İmkânı kapsamında başlangıç olarak tahsis ettiği 3 milyar avronun ödenmesini hızlandıracığı ve Mart sonundan önce Türkiye'nin sağlayacağı bildirimler ile belirlenecek geçici koruma statüsü sahibi kişilere yönelik daha fazla projenin finansmanının sağlanacağı belirtilmiştir. Bu projelerden sağlık, eğitim, altyapı ve gıda ile diğer yaşam giderlerine dönük olanlara öncelik verilecektir. Bu kaynakların tamamıyla kullanılmasına yaklaşıldığında ve Türkiye'nin önceki maddelerde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmesi durumunda, AB'nin Sığınmacı Mali İmkânı çerçevesinde 2018 sonuna kadar 3 milyar avroluk ilave fonu devreye sokacağı maddede belirtilmiştir.⁵⁸ Bununla birlikte, fiilen yapılan yardım 750 milyon avro düzeyinde kalmıştır⁵⁹.

⁵⁶ 18 Mart 2016 Tarihli Türkiye-AB Zirve Bildirisi, s. 2.

⁵⁷ 18 Mart 2016 Tarihli Türkiye-AB Zirve Bildirisi, s. 3.

⁵⁸ 18 Mart 2016 Tarihli Türkiye-AB Zirve Bildirisi, s. 3.

⁵⁹ BATIR, s. 600.

Suriyelilere dönük AB'nin bir diğer taahhüdü ise m. 9'da yer almaktadır. Buna göre, AB üyesi devletlerin, Suriye'nin Türkiye sınırına yakın alanlarında insani koşulları iyileştirme amacı ve yerel nüfus ve mültecilerin daha güvenli alanlarda yaşamasını sağlamak amacı doğrultusunda Türkiye ile her türlü ortak çabayı göstereceği belirtilmiştir⁶⁰. Zirve bildirisinde yer alan bir diğer içeriği belirsiz düzenleme de budur. Bildirinin sonunda mutabakat konusu hususların taraflarca eş zamanlı olarak iletileceği ve aylık olarak ortaklaşa izleneceği belirtilmiştir.

B. 18 Mart 2016 Tarihli Türkiye-Avrupa Birliği Zirve Bildirisi'nin Hukuki Niteliği

Türkiye ile AB arasında 18 Mart 2016 tarihinde gerçekleşen zirve neticesi yayınlanan metin taraflarca da farklı adlandırmalara konu olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından mutabakat olarak isimlendirilen metin⁶¹, AB tarafından "AB-Türkiye bildirisi" olarak adlandırılmış ve kamuoyu ile basın açıklaması başlığı altında paylaşılmıştır⁶². Metnin hukuki niteliği, uluslararası antlaşma olup olmadığı ve buna bağlı olarak içeriğinde yer alan taahhütlerin bağlayıcılık gücü gerek doktrinde gerek ABAD kararlarında tartışma konusu olmuştur.

Metnin hukuki niteliğine dair doktrindeki temel tartışmalar metnin şekline, içeriğinde kullanılan terim ve ifadeler ve AB Konseyi tarafından uluslararası antlaşma yapmak için uyulması gereken kurallara uyulmamasının sonuçlarına dayalı olarak yapılmıştır. Doktrindeki tartışmalara geçmeden önce Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansiyonu⁶³ (Viyana Konvansiyonu) kapsamında antlaşma tanımını ve Milletlerarası Adalet Divanı'nın (MAD) konu ile ilgili önemli iki kararını ele alacağız.

Viyana Konvansiyonu'nun 1. maddesi uyarınca devletler arasındaki antlaşmalara uygulanmasına ve Türkiye'nin Viyana Konvansiyonu'na

⁶⁰ 18 Mart 2016 Tarihli Türkiye-AB Zirve Bildirisi, s. 4.

⁶¹ Türkiye-AB Arasında 18 Mart'ta Varılan Mutabakata İlişkin Soru-Cevaplar, "https://www.mfa.gov.tr/turkiye-ab-arasinda-18-mart_ta-varilan-mutabakata-iliskin-soru-cevaplar.tr.mfa", Erişim tarihi: 22.03.2020.

⁶² EU-Turkey statement, 18 March 2016, "https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/", Erişim tarihi: 22.03.2020.

⁶³ Vienna Convention on the Law of Treaties (with annex). Concluded on Vienna on 23 May 1969, "https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf" Erişim tarihi: 22.03.2020.

taraf olmamasına rağmen birçok hükmü uluslararası örf adet hukukunun parçası niteliğindedir⁶⁴. Viyana Konvansiyonu m. 2.1.a’da antlaşma kavramı tanımlanmıştır. Buna göre “antlaşma, ister bir isterse ilgili birden fazla belgede yer alsın ve adlandırılması ne olursa olsun devletler arasında yazılı şekilde akdedilen ve milletlerarası hukuka tâbi olan milletlerarası anlaşma demektir.” Bu çerçevede, Viyana Konvansiyonu’nun hazırlık çalışmaları sırasında Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun antlaşma tanımına dair taslak maddede de belirtildiği üzere adlandırılma “antlaşma” yanı sıra konvansiyon, protokol, şart, bildiri, nota teatisi, tutanak, mutabakat zaptı olabilir⁶⁵. Şekle ve adlandırmaya dair özel bir kural olmayıp tamamıyla tarafların niyet ve iradesine tâbidir. Antlaşma olup olmadığının belirlenmesinde önemli olan içeriğinde hukuki taahhütte bulunulup bulunulmadığı, yükümlülük yüklenilip yüklenilmediği ve tarafların bağlanma iradesidir⁶⁶. Şekle dair bir başka konu olan imzanın temel fonksiyonu tarafların anlaştıkları hususları, rızalarını belgelemesidir. Bununla birlikte, tarafların anlaşması başka yollarla örneğin, uluslararası konferans bildirisinde yer vererek veya paraflanarak da belgelenebilmektedir. Bu çerçevede imza şart değildir⁶⁷.

Antlaşmaların şekli, adlandırılması meselesi MAD tarafından Yunanistan ve Türkiye arasındaki Ege Denizi davasında ele alınmıştır⁶⁸. Bu davada Türkiye ve Yunanistan başbakanlarının yaptıkları toplantı neticesi yayınlanan ortak bildiri de iki ülke arasındaki karasuları ve kıta sahanlığı uyumsuzluğunun MAD tarafından çözülmesine ilişkin bir ifade yer almıştır. Yunanistan buna dayanarak MAD’a başvurmuştur. Ortak bildiri imza veya paraf taşımamaktadır ve toplantı sonrası doğrudan basına açıklanmıştır. Türkiye ortak bildirinin uluslararası hukuk altında uluslararası antlaşma seviyesinde bir metin olmadığını, eğer öyle olduğu kabul edilseydi Türkiye tarafından onay işleminden geçirilmesi gerektiğini ve bunun yapılmadığını ileri sürmüştür. Buna karşılık Yunanistan, isimlendirmenin önemli olmadığını ortak bildirinin de uluslararası antlaşma niteliğinde olabileceğini belirtmiştir⁶⁹.

⁶⁴ BROWNLIE, s. 608.

⁶⁵ Yearbook of ILC (1962), ii. 161, BROWNLIE, s. 608’den naklen.

⁶⁶ BROWNLIE, s. 608-609.

⁶⁷ BROWNLIE, s. 610.

⁶⁸ Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey) Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 19 December 1978, “<https://www.icj-cij.org/files/case-related/62/062-19781219-JUD-01-00-EN.pdf>”, Erişim tarihi: 22.03.2020.

⁶⁹ Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), par. 95.

MAD, uluslararası hukuk altında metnin isminin ortak bildiri olmasının önemli olmadığını, uluslararası antlaşma olup olmadığı konusunda belirleyici olanın içeriğinin niteliği olduğunu belirtmiştir. Bunun ise metinde yer alan ifadelerden, metnin bağlamından ve hazırlandığı şartlardan anlaşılacağını belirtmiştir⁷⁰. MAD, ortak bildirin içeriğinde, “karar”, “yükümlülük” gibi terimlerin kullanıldığını ve bu ifadelerin tarafların kendilerini bağlama niyetlerinin işareti niteliğinde olsa da antlaşmanın çerçevesinden ve özellikle önceki ve sonraki müzakereler ile diplomatik teatilerden tarafların uyuşmazlığı MAD’a sunmak için koşulsuz olarak yükümlülük üstlenmediğinin anlaşıldığı sonucuna ulaşmıştır. Bu çerçevede, ortak bildiri metninin uluslararası antlaşma niteliğinde olmadığına ve uyuşmazlık konusunda yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir⁷¹.

MAD’ın konuyu ele aldığı bir başka dava Katar-Bahreyn davasıdır⁷². Davada Katar ve Bahreyn dışişleri bakanları arasında Suudi Arabistan dışişleri bakanının da hazır bulunduğu müzakerelere ilişkin toplantı tutanaklarının uluslararası antlaşma olup olmadığı ele alınmıştır. MAD, toplantı tutanaklarının içeriğinde tarafların hangi konularda anlaştığının ifade edildiğini, daha önce üstlenilen yükümlülüklerin teyit edildiğini belirtmiştir. MAD, toplantı tutanaklarında Suudi Arabistan kralının arabuluculuğunun devam etmesi ve daha önce mahkemeye başvurmama konusundaki anlaşmanın yer aldığını ve hangi hâllerde mahkemeye başvurulacağına yer verildiğini ifade etmiştir. MAD, toplantı tutanağının sadece müzakerelerin not edildiği metin niteliğinde olmadığını, tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları meseleleri özetlediğini, tarafların yükümlülüklerini içerdiğini ve böylece uluslararası hukuk altında karşılıklı haklar ve borçlar oluşturduğunu belirtmiştir. Bu nedenle toplantı tutanaklarının uluslararası antlaşma niteliğinde olduğu ve uyuşmazlık konusunda MAD’ın yetkili olduğu sonucuna varmıştır⁷³.

Gerek Viyana Konvansiyonu’nda yer alan antlaşma tanımından gerekse MAD’ın yukarıda incelediğimiz konuya ilişkin iki önemli karardan bir

⁷⁰ Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), par. 96.

⁷¹ Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), par. 104, 106.

⁷² Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 1 July 1994, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/87/087-19940701-JUD-01-00-EN.pdf> Erişim tarihi: 22.03.2020.

⁷³ Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, par. 24-25.

metnin milletlerarası antlaşma olup olmadığının tespitine ilişkin şu sonuçlar çıkmaktadır: Metnin adlandırılması ve imza taşıyıp taşıyamaması önemli değildir. Metnin milletlerarası antlaşma olup olmadığının tespitinde iki kriter önem taşımaktadır. Bunlar metnin içeriği ve antlaşmanın müzakere edildiği çerçevedir. Buna göre metin taraflar arasında yükümlülükler, haklar ve borçlar doğuran ifadeler içermelidir. Bununla birlikte, bu tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda metnin bağlamından ve müzakere edildiği çerçeveden tarafların bağlanma niyetleri anlaşılmalıdır.

18 Mart 2016 tarihli metnin hukuki niteliğine, milletlerarası antlaşma olup olmadığına dair doktrindeki görüşler şu şekilde ifade edilebilir: Doktrinde bir görüş tarafından 18 Mart 2016 tarihli metnin bildiri başlığını taşıması ve basın açıklaması şeklinde Avrupa Konseyi tarafından kamuoyu ile paylaşılması nedeniyle uluslararası antlaşma niteliğinde olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre uluslararası antlaşma niteliğinde olmaması nedeniyle hukuken bağlayıcı değildir. Ayrıca gerek AB organları nezdinde gerek ulusal düzeyde uygun bulunmasına ilişkin bir prosedür ve metne karşı başvurulabilecek bir hukuki yol yoktur⁷⁴.

Doktrindeki diğer görüş, AB'nin Viyana Konvansiyonu'na taraf olmamasına rağmen Viyana Konvansiyonu'nun birçok hükmünün örf adet hukukunu yansıttığını ve Viyana Konvansiyonu m. 2.1.a'da yer alan antlaşma tanımının bu nitelikte olduğunu belirterek bu tanım çerçevesinde değerlendirme yapmıştır. Bu görüşe göre metin AB tarafından AB-Türkiye bildirisi başlığı ile yayımlansa da metnin hem içeriği hem de bağlamı metnin uluslararası antlaşma olduğunu göstermektedir. Metnin içeriğinde tarafların düzensiz göçe son vermeye "karar verdikleri" ifadesinin bulunduğu ve bu amaçla tarafların bir dizi eylem maddeleri üzerinde "anlaştıkları" ifadesinin yer aldığını, bu çerçevede Türkiye'nin düzensiz göçmenleri geri kabul etmeyi taahhüt ettiğini, AB'nin ise Türkiye'nin kabul edeceği her bir düzensiz göçmene karşılık bir Suriyeliyi AB'ye yerleştirmeyi taahhüt ettiğini ifade etmiştir. Metnin kabulünden sonra Yunanistan'ın düzensiz göçmenleri iade için yasa çıkardığını, Türkiye'nin ise 4 Nisan 2016'da ilk göçmenleri fiilen kabul ettiği belirtilmiştir. Bu görüşe göre gerek metinde yer verilen ifadeler gerekse tarafların metin sonrası yaptıkları eylemlerden bağlanma niyetlerinin olması nedeniyle 18 Mart 2016 tarihli metin uluslararası antlaşma niteliğindedir⁷⁵.

⁷⁴ PEERS, "The Draft EU/Turkey Deal..."; PEERS, "The Final EU/Turkey Refugee Deal...".

⁷⁵ SPIJKERBOER/DEN HEIJER, "Is the EU-Turkey Refugee and Migration Deal a Treaty?".

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, metin bildiri başlığı altında yayınlanmış olsa da metnin içeriğinde yer alan ve taraflarca üstlenilen yükümlülükler ve kullanılan dil bir bildiriden fazlasını ifade etmektedir. Metinde tarafların “anlaşmaya vardıkları” ifadesine yer verilmekte, ayrıca üzerinde anlaşmaya varılan konuların yerine getirilmesinin aylık bazda izleneceği ifade edilmektedir. Bu ifadeler metnin bağlayıcılık gücünü göstermektedir⁷⁶. Bununla birlikte, bu görüşe göre gerek AB’nin gerekse Türkiye’nin 18 Mart 2016 tarihli metni kendi iç usullerine göre onaylamamış ve resmî gazetelerinde yayınlamamış olmaları her iki tarafın da metnin uluslararası antlaşma olmadığı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 18 Mart 2016 tarihli metnin taraflarca antlaşmalar için gerekli olan onay safhasından geçirilmemesinin yanı sıra bu metin aynı zamanda AB’nin İşleyişine İlişkin Antlaşma’nın uluslararası antlaşma yapma usulünü düzenleyen 218. maddesine aykırı olarak yapılmıştır. Bu madde uyarınca bir uluslararası antlaşma yapılmadan önce Avrupa Parlamentosu’nun muvafakatinin alınması gerekirken bu muvafakat alınmamıştır. Antlaşma yapmaya dair iç usullere uyulmamasının Viyana Konvansiyonu m. 46.1’de antlaşmanın geçersizliğine yol açmayacağı belirtilse de aynı maddenin 2. fıkrasında bu aykırılığın aşikâr ve iç hukukun temel bir kuralına dair olması istisna kabul edilmiştir. Bu görüşe göre metnin onay süreciyle ilgili taraflarca hiçbir adım atılmaması temel öneme sahip kuralın ihlal edildiğinin de göstergesidir. Bu ihlal nedeni ile de metin uluslararası antlaşma kabul edilse dahi geçersiz kabul edilecektir. Bu görüşe göre Viyana Konvansiyonu m. 2.1.a’da yer alan tanımda “adlandırması ne olursa olsun” ifadesine yer verilmesi nedeniyle tarafların belirli konulardaki mutabakatlarının zaptı niteliğindeki AB tarafından bildiri başlığı ile yayınlanan metin atipik bir uluslararası antlaşma olarak kabul edilebilecektir. Bununla beraber, yukarıda yer verilen gerekçeler uyarınca uluslararası antlaşma olarak kabul edilse bile geçersiz olacaktır⁷⁷.

18 Mart 2016 tarihli metnin ABAD kararlarına da konu olmuştur. Kararlarda düzensiz göçmen konumundaki davacılar 18 Mart 2016 tarihli metnin bir uluslararası antlaşma olduğunu ve bu uluslararası antlaşmaya göre Türkiye’ye iade edilebileceklerini, ancak hukuka aykırı bir uluslararası antlaşma olması nedeniyle ABAD tarafından AB’nin İşleyişine dair Antlaşma’nın 263. Maddesinde yer alan denetim mekanizması uyarınca iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bahse konu madde ile ABAD’a AB kurumlarının üçüncü

⁷⁶ EKŞİ, (2017), s. 63.

⁷⁷ EKŞİ, (2017) s. 79-81.

kişiler üzerinde etki doğuracak tasarruflarının hukuka uygunluğunu denetleme imkânı verilmektedir⁷⁸. ABAD'ın her üç kararı da aynı içerikte olup aynı gün yayınlanmışlardır. ABAD bu kararlarında aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır⁷⁹:

ABAD, 29 Kasım 2015 tarihinde Türkiye Başbakanı ile AB devlet ve hükümet başkanlarının bir araya geldiğini ve Ortak Eylem Planı üzerinde anlaştığını ve bu eylem planında AB'ye yasa dışı göçü önlemek için işbirliğini güçlendirmeye karar verildiğini, aynı zamanda tarafların Türkiye'den Yunan adalarına giden yasadışı göçmenlerin Türkiye tarafından kabul edilmesi, bunun karşılığında kabul edilen her bir Suriyeliye karşılık Türkiye'den bir Suriyelinin AB'ye yerleştirilmesi konusunda görüş birliğine vardığını belirtmiştir. 18 Mart 2016 tarihli metnin AB Konseyi internet sitesinde basın açıklaması olarak yayınlandığı ve bu basın açıklamasının 29 Kasım 2015 tarihinde uzlaşılacak eylem planının bir parçası olduğu belirtilmiştir. ABAD, metnin basın açıklaması olarak yayınlanmasının, metnin içeriğinin ve metni kabul edenlerin niyetinin hukuken bağlayıcı bir uluslararası antlaşma yapmak olmadığını göstergesi olduğunu belirtmiştir. Özellikle İngilizce metinde kullanılan dilin ve terimlerin, zorunluluk bildiren ve uluslararası antlaşmalarda kullanılan "shall" ifadesi yerine daha belirsiz "will" ifadesinin kullanılmasının, hukuken bağlayıcı bir metin olmadığını gösterdiğini ve zaten metnin basın açıklaması şeklinde duyurulduğunu ifade etmiştir. ABAD, taraflardan AB Konseyi ve AB Komisyonu'nun metnin bir uluslararası antlaşma olmadığı ve üçüncü kişiler açısından sonuç doğurucu politik taahhüt içermediği görüşlerini ve her üç davacının da metinde yer alan anlaşmaya varma, kararlaştırma, teyit etme gibi ifadelerin ve her iki tarafın da taahhütlerinin yer aldığı dolayısıyla metnin bir uluslararası antlaşma olduğu görüşlerini ileri sürdüğünü belirtmiştir. ABAD, m. 263 uyarınca AB kurumları tarafından yapılan ve üçüncü kişiler üzerinde etkisi olan tasarrufları denetleyebileceğini belirttikten sonra AB-Türkiye basın açıklaması şeklinde yayınlanan metnin AB Konseyi üyeleri ile Türk muhatapları arasında yapılan toplantı sonucunda kaleme alındığını, metinde yer alan eylemler hakkındaki anlaşmanın AB ile Türkiye arasında yapıldığını bununla birlikte toplantıya katılan devlet temsilcilerinin AB Konseyi adına mı yoksa kendi devletlerini temsilen mi katıldığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. ABAD, her ne kadar metin AB Konseyi tarafından Konsey'in

⁷⁸ EKŞİ, (2017), s. 65.

⁷⁹ Case T-257/16, *NM v European Council*, 28 Şubat 2017 (2) Case T-193/16, *NG v European Council*, 28 Şubat 2017 (3) Case T-192/16, *NF v European Council*, 28 Şubat 2017, EKŞİ, (2017), s. 68-73'ten naklen.

görev alanına giren dışişleri ve uluslararası ilişkiler başlığı altında, üye devlet başkanlarının ve hükümet temsilcilerinin katıldığı uluslararası zirve şeklinde yayınlansa da bundan bu kişilerin AB Konseyi üyesi olarak mı yoksa kendi devletlerinin temsilcisi olarak mı katıldıklarının anlaşılmasını ifade etmiştir. Metnin içeriğinde yer alan AB Konseyi üyeleri ifadesinin AB Konseyi tarafından bu üyelerin hükümet ve devlet başkanları şeklinde anlaşılması gerektiğinin belirtildiğini ve AB ile Türkiye Cumhuriyeti bazı hususlarda anlaşmışlardır ifadesine de metni anlaşılır kılmak için yer verildiğinin AB Konseyi tarafından ifade edildiği ABAD kararında belirtilmiştir. ABAD, AB Konseyi'nin sunduğu belgelere dayanarak toplantıya katılanların AB Konseyi Üyesi sıfatı ile değil kendi devletlerini temsilen katıldığı, AB Konseyi ve AB Komisyonu başkanlarının fiilen toplantıya katılmalarına rağmen resmen davet edilmediklerini ve bulunmalarının görüşmelerin AB Konseyi ile Türkiye arasında gerçekleştiğini göstermeyeceğini, metinde yer alan Avrupa Konseyi üyeleri ve AB ifadelerinin üye devlet temsilcileri şeklinde anlaşılması gerektiğini ve AB adına bir uluslararası antlaşma yapılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle de m. 263 uyarınca denetim yetkisi olmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte, metnin içeriğinin belirsiz olmasına dayanarak masrafları tarafların yarı yarıya ödemesine karar vermiştir.

ABAD'ın 18 Mart 2016 tarihli metnin hukuki niteliğine dair kararlarında metnin içeriğinden ziyade adlandırılması ve metnin tarafları üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Bununla birlikte, kararların yukarıda yer verilen içeriğinden, ABAD'ın zorlama ve kararların içeriğinde verilen olgularla çelişen sonuçlara ulaştığı görülmektedir.

Doktrindeki görüşlere ve ABAD kararlarına yer verdikten sonra 18 Mart 2016 tarihli metnin hukuki niteliği kanaatimizce yukarıda yer verdiğimiz bir metnin uluslararası antlaşma niteliğine sahip olup olmadığına dair kriterler çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu çerçevede, metnin adı önemli olmayıp, metnin içeriğinin hak ve borç doğurucu nitelikte olup olmadığı ve metnin içeriğinden ve çerçevesinden, hazırlandığı şartlardan tarafların bağlanma niyetlerinin olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu doğrultuda, metnin AB tarafından "bildiri" olarak adlandırılmasının ve basın açıklaması başlığı altında yayınlanmasının önemi yoktur. Önemli olan iki husustan birincisi metnin içeriğidir. Metnin içeriğinde yer alan tarafların düzensiz göçe son vermeye karar verdikleri ve bu amaçla metnin içeriğinde yer alan dokuz maddede anlaştıkları ifadesi ve özellikle 1. ve 2. maddede yer alan yukarıda ayrıntılı incelediğimiz AB ve Türkiye'nin karşılıklı taahhütleri metnin içeriğinin hak ve borç doğurucu nitelikte olduğuna işaret etmektedir. Bununla

birlikte, yukarıda incelediğimiz, olgular açısından da konumuza benzer nitelikli olan Ege Denizi davasına ilişkin kararda MAD’ın da belirttiği üzere bir metnin hazırlık evresi ve sonrası da önem taşımaktadır. Kanaatimizce hem AB’nin hem de Türkiye’nin anayasal bir gereklilik olan onay işlemini gerçekleştirmemiş olmaları hem de AB’nin uluslararası antlaşma yapmadan önce AB mevzuatı uyarınca yapması gerekli işlemleri yapmaması metnin taraflarca uluslararası antlaşma düzeyinde görülmediğinin, bu düzeyde bağlanma iradeleri olmadığını bir göstergesidir. Bu nedenlerle, 18 Mart 2016 tarihli AB-Türkiye Zirvesi sonucu yayınlanan metin kanaatimizce uluslararası antlaşma düzeyinde olmayıp tarafların düzensiz göçe dair ortak anlayışlarını yansıtan ve bu çerçevede üzerinde anlaştıkları bir dizi eylemin genel çerçevesini çizen bir mutabakat metni “*memorandum of understanding*” niteliğindedir.

IV. TÜRKİYE-AVRUPA BİRLİĞİ GERİ KABUL ANTLAŞMASI VE 18 MART 2016 TARİHLİ ZİRVE BİLDİRİSİNE İLİŞKİN MEVCUT FİİLİ DURUM

Türkiye-AB GKA m. 24.4’te belirtildiği üzere süresiz olarak akdedilmiştir. Bununla birlikte, m. 24.5’te Antlaşma taraflarından her birinin resmî olarak diğer tarafa bildirimde bulunarak Antlaşma’yı feshedebileceği düzenlenmiştir. Antlaşma’nın yürürlüğü, bu bildirim yapıldığından altı ay sonra sona erecektir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere Antlaşma’nın feshedilmesi herhangi bir sebebe veya şarta bağlanmamıştır.

Viyana Konvansiyonu’nun 60. maddesinde uluslararası antlaşmaların sona erdirilme veya yürürlüğünün askıya alınması hâllerinden birisi olan “esaslı ihlal” düzenlenmiştir. MAD, Namibia davasında Viyana Konvansiyonu’nun uluslararası antlaşmalara esaslı ihlal nedeniyle son vermeye dair hükümlerinin uluslararası örf adet hukukunu yansıttığını belirtmiştir⁸⁰. Viyana Konvansiyonu m. 60.1 uyarınca bir uluslararası antlaşmanın taraflardan birince esaslı ihlali diğer taraf için antlaşmayı sona erdirme veya kısmen ya da tamamen yürürlüğünü askıya alma gerekçesini oluşturmaktadır. Esaslı ihlal kavramı m. 60.3’te tanımlanmıştır. Bu kapsamda, “antlaşmanın konu veya amacını gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlal edilmesi” esaslı ihlal oluşturmaktadır.

⁸⁰ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, “<https://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>”, Erişim tarihi: 13.04.2020.

Türkiye-AB GKA'nın dibacesinde Antlaşma'nın ortak sorumluluk, dayanışma ve göç akımlarının yönetiminde eşit ortaklık ilkelerine dayandığı belirtilmiştir. Antlaşma'nın teknik yardım başlıklı 23. maddesinde ise AB, Antlaşma'nın uygulanmasında Türkiye'yi desteklemek üzere mali yardım taahhüdünde bulunmuştur. Mali yardım kapasite ve kurumsal gelişim sağlama amacıyla verilecektir. 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisinin 6. maddesi de mali yardımı düzenlemektedir. Bu çerçevede, AB'nin Türkiye için Sığınmacı Mali İmkânı kapsamında başlangıç olarak tahsis ettiği 3 milyar avronun ödemesinin hızlandırılacağı ve Türkiye'nin zirve bildirisinin önceki maddelerinde yer alan yükümlülüklerini yerine getirmesi hâlinde 2018 sonuna kadar 3 milyar avroluk ilave fonun devreye sokulacağı belirtilmiştir. Makalemizin ilgili kısmında belirttiğimiz üzere mali yardım fiilen 750 milyon avro düzeyinde kalmıştır.

Gerek mali yardım konusunda gerekse Türkiye için Türkiye-AB GKA'ya taraf olmaksızın temel teşvik edici unsur olan vize muafiyeti konusunda AB taahhütlerini tam olarak yerine getirmemiştir. T.C. Dışişleri Bakanı tarafından 2019 yılının Temmuz ayındaki bir röportajda ifade edildiği üzere Türkiye-AB GKA, AB'nin taahhütlerini yerine getirmemesi nedeniyle askıya alınmıştır. Bu durum AB'ye yazılı bir şekilde bildirilmiştir⁸¹. Türkiye-AB GKA'nın uygulanma sürecinde yapılan 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisinde yer alan mutabakatın uygulanması da doğal olarak fiilen durmuştur. Kanaatimizce, Antlaşma'nın ortak sorumluluk, dayanışma ve göç akımlarının yönetiminde eşit ortaklık ilkesine dayandığının belirtilmesi ve mali yardımın Antlaşma'nın uygulanmasında, konu ve amacının gerçekleşmesinde elzem bir konu olan Türkiye için kapasite ve kurumsal gelişim amacıyla verileceğinin taahhüt edilmesine rağmen yerine getirilmemesi Antlaşma'nın esaslı ihlalini oluşturmaktadır. Bu çerçevede, Türkiye'nin Antlaşma'nın uygulanmasını askıya alması uluslararası hukuka uygundur.

V. SONUÇ

Türkiye, AB üyeliği müzakereleri sürecinde AB tarafından bir şart olarak ileri sürülmesinin ve vize muafiyeti sağlanacağı yönündeki teşvikin neticesinde Türkiye-AB GKA'na taraf olmuştur. Türkiye-AB GKA ile taraflar Antlaşma'nın karşı tarafının ülkesinde yasa dışı olarak bulunan düzensiz göçmen niteliğindeki kendi vatandaşlarını ve kendi ülkelerinden

⁸¹ “http://www.mfa.gov.tr/disisleri-bakani-sayin-mevlut-cavusoglu_nun-tgrt-haber-kanalina-verdigi-ozel-ropartaj-22-07-19.tr.mfa”, Erişim tarihi: 10.03.2020.

geçerek o ülkeye giden üçüncü ülke vatandaşlarını ve vatansız kişileri kabul etme yükümlülüğünü üstlenmişlerdir. Kendi vatandaşlarını geri kabul yükümlülüğünün yanı sıra onların bağımsız ikamet iznine sahip olmayan ergin olmayan çocuklarını ve başka ülke vatandaşı olsa dahi bağımsız ikamet iznine sahip olmayan eşlerini de kabul etme yükümlülüğü vardır. Uluslararası hukuk altında bir ülkenin kendi vatandaşlarını geri kabul yükümlülüğü bulunmakla beraber, üçüncü ülke vatandaşlarının ve vatansız kişilerin geri kabulü yükümlülüğü ancak geri kabul antlaşmaları altında doğmaktadır. Türkiye-AB GKA uyarınca AB ayrıca Türkiye'ye kapasite ve kurumsal gelişim amacıyla mali yardımda bulunma yükümlülüğü üstlenmiştir.

Suriye kaynaklı olarak AB'ye yoğun düzensiz göçmen akını olması üzerine yapılan 18 Mart 2016 tarihli Türkiye-AB Zirvesi neticesinde bir bildiri yayınlanmıştır. Bu bildiri de taraflar düzensiz göçe son vermek konusunda ortak karara vardıklarını belirtmişler ve karşılıklı bazı taahhütlerde bulunmuşlardır. Türkiye, kendi ülkesi üzerinden Yunan adalarına ulaşan düzensiz göçmenleri kabul etme taahhüdünde bulunmuş, AB ise Türkiye'nin kabul ettiği her düzensiz göçmene karşılık Türkiye'den bir Suriyeliyi AB'ye yerleştirmeyi taahhüt etmiştir. Bununla birlikte, AB'nin yerleştirme taahhüdü 72.000 kişi ile sınırlı tutulmuştur. Bu durum, Türkiye'de bulunan Suriyeli sayısı ve Türkiye'nin geri kabul yükümlülüğüne ilişkin sınırlama olmaması dikkate alındığında yükümlülükler dengesine aykırıdır. AB, ayrıca zirve bildirisinde tahsis edilmiş olan 3 milyar avroluk yardımın ödenmesinin hızlandırılmasının yanı sıra, Türkiye tarafından yükümlülüklerin yerine getirilmesi hâlinde 2018 sonuna kadar 3 milyar avroluk bir fonun daha devreye sokulacağını taahhüt etmiştir. Bununla birlikte, mali yardıma dair bir ödeme takvimi belirlenmemiştir. Nihayetinde, AB bu taahhüdünü de yerine getirmemiştir.

18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisi ile ilgili bir diğer problem gerek doktrin tartışmalarına gerekse ABAD kararlarına konu olan hukuki niteliği, uluslararası antlaşma olup olmadığı ve bu bağlamda bağlayıcılık gücüdür. Meselenin uluslararası antlaşma kavramına dair Viyana Konvansiyonu'nda ve MAD kararlarında yer alan kriterler çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, iki kriter bulunmaktadır. Bunlardan birincisi antlaşmada yer alan ifadelerdir. İkincisi gerek antlaşmada yer alan ifadelerden gerekse antlaşmanın müzakere edildiği çerçeveden ve şartlardan tarafların bağlanma niyetlerinin olduğunun anlaşılmasıdır. 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisinde tarafların karar verdikleri, anlaşmaya vardıkları gibi ifadeler ile bazı taahhütler yer alsada da gerek antlaşma öncesi gerekse antlaşma sonrası davranışlarından,

uluslararası antlaşma düzeyinde bağlanma niyetlerinin olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun göstergesi, AB'nin uluslararası antlaşma yapmaya dair Avrupa Birliği'nin İşleyişine dair Antlaşma'da yer alan düzenlemelere uymaması ve gerek AB'nin gerek Türkiye'nin zirve bildirisini uluslararası antlaşmalar için anayasal gereklilik olan onay sürecinden geçirmemiş olmalarıdır. Bu çerçevede, 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisini tarafların göç yönetimi konusunda ortak anlayışlarını ve bu doğrultuda üzerinde anlaştıkları bazı eylemlerin genel çerçevesini çizen bir mutabakat metni niteliğindedir.

Türkiye-AB GKA ve 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisini bakımından bir diğer sorunlu alan AB mülteci hukuku ile çelişkileridir. Gerek Antlaşma gerekse 18 Mart 2016 tarihli zirve bildirisini uyarınca AB düzensiz göçmenlerden iltica başvurusunda bulunanların başvurularını kendi mevzuatı uyarınca inceleme yükümlülüğü altındadır. AB ancak başvurusu kabul edilemez veya dayanaktan yoksun bulunanları Türkiye'ye geri gönderebilir. Bununla birlikte, AB mülteci mevzuatı uyarınca ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülke kavramları altında iltica başvurusu kabul edilemez bulunabilmektedir. AB, Türkiye üzerinden AB'ye gelen düzensiz göçmenlerden mülteci başvurusu yapanların başvurusunu Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke vasfına sahip olduğu gerekçesiyle esastan incelemeye girişmeksizin kabul edilemez bulmaktadır. Bununla birlikte, AB Sığınma Usulleri Direktifi'nde güvenli üçüncü ülke kavramının tanımlandığı m. 38.1.e'de yer alan şartı Türkiye taşımamaktadır. Söz konusu şart uyarınca bir ülkenin güvenli üçüncü ülke sayılabilmesi için geri gönderilecek şahsın o ülkede mülteci statüsüne başvuruda bulunma imkânının olması ve eğer başvurusu kabul edilirse Cenevre Konvansiyonu'na uygun korumanın sağlanması gerekir. Bununla birlikte, Avrupa ülkeleri dışındaki ülkelere gelenlerin Türkiye'de mülteci statüsüne başvuruda bulunma hakları Türkiye'nin Cenevre Konvansiyonu'na koyduğu çekince uyarınca yoktur. Bu kişilere şartlı mülteci statüsü verilmektedir. Suriyelilere ise ayrı bir statü olan geçici koruma statüsü verilmektedir. Gerek şartlı mülteci statüsü gerekse geçici koruma statüsü altında tanınan haklar Cenevre Konvansiyonu uyarınca mültecilere tanınması gereken haklardan daha sınırlıdır. Bu nedenlerle, bu kişilerin ne mülteci statüsüne başvurma hakları ne de Cenevre Konvansiyonu'na uygun koruma sağlanması imkânlarının bulunmaması nedeniyle AB üyesi bir ülkenin yapması gereken bu şahısların başvurularını esastan incelemektir. Esasa ilişkin şartları taşımamaları hâlinde Türkiye-AB GKA uyarınca Türkiye'ye iade edilmeleri gerekir.

Türkiye-AB GKA'nın yürürlüğü 2019 yılının Temmuz ayında bizatihi

T.C. Dışişleri Bakanı'nın ifade ettiği üzere askıya alınmış ve bu durum m. 24.5 uyarınca AB'ye yazılı olarak bildirilmiştir. Viyana Konvansiyonu'nun, uluslararası örf adet hukukunu yansıttığı MAD tarafından belirtilen 60. maddesi uyarınca bir uluslararası antlaşmanın uygulanması, konu ve amacının gerçekleşmesi için elzem olan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde “esaslı ihlal” nedenine dayanılarak antlaşmaya son verilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması mümkündür. Türkiye-AB GKA kapsamında bir yükümlülük olan kapasite ve kurumsal gelişim için Türkiye'ye yapılması gereken mali yardım Antlaşma'nın uygulanması için elzem olan bir yükümlülüktür. Bu nedenle, Antlaşma'nın yürürlüğünün askıya alınması uluslararası hukuka uygundur.

KAYNAKÇA

APAN, Ahmet: “Avrupa Birliği ve Türkiye Arasında Geri Kabul Anlaşması: Vize Serbestisi Diyaloğu Dügümü”, **Türk İdare Dergisi**, S. 487, 2018, s. 426-457.

AYDIN, Esen: “Avrupa Birliği Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı ve Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasına Yansımaları”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 38, S. 1, s. 11-40.

AYDIN-DÜZGİT, Sanem/KEYMAN, E. Fuat/BIEHL, Kristen S.: Changing Parameters of Migration Cooperation: Beyond the EU-Turkey Deal?, Istanbul Policy Center, 2019, “<https://ipc.sabanciuniv.edu/Content/Images/Document/changing-parameters-of-migration-cooperation-beyond-the-eu-turkey-deal-0a0024/changing-parameters-of-migration-cooperation-beyond-the-eu-turkey-deal-0a0024.pdf>”, Erişim tarihi: 6.8.2020.

BATIR, Kerem: “Avrupa Birliği'nin Geri Kabul Anlaşmaları: Türkiye ile AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması Çerçevesinde Hukuki Bir Değerlendirme”, **Yönetim Bilimleri Dergisi**, C. 15, S. 30, 2017, s. 585-604.

BOZKURT, Kutluhan: “Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması”, **TBB Dergisi**, S. 125, 2016, s. 387-408.

BROWNLIE, Ian: **Principles of Public International Law**, 7th. edition, OUP, Oxford, 2008.

DOĞAN, Vahit: **Türk Yabancılar Hukuku**, 4. baskı, Savaş, Ankara, 2019.

EKŞİ, Nuray: “18 Mart 2016 tarihli AB-Türkiye Zirvesi Bildirisinin Hukuki Niteliği” **İktisat ve Sosyal Bilimlerde Güncel Araştırmalar Dergisi**, C.1, S. 1, 2017, s. 47-85.

EKŞİ, Nuray: **Türkiye Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması**, Beta, İstanbul, 2016.

GÖÇMEN, İlke: “Türkiye ile Avrupa Birliği Arasındaki Geri Kabul Anlaşmasının Hukuki Yönden Analizi”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, C. 13, N. 2, 2014, s. 21-86.

HAILBRONNER, Kay: “Legal Requirements for the EU-Turkey Refugee Agreement: A Reply to J. Hathaway”, 11 Mrz 2016, “<https://verfassungsblog.de/legal-requirements-for-the-eu-turkey-refugee-agreement-a-reply-to-j-hathaway/>”, Erişim tarihi: 13.04.2020.

HATHAWAY, James C.: “Three Legal Requirements for the EU-Turkey Deal: An Interview with James Hathaway”, 9 Mrz 2016, “<https://verfassungsblog.de/three-legal-requirements-for-the-eu-turkey-deal-an-interview-with-james-hathaway/>”, Erişim tarihi: 13.04.2020.

HATHAWAY, James C.: “Taking Refugee Rights Seriously: A Reply to Professor Hailbronner”, 12 Mrz 2016, “<https://verfassungsblog.de/taking-refugee-rights-seriously-a-reply-to-professor-hailbronner/>”, Erişim tarihi: 13.04.2020.

KARACA, Hüseyin Akif: “Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüleri Altındaki Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri”, **Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 2, 2018, s. 141-166.

KÜÇÜK, Esin: “Türkiye’nin Taraf Olduğu Geri Kabul Antlaşmaları”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, 2008, s. 99-121.

OTT, Andrea: EU-Turkey Cooperation in Migration Matters A Game Changer in a Multi Layered Relationship, Centre for the Law of EU External Relations, The Hague, 2017, “https://www.asser.nl/media/4085/cleer17-4_web.pdf”, Erişim Tarihi: 6.8.2020.

ÖZKAN, Işıl: **Göç-İltica ve Sığınma Hukuku**, 3. baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

ÖZTÜRK, Neva Övünç: “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlihi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2012, s. 187-228.

PEERS, Steve: “The Draft EU/Turkey Deal on Migration and Refugees: Is it Legal?”, 16 March 2016, “<http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html>”, Erişim tarihi: 22.03.2020.

PEERS, Steve: “The Final EU/Turkey Refugee Deal: a Legal Assessment”, 18 March 2016,

“<http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/03/the-final-euturkey-refugee-deal-legal.html>”, Erişim tarihi: 22.03.2020.

PEERS, Steve/ROMAN, Emanuela: “The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What Could Possibly Go Wrong?”, 5 February 2016, “<http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html>”, Erişim tarihi: 22.03.2020.

POROY, Mehmet Akif: “Panel Konuşması”, **AB-Türkiye Geri Kabul Anlaşması ve Vize Serbestisi-Toplantı Notları**, ed. Sibel ÖZEL, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 39-52.

PÜRSELİM, Hatice Selin: “Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesine Yönelik İki Tartışma: Sözleşme’nin Kapsadığı Kişiler ve Geri Gönderme İlkesinin Bağlayıcılığı”, **Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan**, On İki Levha, 2020, s. 501-544.

SCHIEFFER, Martin: “Community Readmission Agreements with Third Countries-Objectives, Substance and Current State of Negotiations”, **European Journal of Migration and Law**, V. 5, 2003, s. 343-357.

SPIJKERBOER, Thomas/DEN HEIJER, Maarten: “Is the EU-Turkey Refugee and Migration Deal a Treaty”, 7 April 2016, “<http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html>”,

Erişim tarihi: 22.03.2020.

T.C. AB Bakanlığı, **Türkiye-AB Vize Muafiyeti Süreci ve Geri Kabul Anlaşması Hakkında Temel Sorular ve Yanıtları**, “https://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf” Erişim tarihi: 10.03.2020.

THYM, Daniel: “Why the EU-Turkey Deal is Legal and a Step in the Right Direction?”, 9 Mrz 2016, “<https://verfassungsblog.de/why-the-eu-turkey-deal-is-legal-and-a-step-in-the-right-direction/>”, Erişim tarihi: 13.04.2020.

TOKUZLU, Lami Bertan, “Panel Konuşması”, **AB-Türkiye Geri Kabul Anlaşması ve Vize Serbestisi-Toplantı Notları**, ed. Sibel ÖZEL, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 52-71.

TOKUZLU, Lami Bertan: **Burden-sharing Games for Asylum Seekers between Turkey and the European Union**, EUI Working Papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, RSCAS, 2010/05. “https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13096/RSCAS_2010_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y”, Erişim tarihi: 10.03.2020.

YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAKLARINA DAYALI LİSANSIZ ELEKTRİK ÜRETİMİ

Özkan ÖZYAKIŞIR*
Serdar ÜNVER**

ÖZ

Fosil yakıt kullanımının yarattığı olumsuz sonuçların önüne geçmek amacıyla, enerji üretiminde, “çevre dostu”, “temiz enerji” olarak nitelendirilen yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı teşvik edilmektedir. Bu doğrultuda, ülkemizde, 2023 yılında elektrik enerjisi üretiminin en az %30'unun yenilenebilir enerji kaynaklarından sağlanması amaçlanmaktadır. Türk hukukunda, yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretiminin, gerek lisanlı gerek lisanssız olarak gerçekleştirilmesine yönelik birincil ve ikincil mevzuat mevcuttur. Ülkemizde lisanssız elektrik üretimi hususunda, üretenin, ürettiği elektriği öz tüketimi için kullanımı politikası benimsenmiştir. Lisanssız üretim yapan gerçek ve tüzel kişilerin kendi ihtiyaçlarını karşılamak için üretim yapmaları esas kabul edilmiştir. Bununla birlikte, yenilenebilir enerji kaynaklarından lisanssız elektrik üreten gerçek ve tüzel kişilere, ihtiyaç fazlası elektriği satma imkânı da tanınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yenilenebilir enerji kaynakları, lisanssız elektrik üretimi, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı lisanssız elektrik üretimi, öz tüketim, temiz enerji.

UNLICENSED GENERATION OF ELECTRICITY BY USING RENEWABLE ENERGY RESOURCES

ABSTRACT

The use of renewable energy resources which are described as “nature-friendly” “clean energy” is being promoted to prevent negative consequences of fossil fuel usage. Consequently, the share of renewable energy resources in Turkey's

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı. (E-Mail: ozyakisirozkan@gmail.com).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1401-9891>

** **Öğretim Görevlisi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksek Okulu. (E-Mail: serdarunvr@gmail.com).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1215-6550>.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813037

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 28/06/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 31/08/2020

electricity generation is targeted to be increased to at least 30% by 2023. Turkish Law involves both primary and secondary legislation regulating both licensed and unlicensed electricity generation by using renewable energy resources. In Turkey, the unlicensed electricity generation scheme is based on the policy of self-consumption of electricity by the producer. The system applies the principle of unlicensed self-production by real and legal persons to supply their own energy needs. On the other side, the opportunity for natural and legal persons, who generate electricity from renewable energy resources, to sell surplus energy production is also.

Keywords: Renewable Energy Resources, unlicensed generation of electricity, unlicensed generation of electricity by using renewable energy resources, self-consumption, clean energy.

I. GİRİŞ

Enerji ihtiyacı, nüfus artışına, teknolojik gelişmelere ve ekonomik büyümeye paralel olarak her geçen gün artmaktadır¹. Ülkemizde, diğer dünya ülkelerinde olduğu gibi, enerji ihtiyacının karşılanmasında, daha çok kömür ve doğal gaz gibi fosil yakıtlardan faydalanılmaktadır². Elektrik enerjisi üretiminde de ağırlıklı olarak bahsi geçen fosil yakıtlar kullanılmaktadır³. Fakat fosil yakıtların kullanımı, birçok olumsuz sonucu da beraberinde getirmektedir. Çevre kirliliği, bu sonuçların en başında gelmektedir. Fosil yakıtlar, özellikle sera gazı salınımı sebebiyle, çevrenin önemli ölçüde kirlenmesine neden olmaktadır. Söz konusu yakıtlar, küresel ısınmanın da en önemli sebeplerinden biri olarak görülmektedir⁴. Bu durum karşısında dünya

¹ Enerji talebindeki artışın sebepleri için bkz. ÇALIŞKAN, s. 297, 306; ARSLAN/ SOLAK, s. 1382; KONAK, s. 201; Dünyada, elektrik enerjisi talebinin 2040 yılına kadar % 80 oranında artacağı tahmin edilmektedir. Bkz. T.C. ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIĞI, s. 3.

² ÇALIŞKAN, s. 298, 301; KONAK, s. 201; Diğer bazı ülkelerin elektrik üretiminin kaynaklara göre dağılımı için bkz. T.C. ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIĞI, s. 8.

³ T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı verilerine göre, ülkemizde, 2018 yılında elektrik enerjisinin % 37,3'ü kömürden, % 29,8'i doğal gazdan, % 19,8'i hidrolik enerjiden, % 6,6'sı rüzgardan, % 2,6'sı güneşten, % 2,5'i jeotermal enerjiden ve % 1,4'ü diğer kaynaklardan elde edilmiştir. 2019 yılı Eylül ayı sonu itibarıyla, kurulu gücün kaynaklara göre dağılımı ise, % 31,4 hidrolik enerji, % 28,6 doğal gaz, % 22,4 kömür, % 8,1 rüzgâr, % 6,2 güneş, % 1,6 jeotermal ve % 1,7 diğer kaynaklar şeklinde gerçekleşmiştir. Bkz. <https://www.etkb.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Elektrik> (erişim: 11.02.2020); Ayrıca bkz. ÖNAL/ YARBAY, s. 79.

⁴ Fosil yakıt tüketiminin yarattığı olumsuz sonuçlar için bkz. ÇALIŞKAN, s. 298, 301; KONAK, s. 199.

ülkeleri, sera gazı salınımının önüne geçmek ve fosil yakıt kullanımının en aza indirilmesi için, ortak hareket etme kararı almışlardır⁵. Ayrıca kömür ve doğal gaz gibi fosil yakıtlar, tükenen kaynaklardır⁶. Dolayısıyla uzun vadede, söz konusu kaynaklardan yararlanarak enerji üretimi mümkün olmayacaktır⁷. T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı verilerine göre, dünyadaki toplam rezervler göz önünde bulundurulduğunda, kömürün 114 yıl, doğal gazın ise 53 yıl ömrü kalmıştır⁸.

Ülkemiz özelinde kömür ve doğal gaz gibi fosil yakıtların enerji üretiminde kullanılmasının yarattığı önemli olumsuzluklardan biri de dışa bağımlılıktır. Zira, Türkiye, kömür ve doğal gaz bakımından ithalatçı, dışa bağımlı bir ülke konumundadır⁹. Ülkemizde, toplam enerji ihtiyacının, sadece % 26'sı yerli kaynaklardan sağlanmaktadır¹⁰. O hâlde, bahsi geçen fosil yakıtlara erişimin herhangi bir sebeple mümkün olmaması durumunda, enerji ihtiyacının karşılanmaması riski ortaya çıkacaktır¹¹. Enerji arz güvenliğini tehlikeye sokan bu durum karşısında, elektrik enerjisi üretiminde yerli kaynak kullanımının artırılması hedeflenmiş ve teşvik edilmiştir¹².

Fosil yakıt kullanımının yarattığı olumsuz sonuçların önüne geçmek amacıyla, dünyada ve ülkemizde, enerji üretiminde, “*çevre dostu*”, “*temiz enerji*” olarak nitelendirilen yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı

⁵ Fosil yakıt tüketiminin iklim üzerindeki zararlarının önlenmesi amacıyla düzenlenen zirvelere ve uluslararası bazda imzalanan sözleşmelere örnek olarak “Rio Zirvesi İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi”, “Kyoto Protokolü”, “Bali Eylem Planı” ve “Paris Zirvesi” gösterilebilir. Bkz. YILMAZ/ ÖZİÇ, s. 525.

⁶ ARSLAN/ SOLAK, s. 1382; KAYA, s. 275; YILMAZ/ HOTUNLUOĞLU, s. 76.

⁷ ARSLAN/ SOLAK, s. 1383.

⁸ T.C. ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIĞI, s. 4.

⁹ ÇALIŞKAN, s. 302; ARSLAN/ SOLAK, s. 1390; KAYA, s. 280; KONAK, s. 197; GÜNGÜL/ BAYRAÇ/ GÜLLÜ, s. 135.

¹⁰ ARSLAN/ SOLAK, s. 1390; Türkiye genelinde 2016 yılı sonu itibarıyla, 17,9 milyon varil ham petrol, 381,6 milyon m³ doğal gaz üretilmiştir. Buna karşılık, aynı yıl ülke genelinde tüketim miktarı, 27,6 milyon ton ham petrol ve 46,1 milyar m³ doğal gaz olarak gerçekleşmiştir. Bkz. T.C. ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIĞI, s. 37, 38.

¹¹ ÇALIŞKAN, s. 297; KAYA, s. 280, 281; KONAK, s. 200; Ayrıca fosil yakıtlar bakımından ithalatçı, dışa bağımlı ülkelerde, söz konusu yakıtların arzındaki daralmanda ortaya çıkabilecek olumsuzluklar için bkz. ARSLAN/ SOLAK, s. 1383.

¹² Bkz. 18.09.2009 Tarihli ve 2009/11 Karar No'lu Elektrik Enerjisi Piyasası ve Arz Güvenliği Strateji Belgesi, <https://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfalar%2fElektrik+Enerjisi+Piyasas%4%b1+ve+Arz+G%3%bcvenli%4%9fi+Strateji+Belgesi.pdf> (erişim: 12.02.2020); ÖNAL/ YARBAY, s. 79.

teşvik edilmektedir¹³. 18.09.2009 Tarihli ve 2009/11 Karar No'lu Elektrik Enerjisi Piyasası ve Arz Güvenliği Strateji Belgesi'nde, 2023 yılında elektrik enerjisi üretiminin en az % 30'unun yenilenebilir enerji kaynaklarından sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir¹⁴. Böylece enerji tüketiminde dışa bağımlılık da azaltılmış olacaktır¹⁵. Yenilenebilir enerji kaynakları, "hidrolik, rüzgâr, güneş, jeotermal, biyokütle, biyokütleden elde edilen gaz (çöp gazı dâhil), dalga, akıntı enerjisi ve gel-git gibi fosil olmayan enerji kaynaklarını ifade eder."¹⁶ Fosil yakıtlar bakımından dışa bağımlı olan ülkemiz, oldukça zengin ve çeşitli yenilenebilir enerji kaynaklarına sahiptir¹⁷. Bu gerçeklikten hareketle, yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretiminde en etkin ve en yüksek seviyede kullanılması amacıyla, birincil ve ikincil mevzuat hazırlanmıştır. Söz konusu mevzuat çerçevesinde, yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretiminin, lisanslı ve lisanssız olarak gerçekleştirilmesinin usul ve esasları düzenlenmiştir.

Çalışmamızda ilk olarak yenilenebilir enerji kaynaklarından, özellikle güneş ve rüzgâr enerjisinden lisanssız elektrik üretimine dair mevzuat incelenmiştir. Bu bağlamda, lisanssız elektrik üretimine ilişkin süreçler hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra, yenilenebilir enerji kaynaklarından lisanssız elektrik üretimi hususunda öne çıkan bazı Avrupa ülkeleri incelenerek buralarda uygulanan modeller hakkında açıklamalara yer verilmiştir.

¹³ KAYA, s. 275, 283; ÖNAL/ YARBAY, s. 79; YÜKSEL, s. 275; GÜNGÜL/ BAYRAÇ/ GÜLLÜ, s. 134-135.

¹⁴ Bkz. 18.09.2009 Tarihli ve 2009/11 Karar No'lu Elektrik Enerjisi Piyasası ve Arz Güvenliği Strateji Belgesi, <https://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfa lar%2fElektrik+Enerjisi+Piyasası%2f4%b1+ve+Arz+G%2fc3%bevenli%2c4%9fi+Strateji+Bel gesi.pdf> (erişim: 12.02.2020); Türkiye'nin enerji politikalarına hâkim olan temel ilkeler için bkz. KAYA, s. 279; YILMAZ/ ÖZİÇ, s. 526.

¹⁵ KONAK, s. 197, 199; GÜNGÜL/ BAYRAÇ/ GÜLLÜ, s. 135.

¹⁶ Yenilenebilir enerji kaynakları, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun m. 3/1, bent 8 ile Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği m. 4/1, bent v'de aynı şekilde tanımlanmıştır. Yenilenebilir enerji kaynakları hakkında bkz. ÇALIŞKAN, s. 298; ARSLAN/ SOLAK, s. 1382; ÖNAL/ YARBAY, s. 79; YÜKSEL, s. 275-276; GÜNGÜL/ BAYRAÇ/ GÜLLÜ, s. 134; YILMAZ/ ÖZİÇ, s. 526.

¹⁷ Ülkemizin yenilenebilir enerji potansiyeli, Hidroelektrik 80-100 Milyar kWh, Rüzgar 90-100 Milyar kWh, Jeotermal 5-16 Milyar kWh, Güneş 380 Milyar kWh, Yerli linyit 110-125 Milyar kWh, Biyogaz 35 Milyar kWh olmak üzere toplam 700-756 Milyar kWh olarak gösterilmektedir. Bkz. POLAT/ ŞEKERCİ, (http://www.emo.org.tr/ekler/c7d4b893c29b329_ek.pdf, erişim: 13.02.2020); Türkiye'nin yenilenebilir enerji potansiyeli için ayrıca bkz. ÖNAL/ YARBAY, s. 82; YILMAZ/ ÖZİÇ, s. 526.

II. TÜRK HUKUKUNDA YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAKLARINA DAYALI LİSANSIZ ELEKTRİK ÜRETİMİ

A. İlgili Mevzuat

Lisanssız elektrik üretimi hususu, esas olarak 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu¹⁸'nda düzenlenmiştir. 6446 sayılı Kanun m. 14/I'de, lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaf faaliyetler sayılmıştır¹⁹. Burada sayılan faaliyetlerden “kurulu gücü azami bir²⁰ megavatlık yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi” (6446 sayılı Kanun m. 14/I, bent b) ile “ürettiği enerjinin tamamını iletim veya dağıtım sistemine vermeden kullanan, üretimi ve tüketimi aynı ölçüm noktasında olan, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi” (6446 sayılı Kanun m. 14/I, bent d), çalışmamızın ana unsurunu oluşturmaktadır. Bahsi geçen faaliyetler kapsamında kurulan tesislerde, elektriğin, lisanssız üretimi hak ve yetkisi tanınmıştır²¹.

¹⁸ RG. T. 30.03.2013, Sa. 28603.

¹⁹ 6446 sayılı Kanun m. 14/I'e göre, “Lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaf faaliyetler şunlardır:

- a) İmdat grupları ve iletim ya da dağıtım sistemiyle bağlantı tesis etmeyen üretim tesisi
- b) Kurulu gücü azami bir megavatlık yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi
- c) Belediyelerin katı atık tesisleri ile artma tesisi çamurlarının bertarafında kullanılmak üzere kurulan elektrik üretim tesisi
- ç) Mikrokojenerasyon tesisleri ile Bakanlıkça belirlenecek verimlilik değerini sağlayan ko-jenerasyon tesislerinden Kurulca belirlenecek olan kategoride olanları
- d) Ürettiği enerjinin tamamını iletim veya dağıtım sistemine vermeden kullanan, üretimi ve tüketimi aynı ölçüm noktasında olan, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi
- e) (Ek: 21/3/2018-7103/84 md.) Bakanlığın görüşü alınarak Kurulun belirleyeceği limitler ile usul ve esaslar çerçevesinde elektrik depolama ve talep tarafı katılımı kapsamında gerçekleştirilen piyasa faaliyetleri
- f) (Ek: 19/4/2018-7139/56 md.) Elektrik aboneliği Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne ait tarımsal sulama amaçlı tesislerin elektrik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, kurulu gücü tarımsal sulama tesisinin bağlantı anlaşmasındaki sözleşme gücü, birden fazla tesis için tesislerin sözleşme güçleri toplamı ile sınırlı olmak koşuluyla Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından kurulan ve işletilen yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi”.

²⁰ 1044 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile, 6446 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine dayalı olarak yenilenebilir enerji kaynaklarından lisanssız elektrik üretimi gerçekleştirebilecek tesislerin kurulu güç üst sınırı, beş megavata çıkarılmıştır. Bkz. 1044 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, RG. T. 10.05.2019, Sa. 30770.

²¹ YÜKSEL, s. 276; YILMAZ/ HOTUNLUOĞLU, s. 89; TÜRKİYE ENERJİ VAKFI (TENVA), s. 9.

6446 sayılı Kanun’la birlikte dikkate alınması gereken bir diğer düzenleme, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun²²’dur. 5346 sayılı Kanun’la, yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimi amaçlı kullanımının yaygınlaştırılması, bu kaynakların güvenilir, ekonomik ve kaliteli biçimde ekonomiye kazandırılması amaçlanmıştır²³. 5346 sayılı Kanun’un 6/A maddesinde, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri için “*muafiyetli üretim*” hüküm altına alınmıştır²⁴.

İlgili mevzuat kapsamında önemi haiz bir diğer düzenleme, 6446 sayılı Kanun m. 14 ile 5346 sayılı Kanun m. 6/A’ya dayanılarak ihdas edilen Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği²⁵’dir. İkincil, tamamlayıcı bir düzenleme olarak bu Yönetmelik²⁶, tüketicilerin elektrik ihtiyaçlarını tüketim noktasına en yakın kendi üretim tesisinden karşılaması amacıyla, lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaf olarak elektrik enerjisi üretebilecek, gerçek veya tüzel kişilere uygulanacak usul ve esasları belirlemiştir²⁷. Lisanssız elektrik üretecek tesislerin sisteme bağlanması,

²² RG. T. 18.05.2005, Sa. 25819.

²³ Bkz. 5346 sayılı Kanun m. 1.

²⁴ YÜKSEL, s. 276.

²⁵ RG. T. 12.05.2019, Sa. 30772; 12.05.2019 tarih ve 30772 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği ile, 02.10.2013 tarih ve 28783 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır.

²⁶ Çalışmamızın bundan sonraki kısmında “Yönetmelik” ifadesinden, 12.05.2019 tarih ve 30772 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren “Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği” anlaşılacaktır.

²⁷ Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği m. 5/I’de, 6446 sayılı Kanun m. 14/I hükmüne paralel şekilde, lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaf olarak kurulabilecek üretim tesisleri sayılmıştır. Yönetmelik m. 5/I’e göre, “*Önlisans ve lisans alma ile şirket kurma yükümlülüğünden muaf olarak kurulabilecek üretim tesisleri şunlardır:*

- a) İmdat grupları,
- b) İletim ya da dağıtım sistemiyle bağlantı tesis etmeden izole çalışan üretim tesisleri,
- c) Kurulu gücü bir megavat veya Kanununun 14 üncü maddesi çerçevesinde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmiş kurulu güç üst sınırına kadar olan yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri,
- ç) Ürettiği enerjinin tamamını iletim veya dağıtım sistemine vermeden kullanan, üretimi ve tüketimi aynı ölçüm noktasında olan, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri,
- d) Bakanlıkça belirlenecek verimlilik değerini sağlayan kategorideki kojenerasyon tesisleri,

bu tesislerin kurulmasına yönelik başvuruların değerlendirilmesi, üretilen ihtiyaç fazlası elektriğin akıbeti ve üretim tesislerinin denetlenmesi, Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği kapsamında.

B. Lisanssız Elektrik Üretimi

Ülkemizde lisanssız elektrik üretimi hususunda, üretenin, ürettiği elektriği öz tüketimi için kullanımı politikası benimsenmiştir²⁸. Bu durum, Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır²⁹. Söz konusu hükümde, yönetmeliğin amaçları arasında, *elektrik piyasasında, tüketicilerin elektrik ihtiyaçlarını tüketim noktasına en yakın kendi üretim tesisinden karşılaması*, sayılmıştır. Aynı şekilde, Yönetmeliğin 23. maddesinde, lisanssız üretim yapan gerçek ve tüzel kişilerin kendi ihtiyaçlarını karşılamak için üretim yapmaları esas kabul edilmiştir. Bununla birlikte, yenilenebilir enerji kaynaklarından lisanssız elektrik üreten gerçek ve tüzel kişilere, ihtiyaç fazlası elektriği satma imkânı da tanınmıştır³⁰. Hatta, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun 6/A maddesinin ikinci fıkrasıyla, dağıtım şirketlerine, lisanssız üretilen ihtiyaç fazlası elektriği satın alma zorunluluğu getirilmiştir. Gerçekten de, bahsi geçen hükme göre,

e) Mikrokojenasyon tesisleri,

f) Belediyelerin katı atık tesisleri ile artıma tesisi çamurlarının bertarafında kullanılmak üzere kurulan üretim tesisleri,

g) Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan veya dolaylı olarak belediyeye ait olan tüzel kişilerce, belediyeler tarafından işletilen su isale hatları ile atık su isale hatları üzerinde, teknik imkanın olması ve DSİ tarafından uygun bulunması halinde hidrolik kaynağa dayalı kurulan üretim tesisleri,

ğ) Elektrik aboneliği Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne ait tarımsal sulama amaçlı tesislerin elektrik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, kurulu gücü tarımsal sulama tesisinin bağlantı anlaşmasındaki sözleşme gücü, birden fazla tesis için tesislerin sözleşme güçleri toplamı ile sınırlı olmak koşuluyla Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından kurulan ve işletilen yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri."

²⁸ Aynı yönde, bkz. YÜKSEL, s. 277; TÜRKİYE ENERJİ VAKFI (TENVA), s. 44; YILMAZ/ ÖZİÇ, s. 528; YAĞMUR/ GÜL/ AKDENİZ/ GÜRDAL/ BAHÇE/ GÜLTEKİN, s. 775.

²⁹ Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesine göre, "Bu Yönetmeliğin amacı elektrik piyasasında, tüketicilerin elektrik ihtiyaçlarını tüketim noktasına en yakın kendi üretim tesisinden karşılaması, arz güvenliğinin sağlanmasında küçük ölçekli üretim tesislerinin ülke ekonomisine kazandırılması ve küçük ölçekli üretim kaynaklarının etkin kullanımının sağlanması ile elektrik şebekesinde meydana gelen kayıp miktarlarının düşürülmesi amacıyla lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğü olmaksızın, elektrik enerjisi üretebilecek, gerçek veya tüzel kişilere uygulanacak usul ve esasların belirlenmesidir."

³⁰ TÜRKİYE ENERJİ VAKFI (TENVA), s. 17; YILMAZ/ ÖZİÇ, s. 529.

üretilecek ihtiyaç fazlası elektrik enerjisinin, perakende satış lisansını haiz ilgili dağıtım şirketi tarafından satın alınması zorunludur³¹.

Yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim faaliyeti gösteren tesisler için ihtiyaç fazlası elektrik enerjisine uygulanacak fiyat ve bu fiyatın ne kadar süreyle geçerli olacağı, 1044 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı³² ile belirlenmiştir. Karara göre, “... üretilen ihtiyaç fazlası elektrik enerjisi için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından ilan edilen kendi abone grubuna ait perakende tek zamanlı aktif enerji bedeli, tesisin işletmeye giriş tarihinden itibaren on yıl süre ile uygulanır.”

Lisanssız elektrik üretimi yoluyla, tüketicinin ihtiyaç duyduğu elektriği üretmesi sağlanarak enerji verimliliği sağlanmaya çalışılmıştır³³. Zira, bu yolla, tüketim noktasına en yakın yerde elektrik üretilmekte, böylece elektrik enerjisinin dağıtımını esnasında enerji miktarında yaşanan kayıp miktarı olabildiğince düşürülmektedir. Ayrıca lisanstan muafiyet getirilerek küçük ölçekli üretim kaynaklarının etkin kullanımı ile bunların ülke ekonomisine kazandırılması da amaçlanmıştır³⁴. Bu bağlamda, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 14. maddesinde lisanssız yürütülebilecek faaliyetler ve Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği'nin 5. maddesinde elektrik üretimini lisanssız olarak gerçekleştirebilecek üretim tesisleri belirlenmiştir.

Yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı lisanstan muaf elektrik üretimi, lisanslı üretim karşısında önemli bazı avantajlara sahiptir. Mesela, rüzgâr ve güneş enerjisine dayalı lisanssız elektrik üretimi için performans parametrelerinin ölçülmesi gerekmemektedir. Başvuru süresine ilişkin bir sınırlama mevcut değildir. Her ay başvuru yapılabilmektedir. Başvurucunun teminat yatırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca üretim tesisinin devrine ilişkin olarak özel bir sınırlama hükmü de ihdas edilmemiştir³⁵. Üretim tesisinin geçici kabulünün ardından tesis devredilebilir³⁶.

³¹ Alım ve fiyat garantisi hakkında bkz. ALTUNTOP/ ERDEMİR, s. 75; BOSÇA, s. 23; TÜRKİYE ENERJİ VAKFI (TENVA), s. 17 vd.; YÜKSEL, s. 278; YILMAZ/ HOTUNLUOĞLU, s. 83; YILMAZ/ ÖZİÇ, s. 528.

³² RG. T. 10.05.2019, Sa. 30770.

³³ YILMAZ/ HOTUNLUOĞLU, s. 90; TÜRKİYE ENERJİ VAKFI (TENVA), s. 9.

³⁴ Bkz. Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği m. 1; Türkiye'de lisanssız elektrik üretiminin temel amaçları için bkz. TÜRKİYE ENERJİ VAKFI (TENVA), s. 11.

³⁵ Lisanssız elektrik üretiminin avantajları için bkz. TÜRKİYE ENERJİ VAKFI (TENVA), s. 13, 14.

³⁶ Bkz. Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği m. 35.

C. Yenilenebilir Enerji Kaynaklarına Dayalı Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Süreçler³⁷

1. Başvuru

Çalışmamızda esas olarak “kurulu gücü azami bir³⁸ megavatlık yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi” (6446 sayılı Kanun m. 14/I, bent b) ile “ürettiği enerjinin tamamını iletim veya dağıtım sistemine vermeden kullanan, üretimi ve tüketimi aynı ölçüm noktasında olan, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri” (6446 sayılı Kanun m. 14/I, bent d) incelenmiştir. Her iki hususta da lisanstan muaf olarak üretilebilecek elektrik, yenilenebilir enerji kaynaklarından sağlanmaktadır. Dolayısıyla, öz olarak çalışmamızda bundan sonra yaptığımız açıklamalar, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı lisanssız elektrik üretimine başvuru hakkındadır.

Yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı lisanssız elektrik üretimi yapmak isteyen gerçek veya tüzel kişiler, ilgili şebeke işletmecisine başvuruda bulunur (Yönetmelik m. 10/I). Şebeke işletmecisi, ilgisine göre ya TEİAŞ ya dağıtım şirketi veya OSB dağıtım lisansı sahibi tüzel kişidir (Yönetmelik m. 4/I, bent I). Başvuruda, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararıyla belirlenen bilgi ve belgelerin sunulması şarttır. Şebeke işletmecisi, Kurul kararıyla belirlenenler dışında herhangi bir bilgi ve belge talep edemez. Aksi durumda, talep edilen bilgi ve belgelerin sunulmaması gerekçe gösterilerek başvuru reddedilemez (Yönetmelik m. 10/II).

Lisanssız elektrik üretimi başvurularında sunulması zorunlu olan bilgi ve belgeler, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun 16.05.2019 tarihli ve 8587 sayılı Kararında³⁹ belirtilmiştir⁴⁰. Kurul kararıyla belirlenen belgelerin aslı ya

³⁷ Lisanssız elektrik üretimine ilişkin sürecinin hızlı ilerlemesinin önündeki en büyük engelin bürokrasi olduğu yönünde bkz. YILMAZ/ HOTUNLUOĞLU, s. 90.

³⁸ 1044 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile, 6446 sayılı Kanun’unun 14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine dayalı olarak yenilenebilir enerji kaynaklarından lisanssız elektrik üretimi gerçekleştirebilecek tesislerin kurulu güç üst sınırı, beş megavata çıkarılmıştır. Bkz. 1044 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, RG. T. 10.05.2019, Sa. 30770.

³⁹ RG. T. 21.05.2019, Sa. 30780.

⁴⁰ Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun 16.05.2019 tarihli ve 8587 sayılı Kararında (RG. T. 21.05.2019, Sa. 30780) lisanssız elektrik üretimi başvurularında sunulması gereken bilgi ve belgeler aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

1. Lisanssız Üretim Bağlantı Başvuru Formu (Yönetmelik Ek-1),
2. Tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili şahıs/shahısların ‘Yetki Belgeleri’,

da noter onaylı suretinin sunulması gerekmektedir. Ancak ilgili belgenin aslı

3. Başvuruda bulunan tüzel kişinin, tüzel kişilikte doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan gerçek veya tüzel kişilerin ortaklık yapısını ve varlığı halinde kontrol ilişkisini ortaya koyan bilgi ve belgeler,
4. Üretim tesisinin kurulacağı yere ait; tapu, asgari iki yıl süreli ekinde imza sirküleri veya imza beyannamesi yer alan kira sözleşmesi ya da kullanım hakkının edinildiğine dair tevsik edici belge,
5. Çatı uygulaması dışındaki başvurular için;
 - Mutlak tarım arazileri.
 - Özel ürün arazileri,
 - Dikili tarım arazileri,
 - Sulu tarım arazileri,
 - Çevre arazilerde tarımsal kullanım bütünlüğünü bozan alanları kapsamadığına ilişkin Tarım ve Orman Bakanlığı veya söz konusu Bakanlığın il müdürlüklerinden alınacak belge,
6. Tüketim tesis(ler)ine ilişkin bilgiler,
 - (1) Mevcut tüketim tesisleri için Tekil kod,
 - (2) Kurulması planlanan tüketim tesisine ilişkin;
 - a. 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununa göre verilen inşaat ruhsatı ve/veya inşaat ruhsatı yerine geçen belge,
 - b. Onaylı elektrik proje kapağı),
7. Çatı uygulamaları hariç olmak üzere eşik değerlerin üzerinde olan projeler için Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği kapsamındaki belge,
8. Başvuru ücretinin İlgili Şebeke İşletmecisinin hesabına yatırıldığına dair makbuz veya dekont,
9. Kurulacak tesisin teknik özelliklerim de gösteren Tek Hat Şeması,
10. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Enerji İşleri Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan formatta Teknik Değerlendirme Formu (Bir CD ile excel formatında da sunulması gerekmektedir),
11. Lihkab veya Harita Mühendisi Onaylı koordinatlı aplikasyon krokisi,
12. Yönetmeliğin 37 inci maddesinin onuncu fıkrası kapsamında sunulacak beyan (Ek-1),
13. Tesis toplam verimliliğine ilişkin belge,
14. Yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanan hakkının elde edildiğine dair belge,
 - (1) Rüzgâr ve güneş enerjisi ile biyokütle ve biyokütleden elde edilen gazı (çöp gazı dâhil) dayalı olarak kurulacak üretim tesisleri için herhangi bir belge istenmez.
 - (2) Jeotermal enerji kaynağına dayalı olarak kurulacak üretim tesisleri için işletilmekte olan jeotermal kaynaklarda 3/6/2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanununa ve uygulanmasına ilişkin ikincil mevzuata göre edinilmiş işletme, ruhsatı, henüz işletilme aşamasında olmayan jeotermal kaynaklar için ise arama ruhsatı sunulur.
 - (3) Kamu veya hazine arazisi veya orman sayılan alanlar üzerine kurulacak üretim tesisinin hidrolik kaynağa dayalı üretim tesisi olması halinde su kullanım hakkının elde edildiğine ilişkin belge.
15. Yönetmeliğin 11 inci maddesi 4 üncü fıkrası kapsamında kurulacak tesisler için DSI tarafından mer'î mevzuat kapsamında verilen Onay Belgesi.

ile birlikte fotokopisinin sunulması da mümkündür. Bu durumda, belgenin fotokopisine yetkili kişi tarafından “Aslı Görülmüştür” kaydı düşülüp işlem gerçekleştirilir⁴¹.

Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği’nde, güneş enerjisine⁴² dayalı başvurular için, üretim tesisi uygulaması bakımından sınırlama hükmü kabul edilmiştir. Yönetmelik m. 11/III’e göre, güneş enerjisinden lisanssız elektrik üretimi amacıyla kurulan tesisler, sadece çatı ve cephe uygulaması şeklinde gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla, çatı ve cephe uygulaması dışındaki güneş enerjisine dayalı başvurular reddedilir. Yönetmelik, arazide güneş enerjisinden lisanssız elektrik üretimine izin vermemiştir. Bu durum, üretenin, ürettiği elektriği öz tüketimi için kullanımı politikasının bir yansıması olduğu kanaatindeyiz. Zira, çatı uygulamaları, elektriğin, küçük ölçekli tesislerde, üretildiği yerde tüketimine yönelik uygulamalar olarak görülmektedir⁴³.

2. Başvurunun Değerlendirilmesi

Başvuruların değerlendirilmesi, TEİAŞ, TEDAŞ ve ilgili şebeke işletmecisinin birer temsilcisinden oluşan bir komisyon tarafından gerçekleştirilir. Başvurular, iki aşamalı bir incelemeye tabi tutulur (Yönetmelik m. 12/I). Komisyon, başvuruyu, öncelikle evrak yönünden inceler. Daha sonra, evrak yönünden eksiksiz olan veya sonradan tamamlatılarak eksiksiz hale getirilen başvurular, teknik değerlendirmeye alınır. Eksik veya yanlış evrak bulunması hâlinde, başvuru, teknik değerlendirmeye alınamaz (Yönetmelik m. 12/I).

Başvuru, her ay yapılabilmektedir⁴⁴. TEİAŞ, TEDAŞ ve ilgili şebeke işletmecisinin birer temsilcisinden oluşan komisyon, başvurunun yapıldığı ayı takip eden ayın ilk on beş (15) günü içerisinde evrak yönünden

⁴¹ Bkz. Lisanssız Üretim Başvurularında Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesine İlişkin Açıklamalar (RG. T. 21.05.2019, Sa. 30780).

⁴² Güneş enerjisinden elektrik üretimi, genel olarak “ısı yollardan üretim” ve “fotovoltaik sistemler (Pv) ile üretim” olmak üzere iki yolla gerçekleştirilir. Isıl yollardan üretime göre, fotovoltaik sistemler (Pv) ile üretimde elektrik enerjisi daha ucuza elde edilir. Bu sebeple, güneş enerjisinden elektrik üretiminde, daha çok fotovoltaik sistemler (Pv) kullanılmaktadır. Bkz. ALTUNTOP/ ERDEMİR, s. 72, 74; Ayrıca fotovoltaik sistemlerin (Pv) kullanım süreleri de daha uzundur. Kolayca ve istenilen her yere kurulabilen bu sistem, güneş enerjisini doğrudan elektrik enerjisine çevirmektedir. Bkz. GÜNGÜL/ BAYRAÇ/ GÜLLÜ, s. 138.

⁴³ TÜRKİYE ENERJİ VAKFI (TENVA), s. 64.

⁴⁴ Bkz. Yukarıda, II, B.

değerlendirmesini yapar ve sonuçlandırır (Yönetmelik m. 13/I). Herhangi bir eksiklik tespit edilirse, başvuruca, evrak yönünden değerlendirmenin sonuçlandırıldığı günü takip eden üç (3) işgünü içerisinde bildirimde bulunulur⁴⁵. Söz konusu bildirimde, eksikler hakkında bilgi verilerek bunların ay sonuna kadar tamamlanması talep edilir. Eksikliklerin verilen süre içerisinde giderilmesi hâlinde başvuru, teknik değerlendirmeye alınır. Aksi hâlde başvuru reddedilir (Yönetmelik m. 13/II).

Evrak yönünden eksiksiz olan veya eksikleri sonradan tamamlatılan başvurular, teknik değerlendirmeye alınır. Evrak yönünden değerlendirmenin yapıldığı ayı takip eden ayın ilk on beş (15) günü içerisinde teknik değerlendirme gerçekleştirilir (Yönetmelik m. 14/I). Güneş ve rüzgâr enerjisinden lisanssız elektrik üretimi başvuruları, Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik⁴⁶ ve Rüzgar Kaynağına Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik⁴⁷ çerçevesinde değerlendirilir ve teknik görüş oluşturulur. Olumlu ve olumsuz görüş verilen başvuruların tümüne ait teknik değerlendirme sonuçları, başvuruca yazılı olarak bildirilir. Bildirimde, reddedilen başvurular için, başvuruca, teknik değerlendirme ve olumsuz görüşün gerekçesi hakkında bilgi verilir (Yönetmelik m. 15/I, b).

Yalnızca teknik değerlendirmesi uygun görülen başvurular kabul edilir. Bundan sonra, teknik değerlendirme sonucuna göre şebekeye bağlantısı yapılacak olan üretim tesisleri için öncelik sıralaması yapılır. Bağlantı önceliği, (a) Başvuruya konu üretim tesisinin yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı

⁴⁵ İlgili şebeke işletmecisi, evrak yönünden değerlendirmenin sonuçlandırıldığı günü izleyen işgünü içerisinde değerlendirme sonucunu internet sayfasında yayımlar. İlgili şebeke işletmecisinin internet paylaşımında, eksik ve/veya yanlış başvurulara ilişkin açıklamalara da yer verilir. Bkz. Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği m. 13/III.

⁴⁶ RG. T. 30.06.2017, Sa. 30110; Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğin “amaç” başlıklı birinci maddesine göre, “*Bu Yönetmeliğin amacı; elektrik enerjisi üretiminde güneş enerjisinin etkin ve verimli kullanımını sağlamak amacıyla güneş enerjisine dayalı yapılan başvurular hakkında verilecek teknik görüşün oluşturulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.*”

⁴⁷ RG. T. 20.10.2015, Sa. 29508; Rüzgar Kaynağına Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliği “amaç” başlıklı birinci maddesine göre, “*Bu Yönetmeliğin amaç ve kapsamı; elektrik enerjisi üretiminde rüzgar enerjisinin etkin ve verimli kullanımını sağlamak, rüzgar kaynağına dayalı olarak yapılan önlisans veya lisanssız elektrik üretimi başvurularının teknik değerlendirmelerini yapmak, teknik değerlendirmeleri olumlu sonuçlandırılmış olan önlisanslı, lisanslı veya lisanssız projelerin koordinat değişikliği, kapasite artışları ve türbin teknik özellikleri ile ilgili değişiklik talepleri hakkında uygunluk yazısının düzenlenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.*”

olması, (b) Başvuruya konu üretim tesisinin kojenerasyon tesisi olması, (c) Başvuru sahibinin son bir yıl içindeki tüketim miktarının diğer başvurulardan yüksek olması, (ç) Başvuru sahibinin bağlantı anlaşmasındaki sözleşme gücünün diğer başvurulardan yüksek olması, (d) Başvuru sahibinin önceden olumlu bağlantı görüşü verilmiş bir başvurusunun olmaması, ölçütleri sırasıyla uygulanarak belirlenir. Ölçütlerin tamamını sağlayan birden fazla başvuru bulunması hâlinde, ilgili şebeke işletmecisine başvuru tarihi dikkate alınır (Yönetmelik m. 14/VI).

3. Bağlantı Anlaşması ve Tesisin İşletmeye Girmesi

Başvurulara ilişkin teknik değerlendirme sonuçları, hem olumlu hem olumsuz, ilgili şebeke işletmecisinin internet sayfasında ilan edilir (Yönetmelik m. 16/V). Bundan sonra, güneş enerjisine dayalı başvurularda, bağlantı anlaşmasına çağrı mektubunun tebliği doğrudan talep edilebilir. İlan tarihinden itibaren bir ay içerisinde, bağlantı anlaşmasına çağrı mektubunun tebliği için ilgili şebeke işletmecisine yazılı başvuru yapılmalıdır. Aksi hâlde, olumlu bağlantı görüşü kendiliğinden geçersiz hâle gelir. Yazılı başvuru sonucunda ilgili şebeke işletmecisi tarafından bağlantı anlaşmasına çağrı mektubu tebliğ edilir (Yönetmelik m. 16/II). Rüzgâr enerjisine dayalı başvurularda ise, bağlantı anlaşmasına çağrı mektubunun tebliği talebi için, olumlu teknik değerlendirme raporunun yanında TÜBİTAK'ın ilgili biriminden alınan "Teknik Etkileşim İzni" gereklidir (Yönetmelik m. 16/III). Teknik değerlendirme raporunun olumlu olması ve teknik etkileşim izninin alınması durumunda, Yönetmelik m. 16/V uyarınca gerçekleştirilen ilandan itibaren bir (1) ay içerisinde bağlantı anlaşmasına çağrı mektubunun tebliği için yazılı olarak başvuruda bulunulur. Başvuru gerçekleşmediği takdirde, olumlu bağlantı görüşü kendiliğinden geçersiz hâle gelir (Yönetmelik m. 16/IV).

Bağlantı anlaşmasına çağrı mektubunun tebliği tarihinden itibaren başvurucuya yüz seksen (180) gün süre verilir. Söz konusu sürenin ilk doksan (90) günü içerisinde üretim tesisi ve varsa bağlantı hattı projesi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına veya bu Bakanlığın yetkili kıldığı kurum ve/veya tüzel kişilerin onayına sunulmak zorundadır. Bahsi geçen projenin, ilk doksan (90) gün içerisinde onaya sunulmaması hâlinde, bağlantı başvurusu geçersiz sayılır (Yönetmelik m. 17/I). İlgili şebeke işletmecisine "*üretim tesisinin inşaatına başlanabilmesi için ilgili teknik mevzuat çerçevesinde alınması gereken proje onayı*"nın ise, çağrı mektubunun tebliği tarihinden itibaren yüz seksen (180) gün içerisinde sunulması gerekmektedir. Proje onayı ile birlikte başvuru

hâlinde, ilgili şebeke işletmecisi, otuz (30) gün içerisinde bağlantı anlaşmasını imzalamakla yükümlüdür (Yönetmelik m. 17/II).

Proje onayının süresi içerisinde sunulmaması durumunda, ilgili şebeke işletmecisinden yazılı başvuru ile yüz seksen (180) gün ek süre talep edilebilir. Ancak bunun için, ek süre talebinin, çağrı mektubunun tebliği tarihinden itibaren başvurucuya verilen yüz seksen (180) günlük süre içerisinde gerçekleştirilmiş olması gerekir. Ayrıca ek süre talebinde, başvurucunun, üretim tesisi ve varsa bağlantı hattı projesini, çağrı mektubunun tebliği tarihinden sonraki ilk doksan (90) gün içerisinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına veya bu Bakanlığın yetkili kıldığı kurum ve/veya tüzel kişilerin onayına sunduğunu belgelendirmesi şarttır. Bu iki şart gerçekleştiğinde, başvurucuya yüz seksen (180) günlük ek süre verilir (Yönetmelik m. 17/III). Verilen ek süre içerisinde proje onayı sunulursa, ilgili şebeke işletmecisi, otuz (30) gün içerisinde bağlantı anlaşmasını imzalamakla yükümlüdür. Aksi hâlde, bağlantı anlaşması imzalama hak ve yükümlülüğü ortadan kalkar.

Bağlantı anlaşmasının imzalanmasından itibaren, OG⁴⁸ seviyesinden bağlanacak üretim tesislerinde iki (2) yıl, AG⁴⁹ seviyesinden bağlanacak olanlarda ise bir (1) yıl içerisinde üretim tesisinin geçici kabulünün tamamlanması zorunludur. Belirtilen süreler içerisinde üretim tesisinin geçici kabulü tamamlanmadığında, bağlantı anlaşması, başvurucuya tahsis edilen kapasite ve teknik etkileşim izni kendiliğinden hükümsüz hale gelir. Ancak Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği⁵⁰ m. 35'te sayılan mücbir sebepler⁵¹ ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunca uygun bulunan hâllerde bahsi geçen süreler uzar (Yönetmelik m. 19/I).

Geçici kabul tamamlandıktan sonra üretim tesisi işletmeye alınabilir. Üretim tesisinin ticari faaliyete başladığı andan itibaren bir (1) ay içerisinde

⁴⁸ Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği “tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 4. maddesine göre AG, “*Etkin şiddeti 1000 Volt ve altındaki gerilim seviyesini*” ifade etmektedir.

⁴⁹ Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği “tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 4. maddesine göre OG, “*Etkin şiddeti 1000 V üstünden 36 kV'a kadar olan (36 kV dahil) gerilim seviyesini*” ifade etmektedir.

⁵⁰ RG. T. 02.11.2013, Sa. 28809.

⁵¹ Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği m. 35/II'e göre, mücbir sebep, bir olaya ilişkin gerekli dikkat ve özen gösterilmiş, tüm önlemler alınmış olmasına rağmen o olayın önlenemez, kaçınılamaz ve öngörülemez olmasıdır. Aynı Yönetmeliğin 35. maddesinin üçüncü fıkrasında mücbir sebep hallerine örnekler verilmiştir. Sınırlı sayıda olma (numerus clausus) kuralının geçerli olmadığı bu örnekler şunlardır: (a) Doğal afetler ve salgın hastalıklar, (b) Savaş, nükleer ve kimyasal serpinçler, seferberlik halleri, halk ayaklanmaları, saldırı, terör hareketleri ve sabotajlar, (c) Grev, lokavt veya diğer memur ve işçi hareketleri.

sistem kullanım anlaşması imzalanmalıdır. Aksi hâlde, üretim tesisi, ilgili şebeke işletmecisi tarafından herhangi bir bildirim olmaksızın, şebekeden ayrılır (Yönetmelik m. 19/III). Üretilen enerjinin hangi andan itibaren sisteme verileceği, üretim tesisinin ticari faaliyete başlamasından sonraki bir tarih olmak koşuluyla, sistem kullanım anlaşmasında belirtilir (Yönetmelik m. 19/II).

III. AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE LİSANSIZ ELEKTRİK ÜRETİMİ

A. Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin AB Politikaları

1. Enerji Hukuku ve Enerji Politikaları

Enerji hukuku ile enerji politikalarını birbirinden ayırmak neredeyse imkânsızdır. Enerji hukuku ve enerji politikalarının, iktisat, çevre ve enerji güvenliği ile ilişkisi literatürde enerji üçlemi olarak adlandırılmaktadır. Etkin ve verimli bir enerji hukukundan bahsedilebilmesi için, ekonomi, enerji güvenliği ve çevre faktörlerinin azami toplumsal faydayı sağlayacak şekilde dengelenmesi gereklidir⁵². Dünya genelinde, karbon temelli fosil yakıtlara dayanan bir enerji sisteminden aynı zamanda hem iktisadi refahı sağlamayı hem de iklim değişikliğini yavaşlatmayı hedefleyen düşük karbonlu yenilenebilir enerji kaynaklarına dayanan bir enerji sistemine dönüşüm yaşanmaktadır. Bu dönüşümün niteliği, hızı ve ülkelerin buna uygun enerji politikalarını uygulama imkânları büyük ölçüde farklılık göstermektedir. Bu değişim süreci içerisinde enerji üçleminin her alanında başarı gösterilmesi, kamu, özel sektör, hükümetler, yasa koyucular ve nihai tüketiciler arasındaki karmaşık ilişkilerin başarılı bir şekilde düzenlenmesiyle doğrudan ilişkilidir. Dünya Enerji Konseyi, söz konusu üçlem karşısında ulusal enerji politikalarının başarısını değerlendirmek üzere Dünya Enerji Üçlemi İndeksi'ni yayınlamaktadır⁵³. İndekse göre, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin bu üçlemde dengeyi sağlama konusunda oldukça başarılı oldukları görülmektedir.

2. Avrupa Birliği Enerji Politikaları ve Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Enerji Üretimi Amacıyla Kullanılması

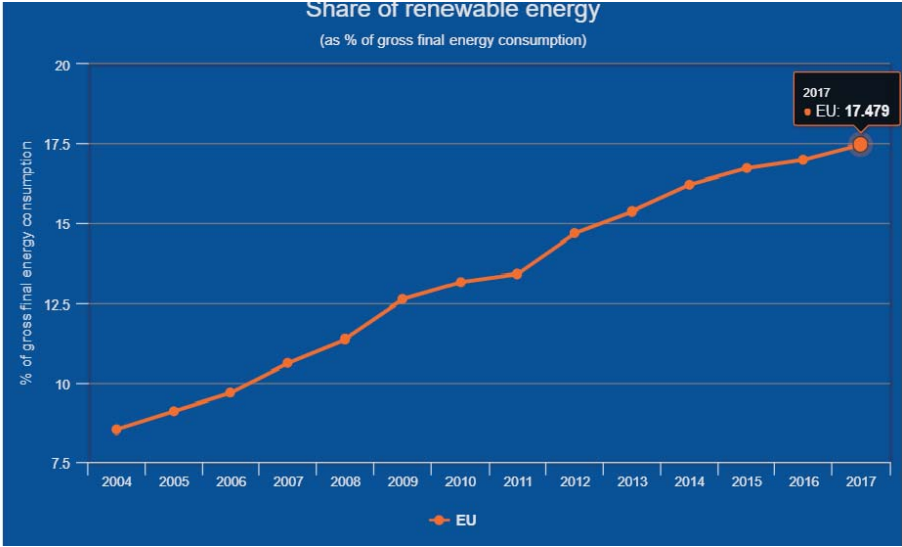
Avrupa Komisyonu'nun 2020 Avrupa stratejisinin en önemli önceliklerinden biri, kaynaklarını verimli kullanan bir Avrupa oluşturmaktır⁵⁴.

⁵² HEFFRON, s. 3, 4.

⁵³ WORLD ENERGY COUNCIL, s. 11.

⁵⁴ Bkz. EUROPEAN COMMISSION, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0021>, erişim: 02.07.2020).

Bu amaçla, ulaşım, enerji ve iklim değişimi gibi alanlarda uzun vadeli çeşitli stratejik planlar oluşturulmuştur. Avrupa 2020 Stratejisi, Avrupa Birliği'nin 2020 yılında ulaşması öngörülen çeşitli hedefleri içermektedir. Üye ülkeler, sera gazı emisyonlarını % 20 oranında azaltmayı, yenilenebilir enerji kaynaklarının payını Avrupa Birliği genelinde % 20'ye çıkarmayı ve enerji verimliliğini % 20 oranında artırmayı hedef olarak kabul etmişlerdir. 2030 yılında yenilenebilir enerji kaynaklarının payının en az % 32'ye çıkarılması hedeflenmektedir. 2018 yılı itibarıyla on iki Avrupa Birliği üyesi ülke 2020 yenilenebilir enerji payı hedefine ulaşmış ve yenilenebilir enerji kaynaklarından elde edilen enerjinin, enerji tüketimindeki payı Avrupa Birliği genelinde % 18'e ulaşmıştır. Diğer üye ülkelerin ise bahsi geçen hedeflere çok yakın olduğu değerlendirilmektedir⁵⁵.



Tablo 1: 2017 yılı itibarıyla yenilenebilir enerji kaynaklarının AB enerji tüketimindeki payı. **Kaynak:** EuroStat, (<https://ec.europa.eu/eurostat/web/sdi/affordable-and-clean-energy>, erişim: 02.02.2020).

Avrupa Birliği genelinde yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretiminde ilk sırayı, % 35,8 ile rüzgâr alırken güneş enerjisinin elektrik

⁵⁵ Bkz. EUROSTAT, Newsrelease, (<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/10335438/8-23012020-AP-EN.pdf/292cf2e5-8870-4525-7ad7-188864ba0c29>, erişim: 02.02.2020).

üretimindeki payı % 12,2'dir. Birliğe üye ülkelerde tüketilen elektriğin yaklaşık üçte biri yenilenebilir enerji kaynaklarından sağlanmaktadır⁵⁶.

Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Payı												
Son Güncelleme	31.01.20											
Erişim	02.02.20											
Veri Kaynağı	Eurostat											
NRG_BAL	Yenilenebilir Enerji Kaynakları											
Birim :	Yüzde											
GEO/TIME	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018		
Avrupa Birliği - 28 ülke (2013-2020)	12,622	13,158	13,411	14,889	15,378	16,219	16,733	16,998	17,479	17,985		
Avrupa Birliği - 27 ülke (2020'den itibaren)	13,88	14,428	14,587	16,063	16,711	17,482	17,85	18,052	18,478	18,89		
Türkiye	14,086	14,013	12,823	13,207	13,91	13,596	13,602	13,741	12,766	13,659		
NRG_BAL	Elektrik üretiminde yenilenebilir enerji kaynakları											
Birim:	Yüzde											
GEO/TIME	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018		
Avrupa Birliği - 28 ülke (2013-2020)	18,965	19,662	21,641	23,479	25,327	27,425	28,794	29,501	30,704	32,062		
Avrupa Birliği - 27 ülke (2020'den itibaren)	20,686	21,312	23,338	25,164	26,854	28,679	29,653	30,189	31,102	32,201		
Türkiye	24,731	25,318	25,06	27,133	30,004	30,467	33,189	34,761	35,107	37,544		

Tablo 2: 2009-2018 yılları arasında yenilenebilir enerji kaynaklarının AB ve Türkiye’de enerji tüketimindeki ve elektrik üretimindeki payları.
Kaynak: EuroStat verilerinden derlenmiştir.

Kyoto Protokolü’nün devlet olmayan tek tarafı Avrupa Birliği, kendi mevzuatını, protokolün hedeflerine uygun bir şekilde düzenlemektedir. Yenilenebilir enerji konusundaki temel Avrupa Birliği hukukî metin, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi’nin 2009/28/EC sayılı Direktifi’dir. Söz konusu direktif, yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımının artırılması için ortak bir yasal çerçeve oluşturmakta, toplam enerji tüketimi ve ulaştırmada tüketilen enerji içinde yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı konusunda zorunlu ulusal hedefler koymakta, üye ülkeler arasında istatistikî veri paylaşımına, idari usullere, şebekeye erişime ilişkin kurallar koymakta ve bio-yakıt ile bio-sıvılara ilişkin sürdürülebilirlik kriterlerini belirlemektedir.

Direktif kapsamındaki yenilenebilir enerji kaynakları, rüzgâr, güneş, aerotermal, jeotermal, hidrotermal, okyanus enerjisi, su enerjisi, biokütle, çöp gazı, kanalizasyon tesisi gazı ve biogazlardır. Direktifte 2020 Avrupa stratejisinin yenilenebilir enerji kaynağı payı hedeflerine de yer verilerek her bir üye ülke için ulaşılmaması gereken 2020 hedefi belirlenmiştir. Üye ülkeler için belirlenen hedefler arasında dikkate değer farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, İsveç için belirlenen yenilenebilir enerji payı hedefi % 49 iken Polonya ve Birleşik Krallık için belirlenen hedef % 15’te kalmaktadır. Hedeflerin belirlenmesinde ülkelerin mevcut kapasiteleri ve yenilenebilir enerji

⁵⁶ Bkz. EUROSTAT, Wind and water, (<https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/DDN-20200129-1>, erişim: 02.02.2020).

kaynaklarının kullanımını artırmaya hazır olma seviyeleri gibi farklılıklar dikkate alınmıştır⁵⁷. Üye ülkeler, söz konusu hedeflere ulaşabilmek için, destek programları düzenleyebilecek ya da üye ülkelerle ve üçüncü ülkelerle işbirliği yapabileceklerdir. Direktife göre, her üye ülkenin, ulaştırma alanında tüketilen enerjinin % 10'unun yenilenebilir enerji kaynaklarından karşılanmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.

Direktifle belirlenen hedeflere ulaşmak için kullanılacak yöntemler arasında, “şebekeye satış tarifesi” ve “primli fiyat garantisi” gibi destek mekanizmaları bulunmaktadır. Şebekeye satış tarifesi sisteminde, enerji üreticisine sabit fiyat esasıyla önceden belirlenmiş bir bedel ödenmektedir. Primli fiyat garantisinde ise, üreticiye piyasa fiyatına ek bir bedel ödenmesi mümkün olmaktadır. Söz konusu mekanizmalar, özleri itibarıyla ulusal uygulamalardır ve ulusal mevzuata tabidirler. Ulusal destek mekanizmalarının yanı sıra Avrupa Birliği düzenlemeleriyle Birlik seviyesinde yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilen enerjinin tüketimdeki payının artırılmasına yönelik bazı önlemler de getirilmiştir. Bu mekanizmaların başında şebekeye erişimin düzenlenmesi gelmektedir. Üye devletler, yenilenebilir enerji kaynaklarından elde edilen elektriğin, elektrik şebekesine öncelikli ya da garantili erişimini sağlamakla mükelleftirler. Bu düzenlemeler sayesinde yenilenebilir enerji kaynaklarını kullanarak enerji üretenler, ürünlerinin piyasaya ulaşacağından emin olabilmektedir. 2009/28/EC sayılı Direktif öncesindeki düzenlemelerde şebekeye öncelikli erişim konusu üye devletlerin takdirine bırakılmışken söz konusu düzenlemeyle birlikte öncelikli erişim zorunlu hale getirilmiştir. Avrupa Birliği uygulamasında bu tip düzenlemelerin önce gönüllülük esasıyla düzenlenip daha sonra zorunlu hale getirilmesi, sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Direktifin öngördüğü bir diğer önemli araç, menşe garantisidir. Birlik üyesi devletler, yenilenebilir enerjinin menşenin objektif ve şeffaf kriterlerle temin edilmesini sağlamakla yükümlüdür⁵⁸. Menşe garantisi, nihai tüketiciye enerji tedarikçisinin sağladığı enerji içerisinde yenilenebilir enerji kaynaklarının oranını ya da miktarını göstermek amacıyla kullanılmaktadır. Üye devletlerin yenilenebilir enerji kaynağından enerji üreten üreticinin talebi üzerine menşe garantisi belgesi düzenlemesi gerekmektedir. Yenilenebilir enerji kaynaklarıyla ısıtma ya da soğutma faaliyeti gösterenlerin menşe garantisi taleplerini karşılamak ise, üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.

⁵⁷ TALUS, s. 123.

⁵⁸ TALUS, s. 124.

3. Avrupa Birliğinde Öz Tüketime Yönelik Enerji Üretimi Politikası

Bölgesel toplulukları esas alan enerji projeleri, 20. yüzyılın başından beri Avrupa enerji stratejisinin bir parçası olmuştur. Günümüzde, merkezden bağımsız yenilenebilir enerji teknolojilerinin gelişimiyle birlikte enerji üretimine ve yönetimine doğrudan katılım olanakları da artmış ve öz tüketimi karşılamayı hedefleyen yerel yenilenebilir enerji üretimi kayda değer bir seviyeye ulaşmıştır. Bölgesel topluluk projeleri, bireylerin tek başlarına sahip oldukları enerji üretimi imkânlarının ötesinde, kolektif seviyede enerji üretimi yapılmasını sağlamaktadır. Yakın dönemde kabul edilen Temiz Enerji Paketi (TEP) ile birlikte Avrupa Komisyonu, Yenilenebilir Enerji Toplulukları ve Yurttaş Enerji Topluluklarını yeniden tanımlayarak bölgesel toplulukları esas alan enerji projelerini resmen tanımıştır. TEP ile, bireysel ya da kolektif öz tüketim faaliyeti gösteren şebeke kullanıcılarının hakları güçlendirilmiş, yükümlülüklerine açıklık getirilmiştir⁵⁹. Öz tüketim, Avrupa Birliği enerji hukuku açısından yeni bir kavram değildir. Birçok üye ülkede, bireysel öz tüketicilerin, üretilen enerjiyi yerinde tüketmesine yönelik düzenlemeler yaygındır. Bunun yanında, Avrupa Birliği genelinde hem Elektrik Piyasası Direktifi⁶⁰ hem de yukarıda bahsedilen Yenilenebilir Enerji Direktifinde değişiklik yapan 2018 tarihli Direktifte⁶¹ öz tüketicilerin resmen tanınmasını sağlayan yeni tanımlar getirilmiştir. Her iki direktife göre de nihai tüketiciler, kendi tesislerinde ürettikleri elektriği, tüketme, depolama ve satma hakkına sahiptir. Direktifler, üye ülkelere bu tanımları kişisel tüketimi aşacak ve ticari faaliyeti de içerecek şekilde genişletme olanağını vermektedir⁶². Elektrik Piyasası Direktifi'nin 2/8. maddesinde “aktif tüketici” tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, aktif tüketici, söz konusu faaliyet kendi birincil ticari veya profesyonel faaliyetleri olmamak kaydıyla, sınırları belirli kendi tesislerinde ya da üye ülke tarafından izin verilmesi halinde başka tesislerde üretilen elektriği tüketen ya da depolayan ya da kendi ürettiği elektriği satan ya da esneklik veya enerji verimliliği planlarına katılan nihai tüketici veya birlikte hareket eden bir grup nihai tüketici olarak tanımlanmaktadır. 2018’de değişen haliyle Yenilenebilir Enerji Direktifi’nde ise, “yenilenebilir öz tüketicisi”

⁵⁹ COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS, s. 6, 7.

⁶⁰ Bkz. AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ, (2019/944), (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0944>, erişim: 12.12.2019).

⁶¹ Bkz. AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ, (2018/2001), (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1582271755413&uri=CELEX:32018L2001>, erişim: 12.12.2019).

⁶² COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS, s. 10.

tanımlanmıştır. Söz konusu Direktifin 2/2(14). maddesine göre, yenilenebilir öz tüketicisi, hane dışı öz tüketiciler haricinde söz konusu faaliyet kendi birincil ticari veya profesyonel faaliyetleri olmamak kaydıyla, sınırları belirli kendi tesislerinde ya da üye ülke tarafından izin verilmesi halinde başka tesislerde kendi tüketimi için yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik enerjisi üreten ve kendi ürettiği bu elektriği depolaması ya da satması mümkün olan kişidir. Görüldüğü üzere, Elektrik Piyasası Direktifinin aktif tüketici tanımı, hem bireyleri hem de toplulukları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Yenilenebilir Enerji Direktifi ise, birlikte hareket eden yenilenebilir öz tüketicilerini ayrıca tanımlamıştır. Bu tanıma göre, birlikte hareket eden yenilenebilir öz tüketicileri aynı binada ya da çok dairesli blokta bulunan ve birlikte hareket eden en az iki yenilenebilir öz tüketicisini ifade etmektedir. Direktif, birlikte hareket eden öz tüketicilerin oluşturacağı toplulukları, aynı binada ya da çok dairesli blokta bulunma şartına bağlayarak sınırlandırmıştır.

Kolektif öz tüketim, Fransa ve Avusturya gibi bazı ülkelerin mevzuatlarında yer almaktaysa da ilk defa TEP ile birlikte Avrupa Birliği seviyesindeki düzenlemelere dâhil olmuştur⁶³. TEP ile birlikte Avrupa Birliği mevzuatına dâhil olan bir diğer kavram ise, enerji topluluklarıdır. Elektrik Piyasası Direktifiyle düzenlenen “Yurttaş Enerji Topluluğu” ve Yenilenebilir Enerji Direktifinde kabul edilen “Yenilenebilir Enerji Topluluğu” birbirine oldukça benzer kavramlardır. Her iki enerji topluluğu da tüzel kişi olarak kurulmaktadır. Her ikisinin de ilk hedefi, finansal kârdan ziyade çevresel, iktisadî ve toplumsal ortak yarar sağlamaktır. Bununla birlikte, her iki topluluk arasından önemli farklar da bulunmaktadır. Örneğin, Yurttaş Enerji Toplulukları açısından hangi teknolojinin kullanılacağına dair bir sınır bulunmazken beklenene üzere Yenilenebilir Enerji Topluluklarının yenilenebilir enerji kaynaklarına dayanan teknolojiler kullanmaları zorunludur. Yurttaş Enerji Topluluklarının faaliyet alanları elektrik enerjisi ile sınırlıyken Yenilenebilir Enerji Toplulukları tüm enerji sektörlerinde faaliyet gösterebilmektedir. Hukukî açıdan ise en büyük fark, bu toplulukların dayandıkları direktiflerin genel niteliğinden kaynaklanmaktadır. Elektrik Piyasası Direktifinin resmen tanıdığı Yurttaş Enerji Toplulukları, elektrik piyasasının bağımsız bir aktörü olarak düzenlenmiştir. Buna karşın, Yenilenebilir Enerji Toplulukları, üye devletlerin yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımını teşvik etmek için gerçekleştirmeleri gereken diğer düzenlemelerle birlikte şekillenmektedir. Örneğin, üye devletler, destek mekanizmalarını oluştururken Yenilenebilir

⁶³ COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS, s. 11.

Enerji Topluluklarının özelliklerini dikkate almalı ve diğer pazar aktörleriyle eşit koşullarda yarışa katılmalarını sağlamalıdır⁶⁴.

Mevcut enerji toplulukları, çoğunlukla hâlihazırdaki yasal çerçeveye göre kurulmuş topluluklar ya da pilot projelerdir. Bu girişimleri, “topluluk mülkiyetindeki üretim varlıkları”, “şebeke üzerinde sanal paylaşım” ve “yerel üretimin topluluk şebekesi üzerinden paylaşılması” şeklinde üç ana grup altında tasnif etmek mümkündür. Mevcut uygulamalarda, basit üretim tesislerinin mülkiyeti veya yerel topluluğa sunulan hizmetler gibi konular, mevzuat açısından önemli sorunlar oluşturmazlar. Ancak bilindik enerji hukuku tanımlamaları enerji topluluklarına ilişkin birçok sorunda yetersiz kalmaktadır. Enerjinin paylaşılması sorunu, klasik tedarikçi-tüketici ilişkisini aşmaktadır. Enerji toplulukları, tedarikçi, sağlayıcı ve hatta ulusal mevzuatın olanak sağladığı durumlarda şebeke işletmecisi rolünü üstlenebilmektedirler.

Hâlihazırda, mevcut şebekeye bağlı olan kişinin ya da topluluğun, kendi ürettiği enerjinin doğrudan kendisi tarafından tüketilmesini fiziki olarak sağlayabilecek bir sistem bulunmamaktadır. Bu sebeple öz tüketim mekanizmaları, çeşitli sözleşme modellerine dayanmak zorundadır. Öz tüketim amacıyla enerji üreten kişi ya da topluluklar, ya klasik enerji tedarik sözleşmelerinin üreticisi ve de facto tedarikçisi rolünü üstlenmekte ya da bu kişi ve topluluklarla yerel enerji paylaşımı veya kolektif öz tüketim sözleşmeleri yapılmaktadır. Farklı sözleşme türleri arasında yapılacak seçimde, üretim tesislerinin ve toplulukların büyüklükleri etkili olmaktadır⁶⁵. Bahsi geçen sözleşmelerin tipi ve içerdikleri hükümler, üye devletlerin iç hukukuna göre farklılıklar göstermektedir.

B. Avrupa Ülkelerinde Öne Çıkan Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Lisanssız Enerji Üretim Modeli Örnekleri

1. Birleşik Krallık Uygulamaları

Sözleşme çeşitliliğinin en iyi gözlenebileceği örneklerden biri, yakın zamana kadar Avrupa Birliği üyesi olan Birleşik Krallık'tır. Lisanssız olarak yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji üreten kişi ya da toplulukların Birleşik Krallık'ta başvurabileceği yollar aşağıda kısaca tanıtılmaktadır.

a) Lisans Muafiyeti: 5 MW altında üretim kapasitesine sahip olan ve 2,5 MW'den fazla enerji arz etmeyen küçük ölçekli üretim tesisleri muafiyet

⁶⁴ COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS, s. 12.

⁶⁵ COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS, s. 12.

kapsamındadır⁶⁶. Bu durumda muafiyet kapsamındaki tedarikçi ile lisans sahibi tedarikçi arasında ticarî nitelikte bir sözleşme imzalanması gerekmektedir.

b) Beyaz Etiket: Bu modelde “beyaz etiket” olarak tabir edilen ve kendisi enerji tedarik lisansına sahip olmayan şirketler lisanslı bir şirketle birlikte beyaz etiket şirketinin markası altında perakende elektrik piyasasına satış yapmaktadır⁶⁷.

c) Kolaylaştırılmış Lisans: Bu modelde küçük ölçekli elektrik tedarikçileri standart lisans koşullarını sağlama zorunluluğu olmaksızın ürettikleri enerjiyi satma imkânı bulmaktadır⁶⁸. Lisanslı bir tedarikçiyle ortak hareket eden üretici, lisans koşullarının teknik ve masraflı yanlarından kurtulmakla birlikte diğer lisans yükümlülüklerini üstlenmektedir⁶⁹.

d) Üçüncü Kişi Şebekesi: Bu yöntem, özü itibarıyla standart enerji satım sözleşmesinin bir türevidir. Özelliği, lisans sahibi bir enerji tedarikçisi ile üretici arasında yapılıyor olmasıdır. Bu yöntemle üretilen enerji, lisanslı tedarikçi aracılığıyla tüketicilere ulaştırılmaktadır. Genellikle konut dışı elektrik üreticileri tarafından ya da fazla üretimini doğrudan şebekeye satmak isteyen öz tüketicilerce tercih edilmektedir⁷⁰.

Görüldüğü üzere Birleşik Krallık'ta öz tüketicilere sağlanan imkânlar, büyük ölçüde lisans sahibi tedarik şirketleriyle işbirliği esasına göre şekillendirilmiştir. Fransa ve Avusturya gibi örneklerde ise, bir tedarik şirketinin katılımına gereksinim olmaksızın kolektif öz tüketime imkân sağlayan hukuki çerçeveler mevcuttur.

2. Fransa Modeli

Fransa'da öz tüketimin çerçevesi, 2017-2273 sayılı Kanun ve 2017-6764 sayılı Yönetmelikle çizilmektedir. Söz konusu metinler, hem bireysel hem de kolektif öz tüketimi düzenlemektedir. Fransız mevzuatına göre bireysel öz tüketim, üretilen enerjinin kamu şebekesine verilmesini içermezken kolektif

⁶⁶ Bkz. THE NATIONAL ARCHIVES, (<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2001/3270/contents/made>, erişim: 29.01.2020).

⁶⁷ Bkz. OFFICE OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS, (<https://www.ofgem.gov.uk/publications-and-updates/white-label-providers-consultation>, erişim: 29.01.2020).

⁶⁸ Bkz. OFFICE OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS, (<https://www.ofgem.gov.uk/licences-industry-codes-and-standards/licences/licence-lite>, erişim: 29.01.2020).

⁶⁹ COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS, s. 17.

⁷⁰ COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS, s. 17.

tüketimde kamu şebekesine katılım söz konusudur. Bu ayırım, farklı şebeke tarifelerinin oluşturulmasına da olanak sağlamaktadır. Kolektif öz tüketim, enerjinin birbirlerine hukukî bir kuruluş ile bağlanan birden fazla üretici ve tüketicinin varlığı halinde mümkündür. 2019 yılı itibarıyla öz tüketim için gerekli olan coğrafi yakınlığın kriteri olarak aynı trafoya bağlı olmak yerine düşük voltaj şebekesi dâhilinde yakınlık kabul edilmiştir. Bu yakınlığın ölçütü, ilgili bakanlık tarafından belirlenecektir. Dağıtım şebekesi işletenlerin, her bir katılımcıya akıllı sayaç sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bireysel öz tüketim ise, tek kişinin üretim yerinde tüketimi ile sınırlıdır. Kolektif tüketim için, dağıtım şebekesi şirketi ile farklı katılımcıları bir araya getiren hukukî kuruluş arasında bir sözleşme yapılmakta ve paylaşım esasları bu sözleşmeyle belirlenmektedir. Fransız düzenleyici kurumu CRE'ye göre ulusal dağıtım ağı tarifesinin (TURPE), farklı öz tüketim yöntemlerinin şebekeye maliyeti dikkate alınarak düzenlenmesi hedeflenmektedir. 2018 itibarıyla otoprodüktörler için hususi tarifeler kabul edilmiştir. Kolektif öz tüketim için ise, ulusal dağıtım ağı tarifesi ya da kolektif öz tüketim tarifesinden birinin seçilmesi mümkündür. Belirtilen kolektif öz tüketim tarifesi, öz tüketim miktarının yüksek olduğu durumlarda tüketiciye avantaj sağlamaktadır. 2019-486 sayılı PACTE (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises/ İş Büyümesi ve Dönüşüm Eylem Planı) Yasasıyla⁷¹ kolektif öz tüketimin kapsamı genişletilerek Fransız Enerji Yasasındaki sınırların kaldırılması ve büyük ölçekli tesislerin öz tüketim imkânına kavuşması hedeflenmiştir⁷².

3. Avusturya Modeli

Avusturya Elektrik Yasasında (EIWOG)⁷³ 2017 yılında yapılan bir değişiklikle hususi ve ticari kolektif öz tüketim resmen tanınmıştır. Düzenlemeyle birlikte, öz tüketim modellerinin aktörleri ve gerekli sözleşmeler tanımlanmıştır. Mevcut düzenleme aynı yapı içerisindeki tüketicileri kapsamakta, komşu yapıları ise kapsamamaktadır. Dağıtım şebekesi işleticilerinin talep edebilecekleri, Avusturya düzenleyici kurumu olan e-Control tarafından tespit edilmiştir. Bazı eyalet ve belediyeler de, güneş enerjisi destek mekanizmalarında şirket temelli ya da kolektif öz

⁷¹ PACTE hakkında genel bilgi için bkz. <https://www.gouvernement.fr/en/pacte-the-action-plan-for-business-growth-and-transformation> (erişim: 01.02.2020).

⁷² FRIEDEN/ TUERK/ ROBERTS/ D'HERBEMONT/ GUBINA, s. 13, 14.

⁷³ Bkz. RECHTSINFORMATIONSSYSTEM DES BUNDES, (<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007045>, erişim: 09.02.2020).

tüketimi esas alan yaklaşımları benimsemeye başlamıştır. 2018 yılında teklif edilen ve 2020’de yürürlüğe girecek olan yeni Yenilenebilir Enerji Yasası (Erneuerbaren Ausbau Gesetz 2020) ile birlikte öz tüketimin kapsamı, yenilenebilir enerji topluluklarını da içerecek şekilde genişleyecektir. Bu düzenlemelerle, yeni şebekelerin kurulmasına olanak sağlanacaktır. Bununla birlikte, mevcut şebekelerin ihtiyacı karşılayabilecek nitelikte olması hâlinde, alternatif şebekelerin kurulmaması amacıyla mevcut şebekelerin kullanımını destekleyecek tarife modelleri de planlanmaktadır⁷⁴.

4. Almanya Modeli

Avrupa Birliği üyesi ülkelerde küçük ölçekli ve esasen öz tüketime yönelik tesislerin desteklenmesinin gündemde olduğu en önemli örneklerden biri, Almanya’dır. Almanya’da yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji üretimi, Yenilenebilir Enerji Kaynakları Kanunu (EEG 2017) çerçevesinde desteklenmektedir. Söz konusu Kanun’a göre, yalnızca 100 kW’nın altındaki küçük ölçekli elektrik üretim tesisleri şebekeye satış tarifelerinden yararlanabilmektedir⁷⁵. Bu sebeple, öz tüketim açısından PV teknolojisinin önemli bir yeri bulunmaktadır.

Tüketiciler, 2014 yılına kadar yenilenebilir enerji kaynaklarından kendi ürettikleri elektrik enerjisi için EEG Ek Vergisinden muaftılar. Bu durum, öz tüketim amacıyla güneş enerjisi kullanımını kayda değer ölçüde artırmaktadır. Ancak 2014’te kabul edilen düzenlemeyle, söz konusu üreticilerin EEG Ek Vergisinin % 30’unu ödemeleri kararlaştırıldı. Bu oran, 2016’da % 35’e, 2017’de ise % 40’a çıkarıldı. Bununla birlikte, 10 kW altındaki küçük ölçekli ev sistemleri bu düzenlemeden muaf tutuldu. Bunun sonucunda ticari ve endüstriyel tüketicilerin, güneş enerjisi yatırımlarının maliyetlerini karşılama süreleri oldukça arttı. Ancak öz tüketim, enerji tüketiminden kaynaklanan çeşitli vergilerden muafiyet sağladığı için her hâlükârda avantajlıdır⁷⁶. Konutlarda bulunan 10 kW altındaki PV sistemlerinin tabi olduğu tarifenin (Ekim 2019 itibarıyla € 0.1018/kWh) ortalama tüketici tarifelerinin (€ 0.267- 0.331/kWh) çok altında olması ve EEG Ek Vergisi muafiyeti sayesinde, öz tüketim cazibesini korumaktadır⁷⁷. 2017’ye kadar bu avantajlar

⁷⁴ FRIEDEN/ TUERK/ ROBERTS/ D’HERBEMONT/ GUBINA, s. 11.

⁷⁵ EEG 2017 için bkz. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Gesetze/Energie/EEG.html> (erişim: 02.02.2020).

⁷⁶ FOUQUET, s. 518, 519.

⁷⁷ JÄGER-WALDAU, s. 18.

yalnızca tüketicilerin PV sisteminin maliki olmaları durumunda söz konusu olabilmekteydi. Örneğin, ev sahibinin çatıda kurulu PV sisteminden elektrik almakta olan bir kiracı EEG Ek Vergisi ödemek zorunda kalmaktaydı. 2017 yılında kabul edilen bir Kanunla (Gesetz zur Förderung von Mieterstrom) kiracıların da yenilenebilir enerji kaynaklarından yerinde elektrik üretimi ve tüketiminin sağladığı avantajlardan yararlanabilmeleri sağlanmıştır. Söz konusu Kanun öncesinde, çatıya kurulu PV sistemlerinden elde edilen elektrik, binada kullanılmak yerine şebekeye satılırken yeni düzenlemeyle birlikte yerinde tüketimin artması beklenmektedir⁷⁸. Mieterstrommodell olarak da adlandırılan söz konusu modelde, üretim tesisi sahibi, elektrik tedarikçisi rolünü üstlenmektedir. Çok dairesel binalarda üretim tesisi sahibi, dağıtım şebekesi işleteninden, PV sistemle üretilen elektrik için yirmi yıl boyunca tesis büyüklüğüne de paralel olarak 2,1–3,7 Cent/kWh’lık bir tarifeye göre ödeme alabilmektedir. Mevzuata göre söz konusu tarifeler için ön koşul, PV üretim tesisinin azami kapasitesinin 100 KW’a kadar olması ve sistemin konut olarak tanımlanan bir binaya kurulu olmasıdır. Tesis sahibi, destekten yararlanmak amacıyla üretmiş olduğu elektriği binadaki dairelerin maliklerine ya da kiracılara satmak konusunda serbesttir. Bu yöntemle desteklenen yıllık kapasite 500 MW’dır. Alman mevzuatı, depolama teknolojilerinin kullanılması halinde depolanan elektriğin değil depolama sonrasında öz tüketime konu olan elektriğin öz tüketim desteğine tâbi olacağını açıkça belirtmektedir. Öte yandan, üretim tesisi sahibi, şebekeye sattığı elektrik için de belirli bir tarife üzerinden desteklenebilmektedir. Almanya uygulamasında bireysel öz tüketicilerden farklı olarak kolektif öz tüketiciler, EEK Ek Vergisi ödemekle mükelleftir. EEK Ek Vergisi, Alman yenilenebilir enerji kaynaklarını destekleme programlarının malî olarak desteklenmesi amacıyla kullanılmaktadır⁷⁹.

SONUÇ

1. Nüfus artışına, teknolojik gelişmelere ve ekonomik büyümeye paralel olarak her geçen gün artan enerji ihtiyacı, daha çok kömür ve doğal gaz gibi fosil yakıtlardan faydalanılarak karşılanmaktadır. Elektrik enerjisi üretiminde de ağırlıklı olarak bahsi geçen fosil yakıtlar kullanılmaktadır. Fakat fosil yakıt kullanımı, çevre kirliliğine neden olmakta, küresel ısınmayı da önemli ölçüde tetiklemektedir. Ayrıca söz konusu yakıtlar, tükenebilir niteliktedir. Tüm bu

⁷⁸ FOUQUET, s. 518, 519.

⁷⁹ FOUQUET, s. 519; Ayrıca bkz. DUNLOP/ ROESCH, (https://www.solarpowereurope.org/wp-content/uploads/2018/08/EU_Implementation_Guidelines_PVF_D4.4_LOW_RES.pdf, erişim: 02.12.2019).

sebeplerle, dünyada ve ülkemizde, enerji üretiminde, “çevre dostu”, “temiz enerji” olarak nitelendirilen yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı teşvik edilmektedir. Yenilenebilir enerji kaynakları, hidrolik, rüzgâr, güneş, jeotermal, biyokütle, biyokütleden elde edilen gaz (çöp gazı dâhil), dalga, akıntı enerjisi ve gel-git gibi fosil olmayan enerji kaynaklarını ifade eder.

2. Ülkemizde, yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretiminde en etkin ve en yüksek seviyede kullanılmasını sağlamak amacıyla ihdas edilen birinci ve ikincil mevzuatta, yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretiminin lisanslı ve lisanssız olarak gerçekleştirilmesinin usul ve esasları belirlenmiştir. 6446 sayılı Kanun m. 14/I ile, lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaf olarak elektriğin lisanssız üretimi hak ve yetkisi tanınmıştır. Bir diğer düzenleme olan 5346 sayılı Kanun’un 6/A maddesinde, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri için “muafiyetli üretim” hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 6446 sayılı Kanun m. 14 ile 5346 sayılı Kanun m. 6/A gereğince, Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği ihdas edilmiştir. Lisanssız elektrik üretecek tesislerin sisteme bağlanması, bu tesislerin kurulmasına yönelik başvuruların değerlendirilmesi, üretilen ihtiyaç fazlası elektriğin akıbeti ve üretim tesislerinin denetlenmesi, Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği kapsamındadır.

3. Ülkemizde, lisanssız elektrik üretimi, üretenin, ürettiği elektriği öz tüketimi için kullanması esasına dayanır. Bunun yanında, kanun koyucu, üretilen ihtiyaç fazlası elektriği satma imkânı da tanımış; alım ve fiyat garantisi sunmuştur. 5346 sayılı Kanun’un 6/A maddesinin ikinci fıkrası gereğince, dağıtım şirketleri, lisanssız üretilen ihtiyaç fazlası elektriği satın almak zorundadır. İhtiyaç fazlası elektrik enerjisine uygulanacak fiyat garantisi ve süresi ise, 1044 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile belirlenmiştir. Karara göre, “... üretilen ihtiyaç fazlası elektrik enerjisi için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından ilan edilen kendi abone grubuna ait perakende tek zamanlı aktif enerji bedeli, tesisin işletmeye giriş tarihinden itibaren on yıl süre ile uygulanır.”

4. Yenilenebilir enerji kaynaklarının enerji üretimi amacıyla kullanılması, sadece ülkemizde değil başta Avrupa ülkeleri olmak üzere sera gazı salınımını azaltmayı ve iklim değişikliğinin artık görülür hale gelmekte olan etkilerini yavaşlatmayı hedefleyen tüm ülkelerde enerji politikalarının merkezinde yer almaktadır. Özellikle ulaşım ve elektrik enerjisi üretimi alanlarında yenilenebilir enerji kaynaklarından elde edilen enerjinin payı gün geçtikçe artmaktadır. Yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimindeki

payını artırmak için benimsenen en önemli araçlardan biri, öz tüketimdir. Öz tüketimle yenilenebilir enerji kaynaklarından elde edilen enerjinin mümkün olduğu ölçüde üretildiği bölgede ve üreticisi tarafından tüketilmesi böylelikle hem gerçek ve tüzel kişilerin üretime özendirilmesi hem de mevcut elektrik şebekesinin daha verimli kullanılabilmesi amaçlanmaktadır. Öz tüketim, bireysel olabildiği gibi kolektif de olabilmektedir. Avrupa Birliği enerji politikalarının yasal çerçevesi, geçtiğimiz yıl kabul edilen Tüm Avrupalılar için Temiz Enerji Paketiyle büyük ölçüde yeniden çizilmiştir. Temiz Enerji Paketinin birincil amacı, fosil yakıtlara dayanan bir enerji sisteminden temiz enerjiye geçişi sağlamaktır. Temiz enerjiye dayanan bir sistemde ise, yenilenebilir enerji kaynaklarının payının büyük ölçüde artması gerektiği tartışmasızdır. Temiz Enerji Paketi ile birlikte Yenilenebilir Enerji Toplulukları ve Yurttaş Enerji Toplulukları da yeniden tanımlanmış ve böylelikle kolektif öz tüketim faaliyeti gösteren şebeke kullanıcılarının enerji politikaları açısından önemi, mevzuatla da tanınmıştır.

5. Bireysel öz tüketim, yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretimi alanında önemli bir yere sahip olsa da başta Avrupa Birliği ülkeleri olmak üzere birçok ülkede bu modelin kolektif öz tüketimle de desteklenmesi yoluna gidilmektedir. Bireysel öz tüketim, gerçek ya da tüzel kişinin, üretmiş olduğu elektrik enerjisini üretim noktasına yakın bir yerde kendisinin tüketmesine dayanır. Kolektif öz tüketimde ise, bu üretim-tüketim ilişkisine yakın çevrenin de katılması sağlanmaktadır. Bu katılımın yaygın şekli, bina, sokak, mahalle gibi birbirine yakın konumlarda gerçekleşen yenilenebilir enerji kaynaklarından öz tüketim için yapılan üretimin, belirli projeler kapsamında bir araya getirilmesidir. Ayrıca yakın konumda bulunan tüketicilerin, çevrelerinde bulunan yenilenebilir enerji kaynaklarından öz tüketim için elektrik üretimi yapan tesislerin fazla üretiminden doğrudan yararlanması da kolektif öz tüketim kapsamında değerlendirilir.

Ülkemizde kolektif öz tüketim politikasının mevzuatta henüz yer bulamadığı görülmektedir. Öte yandan, bireylerin ya da şirketlerin sahip olduklarının ötesinde imkânlar sağlayacak olan kolektif öz tüketim modelinin ülkemiz mevzuatında da yer bulması, hem yenilenebilir enerji kaynaklarının enerji üretimi içerisindeki payını artıracak hem de fosil yakıtlara dayanan enerji sistemi yerine temiz enerjiye geçişte önemli bir dönüm noktası olacaktır. Bu amaçla, Türk mevzuatının da, özellikle lisanssız elektrik üretimi çerçevesinde, yenilenebilir enerji toplulukları gibi modelleri içerecek ve bölgesel ya da yerel toplulukların enerji projelerine imkân verecek düzenlemelere ihtiyaç vardır.

KAYNAKÇA

- ALTUNTOP, Necdet/ ERDEMİR, Doğan: “Dünyada ve Türkiye’de Güneş Enerjisi İle İlgili Gelişmeler”, **Mühendis ve Makine Dergisi**, Cilt: 54, Sayı: 639, s. 69-77.
- ARSLAN, Erdal/ SOLAK, Aysun: “Türkiye’de Yenilenebilir Enerji Tüketiminin İthalat Üzerindeki Etkisi”, **Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 9, Cilt: 10, Sayı: 17, Mart 2019, s. 1380-1407.
- AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ: **2009/28/EC sayılı Direktifte değişiklik yapılmasına Dair Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi’nin 2018/2001 sayılı Direktifi**. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1582271755413&uri=CELEX:32018L2001>, erişim: 12.12.2019).
- AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ: **İç Elektrik Piyasasına İlişkin Ortak Kurallara Dair Avrupa Birliği Konseyi’nin 5 Haziran 2019 Tarihli 2019/944 sayılı Direktifi**. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0944>, erişim: 12.12.2019).
- BOSÇA, Süleyman: “Yenilenebilir Enerji Sektöründe Mevzuat Değişikliklerinin Yatırımlara Etkisi ve Hukuki Uyuşmazlıklar”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Sayı: 12, Güz 2009, s. 21-24.
- COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS: **Regulatory Aspects of SelfConsumption and Energy Communities CEER Report**, Brüksel, 2019.
- ÇALIŞKAN, Şadan: “Türkiye’nin Enerjide Dışa Bağımlılık ve Enerji Arz Güvenliği Sorunu”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 25, Aralık 2009, s. 297-310.
- DUNLOP, Sonia/ ROESCH, Alexandre: **Eu-Wide Solar Pv Business Models Guidelines For Implementation:A guide for investors and developers on how to put into place and finance the top business models for solar PV across the EU**, 2016. (https://www.solarpowereurope.org/wp-content/uploads/2018/08/EU_Implementation_Guidelines_PVF_D4.4_LOW_RES.pdf, erişim: 02.12.2019).

EUROPEAN COMMISSION: (2011a) **Communication (2011) 21 from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A resource-efficient Europe—Flagship initiative under the Europe 2020 Strategy.** (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0021>, erişim: 02.07.2020).

EUROSTAT: **Newsrelease 23.01.2020.** (<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/10335438/8-23012020-AP-EN.pdf/292cf2e5-8870-4525-7ad7-188864ba0c29>, erişim: 02.02.2020).

EUROSTAT: **Wind and water provide most renewable electricity (29.01.2020).** (<https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/DDN-20200129-1>, erişim: 02.02.2020).

FOUQUET, Dörte (ed.): **Eu Energy Law Volume In Renewable Energy In The Member States Of The Eu**, CLAEYS & CASTEELS, 2018.

FRIEDEN, Dorian/ TUERK, Andreas/ ROBERTS, Josh/ D'HERBEMONT, Stanislas/ GUBINA, Andrej: **Collective self-consumption and energy communities: Overview of emerging regulatory approaches in Europe**, COMPILE, 2019.

GÜNGÜL, Murat/ BAYRAÇ, Hüseyin Naci/ GÜLLÜ, Mustafa: "Türkiye'de Konutlarda Güneş Enerjisinden Elektrik Üretiminin TOPSIS Yöntemiyle Analizi", **Ulusal Çevre Bilimleri Araştırma Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 3, 2018, s. 133-144.

HEFFRON, Raphael J.: **Energy Law: An Introduction**, Springer, Birleşik Krallık, 2015.

<https://ec.europa.eu/eurostat/web/sdi/affordable-and-clean-energy> (erişim: 02.02.2020).

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Gesetze/Energie/EEG.html> (erişim: 02.02.2020).

<https://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfalar%2fElektrik+Enerjisi+Piyasas%c4%b1+ve+Arz+G%c3%bcvenli%c4%9fi+Strateji+Belgesi.pdf> (erişim: 12.02.2020).

<https://www.etkb.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Elektrik> (erişim: 11.02.2020).

<https://www.gouvernement.fr/en/pacte-the-action-plan-for-business-growth-and-transformation> (erişim: 01.02.2020).

JÄGER-WALDAU, Arnulf: **PV Status Report 2019**, European Commission, Joint Research Centre, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019.

KAYA, İslam Safa: “Uluslararası Enerji Politikalarına Bir Bakış: Türkiye Örneği”, **TBB Dergisi**, Sayı: 102, 2012, s. 269-288.

KONAK, Ali: “Türkiye’nin Doğal Gaz Bağımlılığı ve Alternatif Enerji Kaynakları Üretiminin Gerekliliği”, **Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 7, Ocak 2019, s. 196-209.

OFFICE OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS: (<https://www.ofgem.gov.uk/publications-and-updates/white-label-providers-consultation>, erişim: 29.01.2020).

OFFICE OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS: (<https://www.ofgem.gov.uk/licences-industry-codes-and-standards/licences/licence-lite>, erişim: 29.01.2020).

ÖNAL, Eylem/ YARBAY, Rahmiye Zerrin: “Türkiye’de Yenilenebilir Enerji Kaynakları Potansiyeli ve Geleceği”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 18, Güz 2010, s. 77-96.

POLAT, Sezai/ ŞEKERCİ, Hacer: “Türkiye’nin Yenilenebilir Enerji Konumu ve Gelecek”, **III. Elektrik Tesisat Ulusal Kongre ve Sergisi Bildirileri**, İzmir, 21-24 Kasım 2013. (http://www.emo.org.tr/ekler/c7d4b893c29b329_ek.pdf, erişim: 13.02.2020).

RECHTSINFORMATIONSSYSTEM DES BUNDES: **Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Elektrizitätswirtschafts- und –organisationsgesetz 2010, Fassung vom 21.02.2020**. (<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007045>, erişim: 09.02.2020).

T.C. ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIğI: **Strateji Geliştirme Başkanlığı, Dünya ve Türkiye Enerji ve Tabii Kaynaklar Görünümü**, Sayı: 15. (https://www.enerji.gov.tr/Resources/Sites/1/Pages/Sayi_15/mobile/index.html, erişim: 12.02.2020).

TALUS, Kim: **Introduction to EU Energy Law**, Oxford University Press,

Birleşik Krallık, 2016.

THE NATIONAL ARCHIVES: **The Electricity (Class Exemptions from the Requirement for a Licence) Order 2001**. (<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2001/3270/contents/made>, erişim: 29.01.2020).

TÜRKİYE ENERJİ VAKFI (TENVA): **Lisanstan Muaf Elektrik Üretimi Projesi Eğitim Kitabı**, Şubat 2017. (<http://www.tenva.org/wp-content/uploads/2017/02/Tenva-Kitap-TR-PRESS.pdf>, erişim: 08.01.2020).

WORLD ENERGY COUNCIL: **World Energy Trilemma Index 2019**, Birleşik Krallık, 2019.

YAĞMUR, E. Alptekin/ GÜL, Ömer/ AKDENİZ, Ersen/ GÜRDAL, Fatih/ BAHÇE, Murat/ GÜLTEKİN, Burhan: “Lisanssız Elektrik Üretimi Kapsamında Elektrik Enerjisi Üreten Santrallerin Şebeke Bağlantısı”, **ELECO ‘2012 Elektrik - Elektronik ve Bilgisayar Mühendisliği Sempozyumu Bildiri Kitabı**, Bursa, 29 Kasım - 01 Aralık 2012, s. 775-783. (http://www.emo.org.tr/ekler/bd63a729d334636_ek.pdf, erişim: 03.01.2020).

YILMAZ, Eren Alper/ ÖZİÇ, Hatice Can: “Türkiye’nin Yenilenebilir Enerji Potansiyeli ve Gelecek Hedefleri”, **Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 3, Kasım 2018, s. 525-535.

YILMAZ, Olcay/ HOTUNLUOĞLU, Hakan: “Yenilenebilir Enerjiye Yönelik Teşvikler ve Türkiye”, **Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 2, s. 74-97.

YÜKSEL, Filiz: “Lisanssız Elektrik Üretimi ve Muhasebeye Yansımaları”, **Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies**, Cilt: 4, Sayı: 3, 2018, s. 274-283.

YATIRIM HİZMET VE FAALİYETLERİNDEN YARARLANAN YATIRIMCILARIN TÜKETİCİ SIFATININ BELİRLENMESİ

H. Ebru TÖREMİŞ*

ÖZ

Bu çalışma, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan “Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri Bağlamında Yatırımcının Tüketici Olarak Korunması” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir. Çalışmanın amacı, yatırım hizmet ve faaliyetlerinden yararlanan yatırımcıların 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) kapsamında “tüketici” sayılabiliş sayılamayacağı tartışılmasıdır.

Bu kapsamda, öncelikle sermaye piyasası mevzuatının yatırımcıların korunmasında eksik kalan yönleri tespit edilmiş, daha sonra 2008 finansal krizinin ardından yatırımcıların tüketici sayılmalarına ilişkin yeni yaklaşımlar açıklanmıştır. Bunu müteakip tüketici kavramı genel olarak irdelenmiş ve sermaye piyasası mevzuatının müşteri sınıflandırmaları esas alınarak, profesyonel ve genel müşteri sınıflarına giren hangi yatırımcıların tüketici sayılabileceği ortaya konulmuştur.

***Anahtar Kelimeler:** Yatırımcı, tüketici, finansal tüketici, müşteri sınıflandırması, yatırım hizmet ve faaliyetleri, portföy aracılığı.*

DEFINING INVESTORS AS CONSUMERS IN TERMS OF INVESTMENT SERVICES AND ACTIVITIES

ABSTRACT

This research is derived from the Phd thesis named “Protection of Investor as a Consumer In Terms of Investment Services and Activities” prepared at Bilkent University Law Faculty. The primary objective of this research is to review whether the investors that make use of investment services and activities can be considered as “consumers” under the Law No. 6502 on Consumer Protection, dated November 7, 2013 or not.

Within the scope of this, firstly, the mechanisms and the shortcomings of the capital market regulations on protection of the investors are identified. Secondly,

* Sermaye Piyasası Kurulu Başuzman Hukukçusu, e-posta: ebru.toremis@spk.gov.tr

ORCID ID: 0000-0002-7124-6572

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813041

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 09/10/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 15/10/2020

after the 2008 financial crisis the new approaches to the recognition of investors as consumers are explained. Than concept of consumer is examined in general and it is revealed that which investors can be considered as consumers among investors that are classified as professional and general according to customer classifications of capital market regulations.

Keywords: *Investor, consumer, financial consumer, client classification, investment services and activities, dealing on own account.*

GİRİŞ

Sermaye piyasalarında karşılaşılan bilgi asimetrisi, ürün çeşitliliği ve karmaşıklığı, çoğu zaman bu piyasanın yatırımcılarının sözleşmeleri adil müzakere şartlarında akdedememeleri ve sözleşmenin ifası sırasında edimleri doğru analiz edememeleri sonucunu doğurabilmektedir. Özellikle tezgahüstü (borsa dışı) işlemlerin, türev araçların ve kripto varlıkların son dönemdeki görece piyasa hâkimiyeti bu alandaki yatırımcı korumalarının önemini daha da artırmaktadır.

Bu önemin farkındalığıyla, sermaye piyasası mevzuatı, birincil piyasa yatırımcısı bakımından kamuyu aydınlatma düzenlemeleri; ikincil piyasa yatırımcısı bakımından ise genel olarak piyasanın işleyişine ilişkin aksaklıkları giderici mekanizmalar, özel olarak da yatırım kuruluşlarının ortak iş yapış kurallarına (*conduct of business rules*) tabi kılınması yoluyla yatırımcıyı korumaya çalışmaktadır. Bu kapsamda yatırım kuruluşları, Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK/Kurul) III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ'inin (Yatırım Kuruluşları Tebliği) 26 ncı maddesi gereği çerçeve sözleşme yapma yükümlülüğü, III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'inin (Yatırım Hizmetleri Tebliği) 30 uncu maddesi kapsamında müşteri emrini en iyi şekilde yerine getirme yükümlülüğü, özen ve sadakat borcu çerçevesinde hareket etme ve bir çıkar çatışması politikası oluşturma yükümlülüğü, basiretli bir tacir gibi davranma, işin gerektirdiği mesleki dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü, faaliyetlerini sürdürmeleri için sahip oldukları kaynakları etkin bir biçimde kullanma, bilgilendirme, açıklama ve şeffaflığı sağlama yükümlülüğü gibi çeşitli yükümlülükler ile uygunluk ve yerindelik testi uygulamalarına tabi tutulmaktadır. Bunların yanı sıra, yatırım kuruluşlarının müşteri varlıkları üzerinde yetkisiz şekilde tasarruf etmelerini

önlemeye yönelik düzenlemeler, mali durumlarına yönelik düzenlemeler ve yatırımcı tazmin mekanizmaları ile tedrici tasfiye ve alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerine yönelik düzenlemeler yatırımcıların korunması amacıyla öngörölmüş diğer mekanizmalardır.

Bu bağlamda, ölkemiz sermaye piyasalarında yatırımcının, genel olarak piyasa temelli mekanizmalarla korunduğu ve bunlara aykırılığın yaptırımının kamu hukuku karakterli olan idari yaptırımlar olarak belirlendiği belirtilmelidir. Nitekim Avrupa Birliği ölkelerinde de, piyasa temelli 2014/65 sayılı MiFID Yönergesi¹ (Markets in Financial Instrument Directive) kuralları, tüketici kanunlarının değil, kamu hukuku karakterli finansal gözetim kanunlarının içine dercedilmiştir.² Bununla birlikte, sermaye piyasası mevzuatının kamu hukuku karakterli yaptırımlar temelindeki düzenleme anlayışı, çoğu zaman yatırımcıların uğradıkları zararların tazmini noktasında faydasız kalmakta, tedrici tasfiye ve iflas mekanizmalarının işletilmesi dahi, yatırımcılar bakımından tam bir tazmin sağlamayabilmektedir. Bu noktada yatırımcı tazmin mekanizmalarının, hukuk davası yoluyla sağlanan tazminin yerine geçtiği düşünölebilirse de, yatırımcı tazmin limitleri³ nedeniyle zararın tamamının karşılanamadığı durumlar bakımından da sermaye piyasası korumalarının etkisiz kaldığı söylenebilecektir.

Çoğu hukuk sisteminde sermaye piyasası hukuku kurallarının, özel hukuk uyumsuzluklarına yansıma bir etkisinin (*radiating effect*) bulunduđu⁴ kabul

¹ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU Text with EEA relevance

² CHEREDNYCHENKO, (2014), s. 481.

³ Yatırımcı Tazmin Merkezi tarafından tazmin kararı çerçevesinde yatırımcılara ödenebilecek azami tazmin tutarı 2020 yılı için 217.801-TL olarak belirlenmiştir. 2019/71 sayılı SPK Haftalık Bülteni, <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=71>, Erişim Tarihi: 26.2.2020.

⁴ İngiltere’de, Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu’nun 150 nci Bölümünün verdiği imkânla, denetleyici idarenin getirdiği kanuni standartlar, yatırımcının, yatırım kuruluşuna karşı zararlarının tazmini talebiyle açtığı davalarda doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Buna karşın, Almanya, Hollanda gibi birçok diğer hukuk sisteminde, yatırım kuruluşlarının iş kuralları bireysel yatırımcıların yatırım kuruluşlarına karşı açtıkları davalarda doğrudan uygulanabilir değildir. CHEREDNYCHENKO, (2010), s. 410. Alman doktrininde, Alman Menkul Kıymetler Kanunu (Securities Trading Act, Wertpapierhandelsgesetz) düzenlemelerinin, genel hükümlerde yer alan iyi niyet, dürüstlük kuralı, sözleşme öncesi sorumluluk kavramlarından ne anlaşılması gerektiğini somutlaştırmakta olduğu ifade edilmektedir, Alman Yargıtayı’nın (*Bundesgerichtshof*) ise iş kurallarına etki tanımada daha çekingen davrandığını, bu kuralların yatırımcıyı koruma fonksiyonunu kabul

edilse de, sermaye piyasası mevzuatı ile sağlanan tüm korumalara rağmen, bu korumaların telafi edemediği yatırımcı mağduriyetlerinin de imkân dâhilinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda yatırımcı uyuşmazlıklarında özel hukukun devreye girmesi kaçınılmaz görülmektedir.

Bu çerçevede, işbu çalışmada, tüketici mevzuatının, yatırım hizmet ve faaliyetlerinden yararlanan hangi yatırımcılara uygulanabilir olduğu sorunu irdelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle 2008 finansal krizinin çıkarımları ile birlikte yatırımcıların tüketici sayılmasına ilişkin yeni yaklaşımlar incelenmiş, daha sonra yatırım hizmet ve faaliyetlerinden yararlanan yatırımcıların tüketici sıfatı, müşteri sınıflandırmaları dâhilinde ikili bir ayrımla ele alınmıştır.

I. Yatırımcının Tüketici Sayılmasına Yönelik Yeni Yaklaşımlar

2008 finansal krizi öncesinde İngiltere, Amerika gibi gelişmiş ekonomilerde, finansal tüketici düzenlemelerinin daha ziyade yatırımcıların yatırım tercihlerinin sonuçlarını değerlendirebilme becerisi sağlayan finansal okuryazarlığa ve finansal yatırım ve finansal ürünlerin risklerine ilişkin “bilgilendirme yükümlülüklerine” özgülendiği, buna karşın düzenleyici otoriteler ürünlerin piyasaya çıkıp çıkamayacağına karar veren kapı bekçileri olarak görülmeyip, yatırımcıların yeterli kamuyu aydınlatma üzerine kendi yatırım kararlarını verdikleri bir düzene odaklanılmaktaydı. Buna karşın, 2008 finansal krizi gelişmiş ekonomilerin çoğunda geçerli olan bu düzenleme anlayışının yetersizliğini gözler önüne serdi.⁵ Özellikle karmaşık finansal ürünlerin, onları anlamayan ve kendilerine uygun olmayan yatırımcılara pazarlanması kötü sonuçlara sebebiyet verince, ne kadar sağlam olursa olsun tek başına kamuyu aydınlatma rejiminin küçük yatırımcıyı korumaya yeterli olmadığı anlaşılmış oldu.⁶ Birçok düzenleyici, krizin yarattığı

etmekle birlikte, doğan zararın tazmininde uygulanmalarının kabul edilebilir olmadığına hükmettiğini belirtmek gerekmektedir. BGH'nin 19 Şubat 2008 tarihli kararı için bkz. CHEREDNYCHENKO, (2010), s. 411-412. Bununla birlikte, Alman Yargıtayı *Bond* davasında, yatırım danışmanlığı hizmeti sunan bankanın, tavsiye edilen finansal aracın haiz olduğu riskler hakkında da bilgilendirme sunması gerektiğine hükmederken, aslında mülga MiFID'in 19 uncu maddesinde yer verilen müşteriye tanıma ve bilgilendirme yükümlülüklerini zikretmektedir. Benzer şekilde, İngiltere'de 1978 tarihli *Rust v. Abbey Life Insurance Co Ltd.* davasında da, müşterinin yatırım yapılan araçla ve likiditesi ile ilgili yeterli bilgi sağlanmadan yatırıma yönlendirilmesinin özen ve sadakat borcunun ihlalinin bir görünümü olduğuna hükmedilmiş, finansal araçlara ve önerilen yatırım stratejisine ilişkin geniş bilgilendirme yükümlülükleri daha sonra mülga MiFID'in 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlemeye konu edilmiştir. CHEREDNYCHENKO, (2009), s. 932.

⁵ WAN/GODWIN/YAO, s. 2-3.

⁶ WAN/GODWIN/YAO, s. 8-9.

olumsuz sonuçların, en azından bir kısmının, yatırım kuruluşlarının kötüye kullanımlarına karşı tüketicileri koruyabilecek yeterli düzenlemelerin bulunmamasına bağlıdır.⁷

Krizin bu çıkarımları ile birlikte, profesyonel olmayan müşteriler olarak sermaye piyasalarında yatırım yapan bireysel yatırımcıların, özel bir yasal korumadan yararlandırılması gerektiği genel kabul görmeye başlamıştır.⁸ Bu kapsamda uluslararası düzenlemelerde, krizin etkisi ile “tüketicileri” merkeze alan bir düzenleme yaklaşımı benimsenmiştir. Hatta bu hususta çok daha ileriye giderek, modern zamanlarda tüketici olmayan tek bir kişi bile olmadığını savunan yazarlar da ortaya çıkmıştır.⁹

Krizin etkisiyle gözden geçirilen uluslararası düzenlemelerde göze çarpan husus, kriz öncesinde “bireysel yatırımcı” kavramına yönelmiş olan düzenlemelerin, kriz sonrasında daha ziyade “finansal ürün ve hizmetlerin tüketicisi” kavramını odağına almış olmasıdır.¹⁰ Bu farkın etkisiyle doktrinde de yatırımcı kavramının sönüşünden, tüketici kavramının doğuşundan söz edilmektedir.¹¹ AB düzenlemelerine bakıldığında, birçok düzenlemede, “finansal hizmetlerin tüketicisi (*consumer of financial services*), “küçük yatırımcı”, “bireysel yatırımcı”, “ortalama yatırımcı” gibi kavramların birbiri yerine kullanılmakta olduğu hemen göze çarpmaktadır. Bugün birçok ülkede, bireysel yatırımcıların tüketici olarak değerlendirildiği hatta bu kabulün ötesine geçilerek, hangi bireysel yatırımcıların tüketici sayılabileceğine ilişkin tartışmalar ile sorunun bir ileri boyuta dahi taşındığı da bilinmektedir.¹²

2008 finansal krizinin ardından, finansal piyasalardaki düzenleme yaklaşımında finansal tüketici kavramını merkeze alan bu anlayış, Türk

⁷ PRIDGEN, s. 407.

⁸ SZUSTAK, s. 114.

⁹ OREN, s. 1.

¹⁰ MOLONEY, s. 172.

¹¹ MOLONEY, s. 179. Doktrinde, finansal hizmet ve ürünlerin tüketicisi kavramının müdahaleci düzenleme yaklaşımınca ileri sürüldüğünü belirten yazarlar da bulunmakta, tüketici güdümlü yaklaşımın, yatırım araçlarının gündelik hayata dair olduğu kabulüne ve olası kayıp ve riskler dikkate alınarak tüketicilerin korunması gereğine dayandığı ifade edilmektedir. MOLONEY, s. 173.

¹² Singapur, Hong Kong ve Avustralya örneklerinin karşılaştırıldığı bir çalışmada, Singapur’da “akredite edilmiş yatırımcılar”, Hong Kong’da “profesyonel yatırımcılar” Avustralya’da ise “sofistike yatırımcılar” olarak sınıflandırılmış yatırımcı gruplarının bireysel yatırımcı korumalarından ve bu kapsamda olmak üzere tüketici mevzuatı korumalarından yararlandırılıp yararlandırılmayacağı tartışılmıştır. WAN/GODWIN/YAO, s. 1 vd.

Hukukunda da çeşitli düzenlemelerde kendini göstermiştir. 3.6.2011 tarihli ve 637 sayılı KHK'nın 38 inci maddesi ile kurulan Finansal İstikrar Komitesi tarafından hazırlanan ve 2014/10 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile yürürlüğe giren “Finansal Erişim, Finansal Eğitim, Finansal Tüketicinin Korunması Strateji Eylem Planları”¹³ bunlar arasında ilk zikredilmesi gerektirir. Söz konusu eylem planları kapsamındaki strateji; bireylerin finansal sistemle ilişkisinde temel teşkil eden üç alanı, finansal ürün ve hizmetlere erişim, finansal eğitim ve finansal tüketicinin korunması olarak saymıştır. Yine 5.6.2014 tarihli ve 2014/10 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile yürürlüğe giren Finansal Erişim, Finansal Eğitim, Finansal Tüketicinin Korunması Stratejisi kapsamında hazırlanan “Finansal Tüketicinin Korunması Eylem Planı Arka Plan Belgesi”nde¹⁴ ise, finansal hizmetlerin, mevduat kabulü ve diğer fon toplama hizmetleri, bireysel, ipotekli konut finansmanı ve benzeri her türlü kredi faaliyetleri, sigorta ve sigorta aracılığı, danışmanlık ve aktüerlik hizmetleri gibi sigorta ile bağlantılı işlemler, faktoring ve her türlü ticari faaliyetin finansmanı, finansal kiralama, çek ve seyahat çekleri dâhil ödeme ve para transferi hizmetleri, taahhütler ve garantiler, müşteriler adına finansal piyasalarda aracılık, saklama, garanti (*underwriting*), varlık yönetimi, finansal bilgilerin transferi, provizyonu ve saklanması ile finansal hizmetler konularında danışmanlık olarak tanımlanacağı; bu hizmetleri satın alanların da finansal tüketici sayılacağı ifade edilmiştir.¹⁵ Görüldüğü üzere Eylem Planı Arka Plan Belgesi, yatırım hizmet ve faaliyetlerini terim olarak kullanmamakla birlikte, aracılık, yatırım danışmanlığı, portföy yönetimi ve saklama gibi birçok yatırım hizmet ve faaliyetini kapsamına almış, bunun da ötesinde bu faaliyetlerden yararlananları açıkça “finansal tüketici” olarak nitelemiştir.

Finansal tüketiciye ilişkin bir diğer tanım, Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in¹⁶ 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer almaktadır. Söz konusu tanım uyarınca, Kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan tüketicilerden kuruluşlarca kendisine ürün veya hizmet sunulan tüketici, finansal tüketici olarak; aynı

¹³ 5.6.2014 tarih ve 29021 sayılı Resmi Gazete.

¹⁴ Finansal Tüketicinin Korunması Eylem Planı Arka Plan Belgesi, https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/mevzuat_0124.pdf, Erişim tarihi: 27.02.2019.

¹⁵ Finansal Tüketicinin Korunması Arka Plan Belgesi, s. 19, SUNAY AKIN, (2015), s. 421-422.

¹⁶ 3.10.2014 tarih ve 29138 sayılı Resmi Gazete.

fıkranın (1) bendinde ise kuruluşlar; bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda finansal tüketicinin, en genel anlamda, kendisine finansal kuruluşlarca ürün veya hizmet sunulan tüketici olarak tanımlanması mümkündür.

II. Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcının Tüketici Sıfatı

A. Genel Olarak

Yatırım hizmet ve faaliyetlerinden yararlanmanın TKHK kapsamında bir hizmet alımı olduğu tartışmasızdır. Zira yatırımcılar, yatırım kuruluşlarından sağlanan hizmetleri tüketirken, bu kuruluşların müşterisi konumunda olup, yatırım kuruluşları, müşterilerine, sermaye piyasası araçlarının alım satımı yahut danışmanlık yapılması, saklanması, yönetimi gibi çeşitli hizmetler sunmaktadır. Bu hizmetler dolayısıyla da, yatırım kuruluşlarının müşterisi konumundaki yatırımcılar, hileli davranışlar, sahip oldukları varlıkların kötüye kullanımı, çıkar çatışmaları, bilgilendirme sorunları ve hizmet sağlamadaki yetersizlik gibi değişik piyasa eksikliklerine maruz kalabilmektedir.¹⁷

TKHK md. 3/1-k uyarınca, ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hizmet alan kişinin tüketici sıfatını kazanması esas olduğundan, yatırım hizmet ve faaliyetlerinden ticari veya mesleki bir amaç dışında yararlanan yatırımcıların da tüketici sayılmaları gerekmektedir. Yatırımcılar yatırım hizmet ve faaliyetlerinden tüketim değil, yatırım amaçlı yararlanıyorlar gibi gözükseler de, nihayetinde yatırım yapabilmek için sermaye piyasası kurumları tarafından sağlanan hizmetleri tüketiyor olduklarından, onlar ile diğer herhangi bir hizmetin tüketicisi arasında fark bulunmadığının kabulü gerekir.¹⁸

Öte yandan, yatırım hizmet ve faaliyetleri dolayısıyla yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri ile yatırımcı arasındaki ilişkiler ile yatırım hizmet ve faaliyetinden yararlanmak suretiyle sermaye piyasalarında üçüncü kişiler ile yatırımcı arasında yapılan işlemler tüketici sıfatını haiz olma bakımından farklı değerlendirilmelidir.

¹⁷ ÇETİN, s. 458.

¹⁸ ÇETİN, s. 458, ÖZER, s. 83.

B. Yatırım Hizmet ve Faaliyetinden Yararlanmak Suretiyle Sermaye Piyasalarında Üçüncü Kişilerle Yapılan İşlemlerde Yatırımcıların Tüketici Sıfatı

Çalışmamızda, esas itibarıyla yatırım hizmet ve faaliyetleri bağlamında yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri ile hukuki ilişkiye giren müşterilerin tüketici sıfatı irdelenmektedir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, yatırım hizmet ve faaliyetinden yararlanmak suretiyle sermaye piyasalarında üçüncü kişiler ile yapılan işlemler, örneğin sermaye piyasası aracı alım satımı yapılması ile güdülen amacın mahiyeti, yatırım kuruluşundan alınan hizmet dolayısıyla müşterinin tüketici olma sıfatını etkilemeyecektir. Bir başka deyişle, yatırım kuruluşunun müşterisi, sermaye piyasası aracı satın alarak, onu hemen satmak ve alım satım fiyatı arasındaki marjdan kâr elde etmek, dolayısıyla tüketmek amacıyla değil, ticari olarak yatırıma konu etmek amacıyla almış da olsa, yatırım kuruluşundan aldığı aracılık hizmeti dolayısıyla yatırım kuruluşu ile olan ilişkisinde tüketici sıfatını haiz olabilecektir. Nitekim, yatırım kuruluşu ile müşterisi arasındaki aracılık sözleşmesi, ticari veya mesleki olmayan amaçla gerçekleştirilen bir hizmet alımı olduğu her durumda, bir tüketici işlemi teşkil ederken, müşterinin bu aracılık hizmetini alması dolayısıyla taraf olduğu diğer bir sözleşmede (örneğin sermaye piyasası alım satım sözleşmesinde) tüketici sıfatını haiz olmaması mümkün, hatta muhtemeldir. Zira yatırımcılar, birincil yahut ikincil piyasadaki sermaye piyasası aracı aldığı veya sattığı hallerde, şirkete ortak olma, sermaye piyasası aracını yeniden satma, ticari olarak kullanma gibi kazanç elde etmeye yönelik amaçlarla hareket etmektedir.

Sermaye piyasası araçlarına yatırım yapan bir yatırımcı, ödediği sermayenin değer kazanmasını ve/veya kâr ya da faiz gibi bir getirisi olmasını hedefler.¹⁹ Oysa tüketiciyi ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişi olarak tanımlayan TKHK, onun sadece kişisel ve özel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla alım satım yapmış olmasını aramaktadır. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, kazanç elde etme amacıyla sermaye piyasası araçlarına yatırım yapan, belli vadede yatırımından kazanç elde etmeyi amaçlayan yatırımcıların amacının ticari olduğunun kabulü gerektiği, bu nedenle birer yatırım malı olan sermaye piyasası araçlarının alım satım sözleşmesi bakımından, yatırımcıların, tüketici sıfatını haiz olmayacakları

¹⁹ ÖZER, s. 42.

kanaatindeyim.²⁰ Kaldı ki, ikincil piyasada alım satım emri verildiğinde, bu emirlerin kimin emirleri ile eşleşeceği, dolayısıyla sözleşmenin karşı tarafı bilinemediğinden, ikincil piyasa işlemleri bakımından işlemin karşı tarafında bir satıcı veya sağlayıcı olup olmadığının, dolayısıyla tüketici işlemi saptamasının yapılabilmesine fiilen imkân da bulunmamaktadır.

Öte yandan doktrinde yer alan, menkul kıymetler taşınır eşya olarak nitelendirilemediği için sözleşmenin konusunu bir menkul kıymet oluşturuyorsa bu sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla TKHK kapsamına alınamayacağı yönündeki görüşler²¹, TKHK'nın ticari veya mesleki amaçtan hareket eden anlayışı dışında Kanun'un öngörmediği bir kıstas getirdiği için tarafımızca kabul edilebilir değildir. Kaldı ki, kaydi payların dahi TKHK kapsamında mal olarak nitelendirilmesi mümkündür.

C. Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri Dolayısıyla Yatırım Kuruluşları ve Portföy Yönetim Şirketleri İle Sözleşme Akdeden Yatırımcıların Tüketici Sıfatı

1. Genel Olarak Tüketici Tanımı ve Tüzel Kişilerin Tüketici Sıfatı

TKHK'nın md. 3/1-l hükmünde, tüketici işleminin, “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, ... vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” ifade edeceği düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, tüketici işlemi sayılan bir işlemin satıcı veya sağlayıcı olmayan tarafı her zaman tüketici sayılacaktır. TKHK'nın md. 3/1-k hükmünde yer alan tüketici tanımında ise, tüketicinin, “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade edeceği hüküm altına alınmıştır. Maddede edinme, kullanma, yararlanma, tüketme fiillerini ve daha fazlasını kapsayacak şekilde “hareket etme” fiili tercih edilmiş, 2008/48/EC sayılı Tüketici Kredileri Yönergesi'nin²² 3/a maddesinden alınmış olan tanımda hareket etmek fiilinin kullanılması tüketicinin koruma alanını büyük ölçüde genişletmiştir.²³

²⁰ Aynı yönde bkz.; ÖZER, s. 81.

²¹ ASLAN, (2015), s. 9, YERKAYA, s. 27.

²² Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, 22.5.2008 tarih ve L133/66 sayılı AB Resmi Gazetesi.

²³ TUTUMLU, s. 574.

Doktrinde, ticari veya mesleki faaliyetten ne anlaşılması gerektiği hususunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Ticari; ticaretle ilgili olan, mesleki ise; meslekle ilgili olan şeklinde tanımlanırken, ticaret; kazanç amacıyla yürütülen alım satım faaliyetini, meslek ise; belli bir eğitim ile kazanılan bilgi ve becerilere dayanan mal ve hizmet karşılığında para kazanmak için yapılan kuralları belirlenmiş işi ifade etmektedir.²⁴ Mesleki faaliyet ile ticari faaliyet arasındaki temel farkın, işletme ve meslek kavramlarının kapsamıyla bağlantılı olarak, faaliyetin bağımsızlığı noktasında gerçekleştiği ifade edilmekte ve mesleki faaliyet için bir devamlılık ve belirli bir organizasyon aranmaktadır.²⁵ Bu kapsamda, kişinin, bağımsız olarak yani kendi sorumluluğu altında devamlılık arz edecek şekilde yürüttüğü, bilgi ve becerisine dayalı olarak para kazandığı faaliyetleri mesleki faaliyet olarak nitelendirmek nispeten kolayken, ticari faaliyetin belirlenmesi daha büyük tartışmalar doğurmaktadır.

Doktrinde OZANOĞLU, tüketici sayılabilmek için mal satın alınırken özel ihtiyaçların giderilmesi ve bu amaçla malın tüketilmesi, azaltılması ya da ekonomik değerinin yitirilmesi gibi bir amacın takip edilmesi, kâr elde etme amacının güdülmemesi gerektiğini savunmaktadır.²⁶ ASLAN, YAVUZ, KARAKOCALI/KURŞUN tarafından ise, bir mal veya hizmet ve onun maliyeti alıcının uhdesinde kalmıyor, mal veya hizmet herhangi bir şekilde ticari hayata geri dönüyor ve bunun için ödenen maliyet geri kazanılabiliyorsa ticari ve mesleki bir amaçtan söz edileceği belirtilmektedir.²⁷ Buna göre, yazarlar, tüketim amacının tespitinde, bir mal veya hizmetin maddi/ekonomik varlığının ortadan kalkmasını değil; malı satın alan/hizmetten yararlanan kişiye mâl oluş değerinin geri gelip gelmemesini göz önünde tutmaktadır.²⁸ Benzer şekilde ÖZER de, tüketicinin, mal veya hizmeti, belirli bir mesleğin icrası, üretimde kullanma, yeniden satma gibi kazanç elde etmeye yönelik amaçlarla değil, kişisel ihtiyaçla almış olmasını aramakta, aynı zamanda malın veya hizmetin ticari hayata geri dönmemesi ve bunlar için ödenen maliyetin

²⁴ Tanımlar için bkz; TDK Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 15.06.2020.

²⁵ OZANOĞLU, (2000), s. 675.

²⁶ OZANOĞLU, (2001), s. 70. Ticari veya mesleki amacın, kazanç elde etme, para kazanma amacı olduğu hakkında ayrıca bkz.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 23.

²⁷ ASLAN, (2015), s. 4, KARAKOCALI/KURŞUN, s. 27, YAVUZ, s. 52.

²⁸ Doktrinde Aktürk, Aslan tarafından savunulan bu kriterin dikkate alınmaması gerektiğini, zira bu durumda tüketici sözleşmesi yapıldığı anda özel ve kişisel amaçla hareket eden ancak daha sonra ilgili mal/hizmetten ticari veya mesleki bir amaçla yararlanan kişilerin tüketici kavramı dışında bırakılmış olacağını haklı olarak savunmaktadır. AKTÜRK, s. 112-114.

tekrar kazanılmaması gerektiğini ifade etmektedir.²⁹ Nihayet AKTÜRK'e göre ise, ticari veya mesleki amaç dışında hareket etmekten anlaşılması gereken, kişinin o mal veya hizmetin nihai yararlananı olması³⁰, yani o mal veya hizmeti kâr amacı gütmeksizin, kendi özel ihtiyacı ve tüketimi için elde etmesidir.³¹ Benzer şekilde, ZEVKLİLER ve AYDOĞDU da, bir malı olduğu gibi ya da işleyerek bir başkasına satmak veya çıkar karşılığı devretmek üzere satın alan, yani kendisi de satıcı konumuna girecek şekilde hareket eden kişilerin tüketici sayılmayacaklarını belirtmektedir.³²

Elbette tüketicinin korunması, onun bilgisizliği nedeniyle aldatılmasının önlenmesi düşüncesine dayandığından, kişinin mesleki veya ticari faaliyeti ile ilgili olarak yeterince bilgi sahibi olmasının beklenmesi ve bu kişi bakımından aldatılma olasılığının ticari veya mesleki faaliyeti dışında kalan özel alanında ortaya çıkacağı kabulü gerekmektedir.³³ Bununla birlikte ticari veya mesleki amaçla hareket için yapılacak daraltıcı yorumlarla, özel alanın da daraltılması uygun değildir. Bu bağlamda kanaatimizce, ticari amaç tespit edilirken, doktrinde bir kısım yazar tarafından savunulduğu gibi mâl oluş değerinin geri gelip gelmediğine bakılması yerinde değildir. Nitekim özel kullanım amacıyla satın alınan bir otomobil de ikinci el piyasasında mâl oluş fiyatının üzerinde satılabilmekte, bu satıştan dolayı hem bir kazanç elde edilmesi hem de mâl oluş değerinin tüketiciye geri gelmesi söz konusu olabilmektedir. Doktrindeki bu görüşlerin katı bir şekilde uygulanması halinde, otomobil satın alırken, ikincil el piyasasında daha fazla kazanç sağlayacağı marka ve modeli tercih eden ve nihayet bu satıştan dolayı mâl oluş değerini elde edebilen bir kişinin de tüketici sayılamaması gerekir.

Ticari amaç tahlil edilirken, işlemin kâr/kazanç sağlama amacıyla gerçekleştirilmesi ile işlem sonucunda bir kâr/kazanç elde edilmiş olup olmadığının yahut elde edilme ihtimalinin bulunup bulunmadığının birbirinden ayrıştırılarak dikkate alınması gerekir. Zira TKHK, tüketici işleminin ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket edilerek yapılmasını aramakta, ancak bu işlem sonucunda veya bu işlem vasıtasıyla akdedilen bir başka sözleşme

²⁹ ÖZER, s. 65.

³⁰ Nihai kullanım ölçütünün özel amacın tespiti yönünden yardımcı bir ölçüt olarak göz önüne alınması gerektiği hakkında ayrıca bkz.; OZANOĞLU, (2000), s. 687-688.

³¹ AKTÜRK, s. 114.

³² AYDOĞDU/ZEVKLİLER, s. 83.

³³ KUNTALP, s. 302.

sonucunda bir kâr ya da kazanç elde edilmiş olup olmadığına bakmamaktadır. Nitekim yabancı doktrinde de tüketicinin finansal olarak işlemde kâr elde etmesinin, işlemin tüketici işlemi olmasını engellemeyeceği belirtilmekte ve bu kabulde bir adım daha ileriye gidilerek borsadan kâr elde etmek üzere hisse senedi alımının dahi tüketici işlemi olduğu ifade edilmektedir.³⁴

Bu çerçevede, bize göre, ticari veya mesleki amaç dışında hareket; o hukuki işlemde yararlanılması dolayısıyla sonuç olarak kâr veya kazanç elde edilebilecek olmasına bakılmaksızın, mal veya hizmeti bir kazanç amacı gütmeksizin tüketme amacıyla edinmesi, alınan mal veya hizmetin başka bir malın hammaddesi veya yarı mamûl maddesi olarak kullanılmaması veya herhangi bir şekilde yeni bir mal veya hizmetin maliyet unsurları arasına sokularak yeniden ticari hayata aktarılmaması, ondan yararlananın bünyesinde tüketilmesi suretiyle gerçekleşmektedir.³⁵ Buna göre, aldığı hizmetten kazanç elde etmeyi amaçladığı bir başka işlem için yararlı olsa dahi, hizmeti kullanmakla tüketen, o hizmetten yararlanılarak sunulabilecek bir başka hizmetin sağlayıcısı olmak amacıyla hareket etmeyen kişinin amacının ticari olmayacağı söylenebilir.

Bu noktada, yatırım hizmet ve faaliyetleri kapsamında akdedilen sözleşmelerin karşı tarafında tüzel kişilerin de sıklıkla bulunduğu nazara alınarak, tüzel kişilerin tüketici sıfatlarının da kısaca değerlendirilmesinde fayda görülmektedir. Özel hukuk tüzel kişilerinin tüketici sıfatını haiz sayılıp sayılmayacaklarına ilişkin olarak doktrinde, TTK'ya göre ticari iş sayılan her işlemin ticari faaliyet kapsamında değerlendirilmesi gerektiği genel kabul görmektedir. Bu görüştekilerce, TTK'nın 3 üncü maddesi ile 19 uncu maddesi çerçevesinde belirlenecek ticari işleri yapan kişinin bu işlemleri dolayısıyla tüketici sayılabileceğinin mümkün olmayacağı, dolayısıyla TTK'nın 19 uncu maddesinde düzenlenmiş olan ticari iş karinesinden hareketle, ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket edebilecekleri kanun koyucu tarafından kabul edilmemiş olan ticaret şirketlerinin, hiçbir zaman tüketici sıfatını

³⁴ HONDIUS, s. 94. Yazarın Borsa'dan hisse alımını tüketici işlemi saymasına tarafımızca katılmamakla birlikte, işlemin yapılma amacının ticari veya mesleki olmadığı hallerde, bu işlemde kâr veya kazanç elde edilmiş olmasının tüketici işlemi olma niteliğini etkilemeyeceği yönündeki görüşüne katılmaktadır.

³⁵ Doktrinde ASLAN da, tüketimden bahsedebilmek için alınan mal veya hizmetin başka bir malın hammaddesi olarak kullanılmaması veya herhangi bir şekilde, yeni bir mal veya hizmetin maliyet unsurları arasında yer almaması gerektiğini ifade etmektedir. ASLAN, (1996), s. 4.

kazanamayacakları savunulmaktadır.³⁶ Bu görüştekilere göre bir kişinin ticari işletmesi ile ilgili olan her hukuki işlem ticari veya mesleki amaçlıdır. Gerçek kişi tacirler bakımından bunun istisnası varsa da, tüzel kişi tacirler bakımından böyle bir istisnadan söz edilemeyeceği belirtilmektedir.³⁷ Nitekim tüzel kişi tacirlerin adi iş alanlarının bulunmaması ve tüm faaliyetlerinin ticari sayılması karşısında, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla kullanmalarından söz edilemeyeceği savunulmaktadır.³⁸ Bu kabulde, doktrinde ticaret şirketleri bakımından TKHK hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulama alanı bulabileceği baskın görüş olarak yerini almaktadır.³⁹

Yargıtay da bir kararında, "...Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. ... ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi, TTK md.18/1 maddesi gereğince tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır." gerekçesi ile tüzel kişi tacirlerin tüketici sayılmayacakları sonucuna varmıştır.⁴⁰ Bir başka kararında ise Yargıtay, gerçek kişi tacirin kendi özel kullanımı için araba satın alması durumunda tüketici sıfatını taşıyacağına hükmetmekle, gerçek kişi tacirin TKHK'nın korumalarından yararlandığı ölçüde, ticari hükümlerin uygulanma alanını daraltmıştır.⁴¹

Doktrin ve yargı kararlarındaki bu görüşe paralel olarak, Finansal Tüketicinin Korunması Eylem Planı Arka Plan Belgesi'nde de, ticaret şirketlerinin tüm işleri ticari iş sayıldığından ve bir ticaret şirketinin ticari olmayan amaçlarla mal veya hizmet edinmesi söz konusu olmadığından,

³⁶ ASLAN, (1996), s. 5, GÜMÜŞ, s. 18.

³⁷ ASLAN, (1996), s. 4, BAHTİYAR/BİÇER, s. 412.

³⁸ ATAMER/MICKLITZ, s. 555, KUNTALP, s. 306.

³⁹ AYDOĞDU/ZEVKLİLER, s. 84, ERKUŞ, s. 25.

⁴⁰ Yargıtay HGK, 11.10.2000, E. 2000/19-1255, K. 2000/1249, Uyuşmazlığa konu olayda, davacı Ltd. Şirketi, tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere ticari vasıfta kamyonet almıştır. Yüksek Mahkemece, tacirin, ticari işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiği için tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınamayacaklarına hükmedilmiştir. Sinerji A.Ş. Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.7.2020.

⁴¹ Yargıtay HGK'nın 19.3.2003 tarih ve E.11-117, K. 169 sayılı kararı, BAHTİYAR/BİÇER, s. 415.

şirketlerin tüketici sayılmayacağı ifade edilmiş bulunmaktadır.⁴²

Ticaret şirketlerinin ticari iş karinesi nedeniyle ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket edemeyecekleri yönündeki görüşe karşı, doktrinde bir diğer görüşe göre ise, TTK md. 19'da yer alan karine, işin ticari iş sayılması ve dolayısıyla TTK hükümlerinin uygulanması gereği şeklinde yorumlanmalıdır.⁴³ Buna göre bir ticaret şirketinin TTK kapsamında adi sahası bulunmamakla birlikte, iktisadi faaliyet konuları dışında kalan mal ve hizmet edinimleri bakımından tüketici sıfatına sahip olabileceği kabul edilmelidir.⁴⁴ Kanımızca da TTK'nın 19 uncu maddesinin yarattığı sonuçlar, TTK ile sınırlı olarak uygulanmalı, TKHK'nın yorumlanması hususunda tek başına esas alınmamalıdır. TKHK'nın md. 3/1-k hükmünde geçen ticari amaç yorumlanırken, her somut olayın özelliğine uygun yorum yapılması gerekmekte olup, TTK'nın 19 uncu maddesinde tüzel kişi tacirler bakımından mutlak olarak düzenlenmiş olan ticari iş karinesi, bu hususta, varsayımsal bir amaç yaratmaktan öteye gidemeyecektir.⁴⁵ Nitekim tüketici kavramının genişlemesinin etkisiyle, küçük işletme sahiplerinin, tacir de sayılsalar, sözleşmedeki zayıf taraf olabilecekleri; hatta onların tüketici hakları ile büyük işletmeler arasında sıkışıp kaldıkları, bu tür küçük tacirlerin bazen gerçek kişi tüketicilerden bile daha çok korunmaya ihtiyaçları oldukları da yüksek sesle dillendirilmektedir.⁴⁶ Son dönemde, yabancı hukuk sistemlerinde de tartışılabilen bu hususta, girilen hukuki ilişkinin doğrudan iş veya meslek ile ilgili olup olmadığına bakılması gerektiği belirtilmekte; bir evin boyanması tüketici işlemi sayılırken, bir şirketin boyanmasının tüketici işlemi sayılmamasının mümkün olmaması gerektiği örneği verilmektedir.⁴⁷

⁴² Finansal Tüketicinin Korunması Eylem Planı Arka Plan Belgesi, https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/mevzuat_0124.pdf, s. 19.

⁴³ AKTÜRK, s. 118, OZANOĞLU, (2000), s. 685.

⁴⁴ AKTÜRK, s. 118.

⁴⁵ Karinelerin bilinen bir durumdan bilinmeyen bir durum lehine sonuç çıkarmak olduğu, bilinen gerçek mevcut iken bilinmeyi yorumlamak üzere kullanılan karinelere başvurulmasının kanun koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı, dolayısıyla ticari veya mesleki amaç dışında hareket ettikleri her halde tüzel kişi tacirlerin de tüketici sıfatını haiz olacağı yönünde bkz., AKTÜRK, s. 120. TTK'da düzenlenen mutlak ticari iş karinesinin ticari işletme ile ilgili tüm fiil ve işlemlerin ticari iş sayılması gerektiği şeklinde değil, aksine ilgili fiil ve işlemlerin ticari işletmeyle ilgili olduğunun varsayılması halinde ticari iş olarak yorumlanması gerektiği yönünde bkz.; TAŞKIN, s. 36.

⁴⁶ BAYSAL, s. 288 dipnot 82.

⁴⁷ FREILICH, s. 114.

Kaldı ki, TTK md. 19/2 hükmü gereği, bir taraf için ticari iş sayılan sözleşmelerin diğer taraf için de ticari iş sayılmasına karşın, gerçek kişiler bakımından işin ticari iş sayılması onların tüketici olma sıfatını etkilemezken, tüzel kişiler bakımından salt md. 19/1 hükmü nedeniyle tüketici olma sıfatlarının etkileneceğini savunmak da hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Nitekim doktrinde bir taraf için ticari iş sayılan sözleşmeler diğer taraf için de ticari iş sayılmasına karşın, gerçek kişi tacirin tüketici olarak kabulünün tüketici hukukunun ticari hükümlerin uygulanma alanını kısıtlayan bir örneği olduğu dahi belirtilmektedir.⁴⁸

TTK md. 19 hükmünün ticaret şirketlerinin tüketici sayılmasının önünde bir engel olmadığı görüşünü bir adım ileriye taşıyarak, tüzel kişi tacirlerin hangi hallerde tüketici sayılabileceklerine ilişkin ölçütlerin de ortaya konulması gerekir. Doktrinde bir görüşe göre, kazanç elde etme amacıyla hareket eden kişinin bu faaliyetini, bir organizasyon içerisinde süreklilik taşıyacak şekilde gerçekleştirmese de ticari saymak ve kişiyi tüketici saymamak gerekir.⁴⁹ Bu görüştekilere göre, her ticaret şirketinin nihai amacı kazanç elde etmek olacağından hiçbir şekilde ticari olmayan bir amaçla hareket ettiklerinden söz edilemeyecektir. Ticari veya mesleki olmayan amacın, tüzel kişiliğin kuruluş amacına uygun olarak ihtiyaçlarının karşılanmasını teminen yaptığı⁵⁰ ya da bir iş olarak yürüttüğü işletme konusunu ilgilendiren işlemler olduğu yönündeki diğer bir görüş⁵¹ ise, TTK ile ultra vires ilkesinin kaldırılması dolayısıyla tek başına çözüm sağlamaya elverişli görülmemektedir. Kanaatimizce, bir malı işletme konusundan bağımsız olarak, fiilen yürüttüğü ticari faaliyetler kapsamında başkasına satmak veya çıkar karşılığı devretmek amacıyla satın alan ya da aldığı bir hizmeti yine yürüttüğü ticari faaliyetler kapsamında başkasına aktarmak üzere kullanan, yani kendisi de satıcı veya sağlayıcı konumuna girecek kişiler tüketici sayılamazken, o malı veya hizmeti kendi bünyesinde tüketen kişilerin, bunun sonucunda kazanç elde edip etmediklerine bakılmaksızın tüketici sayılmaları gerekir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde,

⁴⁸ ARKAN, s. 67, AKTÜRK, s. 125.

⁴⁹ BAHTİYAR/BİÇER, s. 411.

⁵⁰ KARAKOCALI/KURŞUN, s. 27.

⁵¹ ÖZER, s. 67. Yazar, ister gerçek ister tüzel kişi olsun, ticari/mesleki faaliyetlerde bulunan bir kişinin kendisini koruyacak niteliklerle donatılmış bulunduğu varsayımının, ancak işletme konusu ile ilgili faaliyetlerde söz konusu olabileceğini belirttikten hemen sonra, mal ya da hizmeti, faaliyet gösterdiği sektörde ticarete konu yapmak için değil, sadece faaliyetlerini sürdürebilmesini teminen edinmiş tacirin TKHK'nın sağladığı korumadan mahrum bırakılmaması gerektiğini de belirtmiştir.

bir ticaret şirketi için ticari ve mesleki olmayan amacın tespitinde, şirketin işlemin sonucunda kazanç elde edip etmeyeceğine ya da işletme konusuna değil, o malı ya da hizmeti bir başkasına aktarma, diğer bir deyişle satıcı ya da sağlayıcı olma amacıyla hareket edip etmediğine bakılmalıdır. Aldığı mal veya hizmeti, yürüttüğü faaliyetler kapsamında ticarete konu yapmayan tacir, bu mal veya hizmetten faaliyetlerini sürdürmede yararlanmış da olsa tüketici sayılabilmelidir. Dolayısıyla aldığı hizmeti, kazanç sağlama amacıyla değil, kazanç sağlamayı amaçladığı bir başka hukuki işlemi yapmasına imkân sağlamak üzere tüketen kişi tacir de olsa tüketici sayılabilmesi gerekir. Nitekim uluslararası doktrinde de, kanunlarda geçen “kişisel, ev ihtiyacı, tüketim amacı” gibi kavramlarla ilişkilendirilen tüketici tanımlarının, ticari işi kapsamında yeniden/başkasına tedarik etme veya üretim veya bakım onarım faaliyeti çerçevesinde dönüştürme, değiştirme fiilleri dışındaki tüm tüketim amaçlarını kapsayacağı, doğrudan işin yürütülmesi ile ilgili (*business related*) olmayan her türlü amacın dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.⁵²

Ticaret şirketlerinin tüketici vasfı bu şekilde ortaya konulduktan sonra, dernekler ve vakıfların durumunun da ayrıca irdelenmesi faydalı olur. Dernekler ve vakıflar gibi tacir niteliğinde olmayan, ticari amaçlarla değil eğitim, sağlık, kültür gibi amaçlarla hareket eden özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyetleri ticari olmadığından, faaliyetleri, amaçlarına erişmek için işlettikleri ticari işletme ile ilgili bulunmadığı sürece, tüketici sayılabilmeleri gerekir.⁵³ Örneğin, bir derneğin toplantısı için sandalye kiralaması veya bir vakfın ihtiyaç sahiplerine dağıtmak için kömür alması gibi ticari veya mesleki olmayan amaçlarla yapılan işlemlerde tüketici olarak korunmaları gündeme gelebilir.⁵⁴ Nitekim Yargıtay 11. HD'nin 26.6.1997 tarih ve E.1997/1815, K. 1997/5112 sayılı kararında da, “tacir olmayan tüzel kişiler yönünden, dernek, vakıf ve kooperatiflerin de tüketici tanımı içinde kabulü gerekir” denilerek, dernek vakıf ve kooperatiflerin tüketici olarak korunmalarının mümkün olduğu ilkesi benimsenmiştir.⁵⁵

⁵² FREILICH, s. 112-114.

⁵³ KARAKOCALI/KURŞUN, s. 24, KUNTALP, s. 307.

⁵⁴ KARAKOCALI/KURŞUN, s. 23.

⁵⁵ TTK md. 16/1 bakımından belli şartların varlığı halinde, vakıf ve derneklere de tacir sıfatının tanınabildiği görülmektedir. TTK'nın 16 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, ticaret şirketlerinin yanı sıra, amacına varmak için bir ticari işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar. Aynı maddenin ikinci

Konu kamu hukuku tüzel kişilerinin tüketici vasfı bakımından değerlendirildiğinde, tüketici hukuku zayıfın korunması ilkesi kapsamında düzenlenen koruma normlarından oluştuğundan, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatını haiz olmaları işin doğası gereği uygun değildir. Kaldı ki, TKHK satıcı, sağlayıcı ve üretici tanımlarında, tüzel kişilere kamu tüzel kişilerinin de dâhil olacağı vurgusunu yaparken, tüketici tanımında bu hususta sessiz kalmasını bilinçli bir tercih olarak yorumlamak gerekir. Doktrinde de satıcı tanımında kamu tüzel kişileri tanıma açıkça dâhil edilmişken, tüketici tanımında lafzen dâhil edilmemiş olması, kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatından faydalanma imkânlarının olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır.⁵⁶ Nitekim Yargıtay'ın belediye tüzel kişiliği bakımından verdiği kararları⁵⁷ da bu yöndedir. Bu nedenlerle, kamu hukuku tüzel kişileri tüketici kavramının tümüyle dışındadır.⁵⁸

2. Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri Dolayısıyla Yatırım Kuruluşları ve Portföy Yönetim Şirketleri ile Sözleşme Akdeden Yatırımcıların Tüketici Sıfatını Haiz Olup Olamayacakları

Sermaye piyasası araçlarına ister yatırım, ister korunma (*hedging*), isterse alım satım arasındaki marjdan kâr elde etme amaçlı olarak yatırım yapsın, bireysel yatırımcılar -hatta daha da genişleterek genel müşteriler ve aşağıda detaylarına yer vereceğimiz üzere bazı profesyonel müşteriler- bu amaçlarını yerine getirmek için bir sermaye piyasası kurumundan yatırım hizmet ve faaliyeti aldıkları noktada herhangi bir hizmetin tüketicisi gibi tüketici sıfatını haiz olabilirler.⁵⁹ Nitekim özellikle aracılık sözleşmelerinde veya portföy yönetimi dolayısıyla yapılan portföy saklama sözleşmelerinde olduğu üzere, çoğu kez sermaye piyasası kurumu ile kurulan hizmet ilişkisi,

fıkrasında ise, devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ve kamu yararına çalışan dernekler ile gelirlerinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendilerinin tacir sayılmayacakları açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında sayılan kurumların faaliyetlerinin, amaçlarına erişmek için işlettikleri ticari işletme ile doğrudan ilgili bulunduğu noktada bunların da tüketici sayılmaması gündeme gelebilecektir.

⁵⁶ ERKUŞ, s. 25.

⁵⁷ Yargıtay 13. HD'nin, 6.7.2015 tarihli ve E.2015/24165, K.2015/23552 sayılı kararı ile 27.2.2007 tarihli ve E.2006/15533, K. 2007/2700 sayılı kararları.

⁵⁸ BATTAL, s. 327, BAHTİYAR/BİÇER, s. 408.

⁵⁹ Aynı yönde bkz.; ÇETİN, s. 458, ÖZER, s. 83.

yasal bir zorunluluktan ileri gelmekte, yetkili sermaye piyasası kurumu ile sözleşme akdedilmeksizin sermaye piyasasında işlem yapabilmek mümkün olamamaktadır. Dolayısıyla kişinin, hizmet alımı için akdettiği sözleşmeyi yaptığı sırada amacı ticari veya mesleki olmaktan ziyade, yasal bir zorunluluğun gereğini yerine getirmek olabilmektedir.

Doktrinde BAHTİYAR ve BİÇER, yatırımcının bir bankadan veya aracı kurumdan finansal hizmet alması durumunda, yatırımcının tüketici sıfatına sahip olduğunu ve tüketici mahkemesinde dava açabileceğini kabul etmektedir.⁶⁰ Bununla birlikte PASLI, birincil ve ikincil piyasadaki işlemler bakımından bu işlemlerden geri dönülmesine, bir başka deyişle satışın iptal edilmesine olanak olmadığını⁶¹, ancak yatırımcıya hizmet veren banka veya aracı kurum yatırımcıyı yeterli düzeyde bilgilendirmemişse, onun tecrübesizliğinden yararlanmışsa, ona yeterli ve doğru hizmeti vermemişse verdiği finansal hizmetin ayıplı olacağını, dolayısıyla yatırımcının zararının tazminini o finansal hizmeti ayıplı olarak veren kurumdan tüketici hukukunu da kullanarak talep edebileceğini savunmaktadır.⁶²

Uluslararası doktrinde de, AB düzenlemelerinde yer alan tanımlarda⁶³ ticari işi, sanatı, mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden gerçek kişiyi ifade eden tüketicilerin, finansal hizmetler söz konusu olduğunda daha farklı değerlendirilmesi gerektiği, zira finansal hizmetler bağlamında korunması

⁶⁰ BAHTİYAR/BİÇER, s. 425.

⁶¹ PASLI, s. 415-416. Bu noktada yazarın, tüketici işlemini tayin ederken belirlediği kriterlerin TKHK kapsamında belirlenen kriterlerden farklı olduğu, bu yönde bir değerlendirmenin, tüketici ve tüketici işlemi sıfatlarını haiz olma bakımından değil, bu sıfatlar kazanıldıktan sonra tüketici mevzuatı hükümlerinin, örneğin cayma veya dönme haklarının somut olaya uygulanabilirliğini tartışma bakımından önem taşıdığı kanaatindeyim. Nitekim, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin "Cayma hakkının istisnaları" kenar başlıklı 13 üncü maddesinde, döviz işlemleri, para piyasası araçları, devredilebilir menkul kıymetler, yatırım ortaklığı payları, finansal varlıklara dayalı vadeli işlem sözleşmeleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçlar, vadeli faiz oranı anlaşmaları, faiz, döviz ve hisse senedi swapları, opsiyon işlemleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçlar başta olmak üzere, bedeli finansal piyasadaki dalgalanmalara bağlı olarak sağlayıcının kontrolü dışında değişen ve bu değişimin cayma hakkı süresi içinde gerçekleşebildiği finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerde cayma hakkının kullanılmayacağı düzenleme altına alınmıştır. Yazar tarafından kullanılan, "bu işlemlerden geri dönülemeyeceği" yönündeki ifadenin, cayma hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

⁶² PASLI, s. 415-416.

⁶³ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.04.1993, art. 2(b); Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 304, 22.11.2011, art. 2(1).

gerekenin sadece bireysel yatırımcılar olmadığı, aynı zamanda küçük işletmeler, hatta daha genel olarak finansal hizmetlerin kullanıcıları (*users of financial services*) olduğu ifade edilmektedir.⁶⁴

Kanaatimizce, yatırım hizmet ve faaliyetinden ticari veya mesleki olmayan bir amaçla yararlanılıp yararlanılmadığını tartışmaksızın, finansal hizmetlerin yalnızca gerçek kişi yatırımcılar ve kâr amacı gütmeyen tüzel kişiler tarafından alınmasına tüketicilerle benzer koruma mekanizmaları sağlanması gerektiği yönündeki görüşler⁶⁵ eksik kalmaktadır. Zira TKHK md. 3/1-k'daki tüketici tanımı ışığında, yatırımcıların, sermaye piyasası kurumları karşısında tüketici sıfatını kazanmalarında etkili olan yegâne unsur, hizmetten ticari veya mesleki olmayan bir amaçla yararlanmalarıdır. Bu amacın belirlenmesinde ise, salt gerçek veya tüzel kişi olma yahut tüzel kişiler bakımından TTK'nın ticari iş karinesine tabi olup olmama kıstaslarından değil, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenmiş olan “müşteri sınıfları”ndan yararlanılması gerekmektedir. Zira SPKn'nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan Kanun ve ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanmasını mümkün kılan düzenleme, bir sermaye piyasası faaliyetine genel hükümlerin uygulanabilirliğinin tespitinde öncelikle dikkate alınmak durumundadır. Bir başka deyişle, SPKn'nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü, yatırım hizmet ve faaliyetlerinin tüketici işlemi olup olmayacağına ilişkin TKHK kapsamında yapılacak bir yorumda, yatırım hizmet ve faaliyetlerine ilişkin SPK'nın ikincil düzenlemelerinde yer alan müşteri sınıflandırmalarını, TTK'nın genel hükümlerinde yer alan ticari iş karinesinin önüne taşımaktadır. Dolayısıyla, sermaye piyasası mevzuatının ikincil düzenlemelerinde yer alan müşteri sınıflandırmaları uygulanıp bu sınıflandırmanın doğurduğu sonuçlar yorumlanmaksızın, genel hüküm mahiyetindeki TTK hükümlerinin doğurduğu sonuçların yorumda kullanılması SPKn'nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil edecektir.

Kaldı ki, TTK'ya göre sonraki tarihli özel kanun mahiyetinde olan TKHK bakımından ticari veya mesleki amaç dışında hareket eden her tüzel kişi, bu kapsamda olmak üzere ticaret şirketleri, tüketici olarak nitelendirilmekte ve bu nitelemeyi yaparken TKHK, ticari iş karinesinden değil, ticari veya mesleki amaçtan hareket etmektedir. Dolayısıyla, tüzel kişi tacirlerin tüm borçlarının ticari olduğu, adi bir sahalарının bulunmadığı yönündeki mutlak karine TTK

⁶⁴ ROBERTSON, s. 35-36.

⁶⁵ SUNAY AKIN, (2014), s. 335.

hükümlerinin uygulanması bakımından mutlak olarak geçerli olduğu halde, konu yatırım hizmet ve faaliyetlerinden yararlanma olduğunda, ticari veya mesleki amaçla hareket edilip edilmediği yorumlanırken sermaye piyasası mevzuatı kapsamında işin ticari veya mesleki amaçla yapılıp yapılmadığı öncelikle tespit edilmelidir. Bu nedenle, yatırım hizmet ve faaliyetinden yararlanan bir kişinin ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket edip etmediğinin ortaya konulması, sermaye piyasası mevzuatı bakımından içinde yer aldığı müşteri sınıfının özellikleri ile değerlendirilmelidir.

Bu çerçevede, aşağıda, sermaye piyasası mevzuatı kapsamında yapılan müşteri sınıflandırmaları dikkate alınarak, profesyonel ve genel müşteri sınıflarına dâhil olan hangi yatırımcıların hangi gerekçelerle tüketici sayılabiliyor sayılamayacağı ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeler yapılırken amacımız, müşteri sınıflarının ve bu sınıflar içerisinde yer alan yatırımcıların, tüketici sıfatını haiz olup olamayacaklarına ilişkin bir karine ortaya koymak olup, her somut olayın özelliğinin ayrıca değerlendirme gerektireceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

a. Profesyonel Müşterilerin Tüketici Sıfatı

AB düzenlemeleri paralelinde hazırlanmış olan SPK'nın III-39.1 sayılı Tebliği'nin "Müşteri tanımı ve müşteriye tanıma kuralı" kenar başlıklı 29 uncu maddesinin birinci fıkrasında müşteri; yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetler kapsamında yatırım kuruluşları tarafından hizmet sunulan tüm gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmakta ve "müşteri sınıflandırması"na tabi tutularak, genel ve profesyonel müşteri ayrımı çerçevesinde korunmaktadır. Profesyonel müşteriler de Tebliğ'in 31 inci maddesi kapsamında, kendiliğinden profesyoneller ile talebe bağlı profesyoneller ayrımı ile düzenlenmektedir. Kendiliğinden profesyonel müşteri sayılanların büyük bir bölümü zaten aracı kurumlar, bankalar, portföy yönetim şirketleri, kolektif yatırım kuruluşları, sigorta şirketleri, ipotek finansman kuruluşları, varlık yönetim şirketleri gibi tüzel kişi tacirler ile, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıklar ve kamu kurum ve kuruluşları gibi kamu tüzel kişileri ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu gibi uluslararası kuruluşlardan oluşmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, aracı kurum, banka, portföy yönetim şirketi, sigorta şirketi, yatırım ortaklığı, ipotek finansman kuruluşları ve varlık yönetim şirketleri gibi maddenin ilk fıkrasında sayılan tüzel kişi tacir profesyonel müşterilerin TKHK kapsamında tüketici sıfatını haiz

olamayacakları tartışmasıdır. Zira sayılan bu tüzel kişiler sermaye piyasası kurumları olup, bir başka sermaye piyasası kurumu ile girdikleri ilişkide zayıf durumda olduklarından ya da mesleki ve ticari amaç dışında bir amaçtan hareket ettiklerinden söz edilemez. Örneğin bir yatırım ortaklığı ya da portföy yönetim şirketinin aracılık hizmeti aldığı aracı kurum ya da banka ile arasındaki ilişki böyledir.

Öte yandan, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatını haiz olmalarının işin doğası gereği uygun olmadığı açık olup, profesyonel müşteri sıfatını haiz kamu kurum ve kuruluşlarının da yatırım hizmet ve faaliyetleri bağlamında tüketici sayılmayacağı belirtilmelidir. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu gibi uluslararası kuruluşların da kamu tüzel kişileri ile aynı gerekçeler ile tüketici sayılmaması gerektiği tabiidir.

Bu noktada tüzel kişiliği bulunmayan kolektif yatırım kuruluşlarından yatırım fonları ile emeklilik fonlarının da TKHK kapsamında tüketici sayılmayacakları belirtilmelidir. Nitekim TKHK'nın 3 üncü maddesinde tüketici sıfatı gerçek veya tüzel kişilere hasredilmiş olup, tüzel kişilik vasfı bulunmayan fonların tanım kapsamına genişletici bir yorumla sokulması uygun olmayacaktır. Yatırım fonları portföy yönetim şirketlerince kurulmakta olduğundan, portföy yönetim şirketinin kendisinin tüketici sayılmayacağı halde, kurduğu fonun tüketici sayılabilmesi zaten mümkün olmamalıdır. Kaldı ki, yatırım fonları ve emeklilik fonlarının bir yatırım hizmetinden yararlandıkları noktada yürüttükleri faaliyetlerin ticari ve mesleki amaçla gerçekleştirilmesi dışında bir ihtimal de düşünülemez. Dolayısıyla, bu profesyonel müşterilerin de maddenin (a) bendinde sayılan ticaret şirketi olan profesyonel müşteriler ile kamu kurum ve kuruluşu olan profesyonel müşteriler gibi tüketici sıfatını haiz olmadıkları açıktır.

Kendiliğinden profesyoneller bakımından son grubu oluşturan aktif toplamının 50.000.000-TL'nin, yıllık net hâsılatının 90.000.000-TL'nin, özsermayesinin 5.000.000-TL'nin üzerinde olması kıstaslarından en az ikisini taşıyan kuruluşlar ise ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Yukarıda, salt TTK'nın 19 uncu maddesinde düzenlenmiş olan ticari iş karinesine dayalı olarak ticari amacın yorumlanamayacağına ilişkin açıklamalarımız dikkate alındığında, bu kişilerin tüzel kişi tacir olmalarının tüketici olmalarına tek başına engel teşkil etmeyeceği belirtilmelidir. Zira sadece aktif toplam, net satış hasılatı veya özsermaye kriterlerini sağlayan bir tüzel kişi de, tacir dahi olsa somut olayda ticari ve mesleki amaçla hareket etmediğinin ortaya

konulduğu her halde tüketici sayılabilmelidir. Ticari veya mesleki amacın tayininde ise, bir kâr ya da kazanç elde etme amacıyla, hizmeti bir başkasına aktarma, diğer bir deyişle o hizmet için yeni bir sağlayıcı olma amacıyla hareket edilip edilmediğine bakılmalı, fiilen yürüttüğü ticari işi kapsamında başkasına tedarik etmeyi, olduğu gibi ya da değiştirip dönüştürerek yeniden hizmet sağlamayı içermeyen tüm amaçlar ticari veya mesleki olmayan amaç sayılmalıdır. Nitekim günümüzde, büyük firmaların dahi kendilerini koruma (*hedge etme*) politikaları çerçevesinde sermaye piyasalarından yararlanabildikleri dikkate alındığında, sermaye piyasası alanında faaliyet göstermeyen ancak belirli bir aktif toplam, satış hasılatı ya da özsermayeyi haiz bu müşterilerin de sermaye piyasası kurumlarına karşı bilgi asimetrisi veya çıkar çatışması sorunu yaşamalarının muhtemel olduğu ortadadır.

Bu nedenle, aldığı hizmetin doğrudan ticari faaliyet konusuna girmesi gibi ticari veya mesleki amaçla hareket ettiğine dair ayrı bir veri yoksa aktif toplam, satış hasılatı ya da özsermaye şartlarını sağlayarak kendiliğinden profesyonel müşteri sayılan tüzel kişilerin de tüketici mevzuatı karşısında tüketici olarak nitelendirilebilmesi mümkün olabilmelidir.⁶⁶ Buradaki ticari faaliyet konusu ile şirketin ana sözleşmesinde geçen amaç ve konusundan farklı bir husus ifade edilmek istenmektedir. Bu nedenle şirketlerin esas sözleşmelerinin amaç ve konu maddelerinde sermaye piyasalarına yatırım yapmak, bu amaçla aracılık hizmeti almak gibi konuların yazılmış olması, tek başına yatırım hizmet ve faaliyetinin ticari amaçla yapıldığı sonucunu doğurmamalıdır. Alınan hizmetin, doğrudan ticari faaliyet konusuna girmesi haline örnek olarak kitle fonlama platformları verilebilir. Bir sermaye piyasası kurumu olarak belirlenmediği ve profesyonel müşteriler arasında ismen sayılmadığı halde kitle fonlama platformlarının da aracılık faaliyeti benzeri bir faaliyet yürüttükleri dikkate alındığında, paya veya borçlanmaya dayalı kitle fonlamasına aracılık eden şirketlerin, sermaye piyasası aracı alım satımına aracılık eden yatırım kuruluşları karşısında tüketici sıfatını haiz olması düşünülemez.

Tüketici sıfatını haiz olup olmamaya ilişkin tartışma, “talebe bağlı profesyonel müşteriler” bakımından ise daha büyük önemi haizdir. Zira bu müşteriler, esasen gerçek kişilerden oluşan müşterilerdir. TKHK’nın md.

⁶⁶ Nitekim ABD’de de finansal tüketiciler herhangi bir finansal ürün alan bireysel yatırımcılar ile işletmeleri kapsamaktadır. BORN, s. 379. AB’de ise tüketici tanımları Yönergeler kapsamında gerçek kişiler ile sınırlandırıldığından, şirketler yasal tanım kapsamına sokulamamaktadır.

3/1-k hükmünde yer alan tüketici tanımında, tüketicinin, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade edeceğinin hüküm altına alınması karşısında, gerçek kişilerin tacir olup da doğrudan ticari işletmeleri ile ilgili yahut mesleki amaçla bir hukuki işlemde taraf olmadıkları müddetçe her halde tüketici sıfatını haiz olacakları düşünülebilir. Oysa yatırım hizmet ve faaliyetlerinden yararlanan her gerçek kişi bakımından, yapılan bu genelleme TKHK'nın koruma amacına uygun bir sonuç doğurmayabilir. Zira III-39.1 sayılı Tebliğ'in 31 inci maddesi uyarınca, profesyonel müşteri kendi yatırım kararlarını verebilecek ve üstlendiği riskleri değerlendirebilecek tecrübe, bilgi ve uzmanlığa sahip müşteriyi ifade etmekte olup, bu müşteriler sermaye piyasası mevzuatı kapsamında yatırımcılara koruma sağlayan birçok düzenlemeden yararlanamamaktadır.⁶⁷

Bu bağlamda, sermaye piyasası mevzuatı kapsamında genel müşteri olarak tâbi olacağı korumalara ihtiyaç duymadığını yazılı olarak bildiren ve Tebliğ'in 32 nci maddesindeki şartlardan en az ikisini sağlayan talebe dayalı profesyoneller bakımından, sermaye piyasası mevzuatı korumaları kendi talepleri üzerine dışlanırken, tüketici mevzuatı korumalarının bunlara tümüyle uygulanmasını beklemek makul olmayacaktır. Ancak bu noktada, talebe dayalı profesyonelleri de kendi içerisinde ikili bir ayrımla değerlendirmeye tabi tutmak uygun olacaktır. Zira genel müşteri olan kişilerin, son 1 yıldaki her 3 aylık dönemde en az 500.000-TL hacminde en az 10 işlem gerçekleştirmiş olmaları ve finansal varlıkları toplamının 1.000.000-TL tutarını aşması şartlarının her ikisini birden sağlamaları ve yazılı olarak talep etmeleri suretiyle profesyonel müşteri olarak sınıflandırılması durumunda, bireysel müşteri olan bu kişilerin belirli bir varlık seviyesinin üzerinde olmaları dışında, sermaye piyasalarındaki riskli yatırımları değerlendirebilecek bir yatırım düzeyinde olduklarına ya da mesleki faaliyetlerinin bu hizmete ilişkin olduğuna dair bir özellik göstermedikleri ortadadır. Dolayısıyla yalnızca gerçekleştirilen işlem hacmi ve sahip olunan finansal varlık tutarı kriterlerini sağlamaları suretiyle talebi üzerine profesyonel müşteri olarak kategorize edilmiş kişilerin, sırf varlıklı olmaları nedeniyle sermaye piyasası alanındaki riskli yatırımları anlayabilecek bilgi ve donanım seviyesini haiz olduğu, hizmet aldığı sermaye

⁶⁷ Örneğin, III-39.1 sayılı Tebliğ'in 25 inci maddesi uyarınca yatırım kuruluşları alım satım aracılık faaliyeti kapsamında genel müşterilerine hizmet sunmadan önce genel risk bildirimine ek olarak işleme konu sermaye piyasası araçlarının risklerini müşteriye açıklamak ve açıklamaların müşteri tarafından okunup anlaşıldığına dair yazılı bir beyan almak zorunda iken, profesyonel müşterilere bu açıklama ancak ayrıca talep etmeleri halinde yapılmaktadır.

piyasası kurumu ile eşit düzeyde bulunduğu ya da işlemi ticari ve mesleki bir amaçla gerçekleştirdiği sonucuna varılmamalıdır. Nitekim doktrinde de ister varlıklı olsun ister olmasın tüm bireysel yatırımcıların aslında riskli ve karmaşık finansal ürünleri değerlendirmekte güçlük yaşayacakları belirtilmektedir.⁶⁸

Diğer taraftan, talebe bağlı profesyonellere ilişkin 32 nci maddede sağlanması öngörülen iki şarttan birinin finans alanında üst düzey yönetici pozisyonlarından birinde en az 2 yıl görev yapmış olmak veya sermaye piyasası alanında en az 5 yıl ihtisas personeli olarak çalışmış olmak veya Sermaye Piyasası Faaliyetleri İleri Düzey Lisansı veya Türev Araçlar Lisansına sahip olma şartı olduğu hallerde ise, gerçek anlamda sermaye piyasası yatırımcı değerlendirilebilecek bilgi ve tecrübe düzeyinde bulunduğu ve çoğunlukla mesleki bir faaliyet kapsamında hareket edildiği söylenebilecektir. Buna göre, mesleki tecrübesi nedeniyle yazılı olarak talep etmek suretiyle profesyonel müşteri sınıflandırmasına dâhil olan bir gerçek kişinin, yatırım hizmet ve faaliyetlerinden yararlanma amacının da çoğu kez mesleki olacağının karineten kabul edilmesi mümkündür. Dolayısıyla, finans alanında yöneticilik, ihtisas personelliği veya lisans sahipliği şartlarından birini sağlamak suretiyle talebe bağlı profesyonel sayılan ve dolayısıyla sermaye piyasası mevzuatı kapsamında sağlanan bir kısım yatırımcı korumalarından yararlanmama yönünde irade gösteren gerçek kişilerin bu tercihinin, çoğun içinde azın zaten bulunduğu öngörüsüyle, tüketici mevzuatı korumalarından da yararlanmamayı kapsayacak şekilde yorumlanmasının uygun olacağı kanaatindeyim.

Öte yandan belirtmek gerekir ki; III-39.1 sayılı Tebliğ'in 31 inci maddesinin üçüncü fıkrasında müşterinin, profesyonel müşteri olarak dikkate alınmak istemediği ve bu talebini yazılı olarak yatırım kuruluşuna ilettiği durumlarda, yatırım kuruluşunun bu talebi dikkate almasının zorunlu olduğu da düzenlenmiştir. Dolayısıyla, sermaye piyasası mevzuatı kapsamında profesyonel müşteri olarak tanımlanmış kişilerin de talepleri üzerine genel müşteriler için öngörülen korumalardan yararlanmaları mümkün kılınmıştır. Bu halde, yukarıda talebe bağlı profesyoneller bakımından yaptığımız yorumun – sermaye piyasası mevzuatı kapsamında açıkça bu isimle adlandırılmamış olsalar da- “talebe bağlı genel müşteriler” bakımından aynı şekilde benimsenmesi mümkün görünmemektedir. Zira III-39.1 sayılı Tebliğ'in profesyonel müşteri tanımına bakıldığında, bunların büyük çoğunluğunun TKHK kapsamında tüketici sıfatını haiz olamayacağı değerlendirilen ismen sayılmış tüzel kişi

⁶⁸ WAN/GODWIN/YAO, s. 36.

tacirler ile kamu kurum ve kuruluşlarından oluştuğu görülmektedir. Bu noktada yalnızca, aktif toplamının 50.000.000-TL, yıllık net hâsılatının 90.000.000-TL, özsermayesinin 5.000.000-TL üzerinde olması kıstaslarından en az ikisini taşımaları dolayısıyla kendiliğinden profesyonel müşteri kategorisinde kabul edilmiş olan kişilerden, Tebliğ'in 31 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca profesyonel müşteri olarak dikkate alınmak istemediğini bildirmiş bir müşterinin farklı değerlendirilmesi gerekebilecektir. Bu tür kişilerin tüketici sayılmasında, sermaye piyasası mevzuatı korumaları bakımından genel müşteriler ile aynı şekilde değerlendirilme yönünde gösterdikleri irade de nazara alınmalıdır. Dolayısıyla, salt işlem hacmi ve finansal varlık tutarı kriterleri nedeniyle profesyonel olarak sınıflandırılmış bir müşteri, profesyonel müşteri olarak dikkate alınmama yönündeki talebini yatırım kuruluşuna iletmişse, korunma ihtiyacı gösterdiğini açıkça beyan ettiği dikkate alınarak, amacının ticari veya mesleki olamayacağı kabul edilmelidir.

Yaptığımız bu sistematik analiz kapsamında, tüketici sayılabilecek iki profesyonel müşteri grubu bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Bunlardan ilki; aktif toplam, yıllık net hasılat ve özsermaye kıstaslarından en az ikisini taşımaları dolayısıyla (III-39/1 sayılı Tebliğ md. 31/1-d hükmü gereği) kendiliğinden profesyonel müşteri kategorisinde sayılan yatırımcılardan, somut olayın özelliklerine göre yürüttükleri iş ve faaliyete dâhil ticari veya mesleki amaçla hareket ettiğine dair ayrı bir veri olmayan tüzel kişilerdir. Ticari veya mesleki amaçla hareket edilme kıstası değerlendirilirken, bunlardan, profesyonel müşteri olarak dikkate alınmak istemediğini Tebliğ'in 31 inci maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde yatırım kuruluşuna bildirenler için tüketici sıfatını belirlemek daha da kolay olacaktır. Tüketici sayılabilecek diğer profesyonel müşteri grubu ise; işlem hacmi ile işlem sayısı ve finansal varlık toplamı kriterlerinden en az ikisini sağlamak ve yazılı olarak talep etmek suretiyle (III-39/1 sayılı Tebliğ 32/1 a ve b bendleri gereği) profesyonel müşteri olarak sınıflandırılmış olan talebe bağlı gerçek kişi profesyonel müşterilerdir. Bunlar, salt varlıklı olmaları nedeniyle profesyonel sayıldıklarından, tek başına bu sınıflandırmaya dâhil olmaları ticari veya mesleki amaçla hareket ettikleri sonucunu doğuramayacağından, tüketici sıfatları sınıflandırmadan etkilenmeyecektir.

Buna karşın, doktrinde profesyonel müşteriler özelinde değerlendirme yaptığı halde, bunların hiçbir halde tüketici olamayacaklarına kanaat getiren yazarlar da bulunmaktadır. Bu hususta ÖZER, kendi içlerinde bir ayrıma tabi tutmaksızın hiçbir profesyonel müşterinin tüketici olamayacağını, zira

bunların sermaye piyasası mevzuatı ile korunmaları dolayısıyla tüketici mevzuatı korumalarına ihtiyaçlarının olmadığını, tüketici sıfatının ancak genel müşteriler için söz konusu olabileceğini savunmaktadır.⁶⁹ Yazarın bu görüşünün gerekçesi, genel müşterilerin sermaye piyasası mevzuatı ile profesyonel müşterilerden daha yüksek oranda korunması nedeniyle kabul edilebilir değildir. Ayrıca yazar, tüm profesyonel müşterileri tüketici sıfatının dışında bırakırken, esasen gerçek kişi olan talebe bağlı profesyonel müşterileri de dışarda bırakmakta olduğundan, bireysel müşteriler için vardığı sonuçla da çelişmekte, profesyonel müşteri olarak sınıflandırıldığı halde genel müşteri olma yönünde yazılı talepte bulunan profesyonel müşterileri ise değerlendirmeye dahi almamaktadır. Doktrinde DİRENİSA ise, III-39.1 sayılı Tebliğ'in 25 inci maddesinde yer alan bilgilendirme yükümlülüklerine ilişkin düzenlemelere yer verdikten sonra, bilgilendirmeye ilişkin bazı hükümlerin profesyonel müşteriler bakımından uygulanmayacağına ilişkin düzenlemelerin, profesyonel müşterilerin ticari ve mesleki amaçla hareket ettiklerini tartışmaya yer vermeyecek şekilde desteklediğini savunmaktadır.⁷⁰ Bize göre yazarın, ticari ve mesleki amacı, sermaye piyasası mevzuatının tanıdığı korumaların azlığına ya da çokluğuna göre tahlil etmesi kabul edilebilir değildir. Kaldı ki, profesyonel müşterilerden bir kısmının tüketici sayılabilmesine ilişkin vardığımız sonuç, zaten onların işlemin zayıf tarafı oldukları hallerde tüketici mevzuatı kapsamında korunma ihtiyaçlarından kaynaklanmakta olup, sermaye piyasası mevzuatının yeterli korumayı sağlamaması, tüketici mevzuatı kapsamında da korunmamanın haklı gerekçesi olmamalıdır.

b. Genel Müşterilerin Tüketici Sıfatı

III-39.1 sayılı Tebliğ'de genel müşteriler bakımından nitelikleri belirtilmek suretiyle bir tanımlama yapılmamış, profesyonel müşteriler dışında kalan tüm müşteriler, genel müşteri olarak kategorize edilmiştir. Dolayısıyla profesyonel müşteri sınıfına dâhil olmayan tüm gerçek ve tüzel kişiler genel müşteri olarak nitelendirilmektedir. Bunların yanında, ilgili düzenlemede belirtilen şartları sağladığı halde, profesyonel müşterinin, profesyonel müşteri olarak dikkate alınmak istememe hakkı bulunmakta olup, bu yöndeki talebini yazılı olarak yatırım kuruluşuna iletmesi halinde, yatırım kuruluşunun bu talebi dikkate alması ve o müşteriye de genel müşteri olarak davranması

⁶⁹ ÖZER, s. 72-73.

⁷⁰ DİRENİSA, s. 1987.

zorunludur.

Sermaye piyasası mevzuatı kapsamında bu şekilde belirlenen genel müşterilerden hangilerinin tüketici sayılabileceğini belirlerken yine TKHK'nın 3 üncü maddesinde yer alan tanımdan faydalanılması gerekmektedir. Sermaye piyasasında gerçek kişi genel müşterilerin, TKHK bakımından da ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmeleri halinde tüketici sayılması gerektiği açıktır. Nitekim 2008 küresel krizinin çıkarımları ile birlikte, sermaye piyasalarında yatırım yapan bireysel yatırımcıların, özel bir yasal korumadan yararlandırılması gerektiği yönünde genel bir kabul oluşmuştur.⁷¹

Buna karşın, tüzel kişi genel müşteriler bakımından konunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim TTK'nın 19 uncu maddesinde tüzel kişi tacirler bakımından istisnasız kabul edilmiş olan ticari iş karinesinin doğrudan uygulanması, genel müşteri olan tüzel kişinin, tacir olması durumunda sermaye piyasası mevzuatının genel müşterilere ilişkin korumalarından yararlanabildiği halde, tüketici mevzuatının tüketiciler için getirdiği korumalardan yararlanamamasına sebebiyet verecektir. Oysa tüzel kişi tacir olan bir genel müşterinin somut olayda ticari faaliyetinden tümüyle bağımsız, yatırımını değerlendirme veya korunma (*hedge*) amaçlı bir ilişki dolayısıyla yatırım kuruluşundan hizmet almış olması halinde, bu hizmetin nihai kullanıcısı olarak tüketici sayılması gerekir. Nitekim tüzel kişi tacir olan genel müşteriler bakımından sermaye piyasası mevzuatı korumalarının azamileştirilmesi, tüketici mevzuatına tabi olma bakımından yapılacak yorumu az ya da çok etkileyecektir. Buna göre, genel müşteri sayılan bir tüzel kişi tacirin örneğin küçük bir limited veya kolektif ortaklığın, yatırım kuruluşundan aldığı hizmet bakımından güttüğü amacın ticari yahut mesleki olmaması, yatırımını olası piyasa risklerine karşı koruma olması yüksek ihtimaldir. Bu bağlamda, her ikisi de tüzel kişi tacir olan bir genel müşteri ile bir profesyonel müşteriye sermaye piyasası mevzuatı aynı şekilde yaklaşmazken, tüketici mevzuatının aynı şekilde yaklaşmasını beklemek uygun değildir. Kaldı ki, çoğu zaman, özellikle alım satım aracılığı, yatırım danışmanlığı ve portföy yöneticiliği ile portföy saklamasında olacağı üzere, genel müşteri olan tüzel kişi tacir, aldığı hizmet sözleşmesinden değil, o hizmet sözleşmesi vasıtasıyla yahut ondan faydalanarak akdedeceği bir başka sözleşmeden kâr/kazanç elde etme amacıyla hareket etmekte olduğundan, yatırım hizmet ve faaliyetinden yararlanırken ticari amaçla hareket ettiğinden de söz edilemez.

⁷¹ SZUSTAK, s. 114.

Bu nedenle, tüzel kişi genel müşterilerden tacir olanların da her somut olayın özelliği nazara alınarak, ticari veya mesleki amaçla hareket ettiğine dair ayrıca bir veri yoksa, karineten tüketici sayılabilmesi gerekir. Bu noktada ticari veya mesleki amacın tespitinde yukarıda yer verilen genel açıklamalarımız geçerli olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, tacir olmayan tüzel kişi genel müşteriler ise, ticari veya mesleki bir amaçla hareket ettikleri somut olayda ayrıca ortaya konulamadığı müddetçe her zaman tüketici sıfatını haiz olacak ve tüketici mevzuatının sağladığı korumalardan yararlanabilecektir. Zira ticari veya mesleki amaç gütmeye açık veya örtülü olarak anlaşılabilen her gerçek veya tüzel kişi tüketici sayılmaktadır. Dernekler ve vakıflar gibi eğitim, sağlık, kültür gibi amaçlarla hareket eden özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyetleri ticari olmadığından, amaçlarına erişmek için işlettikleri ticari işletmenin doğrudan konusuna girmeyen bir yatırım hizmet ve faaliyetinden kar ya da kazanç sağlama beklentisiyle de yararlanmış olsalar, bu hizmetin nihai kullananı oldukları her halde tüketici sıfatını haiz olacaklarının kabulü gerekir.

3. Portföy Aracılığı Sözleşmesinin Karşı Tarafı Olan Yatırımcıların Tüketici Sifatını Haiz Olup Olamayacakları

Yukarıda yatırımcıların tüketici sıfatını haiz olup olamayacaklarına ilişkin olarak tüm yatırım hizmet ve faaliyetleri için yapılan değerlendirmelerimiz, bir yatırım hizmet ve faaliyeti olarak düzenlenmiş olan portföy aracılığı bakımından farklılaşmaktadır. “Portföy aracılığı faaliyeti” III-37.1 sayılı Tebliğ’in 21 inci maddesinde işlem aracılığı faaliyetine ek olarak, yatırım kuruluşlarının müşterilerin sermaye piyasası araçlarıyla ilgili alım veya satım emirlerini karşı taraf olarak yerine getirmesi olarak tanımlanmıştır. MiFID’in md. 4/1 hükmünün altıncı fıkrasında “*dealing on own account*” olarak tanımlanan portföy aracılığı, yatırım kuruluşlarınca müşteri emirlerinin kendi hesabından gerçekleştirilmesi olarak ifade edilebilir.

Yatırım kuruluşlarının, sermaye piyasası araçlarını kendi nam ve hesaplarına satın almaları ve müşterilerine kendi nam ve hesaplarına satmaları (portföy aracılığı) halinde yatırım kuruluşlarının alım satım arasındaki fiyat farkından yararlanmakta olduğu nazara alınarak, bu faaliyete menkul mal satışına ilişkin hükümlerin uygulanabileceği söylenebilir.⁷² Portföy aracılığında, alım satım işleminin bir tarafını oluşturan yatırım kuruluşu,

⁷² Aracılık çerçeve sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bknz; YASAMAN, s. 114; MANAVGAT, s. 84, ÜNAL, s. 78.

işlemin karşı tarafı olan müşterisine sermaye piyasası aracı satmakta ya da ondan sermaye piyasası aracı satın almakta, alım satım konu sermaye piyasası aracının fiyatı da taraflar arasında belirlenmektedir. Bu bağlamda, portföy aracı olan yatırım kuruluşu, işleme konu sermaye piyasası aracının organize bir piyasadan alınmasına aracılık etmeksizin, kendi portföyünde bulunan sermaye piyasası aracını alım satım konu etmektedir.⁷³ Dolayısıyla, bu aracılıktan faydalanan kişi, yatırım kuruluşu ile girdiği sözleşme ilişkisinde birincil ya da ikincil piyasada üçüncü bir kişiden sermaye piyasası aracı satın alan bir yatırımcıdan farksızdır. Uygulamada özellikle türev araçlar bakımından gündeme gelen bu aracılıkta yatırımcı, türev sözleşmede kazanç elde etmek amacıyla ileri vadeli ticari bir alım ya da satım sözleşmesinin tarafı olduğundan, sözleşmedeki amacının her zaman ticari olacağının kabulü gerekir.

Nitekim, sözleşmenin konusunun kaldırıcı alım satım işlemlerine aracılık etmek olduğu birçok uyuşmazlıkta Yargıtay, yatırımcıların tüketici sıfatını haiz olduklarına hükmederken⁷⁴, sözleşmenin konusunun portföy aracılığı olduğu bir uyuşmazlıkta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.5.2018 tarih ve E.2017/22, K.2018/1102 sayılı kararı ile Opsiyonlu Döviz Mevduatı ve Opsiyon İşlemleri Çerçeve Sözleşmesi kapsamında banka ile yatırımcı arasındaki portföyden satış sözleşmesinin *“davacının hizmeti davalı bankadan finansal işlemler için aldığı, hizmetin alınma amacının öncelikle göz önünde bulundurulması gerektiği anlaşılmalı, davacının bu ticari amacı karşısında tüketici sayılması mümkün değildir”* gerekçesiyle tüketici işlemi olmadığına hükmedilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun mezkûr kararının gerekçesi, aradaki ilişkinin mal alım satımı mahiyetindeki portföy aracılığı sözleşmesi olduğu belirlenmeden kurulup, emir iletimine aracılık ve işlem aracılığını da kapsayacak şekilde anlaşılmaya müsait olduğundan eleştiriye açıktır. Bununla birlikte somut uyuşmazlıkta, müşteri ile Banka arasında tesis edilmiş olan çerçeve sözleşme, Banka'nın, müşterinin üçüncü kişilerle tezgahüstü opsiyon sözleşmesi yapmasına aracılık hizmeti vermesine, bir başka deyişle işlem aracılığına yönelik bir yatırım hizmet ve faaliyeti çerçeve sözleşmesi değil;

⁷³ KANKOÇ AYDIN, s. 134.

⁷⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 23.6.2016 tarih ve E. 2016/90, K. 2016/6987 sayılı kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 8.3.2017 tarihli ve E. 2017/692, K. 2017/1363 sayılı, 22.6.2017 tarihli ve E. 2017/2141, K. 2017/4020 sayılı ve 12.6.2018 tarih ve E. 2016/13442, K.2018/4450 sayılı kararları, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

bizzat Banka'nın opsiyon hakkını haiz olduğu, müşterinin ise opsiyon satıcısı olduğu, bir başka deyişle Banka'nın müşterinin türev araç alım satımı talebinin karşı tarafı olduğu bir sözleşmedir. Dolayısıyla, somut olaya konu sözleşme esasen müşterinin sermaye piyasası aracıyla ilgili alım veya satım emirlerinin karşı taraf olarak yerine getirilmesi nedeniyle "portföy aracılığı" kapsamında akdedilen bir sözleşmedir. Bu halde, yatırım kuruluşu mesleki, yatırımcı ise kâr elde etmeye yönelik ticari bir amaçla hareket etmekte olduğundan tıpkı ikincil piyasadan karşılıklı sermaye piyasası aracı alım satımı yapan kişiler arasında olduğu gibi, bir tüketici işleminin varlığından söz edilemez. Bu bağlamda, Hukuk Genel Kurulunun mezkûr kararı da portföy aracılığının bir tüketici işlemine vücut veremeyeceği yönündeki tespitimizi desteklemektedir.

SONUÇ

Sermaye piyasalarında yatırım hizmet ve faaliyetlerinden yararlanan yatırımcıların korunması bakımından getirilen düzenlemelere aykırılığın yaptırımı kamu hukuku karakterli olan idari yaptırımlar olarak belirlendiğinden, çoğu zaman yatırımcıların uğradıkları zararların tazmini noktasında faydasız kalmaktadır. Bu düzenlemelerin yatırımcıların korunmasındaki yetersizliği 2008 finansal krizi ile de görülmüş, finansal kriz sonrasında uluslararası düzenlemelerde, "tüketicileri" merkeze alan bir düzenleme yaklaşımı benimsenmiştir. Benzer şekilde ülkemizde de Finansal Erişim, Finansal Eğitim, Finansal Tüketicinin Korunması Strateji Eylem Planları ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerle ilgili düzenlemelerde aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

TKHK'nın md. 3/1-k hükmünde tüketicinin, "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade edeceği hüküm altına alınmıştır. Doktrinde, ticari veya mesleki faaliyetten ne anlaşılması gerektiği hususunda bir fikir birliği bulunmamakla birlikte, bize göre, ticari veya mesleki amaç dışında hareket etmekten anlaşılması gereken; o hukuki işlemde yararlanmak suretiyle sonuç olarak kâr/kazanç elde edilebilecek olmasına bakılmaksızın, kişinin o mal veya hizmeti bir kazanç amacı gütmeksizin tüketme amacıyla edinmesi, alınan mal veya hizmetin başka bir malın hammadde veya yarı mamûl maddesi olarak kullanılmaması veya herhangi bir şekilde yeni bir mal veya hizmetin maliyet unsurları arasına sokularak yeniden ticari hayata aktarılmaması, ondan yararlananın bünyesinde tüketilmesidir.

TKHK'da tüketici, gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişileri de kapsamına alacak şekilde tanımlanmıştır. TTK'nın 19 uncu maddesinde düzenlenmiş olan ticari iş karinesinden hareketle, doktrinde bir kısım yazarlar ve Yargıtay,

ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket edebilecekleri kanun koyucu tarafından kabul edilmemiş olan ticaret şirketlerinin, hiçbir zaman tüketici sıfatını kazanamayacaklarını savunmaktadır. Bununla birlikte, tarafımızca da benimsenen görüşe göre, TTK'nın 19 uncu maddesinin yarattığı sonuçlar, TKHK'nın yorumlanması hususunda tek başına esas alınmamalıdır. Yatırım hizmet ve faaliyetleri bakımından, hizmetten ticari veya mesleki olmayan bir amaçla yararlanma kıstası belirlenirken gerçek veya tüzel kişi olma yahut tüzel kişiler bakımından TTK'nın ticari iş karinesine tabi olup olmama kıstaslarından değil, sermaye piyasası mevzuatında geçerli “müşteri sınıfları”ndan yararlanılması, gerek sermaye piyasalarının kendine özgü yapısına gerek genel hükümleri ikincil düzenlemelerden sonra uygulanabilir hükümler olarak belirleyen SPK'nın md. 2/2 hükmüne uygun olacaktır.

Buna göre, III-39.1 sayılı Tebliğ'in 31 inci maddesinde “kendiliğinden profesyonel” müşteri sınıfında sayılan, aracı kurumların, bankaların, portföy yönetim şirketlerinin, sigorta şirketlerinin, ipotek finansman kuruluşlarının, varlık yönetim şirketleri ile bunlara muadil yurt dışında yerleşik kuruluşların, yatırım hizmet ve faaliyetlerinden yararlanırken, ticari ve mesleki bir amaçla hareket etmedikleri düşünölemeyeceğinden; kolektif yatırım kuruluşları ve emeklilik yatırım fonlarının tüzel kişilikleri bulunmadığından; kamu kurum ve kuruluşları, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu gibi uluslararası kuruluşlar ile nitelikleri itibarıyla bu kurumlara benzer olduğu SPK'ca kabul edilebilecek diğer kuruluşların ise TKHK'da kamu kurum ve kuruluşlarına tüketici sıfatı tanınmamış olduğundan tüketici sayılamayacakları tespit edilmiştir.

Öte yandan, “kendiliğinden profesyoneller” bakımından son grubu oluşturan aktif toplamının 50.000.000-TL'nin, yıllık net hâsılatının 90.000.000-TL'nin, özsermayesinin 5.000.000-TL'nin üzerinde olması kıstaslarından en az ikisini taşıyan kuruluşların ise, aldığı hizmetin doğrudan yürüttüğü ticari faaliyetine ilişkin olması gibi ticari veya mesleki amaçla hareket ettiğine dair ayrı bir veri yoksa tüketici sayılabilmesi gerekmektedir. Nitekim büyük firmaların da kendilerini koruma (*hedge etme*) politikaları çerçevesinde sermaye piyasalarından yararlanmaları ve sermaye piyasası alanında faaliyet göstermeyen ancak belirli bir büyüklüğü haiz bu müşterilerin sermaye piyasası kurumlarına karşı bilgi asimetrisi veya çıkar çatışması sorunu yaşamaları muhtemeldir.

Diğer taraftan, genel müşteri olarak tâbi olacağı korumalara ihtiyaç duymadığını yazılı olarak bildiren ve Tebliğ'in 32 nci maddesindeki şartlardan en az ikisini sağlayan “talebe dayalı profesyoneller” bakımından ise, ikili bir

ayrım yapılmalıdır. Genel müşteri olan bu kişilerin, son 1 yılda her 3 aylık dönemde en az 500.000-TL hacminde en az 10 adet işlem gerçekleştirmiş olmaları ve finansal varlıkları toplamının 1.000.000-TL tutarını aşması şartlarının her ikisini birden sağlamaları ve yazılı olarak talep etmeleri suretiyle profesyonel müşteri olarak sınıflandırılması durumunda, esasen bireysel müşteri olan bu kişilerin belirli bir varlık seviyesinin üzerinde olmaları dışında sermaye piyasalarındaki riskli yatırımları tam anlamıyla değerlendirebilecek bir yatırım düzeyinde olduklarına ya da mesleki faaliyetlerinin bu hizmete ilişkin olduğuna dair bir özellik göstermedikleri nazara alınarak, tüketici sayılabilmeleri gerekir. Buna karşın, 32 nci maddede sağlanması öngörülen iki şarttan birinin finans alanında üst düzey yönetici pozisyonlarından birinde en az 2 yıl görev yapmış olma veya sermaye piyasası alanında en az 5 yıl ihtisas personeli olarak çalışmış olma veya lisans sahibi olma şartı olduğu hallerde ise, gerçek anlamda sermaye piyasası yatırımını değerlendirebilecek bilgi ve tecrübe düzeyinde bulunduğu ve çoğunlukla mesleki bir faaliyet kapsamında hareket edildiği dikkate alınarak, yazılı olarak sermaye piyasası korumalarından yararlanmama yönünde bulunulan tercihin, tüketici mevzuatı korumalarından da yararlanmamayı kapsayacak şekilde yorumlanmasının, dolayısıyla bu kişilerin gerçek kişi de olsa tüketici sayılmamalarının uygun olacağı sonucuna varılmaktadır.

Genel müşterilerin tüketici sıfatları irdelendiğinde de, gerçek kişi genel müşterilerin ve tacir olmayan tüzel kişi genel müşterilerin her zaman tüketici sayılması gerekmektedir. Tüzel kişi genel müşteriler bakımından ise, TTK'nın 19 uncu maddesinden hareket edilmesinin uygun olmayacağı, tüzel kişi tacir olan bir genel müşterinin somut olayda ticari faaliyetinden tümüyle bağımsız olarak, yatırımını değerlendirme veya korunma (*hedge*) amaçlı bir ilişki dolayısıyla yatırım kuruluşundan hizmet almış olması halinde, bu hizmetin nihai kullanıcısı olarak tüketici sayılmasının gündeme gelebileceği değerlendirilmektedir.

Tüm bu değerlendirmeler portföy aracılığı faaliyeti söz konusu olduğunda farklılaşmaktadır. Zira, müşterinin sermaye piyasası aracıyla ilgili alım veya satım emirlerinin karşı taraf olarak yerine getirildiği portföy aracılığında, yatırım kuruluşu mesleki, yatırımcı ise kâr elde etmeye yönelik ticari bir amaçla hareket etmekte olduğundan tıpkı ikincil piyasadan karşılıklı sermaye piyasası aracı alım satımı yapan kişiler arasında olduğu gibi, bir tüketici işleminin varlığından söz edilemez.

KAYNAKÇA

- AKTÜRK, İpek Yücer: “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 2, 2016, S.103-128.
- ARKAN, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2014.
- ASLAN, İ. Yılmaz: **6502 sayılı Tüketici Kanununa Göre Tüketici Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 2015.
- ATAMER, Yeşim/MICKLITZ, Hans W.: “The Implementation of the EU Consumer Protection Directives in Turkey”, **Penn St. Int’l L. Rev.**, Volume:27, No:3, 2009, s. 551-607.
- AYDOĞDU, Murat/ZEVKLİLER, Aydın: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2004.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Ankara, 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent: “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, **Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan**, C.1, İstanbul, 2016, s. 395-436.
- BATTAL, Ahmet: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, **Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan**, Ankara, 1998, s. 313-332.
- BAYSAL, Başak: “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, **İÜHFİM**, C. LXXV, S. 1, 2017, s. 273-292.
- BORN, Patricia: “Financial Consumer Protection in the United States”, **An International Comparison of Financial Consumer Protection**, Springer, 2018, s. 379-404
- CHEREDNYCHENKO, Olha O.: “European Securities Regulation, Private Law and the Investment Firm-Client Relationship”, **European Review of Private Law**, 5-2009, s. 925-952.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O.: “*Financial Consumer Protection In The EU: Towards A Self-Sufficient European Contract Law For Consumer Financial Services?*”, **ERCL**, 10(4), 2014, s. 476-495.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O.: “The Regulation of Retail Investment

Services in the Eu: Towards the Improvement of Investor Rights?”, **Journal of Consumer Policy**,, ISSN 0168-7034, Volume 33, Number 4, s. 403-424.

ÇETİN, Nusret: “6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Yatırımcıların Korunması”, **6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu**, 6-7 Haziran 2013, İstanbul, Editör Prof. Dr. Korkut Özkorkut, Ankara 2017, s. 437-476.

DİRENİSA, Efe: “6502 sayılı Kanun ile Yargıtay Kararları Işığında Tüketicilerin Kaldıraçlı Alım Satım (Foreks) İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme”, **Legal Hukuk Dergisi**, C:17, Sa: 197, Yıl: 2019, s. 1975-2010.

ERKUŞ, Ali Selman: “Tüketici Kavramının Genişletilmesi”, **Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu**, 20 Kasım 2018, Yetkin Yayınları, 2019, s. 23-29.

FREILICH, Aviva: “A Radical Solution to Problems with the Statutory Definition of Consumer: All Transactions Are Consumer Transactions”, **UWAL Review**, 33, 2006, s.108-131.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, C:1, İstanbul 2014.

HONDIUS, Ewoud: “The Notion of Consumer: European Union versus Member States”, **Sydney Law Review**, V. 28, No. 1, 2006, s. 89-98.

KANKOÇ AYDIN, Dilara: **Sermaye Piyasalarında Aracılık Faaliyetlerinin Hukuki Niteliği**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

KARAKOCALI, Ahmet/KURŞUN, Ali Suphi: **Tüketici Hukuku (6502 sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)**, İstanbul, 2015.

KUNTALP, Erden: “Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Malı Ayrımı”, **Ali BOZER’e Armağan**, Ankara, Bankacılık Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s. 287-311.

MANAVGAT, Çağlar: **Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul 1991.

MOLONEY, Niamh: “The Investor Model Underlying The EU’s Investor

Protection Regime: Consumers Or Investors?”, **European Business Organization Law Review**, Sa.13, 2012, s. 169-193.

OREN, Bar Gill: **Seduction by Contract, Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, s. 55-90.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s.663-692.

ÖZER, Işık: “Sermaye Piyasasında İşlem Yapan Yatırımcıların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunup Korunamayacakları Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, **BATİDER**, C. XXXIV, S.1, 2018, s. 37-94.

PASLI, Ali: “Yatırımcı Mı Tüketici Mi?” **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015**, Ankara, Nisan 2015, s. 624-637.

PRIDGEN, Dee: “Sea Changes In Consumer Protection: Streonger Agency and Stronger Laws”, **Wyoming Law Paper**, Volume13, Number 2, 2013, s. 405-437.

ROBERTSON, Victoria: “Consumer Welfare in Financial Services: View from EU Competition Law”, **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**, 2018, s. 29-52.

SUNAY AKIN, Nesrin: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Yönetmelik Taslağı Kapsamında Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, 2014-2015, s. 417-433.

SUNAY AKIN, Nesrin: “Finansal Hizmet, Finansal Tüketici Kavramları ve Bireysel Yatırımcının Tüketici Sıfatı ile Korunması”, **3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, Ankara 2014, s. 318- 338.

SZUSTAK, Grażyna: “Consumer Protection As A Premise To Build Trust In The Financial Service Market”, **Journal of Economics and**

Management, University of Economics in Katowice, Vol. 16, 2014, s. 114-133.

TAŞKIN, Mustafa: “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, Yıl: 1997, s. 30-37.

TUTUMLU, Mehmet Akif: “Tüketici Uyuşmazlıkları Açısından Tüketici Kavramı ve Bu Kavramın Kapsadığı Kişiler”, **5. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016**, Editörler Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Ankara, 2016, S. 572-588.

ÜNAL, Oğuz Kürşat: **Aracı Kurumlar: Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar**, Ankara, 1997.

WAN, Wai Yee/GODWIN, Andrew/YAO, Qinzhe: “When Is An Individual Investor Not In Need of Consumer Protection? A Comparative Analysis of Singapore, Hong Kong and Australia”, 27 January 2020, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/01/when-individual-investor-not-need-consumer-protection-comparative>, s. 1-36, Erişim Tarihi: 4.2.2020.

YASAMAN, Hamdi: **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku**, İstanbul, 1992.

YAVUZ, Nihat: **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ankara, 2007.

YERKAYA, Kübra: **Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü**, İstanbul, 2018.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

AKRAN ÇOCUKLAR ARASI CİNSEL BİRLİKTELİK VE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU SORUNU TÜRK UYGULAMASINDAN ÖRNEKLER

İzzet ÖZGENÇ*

ÖZ

Suç siyaseti gereği olarak, on beş yaşını tamamlamış akran çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel davranışlar; ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren fiiller olarak değerlendirilmemelidir. Ancak bu değerlendirmeden, çocukların bu yönde açıklamış buldukları rızanın bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu sonucu çıkarılamaz. Ortaöğrenim çağındaki bu çocuklar arasında yaşanan karşılıklı rızaya dayalı cinsel davranışların, bunların özellikle eğitimi ve aile ilişkileri bakımından ortaya önemli sorunlar çıkardığı kuşkusuzdur. Ancak bu sorunların üstesinden, bu çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkilerin son çare olan ceza hukuku sorumluluk alanında değerlendirmeye tabi tutulmasıyla gelinemeyeceğinin, aksine yeni sorunlara kapı aralanacağıının bilinmesi gerekir.

Bu çalışmada, hukuk uygulamamızda on beş yaşını tamamlamış akran çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin “suç” oluşturduğu, suçun failinin erkek çocuk olduğu, kızın ise, bazı olaylarda yaş olarak erkekten büyük olmasına rağmen, “mağdur” olarak kabul edildiği yönünde verilmiş olan kararlar değerlendirilmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Akran çocuklar arasında rızaya dayalı cinsel davranışlar, Reşit olmayanla cinsel ilişki, tipikliği ortadan kaldıran rıza, fail, mağdur.*

THE PROBLEM OF SEXUAL RELATIONSHIP BETWEEN CHILDREN WHO ARE AGE-MATES AND CRIMINAL LAW LIABILITY EXAMPLES FROM TURKISH PRACTICE

Abstract

By virtue of criminal policy, consensual sexual behaviors between children who are age-mates and have completed the age of fifteen should not be considered as acts requiring criminal law liability. However, from this approach, it cannot be inferred

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD E-Posta: oezgenc@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-1805-8572

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.812980

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/08/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 30/09/2020

that the consent of the children in this matter constitutes a justification defense. There is no doubt that sexual behaviors based on mutual consent among these children who are at the secondary education age cause significant problems especially in terms of their education and family relationships. However, it should be known that these problems cannot be overcome by discussing the sexual relations based on mutual consent between these children in the area of criminal law responsibility, which is the last resort, and on the contrary, new problems will be caused.

In this study, court decisions from Turkish practice in which consensual sexual relations between children who are age-mates and have completed the age of fifteen have been ruled to constitute a “crime” and the boy has been accepted as the perpetrator of the crime while the girl has been considered as the “victim” although being older than the boy in some cases are reviewed.

Keywords: *Consensual sexual behaviors between children who are age-mates, Sexual intercourse with a minor, consent that eliminates the typicality, perpetrator, victim.*

I. Giriş

Daha önce yayımlanmış olan akademik çalışmalarımızda, on beş yaşını tamamlamış çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel davranışların, TCK, m. 104, f. 1’de tanımlanan suç oluşturmadığı ve ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmediği; ancak bu durumdan, çocukların bu yönde açıklamış buldukları rızanın bir “hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu” sonucunun çıkarılamayacağı açıklanmıştır.¹

Ancak, hukuk uygulamamızda, on beş yaşını tamamlamış akran çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin “suç” oluşturduğu, suçun failinin erkek çocuk olduğu, kızın ise, bazı olaylarda yaş olarak erkekten büyük olmasına rağmen, “mağdur” olarak kabul edildiği yönünde kararlar verilmiştir. Önemli bir kısmı yakın tarihli olan bu kararlar üzerinden, söz konusu uygulamanın tutarsızlıklarına ilişkin açıklamalar yapılmasına ihtiyaç doğmuştur.

¹ ÖZGENÇ, İzzet: *Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar*, in: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 257 vd., 267; ÖZGENÇ, İzzet: *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi*, in: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 2, Nisan 2020, sh. 251 vd., 260 vd.

Muhtasar mahiyette olan bu çalışmada önce, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin kararlarına konu teşkil eden olaylara ve mercilerin verdikleri kararlara ilişkin bilgi verilmiş, bilahare bu uygulamanın ortaya çıkardığı yanlışlıklara ilişkin hukuki tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

II. On Beş Yaşını Tamamlamış Akran Çocuklar Arasında Rızaen Gerçekleştirilen Cinsel İlişkiler Dolayısıyla Ceza Hukuku Sorumluluğuna İlişkin Türk Hukuk Uygulamasından Örnekler

Öncelikle belirtmek gerekir ki, incelemeye tabi tuttuğumuz örnek olaylara ilişkin kararlarda, Yargıtay 14. Ceza Dairesi, herhangi bir gerekçe göstermeden, gerekçe olarak herhangi bir açıklamaya hacet duymadan “onama” kararları vermiştir.

Daire kararlarındaki açıklamaların yetersiz olması karşısında, bu olaylarla ilgili olarak sağlıklı tespit ve değerlendirmelerde bulunabilmek için, İlk Derece Mahkemelerinin verdiği kararlara ulaşılmış ve bu kararlar üzerinden tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Birinci örnek olay: Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin **6.7.2020** tarihli ve E. 2019/429, K. 2020/3120 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, **28.8.1997** doğumlu Emine ile **5.3.1996** doğumlu Alper arasında **2012 yılının Kasım ayında** cinsel birleşme gerçekleşir. Cinsel birleşmenin gerçekleştiği tarih itibarıyla Emine **15 yaşını tamamlamış**, Alper ise, **16 yaşını tamamlamış çocuktur**.

Bu olayla ilgili olarak Emine’nin şikayeti üzerine **Alper hakkında** reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediği iddiasıyla **kamu davası** açılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi olarak Konya 3. Çocuk Mahkemesi, Alper’in reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediğini kabul ederek hakkında sırasıyla, TCK, m. 104, f. 1; m. 31, f. 3; m. 62; m. 50, f. 1, bent a; m. 52 hükümlerine istinaden sonuç ceza olarak **2.000 TL adli para cezasına** hükmetmiştir.

Alper hakkında verilen bu mahkumiyet hükmü, Yargıtay tarafından “hukuka uygun” bulunmuştur.

İkinci örnek olay: Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin **25.6.2020** tarihli ve E. 2018/9851, K. 2020/2675 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, **26.5.1998** doğumlu Ezgi ile **13.2.1998** doğumlu Deniz arasında **16.9.2014** tarihinde cinsel birleşme gerçekleşir. Cinsel birleşmenin gerçekleştiği tarih itibarıyla Ezgi ve Deniz’in ikisi de **16 yaşını tamamlamış çocuktur**.

Bu olayla ilgili olarak Ezgi'nin şikayeti üzerine **Deniz hakkında** reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediği iddiasıyla **kamu davası** açılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi olarak İstanbul 7. Çocuk Mahkemesi, Deniz'in reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediğini kabul ederek hakkında sırasıyla, TCK, m. 104, f. 1; m. 31, f. 3 hükümlerine istinaden sonuç ceza olarak **1 yıl dört ay hapis cezasına** hükmetmiştir.

Deniz hakkında verilen bu mahkumiyet hükmü, Yargıtay tarafından "hukuka uygun" bulunmuştur.

Üçüncü örnek olay: Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin **29.6.2020** tarihli ve E. 2018/8581, K. 2020/2772 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, **21.2.1996** doğumlu Ümmügülsüm ile **23.6.1996** doğumlu Cevdet arasında **2013 yılının Haziran, Temmuz ve Ağustos aylarında** üç kez cinsel birleşme gerçekleşir. Cinsel birleşmelerin gerçekleştiği tarih itibarıyla Ümmügülsüm ve Cevdet'in ikisi de **17 yaşını tamamlamış çocuktur.**

Bu olayla ilgili olarak Ümmügülsüm'ün şikayeti üzerine **Cevdet hakkında** reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediği iddiasıyla **kamu davası** açılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi olarak Konya 3. Ağır Ceza Mahkemesi, Cevdet'in reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu müteselsilen işlediğini kabul ederek hakkında sırasıyla, TCK, m. 104, f. 1; m. 43, f. 1; m. 31, f. 3; m. 62; m. 50, f. 1, bent a; m. 52 hükümlerine istinaden sonuç ceza olarak **2.500 TL adli para cezasına** hükmetmiştir.

Deniz hakkında verilen bu mahkûiyet hükmü, Yargıtay tarafından "hukuka uygun" bulunmuştur.²

III. Bu Örnek Olaylar Bağlamındaki Hukuk Uygulamamıza İlişkin Hukuki Tespit ve Değerlendirmeler

Bu olaylardan birinde cinsel birleşmede bulunanların her ikisi de, cinsel birleşme tarihi itibarıyla 18 yaşından gün alan kişidirler. Fiili işlediği tarih itibarıyla 18 yaşını tamamlamasına bir gün kalmış olan kız, bu birleşmeden hamile kalmıştır. Bilahare hamile kaldığı anlaşılan kızın bu bebeği doğurmak istememesi üzerine, 14 hafta 5 günlük hamilelik süresine rağmen, Samsun

² Örnek olaylara ilişkin olarak ayrıca bkz. Yargıtay 14. CD, **29.6.2020**, E. 2018/4515, K. 2020/2775; Yargıtay 14. CD, **22.6.2020**, E. 2019/1461, K. 2020/2543; Yargıtay 14. CD, **8.1.2018**, E. 2017/5661, K. 2018/70.

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde hukuki dayanağı olmayan kürtaj uygulaması yapılmıştır.

Bu olaylardan bir kısmında cinsel birleşmede bulunan çocuklardan **kızın yaşı erkeğin yaşından büyük olmasına rağmen**, suçu işleyen yine de erkek kabul edilmiş, kız ise “mağdur” olarak değerlendirilmiştir.³

³ Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 4.2.2020 tarihli ve E. 2016/2414, K. 2020/785 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, henüz **on iki yaşını** tamamlamış olan Meltem, önce Selçuk’un cinsel istismarına maruz kalır. Selçuk reşit olduğu için, bu fiilleri nedeniyle hakkında İstanbul Anadolu 7. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılır. Meltem, ayrıca henüz **on beş yaşını tamamlamamış** olan kendisinden iki yaş büyük Yusuf ile de cinsel birliktelik yaşar. Bu cinsel ilişkiler, Yusuf’un on beş yaşını tamamlamasından sonra bir süre daha devam eder. Müteaddit defa gerçekleşen bu cinsel ilişkiler sebebiyle Yusuf hakkında İstanbul Anadolu Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılır.

İlk Derece Mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda, çocuğun cinsel istismarı suçunu işlediği kabul edilerek, Yusuf hakkında sırasıyla TCK, m. 103, f. 2; m. 43, f. 2; m. 31, f. 2 ... hükümlerine istinaden neticeten **4 yıl 2 ay hapis cezasına** karar verilmiştir.

Bu mahkumiyet hükmü, Yargıtay 14. Ceza Dairesi tarafından “hukuka uygun” bulunmuş ve onanmasına karar verilmiştir.

Karara konu teşkil eden olayda, on beş yaşından küçük olan Meltem ile Yusuf arasındaki cinsel ilişkiler, Yusuf’un da henüz on beş yaşından küçük olduğu evrede gerçekleşmeye başlamıştır. Bu cinsel ilişkiler, Yusuf’un on beş yaşını tamamlamasından sonra bir süre daha devam etmiştir.

Meltem ve Yusuf’un her ikisinin de on beş yaşından küçük olduğu zaman zarfında gerçekleşen cinsel ilişkilerin bu çocuklar bakımından ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmediğini belirtmek gerekir. Bu tür cinsel davranışları ceza hukuku sorumluluk alanı dışında değerlendirmek gerekir. Ancak, bu çocukların birbirleriyle olan cinsel ilişkisinin üçüncü bir şahsın yönlendirmesiyle gerçekleşmiş olması halinde, bu üçüncü şahsın ceza hukuku bakımından sorumlu tutulması gerektiği kuşkusuzdur. Fakat bu durumda suçta iştirake ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği söz konusu değildir. Keza bu durumda üçüncü kişinin TCK, m. 103 hükümleri çerçevesinde cezalandırılabilmesi de sorundur.

Karara konu teşkil eden olayda, Yusuf’un on beş yaşını tamamladıktan sonra da devam ettirdiği bu cinsel davranışlar, Meltem on beş yaşından küçük olduğu için, TCK, m. 103 düzenlemelerine göre çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturur. Ancak, bu düzenlemede on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun henüz on beş yaşını tamamlamamış olan çocuğa karşı sadece “sarkıntılık düzeyinde kalmış” cinsel davranışları dolayısıyla bu çocuk hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete tabi tutulmuştur (TCK, m. 103, f. 1, dördüncü cümle).

Ancak, İlk Derece Mahkemesi, bu mahkumiyet hükmünü kurarken, çelişkili bir şekilde, Yusuf’un ikinci grup yaş küçüğü olduğunu, yani fiili işlediği sırada henüz on beş yaşını tamamlamamış çocuk olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay tarafından da “doğru” bulunan İlk Derece Mahkemesinin bu kabulüne göre, henüz **on beş yaşını tamamlamamış olan çocuklar arasında** üçüncü bir şahsın yönlendirmesi olmaksızın **gerçekleşmiş olan cinsel birleşme** de, “çocuğun cinsel istismarı” suçunu oluşturacaktır. Bu suçun faili, erkek çocuk olacaktır; kız ise, mağdur olarak kabul edilecektir.

Bu olaylardan birinde İlk Derece Mahkemesinin kurduğu mahkumiyet hükmünde **gerekçe** olarak, cinsel birleşmede bulunan kişilerin her ikisinin de birleşme tarihi itibarıyla on altı yaşını tamamlamış çocuk olmasına rağmen, “*olayın sonucundan etkilen(en) tarafın mağdur taraf (kız çocuğu) olduğu... , mağdurenin bundan sonraki hayatını, ölünceye kadar etkileyeceğinin de göz ardı edilme(me)si gerektiği.., (bunun) sosyal bir gerçek olduğu*” hususlarına işaret edilmiştir.⁴

Bu kararların çelişkili taraflarından birisi de, kız çocuğunun erkek çocuğun istediği eve gitme yönündeki iradesinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından bir “hukuka uygunluk sebebi” oluşturduğu kabul edilerek, bu suçun oluşmadığı yönünde içtihatla bulunulmuş olmasıdır.⁵

Bütün bu olaylar bakımından dikkat çekmek istediğimiz diğer bir husus, söz konusu kararlarda birbirleriyle rızaen cinsel ilişkiye giren bu çocukların bilahare birbirleriyle evlendiğine dair herhangi bir bilgi mevcut olmamasıdır.

İlginçtir ki, bu konuda karar veren İlk Derece Mahkemelerinde görev yapan hakimlerden bir kısmı **kadıdır**.

⁴ Bu mahkumiyet hükmünde, İlk Derece Mahkemesi suçun **faili** olarak kabul edilen **erkek** çocuğunun yargılama sürecinde, “*dikiş attıralım*” ifadesini kullanması dolayısıyla, hakkında **takdiri indirim nedenlerine ilişkin TCK, m. 62 hükümlerinin uygulanmamasına karar** vermiştir ve bu karar Yargıtay 14. Ceza Dairesi tarafından “hukuka uygun” bulunmuştur (Yargıtay 14. CD, **25.6.2020**, E. 2018/9851, K. 2020/2675).

Buna karşılık, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun **19.2.2019** tarihli ve E. 2017/357, K. 2019/109 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; **on beş yaşından küçük** olan **kızı B’yi 2010 yılında başlayıp, 26.10.2014 tarihine kadar, zaman zaman cebir ve tehdit uygulamak suretiyle, cinsel istismara maruz bırakan baba A hakkında takdiri indirim nedenlerine ilişkin TCK, m. 62 hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı değil**, takdiri indirim nedenlerinin varlığı kabul edilerek, **indirimin 45 yıl** üzerinden mi yoksa **30 yıl** üzerinden mi yapılması gerektiği tartışılmıştır.

Dikkat edilmelidir ki, bu olayda velayet yetkisi kötüye kullanılmak suretiyle müteselsilen işlenen cinsel istismar fiillerinin sonuncusu, 26.10.2014 tarihinde işlenmiştir. Yani bu tarih itibarıyla mağdure henüz onbeş yaşını tamamlamamıştır. Başka bir ifadeyle, fail, kızı mağdureyi daha **on yaşında** iken cinsel birleşme derecesine varan istismar fiillerine maruz bırakmaya başlamıştır.

⁵ Bu hususa ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarının değerlendirmesi için bkz. ÖZGENÇ, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 2, Nisan 2020, sh. 260 vd.

Bu hukuk dışı uygulama,⁶ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda 14.4.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle taçlandırılmıştır.

İnfaz Kanunundaki bu düzenlemeye göre, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun (TCK, m. 104) faili çocuk ise, bu suçtan dolayı mahkum olduğu hapis cezasının **üçte ikisini** “infaz kurumunda” çektiği takdirde koşullu salıverilmeden yararlanabilecektir (İnfaz K, m. 107, f. 2).

Bu hüküm, her ikisi de on beş yaşını tamamlamış çocukların birbirleriyle olan karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeleri halinde de TCK, m. 104, f. 1’de tanımlanan Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluştuğunu ve bu durumda suçu failinin erkek olduğunu kabul eden hukuk dışı anlayışın yansımaları olarak kanun metnine girmiştir.⁷

Koşullu salıverilme ile ilgili bu düzenlemede, söz konusu yasama faaliyetine katkı veren kişilerin sahip bulunduğu ilkel zihniyet, kendisini açık etmiştir.

Türkiye Barolar Birliğinin de bu kanuni düzenlemeye katkı verdiğine dikkat çekmek isteriz.

IV. Sonuç

Bu uygulama karşısında şu mesaja atıfta bulunmak yeterli olacaktır:

“İçtihat kararları bilimsel temellere dayanmazlarsa; her zaman tartışma gündeme gelecek demektir. Zira, yanlış eskiyip kıdem kazanınca bilimselleşmez, olsa olsa müzminleşir. Bu ise, onu sürekli sarsacak ve değişime zorlayacaktır. Çünkü, bilimi dışlamak ve yanlış savunmak ayrıcalığı, adı içtihat bile olsa, hiçbir kuruma tanınmamıştır.”⁸

⁶ Bu anlayış ve uygulamanın eleştirisi için bkz. KOCA, Mahmut/BOZKURT, Özge/AKAR, İbrahim: *Çocukların Kendi aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorumu*, in: Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Editör: Mahmut Koca, Ankara, 2020, sh. 633 vd. Ayrıca bkz. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. bası, Ankara, 2018, sh. 372; TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. bası, Ankara, Eylül 2020, sh. 476.

⁷ Bu düzenlemeye yönelik eleştiri için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş, Suç Teorisi, Yaptırım Teorisi, Milletlerarası Ceza Hukuku*, 16. bası, Ankara, Eylül 2020, sh. 814, dn. 145.

⁸ SELÇUK, Sami: Yargıtay CGK.nun 19.4.1993 tarih ve 68/102 sayılı Kararına muhalefet serhi.

KASTEN ÖLDÜRME SUÇU (TCK m. 81)

Berrin AKBULUT*

ÖZ

Kasten öldürme suçu Türk Ceza Kanununun (TCK'nın) 81, 82 ve 83. maddelerinde hükme bağlanmıştır. 81. maddede öldürme suçunun temel şekli, 82. maddede suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli şekli, 83. maddede ise suçun ihmali şekilde işlenmesi düzenlenmiştir. Çalışma konusu 81. maddeyle sınırlı olup, 82. ve 83. madde hükümleri ayrı bir incelemede değerlendirilecektir.

TCK'nın 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçu serbest hareketli suçtur. Suçun oluşabilmesi için öldürme neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Suç, düzenleme itibarıyla mağdur ve fail açısından bir özellik göstermemektedir. Ancak suçun oluşması için insan hayatının ne zaman başladığının ve ne zaman sona erdiğinin belirlenmesi gerekir. Hayatın ne zaman başladığı konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Suçun, doğrudan kastla ve olası kastla işlenmesi mümkündür. Ancak failin kastının yaralamaya mı öldürmeye mi yönelik olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması söz konusu olabilmektedir. Ötenazi ise mevzuatımızda kabul edilmemiştir. Suçun teşebbüs halinde kalması ve iştirak halinde işlenmesi mümkün olup fikri içtima ve gerçek içtima da gerçekleşebilir.

Çalışmada suçla korunan hukuki değer, suçun unsurları, teşebbüs, iştirak ve içtima konuları incelenecektir. Bu kapsamda özellikle hayatın ne zaman başlayıp sona erdiği, nedensellik bağı çerçevesinde objektif isnadiyet, manevi unsura ilişkin belirlemeler ve buna ilişkin Yargıtay uygulamaları, hukuka aykırılık bağlamında silah kullanma yetkisi ve meşru savunma konuları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: yaşam hakkı, ölüm, objektif isnadiyet, kast, ötenazi.

THE CRIME OF WILFUL MURDER (TPC Art. 81)

ABSTRACT

Wilful murder is regulated in articles 81, 82, and 83 of the Turkish Penal Code (TPC). The basic form of the crime of wilful murder is regulated in article 81, the

* **Prof. Dr.**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi **e-posta:** bakbulut@selcuk.edu.tr

ORCID ID: 0000-0001-8045-2784

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.812996

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 06/09/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 28/09/2020

qualified case of the crime requiring more punishment in article 82, and committing the crime negligently in article 83. The subject of study is limited to Article 81, and the provisions of Articles 82 and 83 will be evaluated in another examination.

The crime of wilful murder regulated in Article 81 of the TPC is an offence with free act. The result of the murder needs to be happened for the crime to occur. The crime has not any characteristic in terms of victim and perpetrator as the regulation. However, for the crime to occur, it is necessary to determine when the human life begins and ends, and in the doctrine, various views are suggested about when the life begins. It is possible that the crime is committed by direct intent or eventual intent. Nevertheless, it is important to determine whether the perpetrator's intention is to injure or to kill. It is possible to apply the reasons for compliance with the law. Euthanasia is not accepted in our legislation. The criminal attempt and the accomplicity can be possible in this crime and also conceptual aggregation or actual aggregation can be applied to this crime.

In the study, legal value protected by crime, elements of crime, criminal attempt, accomplicity, and aggregation of crime will be examined. In this context, especially when the life begins and ends, objective imputation subject to the relation of causality, determinations related to the moral element, and the relevant Supreme Court of Appeals decisions, the authority to use weapons in the context of unlawfulness, and legitimate defence issues will be evaluated.

Keywords: the right to life, death, objective imputation, intent, euthanasia.

GİRİŞ

Kasten öldürme “en”lerin suçudur. En temel hakkı korumakta, en eski suç niteliği taşımakta, ceza hukukunun en temel suçlarından birini teşkil etmekte, şiddet içeren suçların en başında gelmekte ve en ağırını oluşturmaktadır. Kasten öldürme fiili önemi nedeniyle her dönemde suç olarak kabul edilmiş, uluslararası sözleşmelerde de yaşam hakkını korumak için belirlenmeler yapılmıştır.

Öldürme suçu, insan yaşamını sona erdiren bir fiildir. Bu nedenle bireysel değerleri koruyan suçların en başında gelmekte ve yaptırımı da diğer kişilere karşı işlenen suçlara göre daha ağır olarak belirlenmektedir. Tarihi süreç içinde de ceza hukukunda yaşanan gelişmelere paralel olarak cezalarında farklı belirlenmelerin yapıldığı görülmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da öldürme suçu İkinci Kısımda Hayata Karşı Suçlar

başlığını taşıyan Birinci Bölümde düzenlenmiş ve suçun cezası da müebbet hapis olarak öngörülmüştür. Bu bölüm toplam beş maddeden oluşmaktadır. İlk üç maddesi (m. 81, 82, 83) kasten öldürmeyi, 4. maddesi intihara yönlendirmeyi (m. 84), son maddesi (m. 85) ise taksirle öldürmeyi hükme bağlamaktadır. TCK'nın 81. maddesinde kasten öldürme suçunun temel şekli, 82. maddesinde kasten öldürme suçunun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli şekli, 83. maddesinde ise kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi hükme bağlanmıştır. Düzenlemelerde kasten öldürmenin daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli şekline ise yer verilmemiştir. Kasten öldürmenin dolaylı faillik şeklinde işlenmesi de mümkün olup kanun koyucu dolaylı faillik şekillerinden ikisine kasten öldürmeye ilişkin maddelerde değil intihara yönlendirmenin düzenlendiği TCK'nın 84. maddenin 4. fıkrasında yer vermiştir. İnceleme konumuz 81. madde olup aşağıda bu maddeye ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

I. Genel Olarak

Öldürme suçu, ilk insandan itibaren görülen bir suç şekli olması nedeniyle hukukumuzda da her zaman suç olarak nitelendirilmiş ve cezalandırılmıştır. Çin kaynaklarından edinilen bilgilere göre Göktürk Devletinde, cana kast, insan öldürme suçunun cezası ölüm olarak uygulanmıştır. Osmanlı Hukukunda da bir kişiyi öldürme, suç olarak kabul edilmekteydi¹. Osmanlı hukuku, iki sisteme dayanmaktaydı. Biri İslam hukuku, diğeri örfi sultani hukuktur². İslam hukukunda öldürme suçu kısas ve diyet gerektiren (kulun haklarına karşı işlenen) suçlardan sayılmaktaydı³. Kasten öldürme niteliğindeki fiil, *cinayetünnefis*, yani katil olarak nitelendirilmekteydi⁴. Padişahların sırf kendi iradesiyle kanun yapma yetkisi için kullanılan örfi sultani hukuk adı verilen bu hukuk düzeni, eski Türk devlet geleneğinin bir çeşit yansıması olarak ortaya çıkmıştır⁵. Aynı zamanda İslam hukukunun tamamlanması amacıyla

¹ İslam hukukunda katlin beş çeşidi bulunmaktadır: Amden katil, şibih amd, hataen katil, hata mecrasına cârî katil, tessebbüben katil. Bkz.: Dönmezer/Erman, C. I, 2016, s. 154; Gökçen, s. 6.

² Gökçen, s. 3.

³ Kısas, öldürme ve yaralama suçlarından dolayı mağdura meydana gelen zarar miktarında ve aynı şekilde faile zarar verilmesini ifade etmektedir. Diyet ise, öldürme ve yaralama suçlarından dolayı mağdura veya varislerine mal olarak verilen tazminatı karşılamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Akbulut, 2019, s. 62.

⁴ Dönmezer, s. 11.

⁵ Üçok, s. 68.

da başvurulmuş bir yoldur. Bu nedenle Osmanlı İmparatorluğu dönemi boyunca örfî hukuk şer'î hukuk yanında uygulanmıştır⁶. Ayrıca Osmanlı İmparatorluğunda çeşitli nedenlerle yaşanan olumsuzlukların giderilmesi için reform hareketleri başlamış, bu çerçevede kanunlar da yapılmıştır. Bu gelişmeler açısından öldürme suçuna bakıldığında Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesinde (m. 13), II. Bayezid Umumi Kanunnamesinde (m. 14), Bozok Kanununda (m. 21), Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesinde (m. 16) ve Dördüncü Mehmet Kanunnamesinde öldürmeye ilişkin hükümlere yer verildiği tespit edilmektedir. Kanunnamelerde öldürmenin cezası kısas olarak ifade edilmiş, kısas talebinden vazgeçilmişse tazir türünden para cezası öngörülmüştür⁷. 1256 (1840) tarihli Ceza Kanunnamei Hümayununda, 1267 (1851) tarihli Kanunu Ceditte ve 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunnamei Hümayununda da öldürme suçuna yer verilmiştir⁸. 1256 tarihli Kanunun birinci faslında öldürme suçu düzenlenmekte ve kısasın uygulanması konusunda failin vezir olmasıyla halktan biri olması arasında herhangi bir farkın bulunmadığı belirtilmekteydi. Suçun İstanbul'da işlenmesi halinde davanın Şeyhülislam huzurunda görüleceği, taşrada işlenmesi halinde meşveret meclisinde görüleceği, Meşihat Makamının tasdikinden ve padişahın onayı alındıktan sonra cezanın infaz edileceği düzenlenmekteydi. 1267 (1851) tarihli Kanunu Ceditte ise öldürme suçu Evvelki Fasılın 14. ve 15. maddelerinde düzenlenmekteydi. 14. maddesinde öldürme suçunu işleyen, azmettiren ve yardım edenin nasıl cezalandırılacağı (azmettiren ve yardım eden için hapis cezası öngörülmekteydi), 15. maddede ise kadınların öldürme suçunu işlemeleri halinde nasıl cezalandırılacağı, faile bir kadının yardımcı olması halinde ıslahı nefis edinceye kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmaktaydı⁹. 1274 tarihli Kanunda ise ikinci babın birinci faslında 168-175. maddeler arasında öldürme suçu düzenlenmekteydi. 168. maddede öldürme suçu, “Katl, gerek silah ile ve gerek tesmim ile ve gerek suver-i uhra ile bir şahsı idam etmektir” (öldürme, gerek silahla, gerek zehirlemek suretiyle ve gerekse diğer şekillerde bir kimsenin öldürülmesi) şeklinde tanımlanmıştır. 169. maddede tasarlayarak öldürmenin tanımı, 170. maddede tasarlayarak öldürmenin cezası (idam), 171. maddede maktulün mirasçılarının hukuk mahkemesinde açacakları şahsi hukuk davası, 172. maddede ölüm

⁶ Gökçen, s. 9, 10.

⁷ Avcı, s. 299.

⁸ Dönmezer, s. 11.

⁹ Gökçen, s. 20, 24.

cezası affolunan kişinin müebbeten veya 15 seneden az olmamak üzere kürek cezasına mahkum olacağı, 173. maddede dolaylı faillik suretiyle öldürme suçunun işlenmesi (siyaseten katil cezasıyla cezalandırılıyor), 174. maddede cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli haller ve 175. maddede ise yardım etme (muvakkaten kürek cezası) düzenleniyordu¹⁰.

Kasten öldürme suçu 765 sayılı Kanunda ise 2. Kitap 9. Babta Şahıslara Karşı Cürümlerin birinci faslında düzenlenmişti (448, 449, 450, 451, 453. maddelerde). Bu Kanunun 448. maddesinde suçun temel şekli düzenlenmekte ve cezası da 24 seneden 30 seneye kadar hapis cezası olarak öngörülmekteydi. 448 ve 449. maddelerde ise suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri yer alıyordu. 451. madde suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli halini, 453. madde ise yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi fiilini düzenleniyordu. Ayrıca geçen fasıllara ait müşterek hükümler başlığını taşıyan üçüncü faslın 462. ve 463. maddeleri öldürme fiiliyle de ilgiliydi¹¹. 765 sayılı Kanunun 448. maddesi hükmü inceleme konumuz olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 81. maddesi düzenlemesiyle karşılaştırıldığında, 765 sayılı Kanunun süreli hapis cezası öngördüğü (24-30 yıl) 5237 sayılı Kanunun ise müebbet hapis cezası öngördüğü görülmektedir. 765 sayılı Kanun mağduru bir kimse olarak ifade ederken 5237 sayılı Kanun bir insan olarak belirtmektedir. Ayrıca 81. madde düzenlemesiyle ilgili olduğu için diğer bir fark da dolaylı faillikle ve öldürmenin ihmali şekilde işlenmesine ilişkin özel bir düzenlemeye 765 sayılı Kanunda yer verilmezken, 5237 sayılı Kanunda açıkça hükme bağlanmasıdır (m. 83, m. 84/4).

II. Korunan Hukuki Değer

Kasten öldürme suçuyla korunan hukuki değer yaşam hakkıdır¹². Yaşam hakkı, en temel haktır. Hakların en önemlisi ve diğer hakların varlık sebebi, özü olarak ifade edilmektedir. Kişinin dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez haklarından biri olup anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde koruma altına alınmıştır¹³.

¹⁰ Gökçen, s. 147, 148.

¹¹ 462. madde 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce 15.07.2003 tarihindeki 4928 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. 463. madde ise doğru olarak 5237 sayılı Kanuna alınmıştır.

¹² Kasten öldürmenin benzer suçlarla kıyaslanmasına ilişkin olarak bkz.: Gökçen/Balcı, (2013), s. 17 vd.; Artuk/Gökçen, Özel Hükümler, s. 47, 48. Ayrıca mukayeseli hukuk için bkz.: Gökçen/Balcı, (2013), s. 7 vd.

¹³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 67.

Yaşama hakkının varlık nedenini, insanın doğal olmayan ölüme karşı korunması oluşturmaktadır¹⁴. Yaşama hakkının korunması, diğer temel hakların kullanılabilmesi için de zorunludur¹⁵. Kanun koyucu bireysel hakları bireyseltü haklardan daha önemli görmüş ve önceliği kişilere karşı suçlara vermiştir. Kişilere karşı suçları düzenlerken de yaşam hakkını bireysel değerlerin en önemlisi olarak kabul etmiş ve TCK'da kişilere karşı suçların ilk suçu olarak hükme bağlamıştır. Yaşam hakkı, savaş, seferberlik veya olağanüstü dönemlerde bile savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında dokunulamayacak bir hak olarak görülmektedir (AY m. 15; AİHS m. 15).

Devletin kişinin yaşama hakkını koruma yükümlülüğü kapsamında negatif yükümlülüğü, pozitif yükümlülüğü ve soruşturma yükümlülüğü (usuli nitelikte pozitif yükümlülük olarak nitelendirilmekte) bulunmaktadır. Negatif yükümlülüğünü öldürmeme yükümlülüğü, pozitif yükümlülüğünü kişilerin hayatını koruma yükümlülüğü, soruşturma yükümlülüğünü ise doğal olmayan, şüpheli ölüm hallerinde etkinsoruşturmayapmayükümlülüğü oluşturmaktadır¹⁶. Devlet bu yükümlülüklerini yerine getirmek için düzenlemeler yapmakta ve yaşam hakkını korumaya çalışmaktadır. Bu düzenlemelerden bir tanesi de TCK'nın 81-83. maddelerindeki düzenlemelerdir. Aynı zamanda düzenlemeler getirilirken yaşama müdahalenin hangi hallerde hukuka uygun sayılacağı da gösterilmektedir (Anayasa m. 17; Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi m. 2).

III. Suçun Unsurları

A. Maddi Unsurlar

1. Fail ve Mağdur

a) Fail

Suçun faili herkes olabilir. TCK'nın 81. maddesinde, öldüren kişi ifadesiyle herhangi bir kişinin suçu işleyebileceği kabul edilmiştir. Kadın, erkek, çocuk herhangi bir kişi suçun faili olabilir. Ancak fail ile mağdur arasındaki belli derecede akrabalık ilişkisi (TCK m. 82/1-d) suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

Kişinin kendisini öldürmesi mevzuatımızda suç olarak kabul edilmemiştir. Yaşamına son verme veya intihar etme bir hak olarak henüz

¹⁴ Doğru, s. 7.

¹⁵ Gökçen/Balcı, (2013), s. 5.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Doğru, s. 41 vd.

kabul edilmemekle birlikte kişinin kendisini öldürmesi de cezalandırılan bir fiil kapsamında değildir¹⁷.

b)Mağdur

Öldürülen kişi mağdurdur. Fiilin işlendiği esnada kişinin yaşıyor olması şartıyla herhangi bir kişi suçun mağduru olabilecektir. Ölen kişinin kim olduğu önemli değildir. Irkı, hastalığı, milliyeti, inancı vb. önemli olmaksızın herkesin yaşam hakkı korunmaktadır. Ölecek kişinin kasten öldürülmesi de öldürme suçunu oluşturur. Ancak ölen kişinin Cumhurbaşkanı olması m. 310'da ayrı bir suç olarak düzenlendiğinden TCK'nın öldürmeye ilişkin suçları öldürülen kişinin Cumhurbaşkanı olması halinde uygulanmayacaktır. Kanun koyucu temsil ettiği makam itibariyle, suçun Cumhurbaşkanı'nı kişi olarak hedef alan bir fiil olmadığını, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişini hedef aldığını kabul ederek bu bölümde düzenlemiştir. Kanun koyucu 310. maddede Cumhurbaşkanı yanında toplumu oluşturan herkesin de mağdur olduğunu kabul etmiştir. Cumhurbaşkanı dışındaki kişilere karşı gerçekleştirilen öldürme fiilleri ise kasten öldürme suçu kapsamında sorumluluk doğuracaktır.

Kural olarak öldürülen kişinin kim olduğu önemli değilse de kanun koyucu suçun bazı kişilere karşı gerçekleştirilmesini nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Mağdurun üstsoy veya altsoydan biri olması veya eş ya da kardeşe karşı işlenmesi, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı gerçekleştirilmesi, gebe olduğu bilinen kadına yönelik icra edilmesi, suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Yine kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürülmesi suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halini meydana getirmektedir.

Öldürülen kişinin yakınları suçtan zarar görendir.

Mağdur ancak bir kişi olabileceğinden, anne karnındaki cenini öldürmeye yönelik fiiller öldürme suçu kapsamında olmayıp çocuk düşürtme ve düşürme fiilleri (TCK m. 99, 100) kapsamında sorumluluk doğuracaktır.

2. Suçun Konusu

Öldürülen kişinin hayatı suçun konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla suçun işlenebilmesi için yaşayan bir insanın bulunması gerekir. Kişinin hayatının suçun konusunu oluşturabilmesi için insan hayatının başlamış

¹⁷ Hak olmadığına ilişkin olarak bkz.: Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 68.

ve sona ermemiş olması gerekir. İnsan hayatının henüz başlamadığı anne karnındaki cenine veya insan hayatının sona erdiği ölmüş kişiye karşı bu suç işlenemez¹⁸.

İnsan hayatının ne zaman başladığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, doğumun başlamış olması yeterli olup, bu andan itibaren çocuk suçun konusunu oluşturacaktır. Normal doğumda sancıların başlaması, sezeryan doğumda ana rahminin açılmasıyla birlikte doğum başlamıştır¹⁹. Diğer görüşe göre, kasten öldürme suçunun gerçekleştirilmesi için ceninin anne karnından kısmen de olsa ayrılmış olması yeterlidir. Dolayısıyla bu andan itibaren çocuk suçun konusunu oluşturacaktır²⁰. Diğer görüşe göre ise, tam ve sağ doğumun gerçekleşmesi halinde çocuk öldürme suçuna konu olabilecektir²¹. Yargıtay da tam doğumun gerçekleşmesini aramaktadır. AİHM, yaşama hakkının ne zaman başladığını tespit yetkisinin Sözleşmeciler devletlerin takdir alanına girdiğini kabul etmekte, ancak doğacak çocuğa Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında 'yaşama hakkı' tanımamaktadır. Mahkemeye göre ulusal hukukta doğmamış bebeğin yaşama hakkına sahip olduğu kabul edilse dahi, bu hak annenin yaşamından ve sağlığından üstün tutulamaz²².

Çocuğun canlı doğması yeterli olup, şekil bozukluğuna sahip olup olmaması önemli değildir. Sağ doğan çocuk da öldürme suçunun konusunu oluşturabilir. Yaşama şansının olup olmaması önemli değildir²³. Ancak çocuğa müdahale etmeyen doktor için ihmali şekilde öldürmeden sorumluluk tayin edilmesi söz konusu olabilir de burada yükümlülüğe aykırılık ilişkisinin bulunmaması (objektif isnadiyetin bulunmaması) nedeniyle ihmali şekilde öldürmeden doktoru sorumlu tutmanın söz konusu olmadığı belirtilmelidir. Hekim, tıbbi müdahalede bulunsa bile neticenin yine de gerçekleşeceği hallerde isnadiyet söz konusu değildir. Diğer görüşe göre yaşama şansına sahip olmayan çocuk kısa süre yaşasa da öldürme suçunun konusunu oluşturmaz²⁴.

¹⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 69.

¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 134; Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 107, 108.

²⁰ Dönmezer, s. 12; Gökçen/Balcı, MÜHF-HAD, s. 124.

²¹ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 28; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 70; Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 21; Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 34; Bayraktar, s. 62.

²² Doğru, s. 8.

²³ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 28; Tezcan/Erdem/Önok, s. 135; Gökçen/Balcı, MÜHF-HAD, s. 124; Erman/Özek, no. 9.

²⁴ Bu görüş için bkz.: Gökçen/Balcı, MÜHF-HAD, s. 124.

Ancak ceninin canlı doğduktan sonra düşürtme fiiline bağlı olarak ölmesi halinde çocuk düşürtme suçu söz konusu olacaktır²⁵.

İnsan hayatı kişinin ölümü ile sona erer. Bu andan itibaren artık yaşam hakkının varlığı söz konusu değildir. Ölüm, *Mezarlık Yerlerinin İnşası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin* 4. maddesinde tıbben kalp ve beyin ölümünün gerçekleşmesi olarak ifade edilmiştir. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde beyin ölümü tanımlanmamışsa da (m. 4) beyin ölümü gerçekleşen kişiden organ veya doku alınacağı ifade edilerek beyin ölümü gerçekleşen kişinin öldüğü kabul edilmektedir (m. 14, 19). Ancak Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin Ek 1 düzenlemesinde beyin ölümü tanımlanmış ve beyin ölümünün klinik bir tanı olduğu ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı anlamına geldiği ifade edilmiştir²⁶. Kalp ölümü veya klasik ölüm ise,

²⁵ Hakeri, Tıp Hukuku, (2015), s. 861, 862.

²⁶ Beyin ölümü tanısında gereken ön koşullar şu şekilde belirtilmiştir: a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması, b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması, c) Santral vücut ısısı ≥ 32 oC olması, ç) Hipotansif şok tablosu olmaması, d) Komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri ve intoksikasyonların dışlanmış olması, e) Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması. (2) Birinci fıkrada yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır. a) Derin komanın olması (Tam yanıtsızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınmaması), b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması; 1) Pupiller parlak ışığa yanıtsız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm), 2) Okülofokalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu, 3) Kornea refleks yokluğu, 4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu. c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması. (3) Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO₂'nin 35-45 mmHg ve PaO₂'nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakeal oksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO₂ ≥ 60 mmHg ve/veya PaCO₂ bazal değerine göre 20 mmHg veya daha fazla yükselmesine rağmen spontan solunumu yoksa apne testi pozitifdir. (4) Pnomotoraks, pnomomediastinum gibi apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı tıbbi durumlarda, hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılır ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır. (5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz. a) Derin tendon reflekslerinin alınması, b) Yüzeysel reflekslerin alınması, c) Babinski işaretinin bulunması, ç) Spinal refleks ve otomatizmaların olması, d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması, e) Diabetes insipidus olmaması. (6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda; a) Beyin ölümü tanısının konulduğu birinci nörolojik muayenedeki klinik tablonun; yeni doğanda (2 aydan küçük) 48 saat, 2 ay-1 yaş arası 24 saat, 1 yaş ve üzerindeki çocuklarda ve yetişkinlerde 12 saat ve anoksik beyin ölümlerinde 24 saat sonra yapılan ikinci nörolojik muayenede de değişmeden devam ettiği gözlenmelidir. b) Klinik beyin ölümü tanısı almış vakalarda, yeni doğan (2 aydan küçük) grubunda iki adet destekleyici test, 2 ay ve üzerindeki diğer vakalarda ise hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemi ile beyin ölümü tanısı teyit edilir. c) Klinik olarak beyin ölümü tanısı konulan vakalar için beyin dola-

solunum ve kalbin durması karşılığında kullanılmaktadır. Ancak bu ölümün de geri döndürülemez şekilde gerçekleşmesi gerekir²⁷. Her iki ölüm şeklinin gerçekleşmesi durumunda artık öldürme suçunun varlığı söz konusu olmaz. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, beyin ölümü kavramını kullanmamakla beraber, tıbbi ölüm kavramına yer vermektedir (beyin ölümü kapsamında kullanıldığı anlaşılmaktadır)²⁸. Söz konusu Kanun, 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 verileceğini hükme bağlamaktadır. Bitkisel hayat ölüm olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla bitkisel hayatta olan bir kişinin öldürülmesi kasten öldürme kapsamına girecektir. AİHM, geçirdiği kaza nedeniyle bitkisel hayata giren ve uzun süredir bilinçsiz durumda olan, midesinden beslenip su ihtiyacı karşılanan, tedaviye cevap vermeyen kişinin durumunu ölüm olarak kabul etmemiş, tıbbi desteğe son vermenin öldürmek olmayıp ölümün doğal sürecinin başlamasına imkan vermek ve ıstıraptan kurtarmak olduğu görüşünü (ülke görüşünü) benimsemiş ve 2. madde anlamında yaşam hakkının ihlali olarak nitelendirmemiştir²⁹.

Konu açısından kişinin hayatta bulunması gerektiğinden ölmüş birine öldürmek için ateş edilmesinde konu bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından konunun bulunmadığı durumlarda konunun yokluğu bulunduğu, bu durumda da işlenemez suçun söz konusu olduğu ifade edilmektedir³⁰.

3. Fiil

Öldürme suçuna ilişkin düzenlemede harekete ilişkin bir belirleme yapılmamış, sadece netice belirtilmiştir. Dolayısıyla kasten öldürme suçu serbest hareketli bir suçtur. Ölümü meydana getirmeye elverişli herhangi bir hareketle suç işlenebilir. Herhangi bir araç kullanılabilir. Örneğin, yumruk, tekme, bıçak, silah, zehir, taş, sopa, demir çubuk, otomobil, eller gibi araçlarla

şımını değerlendiren bir destekleyici test yapılmış ve yapılan bu test beyin ölümü ile uyumlu ise ikinci nörolojik muayene için beklemeye gerek kalmaz.

²⁷ Doktrinde klasik ölüm tanısının yeterli bir kıstas olmadığı, solunumun ve dolaşımın bazı teknik aletler ve metodlarla bu fonksiyonlarını bazen sürdürdükleri, bu nedenle tıpta yeni bir ölüm kıstas arayışına gidildiği ve beyin ölümü kıstasının ortaya çıktığı belirtilmiştir: Artuk/Gökçen, *Özel Hükümler*, s. 49, 50; Bayraktar, s. 183, 184.

²⁸ Aynı yönde Özbek/Doğan/Bacaksız, *Özel Hükümler*, s. 110.

²⁹ Doğru, s. 11

³⁰ Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, s. 112; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, s. 510.

suç işlenebilir³¹. Maddi olmayan, manevi araçlarla da suçun işlenebileceği kabul edilmektedir³². Ancak pratikte bunu tespit etmenin çok zor olduğu da belirtilmektedir³³. Öldürme olayının internet aracılığıyla da gerçekleştirildiğini görmekteyiz (mavi balina örneğinde olduğu gibi -dolaylı faillikle ilgili olarak). Virüs bulaştırmak suretiyle de işlenebilir. Ancak kanun koyucu suçun bazı hareketlerle gerçekleştirilmesini nitelikli hal olarak kabul etmiştir. TCK m. 82’de suçun tasarlayarak, eziyet çektirerek, yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle işlenmesi cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Öldürme suçunun söz konusu olması için hareketin öldürme fiilini gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Hareketin elverişliliğinin tespitinde kullanılan araç da belirleyici olabilmekle birlikte yalnızca ona bakılması yeterli değildir. Elverişlilik fiilin gerçekleştirildiği şartlara göre yapılacaktır. Hâkim, fiilin gerçekleştirildiği andaki objektif bir gözlemcinin bilgi ve öngörüsünü esas alarak normal hayat tecrübelerine göre hareketin tipikliği gerçekleştirebileceğini mümkün görüyorsa hareket öldürme suçu açısından elverişli kabul edilecek, aksi takdirde elverişsiz hareket söz konusu olacaktır. Örneğin tabanca, bıçak, zehir gibi araçlar öldürme suçu için elverişli hareket niteliğindeyken³⁴ büyü veya beddua³⁵ veya ada çayı gibi araçlar öldürme suçu için elverişsiz hareket kapsamındadır. Öldürmek kastıyla silahın etki mesafesi dışından ateş edilmesi halinde elverişli hareket söz konusu değildir³⁶. Elverişliliğin tespitinde ayrıca failin özel bilgisi varsa bu da dikkate alınacaktır³⁷. Örneğin şeker hastası olduğunu bildiği birine şeker verilmesi veya hemofili hastası olduğunu bildiği kişinin yaralanması olaylarında elverişli hareket söz konusudur³⁸.

³¹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 73.

³² Hafızoğulları/Ketizmen, s. 144

³³ Dönmezer, s. 14; Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 8.

³⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 73.

³⁵ Artuk/Gökçen, Özel Hükümler, s. 48.

³⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 509.

³⁷ Genel olarak bkz.: Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 110; Sözüer, s. 187; Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 61, 62; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukuku, s. 466, 467; Artuk/Gökçen, Genel Hükümler, s. 619; Demirbaş, s. 465-467; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 509; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 427.

³⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 509; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 427; Sözüer, s. 187; Artuk/Gökçen, Genel Hükümler, s. 619.

Fail, öldürme fiilini kendisi gerçekleştirebileceği gibi bir başkasına da cebir veya tehdit etkisiyle suçu gerçekleştirebilir. Mağdurun kendisine de bunu yaptırabilir. Bu halde dolaylı faillik söz konusudur. Kanun koyucu dolaylı faillik yoluyla bir kişinin öldürülmesi açısından bazı hareketleri TCK m. 84/4 düzenlemiştir. Belirtilenlerin dışında da dolaylı faillik söz konusu olabilir ve dolaylı fail öldürme suçundan sorumlu tutulabilir. Örneğin, bir doktorun hemşireye ağrı kesici iğne yapması için gerçekte içinde öldürücü zehir bulunan şırıngayı vermesi ve hemşirenin ilacı enjekte etmesi sonucu hastanın ölmesi durumunda doktor hastanın ölümünden dolayı dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır³⁹. Suçun işlenmesinde bir hayvandan da yararlanılabilir. Bu halde ise doğrudan faillik söz konusu olur. Belirli şekilde hareket etme yükümlülüğü bulunan kişinin hareket etmek istemesine rağmen bunu gerçekleştirmesinin bir başkası tarafından engellenerek neticenin gerçekleştiği hallerde engel olan kişinin fail olarak sorumluluğu kabul edilmekle beraber doğrudan fail mi yoksa dolaylı fail mi olduğu doktrinde tartışmalıdır⁴⁰.

Fiil icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Ancak öldürmenin ihmali şekilde işlenmesi 83. maddede düzenlendiğinden ihmali hareket bu çalışma kapsamında incelenmeyecektir.

4. Netice

Kasten öldürme suçu neticeli bir suçtur. Suçun oluşması için ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Kanun koyucu bunu öldürme kavramıyla ifade etmiştir. Ölümün gerçekleşmediği, ancak icra hareketlerinin yapıldığı olayda fiil teşebbüs halinde kalmıştır.

Daha önce de ifade edildiği gibi ölüm kalp ölümü şeklinde olabileceği gibi beyin ölümü şeklinde de gerçekleşebilir. Her iki halde de kasten öldürme suçunun netice unsuru gerçekleşmiş sayılacaktır.

Kasten öldürme suçundaki ölüm neticesi, zarar şeklinde netice niteliğindedir.

5. Nedensellik Bağı

a) Genel Olarak

Kasten öldürme suçu neticeli bir suç olduğundan hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulması gerekmektedir. Ancak bu tür suçlarda

³⁹ Öztürk/Erdem, s. 417.

⁴⁰ Bkz.: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı, s. 284, 285; Özgenç, Suça İştirakin, s. 254.

failin sorumluluğu için yalnızca nedensellik bağının kurulması yetmemekte, ayrıca neticenin failin fiilinin eseri olduğunun tespiti yani objektif isnadiyetin varlığı da gerekmektedir. Tabii bilimler anlamında nedensellik ilişkisi kurulduktan sonra normatif olarak objektif isnadiyet kriterlerine göre ikinci bir değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre objektif olarak isnad edilen her netice hareketin sonucudur, fakat hareketin neden olduğu her netice objektif olarak isnad edilebilir değildir⁴¹. Ceza Hukuku doktrinindeki eski görüşler, nedensellik bağının tespitiyle suçun maddi unsurlarının gerçekleştiğini kabul etmekteydi. Ancak cezalandırmanın adil olmayacağını anlaşıldığı hallerde, kasten işlenen icrai suçlarda kastın bulunmadığı ileri sürülerek ceza verilmemekteydi. Örneğin A, öldürmek amacıyla B'ye ateş eder ve hafif yaralanan B, hastanede çıkan yangın nedeniyle ölür. Burada öldürmeye teşebbüs olduğu herkes tarafından kabul edilmekle birlikte kastın nedensel süreci de kapsamı gerektiği, olayda ise bu olmadığı için gerçekleşen sonuçtan failin sorumlu tutulamayacağı belirtilmekteydi⁴². Sorun sübjektif unsurla aşılmaya çalışılıyordu. Ancak zamanla sorunun kast sorunu olmadığı, objektif isnadiyet sorunu olduğu⁴³ ifade edilmiş ve ölümün failin eseri olarak isnat edilemeyeceği ileri sürülmüştür⁴⁴. Bugün modern Ceza Hukuku doktrininde sorunun kast veya taksirle çözümlenmesinden önce bir neticenin meydana gelmesinde etken olan nedenler nedensellik bağı ile tespit edilerek daha sonra hukuksal değerlendirme yapılarak netice kimin eseri ise ona yüklenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Failin fiilinin eseri olmayan neticeler ona yüklenmemelidir. Fiilin

⁴¹ Mitsch, s. 54.

⁴² Verilen diğer bir örnekte bir kimsenin başka bir kimseyi yaklaşan fırtınada yıldırım çarpması ümidiyle ormana göndermesi ve mağdurun gerçekten de yıldırım çarpması sonucu ölmesidir. Burada eski görüş cezanın adil olması için kastın yokluğunu ileri sürüyordu ve kasten öldürmeden ceza verilmemesi gerektiğini belirtiyordu. Çünkü bir ümidin, dileğin gerçekleşmesi söz konusudur. Ancak burada failin öldürmeye yönelik kastı söz konusu olup, cezalandırmanın nedeni olayın gerçekleşmesindeki tesadüftür. Saf tesadüfle ölüme neden olma Ceza Hukuku anlamında öldürme olarak kabul edilemez ve failin kastı öldürmeye yönelik olsa da tamamen tesadüfi sonuçlara bağlı olduğundan kastı da öldürme kastı olmayıp tamamen cezasız şeye yöneliktir: Roxin, § 11, kn. 44.

⁴³ Objektif isnadiyetin ilk temelleri Hegel tarafından atılmış, daha sonraları Honig tarafından geliştirilmiştir (Ünver, s. 223). Yazara göre şart teorisine göre nedenselliğin tespiti yapılmalı, ancak sorumluluk için sadece nedenselliğin tespiti yeterli olmamakta ayrıca hareketin failine objektif olarak isnat edilebilmesi de gerekir. Şartlar eşit olmakla birlikte hukuksal değerlendirme ile şartlar arasında tercih yapılması da gerekmektedir. Yani hangi şart veya şartların sorumluluğa yol açacağı objektif isnadiyetle belirlenmektedir (Honig, s. 171, 172, 180 vd.) Honig tarafından geliştirilen bu teori daha sonraları da tartışılmış ve 60'lı yıllardan itibaren ağırlık kazanmıştır. Ancak henüz tamamlanmadığı (Jescheck, s. 257), sonuçlarının birçok yönden kesin olmadığı da (Roxin, § 11, kn. 46) ifade edilmektedir.

⁴⁴ Bkz; Roxin, § 11, kn. 44, 45.

objektif isnadiyetinden sonra, failin sorumluluğu için ayrıca değerlendirilmesi gereken unsurların varlığı tespit edilerek cezalandırma gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla sübjektif isnadiyeti oluşturan kast ve taksir objektif isnadiyetin yapılmasından sonra değerlendirilecek unsurlar olarak anlaşılmaktadır⁴⁵.

Neticeli suçlarda ve dolayısıyla da öldürme suçunda neticenin meydana gelmesinde birçok hareketin rol oynaması nedensellik bağı konusunda farklı teorilerin ortaya çıkmasını sonuçlamıştır⁴⁶. Bu konuda şart teorisi, uygun sebep teorisi, etkin sebep teorisi, önem teorisi, insani sebep teorisi gibi birçok teori doktrinde ifade edilmiştir. Hukukumuzda 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden ve objektif sorumluluğun kabul edilmemesinden sonra genel olarak şart teorisinin benimsendiği söylenebilir⁴⁷. Yargıtay da artık kararlarında şart teorisini uygulamaktadır⁴⁸. Öldürme suçunda da şart teorisine göre nedensellik bağı kurulduktan sonra objektif isnadiyetin yapılması

⁴⁵ Isnadiyet hem objektif isnadiyeti hem de sübjektif isnadiyeti içine alan bir kavramdır. Sübjektif isnadiyet faille fiil arasındaki manevi bağ için kullanılırken, objektif isnadiyet fiil ile netice arasındaki bağı tamamlayan tamamen objektif olarak yapılan değerlendirmeyi ifade etmektedir. Nedensellik ve isnadiyet için bkz.: Kelsen, s. 221 vd.

⁴⁶ Nedensellik bağıyla ilgili olarak ortaya çıkan bu görüşlerin uzun bir geçmişi bulunmamaktadır. Roma, Kilise, eski İtalyan ve Cermen hukuklarında nedensellik bağı sorununa rastlanmamaktadır. Buna karşın müşterek hukukta gözleme dayalı değerlendirmelerde bulunmuşsa da temeli Avusturyalı hukukçu Julius Glaser tarafından atılan daha sonra Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi üyesi von Buri tarafından geliştirilen şart teorisi ceza hukukunda ifade edilmeye başlamıştır: Roxin, § 11, kn 8; Önder, , C. II-III, s. 92, 93. Daha sonra von Bar ve Binding adlı yazarlar tarafından genişletilen teori Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve günümüzde de Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından uygulanmaktadır: Ünver, s. 238.

⁴⁷ Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukuku, 287; Öztürk/Erdem, s. 230; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 189, 190; Hakeri, Nedensellik Bağı, s. 109; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 422, 424; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 131; Zafer, s. 262; Artuk/Gökçen, Özel Hükümler, s. 51; Demirbaş, s. 261. Soyaslan ise etkin sebep teorisini kabul etmektedir: Soyaslan, Ceza Hukuku, s. 363. İnsani (beşeri) sebep teorisi: Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 209; Toroslu, s. 143 vd. 765 sayılı Kanun döneminde ise görüşler farklı teorilerde dağılmış durumdaydı. Karma uygunluk teorisi: Dönmezer/Erman, C. I, (1997), s. 515 vd.; İçel, s. 169; Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 74. Uygun sebep teorisi: Yüce, s. 229. Şart teorisi: Ünver, s. 253 vd.; Kunter, s. 179 vd.; Önder, C. II-III, s. 101 (sübjektif sorumlulukta). İnsani (beşeri) sebep teorisi: Erem/Danışman/Artuk, s. 281 vd.

⁴⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına göre, “Günümüz modern ceza hukuku anlayışında nedensellik bağının belirlenmiş olması tek başına failin cezalandırılması için yeterli olmayıp ayrıca gerçekleşen neticenin failin eseri olup olmadığının diğer bir ifadeyle ortaya çıkan neticenin belirli bir kişiye objektif olarak isnadının mümkün olup olmadığının tespit edilmesi de gerekmektedir. Olayda öncelikle şart teorisine göre nedensellik bağı ortaya konulmalı, sonrasında gerçekleşen neticenin faille isnat edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır”, CGK, 16.05.2017, E. 2017/12-271, K. 2017/278. Ayrıca bkz.: CGK, 14.03.2019, E. 2017/269, K. 2019/210; CGK, 02.06.2009, E. 2008/1-186, K. 2009/147.

gerekir. Yargıtay da, nedensellik bağının belirlenmiş olmasının tek başına failin cezalandırılması için yeterli olmadığını, ayrıca objektif isnadiyetin de yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay'a göre olayda öncelikle şart teorisine göre nedensellik bağı ortaya konulmalı, sonrasında gerçekleşen neticenin faile isnat edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır⁴⁹.

Şart teorisi çerçevesinde iki formül ileri sürülmektedir. Bunlar şartların eşitliği formülü ve kanuna uygun şart formülüdür. Şart teorisi kapsamında şartların eşitliği teorisinin hukukumuzda çoğunlukla kabul edildiği ifade edilmelidir. Her iki teori de nedensellik bağının kesilmesini kabul etmemektedir. Şart teorisine göre nedensellik bağı ya vardır ya yoktur, nedensellik bağının kesilmesinden söz edilemez⁵⁰. Ancak yeni bir nedensellik serisinin ortaya çıktığından söz edilebilir. Bu yeni nedensellik serisi ya failin hareketinin nedenselliğini ortadan kaldırır (ama kesmez) ve tek başına neticeyi meydana getirir veya failin hareketinin nedenselliğine yeni bir nedensellik olarak eklenir ve her ikisi de neticenin meydana gelmesi açısından nedensel değer taşır ya da failin yaptığı hareketin nedenselliğine herhangi bir etkisi olmaz⁵¹. Türk doktrininde de çoğunlukla şart teorisi benimsendiğinden nedensellik bağının kesilmesi kabul edilmemektedir. Yargıtayın nedensellik bağının kesildiğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır⁵².

⁴⁹ “Uyuşmazlığa konu somut olayın özellikleri itibarıyla objektif isnadiyet kavramına ayrıca yer verilmesi gerekmektedir. Günümüz modern ceza hukuku anlayışında nedensellik bağının belirlenmiş olması tek başına failin cezalandırılması için yeterli olmayıp ayrıca gerçekleşen neticenin failin eseri olup olmadığının diğer bir ifadeyle ortaya çıkan neticenin belirli bir kişiye objektif olarak isnadının mümkün olup olmadığının tespit edilmesi de gerekmektedir. Olayda öncelikle şart teorisine göre nedensellik bağı ortaya konulmalı, sonrasında gerçekleşen neticenin faile isnat edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır. Objektif isnadiyet, neticenin belirli bir insanın eseri olarak görülüp görülemeyeceği anlamına gelmektedir. Eğer meydana gelen netice, üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri ise faile isnat edilemeyecektir”, CGK, 16.05.2017, E. 2017/12-271, K. 2017/278. Ancak Yargıtay 16. Ceza Dairesinin Türk Ceza Hukuku uygulamasında uygun illiyet teorisinin ve bunu esas alan karma uygunluk teorisinin kabul edildiğini belirten kararları bulunmaktadır: 16. CD, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758.

⁵⁰ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 196. Ayrıca bkz.: Roxin, § 11, kn. 28. Ancak bazı yazarlar tarafından kesilen nedensellik kavramı da kullanılmaktadır: Gropp, s. 150, 151.

⁵¹ Nedensellik ve nedensellik şekilleri için bkz.: Ünver, s. 241 vd.; Gropp, s. 147 vd.; Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13 ff, kn. 71 vd.

⁵² CGK, 14.03.2019, E. 2017/269, K. 2019/210; CGK, 02.06.2009, E. 2008/1-186, K. 2009/147.

b) Objektif İsnadiyet Teorileri

Nedensellik bağının tespitinden sonra failin öldürme suçundan sorumlu olması için objektif isnadiyetin yapılması gerektiğini belirtmiştik. Objektif isnadiyeti kaldıran birçok kriter bulunmaktadır⁵³.

Konumuzla ilgili uygulanması mümkün olan kriterlerden ilki, neticenin normun koruma amacı dışında kalması nedeniyle fiilin objektif isnad edilebilirliğinin ortadan kalkmasıdır. Bu kriter gere, meydana getirilen netice, normun koruma alanı dışındaysa objektif isnadiyet ortadan kalkar. Burada hâkim olan görüşe göre, ihlal edilen normun anlam ve amacına göre gerçekleştirilen neticenin kaçınılması gereken netice olup olmadığı sorulmalıdır. Normun anlam ve amacına göre kaçınılması gerekmeyen, koruma amacı dışında bir netice söz konusuysa isnadiyet ortadan kalkar. Normun anlam ve amacına göre kaçınılması gereken neticeler yasaktır. Örneğin bir park yerinde birlikte oturanlardan M, sınırlanarak silahını çeker ve S'ye birkaç el ateş eder. Olayda S yaralanırken, parkta oturan yaşlı bir kadın olan R, aşırı heyecan ve korkudan kalp krizi geçirerek yaşamını yitirir. Olayda M'ye R'nin ölüm sonucu isnat edilemez. Çünkü normun koruma amacı bu tür sonuçları kapsamamaktadır. Tesadüfen gerçekleşen neticeler normun koruma amacı içinde değildir (Atipik olarak ortaya çıkan başka bir olayın neden olduğu neticeden failin sorumlu tutulması düşünülemez). M, S'ye karşı gerçekleştirdiği öldürme suçu ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu bağlamında fikri içtima ilişkisi çerçevesinde sorumlu olacaktır. Failin ihlal ettiği normun riski engelleme amacı bulunmadığı durumlarda, failin fiilinin nedenselliği içinde gerçekleşen neticeler faile objektif olarak isnat edilemez. Örneğin bir kimse tarafından yaralanan (öldürme teşebbüs aşamasında kalmış) mağdurun doktorun tamamen yanlış müdahalesi nedeniyle ölmesi durumunda ölüm ilk hareketi yapana isnat edilemez. Öldürme kastıyla hareket eden kişi öldürmeye teşebbüsten sorumludur. Buna karşın öldürme kastıyla yaralanan kişinin, yarasının enfeksiyon kapması sonucunda ölmesi durumunda isnadiyet söz konusu olup, kişi öldürme suçundan sorumlu olacaktır⁵⁴.

İkincisi, hukuken önemli herhangi bir tehlikenin yaratılmaması nedeniyle fiilin objektif isnad edilebilirliğinin kalkması kriteridir.

Bu kriter gere, failin hareketi suçun konusu açısından hukuken önemli bir tehlike yaratmamışsa, neticenin faile isnadiyeti ortadan kalkar.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Akbulut, Ceza Hukuku, s. 343 vd.

⁵⁴ Jescheck, Lehrbuch, s. 259.

İsnadiyetin kalktığı bu durumda fail riski azaltmadığı gibi arttırmamaktadır da⁵⁵. Failin hareketi normal yaşam risklerinin doğmasını gerektiriyorsa ve bu yaşam riski ortaya çıkmışsa neticenin isnadiyeti ortadan kalkar⁵⁶. Netice, insanın hükmedebileceği alanın dışında kalıyorsa hukuken önemli olan bir tehlike ya da risk bulunmamaktadır⁵⁷. Hükmedilebilirlik, neticenin önemli oranda idare edilebilirliği ve öngörülebilirliği anlamına gelmektedir. Failin neticeye hükmedebilmesi objektif isnadiyeti ilgilendirmektedir. Fail tehlike veya risk yaratsa bile, olay tamamen hayatın olağan akışının ve genel hayat tecrübelerinin dışında kalması nedeniyle beklenebilir değilse, netice faile yüklenemeyecektir⁵⁸. Tesadüfen gerçekleşen sonuçlar faile onun eseri gibi isnat edilemez. Bu gibi olaylarda şart teorisi anlamında nedensellik bağı varsa da sonuç failin eseri değildir. Dolayısıyla bir kimsenin başka bir kimseyi yaklaşan fırtınada yıldırım çarpması ümidiyle ormana göndermesi ve mağdurun gerçekten de yıldırım çarpması sonucu ölmesi durumunda ölüm sonucu kişiye isnad edilemeyecektir. Çünkü bir ümidin, dileğin gerçekleşmesi söz konusudur. Tesadüfen gerçekleşen, kişinin hükmedilebilirliği dışında kalan bu netice kişiye isnad edilemez. Burada failin öldürmeye yönelik kastı söz konusu olsa da cezalandırmamanın nedeni olayın gerçekleşmesindeki tesadüftür. Saf tesadüfle ölüme neden olma Ceza Hukuku anlamında öldürme olarak kabul edilemez ve failin kastı öldürmeye yönelik olsa da tamamen tesadüfi sonuçlara bağlı olduğundan kastı da öldürme kastı olarak nitlendirilemez⁵⁹.

Üçüncüsü, izin verilmeyen riskin gerçekleştirilmesine rağmen, neticenin failin fiilinin etkisiyle gerçekleşmemesi kriteridir. Fail, yaptığı hareketle kişinin hayatı açısından tehlike yaratmakla beraber, ortaya çıkan ölüm neticesi bu tehlikenin sonucu olarak değil de tesadüfen failin fiili ile bağlantı içinde gerçekleşmişse neticenin faile objektif isnadiyeti ortadan kalkmaktadır. Bir başka ifadeyle failin hareketi netice bakımından elverişli tehlike yaratmadığı için netice faile isnat edilemez. Örneğin öldürme kastıyla fail tarafından ateş edilen kişinin hastanede çıkan yangında ölmesi veya hastaneye getirilen kişiye doktorun kasten müdahale etmemesi ve hastanın

⁵⁵ Gropp, Strafrecht, s. 157; Roxin, Strafrecht, s. 377

⁵⁶ Bohnert, OWiG, § 1, kn. 17.

⁵⁷ Yargıtay meydana gelen bir olayda sorunu hükmedilebilirlikle çözmüşse de, burada uygulanması gereken kriterin bir kimsenin isteyerek kendini zarar veya tehlikeye sokmasının etkisi kriteri olduğunu düşünüyoruz. Bkz.: 70. dipnot.

⁵⁸ CGK, 16.05.2017, E. 2017/12-271, K. 2017/278; CGK, 14.03.2019, E. 2017/269, K. 2019/210.

⁵⁹ Roxin, § 11, kn. 44.

başka hastaneye götürülürken yolda trafik kazası sonucu ölmesi gibi olaylarda ölüm neticesi faile isnad edilemeyecektir. Fail öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır. Doktrinde nedensellik bağındaki önemsiz sapmalar diye isimlendirilen (biz objektif isnadiyet sorunu olduğunu kabul ediyoruz) olaylarda sonucun faile isnat edileceği belirtilmektedir. Örneğin öldürülmek için köprüden aşağıya atılan kişinin daha önce köprüünün demirlerine çarparak ölse bile fail öldürmeden sorumludur⁶⁰. Keza öldürülmek amacı ile başına baltayla vurulan ancak ölmeyen, daha sonra baltanın açtığı yaraların enfeksiyon kapması sonucu ölen kişi açısından da netice failin fiilinin eseri olduğu için faile isnat edilmelidir. Ya da öldürmek için hareket edilen ancak ölmeyen kişinin var olan hastalığının tetiklenmesi sonucunda ölmesi durumunda fail öldürmeden sorumlu olacaktır. Mağdurda var olan özel bir durumun failin kastettiği neticeyi gerçekleştirmesi durumunda fail öldürmeden sorumlu olacaktır.

İzin verilmeyen riskin neticede gerçekleştirilmemesi, buna karşılık başka bir kişinin fiiliyle neticenin meydana geldiği olaylarda da netice ilk hareketi yapana objektif olarak isnad edilememektedir⁶¹. A tarafından öldürülmek kastıyla yaralanan ve hastaneye kaldırılan hastaya hastanede zararlı sonucun ortadan kaldırılması için bir şey yapılmaması, ancak hastanın düşmanı hemşire tarafından öldürülmesi durumunda A öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacak, öldürmeden cezalandırılmayacaktır. Hemşire ise öldürmeden sorumlu olacaktır. Müdahale etmeyen doktora ihmalî suçlarda teşebbüsün kabul edilip edilmemesine göre öldürmeden sorumlu olacak veya olmayacaktır. Buna karşılık izin verilmeyen riskin neticede gerçekleşmesinde failin davranışı varsa neticenin faile isnad edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Failin bir neticeyi gerçekleştirmek için hareket etmesi ve istediği neticenin gerçekleştiği zannıyla ikinci hareketi yapması ve istediği neticenin bu ikinci hareketle gerçekleştiği olaylarda da objektif isnadiyet söz konusu olur ve fail neticeden sorumlu tutulur. Failin öldürmek için ateş ettiği ancak ölmeyen mağduru öldüğü zannıyla gömmesi ve mağdurun gömülme nedeniyle ölmesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Burada ölüm, failin öngördüğünün dışında ama yine kendi hareketinden kaynaklanan nedenden kaynaklanmaktadır. Ölüm ikinci hareketten kaynaklanmakta ama fail bunu bilmemekte, birinci hareketten ölümün gerçekleştiğini zannetmektedir. Ancak bu olayda çözümün nasıl olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, failin birinci hareketi açısından öldürmeye

⁶⁰ Roxin, § 11, kn. 69, 70.

⁶¹ Roxin, § 11, kn. 73.

teşebbüsün ikinci hareketi yönünden ise taksirle öldürmenin söz konusu olduğunu ve fiil tekliği veya fiil çokluğu çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmektedir⁶². Diğer görüş ise (çoğunluk görüşü) eskiden dolus generalis⁶³ olarak ifade edilen bu durumu sapma çerçevesinde çözüme kavuşturmaktadırlar ve failin öldürmeden sorumlu olacağını kabul etmektedirler. Burada sapmanın önemsiz olduğu belirtilerek failin öldürmeden sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Çünkü genel yaşam tecrübesine göre nedensel akış öngörülebilir nitelikte bulunmaktadır⁶⁴. Yukarıda da belirtildiği gibi bu olayda da objektif isnadiyetten hareket edilmesi gerekmektedir. Failin ilk hareketinden ortaya çıkan tehlike somut neticede bizzat fail tarafından gerçekleştirilmiştir. Fail kasten öldürmeden sorumlu tutulmalıdır. Bu tür olaylarda fail bizzat ikinci hareketi fiilinin tamamlanmasının aracı yapmaktadır⁶⁵. Yine öldürmek kastıyla hareket eden failin mağdurun öldüğünü düşünerek olay yerinden ayrılması ve durumu arkadaşına anlatarak cesedi kaldırmasını istemesi, arkadaşının da bunun üzerine mağduru gömerek havasızlıktan ölmesine neden olması halinde sorun yine objektif isnadiyetle çözülmektedir. Öldürme kastıyla hareket eden kişi kasten öldürmeden (TCK m. 281'den şahsi cezasızlık nedeniyle sorumlu tutulamayacak), arkadaşısı ise taksirle öldürme ve TCK m. 281 gerçekleştirmiş olacak, ancak fikri içtima kuralları uygulanacaktır⁶⁶.

Dördüncüsü, bir kimsenin isteyerek kendini zarara veya tehlikeye sokmasının etkisi kriteridir. Bir kimsenin kendi isteği ile zarar veya tehlikeye katılması ve bunun sonucunda zarar görmesi durumlarında gerçekleşen netice buna katılan diğer kişiye isnat edilmemektedir. Mağdurun kendi isteği ile kendini bizzat tehlikeye soktuğu durumlarda netice bir başkasına isnat edilmemektedir. Örneğin eroin sahibi olan A, şırıngası olmadığı için B'den şırınga temin eder. B, A'ya dozuna dikkat etmesi uyarısında bulunsa da A eroini dozunu ayarlamadan kendine şırınga eder ve ölür⁶⁷. Her ne kadar B'nin eylemi A'nın ölümü açısından nedenselse de ölüm sonucu B'ye isnat edilemez⁶⁸. Çünkü A bilinçli olarak riski üstlendiği için B'ye ölümün isnat edilebilirliği ortadan kalkmaktadır. Yine uyuşturucu kullanan kişinin

⁶² Bu görüş için bkz.: Tröndle/Fischer, § 16, kn. 7 b.

⁶³ Türk hukukunda Weber kastı olarak ifade edilmektedir. Önder, C. II-III, s. 277.

⁶⁴ Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15, kn. 58; Gropp, s. 165.

⁶⁵ Jescheck/Weigend, s. 314, 315.

⁶⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 207, 208.

⁶⁷ BGH 32, 262, Gropp, s. 158, 159.

⁶⁸ Gropp, s. 159.

uyuşturucu satıcısından aldığı uyuşturucuyu aşırı dozda kullanıp ölmesinde bu sonuç satıcıya isnad edilmeyecektir. Buna karşılık uyuşturucu madde bağımlısı olduğu bilinen kişiye fazla miktarda uyuşturucu madde satılması ve bu kişinin yüksek dozda uyuşturucu madde kullanması ve ölmesi olayında ölüm sonucu satıcı kişiye isnad edilecektir⁶⁹. Meydana gelen bir olayda Yargıtay olayı bu kriterle değil hükmedilebilirlik çözmüştür⁷⁰.

⁶⁹ Olası kastla gerçekleştirilmiş öldürme suçunun gerçekleştiği belirtilmektedir: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 203.

⁷⁰ “Hükmedilebilirlik, neticenin önemli derecede idare edilebilirliği anlamına gelmekte olup gerçekleştirilen fiil, hukuken önemli bir tehlike ya da risk oluştursa bile, olayın tamamen hayatın olağan akışımın ve genel hayat tecrübelerinin dışarısında kalması nedeniyle beklenebilir değilse, netice faile yüklenemeyecektir. Kişinin nedensellik bağının üzerinde hâkimiyetinin bulunmaması objektif isnadiyetin yokluğu anlamına gelir. Objektif isnadiyetin varlığı için tipik neticenin fail tarafından oluşturulan risk nedeniyle meydana gelmesi gerekir. Neticenin, failin meydana getirdiği riskin dışında başka bir risk nedeniyle gerçekleşmesi hâlinde bu netice objektif olarak faile isnat edilemez. Ancak fiilin, suçun konusuna yönelik hukuken izin verilen riski aşan bir tehlike oluşturması ve neticenin bu fiil sonucunda meydana gelmesi durumunda objektif isnat edilebilirlik söz konusu olacak diğer bir deyişle fail tipe uygun neticeye sebebiyet veren hukuken önemli bir tehlike ya da risk oluşturmuş ise netice faile yüklenilebilecektir. Gerçekleşen netice, failin hareketi ile tesadüfen birleşen başka sebeplerden meydana gelmişse, bu durumda neticenin faile isnat edilmesi söz konusu olmayacaktır. Bunun gibi sonradan işlenen fiilin daha önceden gerçekleştirilmiş fiilin neticeye ulaşmasını engellemesi hâlinde de önceki fiili gerçekleştiren faile neticenin isnat edilmesi mümkün bulunmayacaktır... Sanık ...’ın sevk ve idaresindeki 50 plaka sayılı gri renkli otomobil ile ön yolcu koltuğunda katılan ... olduğu hâlde, 11.07.2010 tarihinde saat 13.30 sıralarında, meskûn mahalde, kuru zeminli, asfalt kaplamalı, 7 metre genişliğinde, 2 şeritli, seyir istikametine göre aşağı doğru eğimli ve sola hafif virajlı, yol şerit çizgileri mevcut, hız limiti 50 km/saat olan ve yaklaşık 300-400 metrelik görüş mesafesi bulunan bölünmüş devlet yolunda seyrettiği sırada, sanık ...’ın da sevk ve idaresindeki 50 .. 122 plaka sayılı beyaz renkli otomobil ile aynı istikamette seyrettiği, sanık ...’ın önünde yolun sağ şeridinde seyreden tanık ...’ın sevk ve idaresindeki kamyonu sollayıp geçmesinden hemen sonra sanık ...’ın aynı kamyonu arkadan çarpması neticesinde meydana gelen trafik kazasında katılan ...’ün organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olacak şekilde yaralandığı, mahkemece yapılan keşif sonucu düzenlenen 04.10.2012 tarihli raporda sanık ...’ın 2918 Sayılı Kanun’un 84. maddesinde asli kusurlardan sayılan “arkadan çarpma” hâlinde ve aracın hızını yol, hava ve trafik durumunun gerektirdiği şartlara uydurmak suretiyle aynı Kanun’un 52/1-b maddesini ihlal etmesinden dolayı kazada tam ve asli kusurlu olduğu, tanık ... ile sanık ...’yle yarış yaptığı belirtilen sanık ...’ın kusurunun bulunmadığı, Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesince düzenlenen 24.12.2012 tarihli raporda 04.12.2012 tarihli raporda taraflara atfedilen kusur durumuna ilişkin görüşün olayın oluşuna uygun ve isabetli olduğu belirtilecek sanık ...’ın önünde seyreden kamyonu aşırı hızlı bir şekilde ve kontrolsüzce yaklaşarak arkadan çarptığı, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketi ile olaya sebebiyet verdiği, asli derecede ve tam kusurlu olduğu, kamyon sürücüsü ...’ın kurallara uygun seyretmesinden dolayı, sevk ve idaresindeki otomobil ile sol şeritte seyreden sanık ...’ın ise meydana gelen olayda etken bir davranışının bulunmaması nedeniyle kusursuz oldukları yönünde görüş bildirildiği anlaşılan olayda; tanık ...’ın sanık ...’nin kullandığı gri renkli otomobil ile sanık ...’ın kullandığı beyaz renkli otomobilin yarış yaparcasına cadde üzerinden hızlı bir şekilde yan yana gittikleri, gri renkli aracın beyaz renkli aracı sollamak istediği sırada beyaz renli

Herhangi bir fiilden zarar gören kişinin yapılacak yardımları riskin tam bilincinde olarak reddetmesi durumunda da gerçekleşen netice daha önce zarar veren davranışı yapan kişiye isnat edilemez. A, B'yi öldürmek için hareket eder, ölmeyen B hastaneye kaldırılır, ancak dini veya mezhebi nedenlerle kan nakline izin vermez ve ölür. A yalnızca öldürmeye teşebbüsten sorumludur. İsnadiyet için kendi davranışıyla zarar gören kişinin karar verme yeteneğine sahip olup olmadığı araştırılmaktadır⁷¹. Yine örneğin hobi bahçesi sahibi ve bu işi tutkulu olarak yapan A, çevresine sıklıkla inandırıcı bir biçimde hayatının eseri olarak gördüğü bahçesine bir şey olması halinde hayatının anlamının kalmayacağını ve intihar edeceğini söyler. A'ya katlanamayan ve

aracın gri renkli araca yol vermediği yönündeki anlatımları, kamyon sürücüsü tanık ...'in olay esnasında aynadan arkadan gelen trafiği kontrol ettiğinde beyaz renkli otomobil ile gri renkli aracın yan yana çok süratli bir şekilde yarış yaparcasına geldikleri, beyaz renkli aracın aşırı derecede hızlı bir şekilde kendisini sollamasından 2 saniye sonra gri renkli aracın kullandığı kamyonun sol arka kısmına çarptığı yönündeki beyanları, olay esnasında sanık ...'in kullandığı aracın ön yolcu koltuğunda bulunan tanık... 'in kolluk aşamasındaki sanık ...'nin kullandığı araçla karşılaşmış o aracı geçtiklerine ve hızlarının yaklaşık 110-120 km/saat olduğuna dair beyanları, sanık ...'in olay günü sanayi sitesi çıkışında arkadaşı olan sanık ... ile karşılaşmış konuşuktan sonra, önce kendisinin arkasından da ...'nin hareket ettiği, kendisinin hızının yaklaşık 110-120 km/saat olduğu, tanık ...'in kullandığı kamyonu solladıktan sonra arkalarından bir toz bulutu yükseldiğine dair savunmaları birlikte değerlendirildiğinde, sanık ... ile sanık ...'nin meskûn mahaldeki yolda sevk ve idarelerindeki otomobiller ile yarış hâlinde oldukları, sol şeritte seyreden sanık ...'in kendisini geçmek isteyen sanık ...'ye yol vermediği ve geçmesine müsaade etmediği, sanık ...'in yasal hız sınırlarının üzerinde bir hızla seyredip aracının hızını yol ve trafik durumunun gerektirdiği şartlara uydurmamak suretiyle Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 100. maddesinde belirlenen yasal hız sınırlarını ihlal ettiği ve 2918 Sayılı Kanun'un 52. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmediği sabit olup bu şekildeki hareketlerinin TCK'nın 179/2. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu oluşturma ihtimali bulunmakta ise de sol şeritte yaklaşık 110-120 km/saat hızla seyreden sanığın kendisini geçmek isteyen diğer sanık ...'ye yol vermek amacıyla sağ şeride geçmesi hâlinde önünde yaklaşık 30 km/saat hızla seyreden tanık ... idaresindeki kamyonu kendisinin çarpması tehlikesinin bulunması karşısında, sanık ...'ten diğer sanık ...'ye yol vermesinin beklenemeyeceği, kendisiyle yarış hâlinde olan sanık ...'nin önünde seyreden kamyonu arkadan çarpması şeklinde gerçekleşen neticenin sanık ...'in hükmedebileceği alanın dışında kaldığı, sanığın dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olması durumunda diğer sanık ...'nin yaptığı kazanın kesinlikle meydana gelmeyeceğinin, olayın sanığın yasal hız sınırlarının üzerinde seyretmek suretiyle oluşturduğu risk nedeniyle meydana geldiğinin ve gerçekleşen neticenin sanığın eseri olduğunun söylenemeyeceği, dolayısıyla katılanın organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olacak şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan trafik kazasının objektif olarak sanığa isnat edilemeyeceği, buna bağlı olarak sanığın meydana gelen olayda kusurunun bulunmadığı kabul edilmelidir", CGK, 14.03.2019, E. 2017/269, K. 2019/210.

⁷¹ Roxin, § 11, kn. 111.

ondan kurtulmak isteyen B, A'nın bahçesini darmadağın eder. Bunu gören A gerçekten de intihar eder ve ölür. A sorumluluğunun bilincinde olarak isteyerek zarar veya tehlikeye girdiğinden B kasten öldürme suçundan sorumlu olmaz⁷². B'nin davranışı hukuken önemli tehlike oluşturmadığından ve gerçekleşen netice intihar eden kişinin iradesine bağlı olduğundan ölüm sonucu B'ye isnad edilebilir nitelikte değildir.

Belirtilmesi gereken diğer bir durumda mağdurun bizzat kendisi değil de üçüncü kişinin mağduru rızasıyla tehlikeye sokması halidir. Bu gibi durumlarda mağdurun isteği bile olsa tehlike mağdurun birlikte etkisiyle değil de bizzat 3. kişi tarafından yaratıldığından netice bu kişiye isnat edilecektir. A'nın kendi isteği ile B'nin şırınga ettiği eroinin etkisi ile ölmesi olayında B ölüm neticesinden sorumludur⁷³. İstek üzerine öldürmelerde de ölümü gerçekleştiren kişi sorumludur.

Beşincisi yabancı tehlikenin bilinçli olarak üstlenilmesi kriteridir.

Burada bir kimse bizzat tehlike yaratmamakta, başkası tarafından yaratılan riskin bilinci içinde tehlikeye girmektedir⁷⁴. Örneğin bir doktor hastaneye gelen riskli bir hastaya kendisini hastanede tedavi edemeyeceğini, zira sahip olduğu imkânların onun sağlığının korunması açısından yeterli olmadığını söyler. Ancak hasta başka bir hastaneye gitmeyi kabul etmez. Bunun üzerine doktor elindeki imkânlarla acil durumdaki hastanın sağlığı açısından gerekenleri yapar, ancak hasta ölür. Bu netice doktora isnat edilemez. Ancak hastanın ölümünde doktorun dikkat ve özen kurallarına aykırılığı söz konusu olsaydı, bu sonuç doktora isnat edilebilecekti. Bunun dışında imkânları olmadığı halde varmış gibi davranarak, yani riskleri gizleyerek hekim hastayı kabul etmiş ve hasta ölmüşse bu netice kendisine isnat edilecektir. Ölümün gerçekleşmesi muhtemelse olası kastla öldürme suçu söz konusu olacaktır. Mağdurun kendisini bizzat tehlikeye sokan davranışı ile mağdurun isteği ile bir başkasının mağduru tehlikeye soktuğu durum birbirinden ayrılmalıdır⁷⁵. Mağdurun tehlikeli davranışın gerçekleşmesinde bizzat katkısı varsa ve bunu üçüncü bir kişiyle birlikte aynı anda bilinçli olarak gerçekleştirmişse 3. kişiye bu netice isnat edilemez. Bir başkasıyla aids virüsü taşıdığını bilerek birlikte olan ve virüs bulaşan ve ölen kişi açısından aids virüsünü taşıyan

⁷² Heinrich, s. 159.

⁷³ Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, s. 245.

⁷⁴ Roxin, § 11, kn. 121.

⁷⁵ Özbek, s. 445.

kişinin sorumluluğu söz konusu değildir⁷⁶.

Altıncısı izin verilen risk kriteridir. İzin verilen riskin kasıtlı suçlarda uygulanması noktasında tartışma omakla beraber kabul edildiği söylenebilir⁷⁷. Toplumsal gelişmeyi sağlamak ve çok gerekli hukuki değerlere ulaşmak için daha az öneme sahip hukuki değer ihlali riskleri göze alınmakta ve yapıları gereği tehlikeli nitelik taşıyan bazı faaliyetler için hukuken izin verilen risk alanları oluşturulmaktadır. Bu alanın içinde kalındıkça yapılan harekete ve onun neticesine izin verilmektedir⁷⁸. Yapılan davranış izin verilen risk kapsamında kalmak şartıyla fail tarafından yaratılan netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir⁷⁹. Eğer fail tarafından yaratılan risk, izin verilmeyen risk kapsamındaysa o netice faile objektif olarak isnat edilecektir. İzin verilen risk kapsamına trafik, fabrikalar, patlayıcı madde imalatı, maden ocağı işletmeleri, spor faaliyetleri, tıbbi müdahaleler vb. girmektedir⁸⁰. Örneğin bir hekim tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu içinde hareket etmesine rağmen risk kapsamındaki ölüm neticesi meydana gelmişse bu netice izin verilen risk içinde değerlendirilmeli ve doktora isnat edilmemelidir⁸¹. Bu anlamda bir doktorun tedavi amacıyla yaptığı ameliyat neticesinde kurallara riayet etmesine rağmen ölüm meydana geldiğinde, ölüm sonucu doktora objektif olarak isnat edilemez. Tıbbi müdahale hastanın rızasıyla yapılmışsa

⁷⁶ Roxin, § 11, kn. 133.

⁷⁷ Roxin, s. 382, 383.

⁷⁸ Ünver, s. 258, 259. Ayrıca bkz.: İçel, s. 144, 145.

⁷⁹ İzin verilen riskle ilgili olarak Türk hukukundaki görüşler için bkz.: İçel, s. 146; Bayraktar, s. 100-103; Bafra, s. 120.

⁸⁰ İçel, s. 145.

⁸¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da konuya ilişkin verdiği kararda tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında olduğunu belirtmiştir. Yargıtay’a göre, “Tıbbi müdahaleler genel olarak “izin verilen risk” kapsamında gerçekleştirilen müdahalelerdir. İzin verilen risk, hukuken müsaade edilen tehlike oluşturma alanı olarak tarif edilmektedir. Kişiler zarar ya da tehlike doğuracak bütün davranışlarında cezalandırılma tehdidi altında bulunmamalıdır. Toplumsal gelişmeyi sağlamak veya daha kıymetli hukuki değerlere ulaşabilmek için bazı durumlarda kişilere yaptıkları işin niteliği gereği belirli oran ve ölçüde risk oluşturmaları için izin verilmelidir. Önemli olan belirlenen kurallara uygun şekilde gerçekleştirilen davranışların izin verilen risk alanı içinde yapılması ve neticenin de bu alan içinde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu takdirde sorumluluk söz konusu olmayacaktır... Ancak konunun uzmanı olmayan doktorun teşhis veya tedaviyi üstlenmesi anlamında üstlenme kusuru ve gerek doktorun bireysel olarak gerekse çalıştığı kurum yönünden kurumsal olarak organizasyon kusurunun, izin verilen risk dışında kaldığını söylemek mümkündür”, CGK, 16.05.2017, E. 2017/12-271, K. 2017/278.

da aynı kişi ölümüne rıza göstermemekte⁸², bilakis sağlığına kavuşma arzusu taşımaktadır. Buradaki ölüm, hukuka uygunluk nedeni olan rıza kapsamında olmayıp, izin verilen risk çerçevesinde olduğundan doktora isnad edilemeyecektir. Tedavi amacıyla aydınlatılmış rizayla hastaya verilecek ilacın hastanın ömrünü kısaltma ihtimalinin olduğu ve kısalttığı durumda, ölüm sonucu izin verilen risk içinde olduğundan doktora isnad edilemeyecektir. Keza müdahalenin zorunlu olarak doğurduğu neticeler dışındaki neticeler için de aynı şey geçerlidir. Dolayısıyla tıbbi müdahale için verilen rıza, doktorun fiiliyle neden olduğu neticeyi (ölümü) hukuka uygun hale getirmemektedir. Ancak ölüm, izin verilen risk alanı içinde bulunduğu doktor bundan sorumlu tutulmamaktadır⁸³. Buna karşın aynı neticeye, çok daha az tehlikeli müdahale ile ulaşılabilecekse doktorun fiili, izin verilen riskin dışındadır.

Sonucusu ise, başka birinin sorumluluk alanına geçen neticelerin isnadiyeti (yabancı birinin sorumluluk alanına dâhil etme) kriteridir. Bu kriterde, isnadiyetin ortadan kalkmasının nedeni, belirli tehlike kaynaklarının gözetlenmesi ve ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak belirli meslekleri icra eden kimselerin, kendi sorumluluk alanında gerçekleşen olaylardan sorumlu olmalarıdır. Bunun önemi olaya sebep olan kişilerin, meslek sahibinin davranışının ortaya çıkardığı sonuçtan sorumlu tutulmamalarıdır. Örneğin hırsız kovalayan polisin bu esnada kaza yaparak ölmesi durumunda ölüm olayı hırsız isnad edilemez. Aksi durumda kovalanan hırsızın polise teslim olmak zorunda olduğu sonucunu ortaya çıkar. Böyle bir yükümlülük de kişinin kendisinin cezalandırılmasına katkı sağlamak anlamı taşır ve genel hukuk prensiplerine aykırıdır⁸⁴ (AY m. 38).

Bu kapsamda en zor ve açıklığa kavuşturulamayan olay grubu herhangi biri tarafından öldürme kastıyla yaralanan kimsenin doktor hatası nedeniyle ölmesidir. Yaygın görüş basit ve orta nitelikteki meslek hatalarından doğan ölümün veya hastanın çektiği acıların artmasının ilk yaralamaya neden olan kişiye isnat edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna karşılık büyük doktor

⁸² Roxin, § 11, kn. 92.

⁸³ Alman hukukunda bu gibi durumlar izin verilen risk çerçevesinde nitelendirilirken (bkz.: İçel, s. 145, dipnot 48), Türk hukukunda bazı yazarlar tarafından tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan yola çıkılarak gerçekleşen neticelerin hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir: İçel, s. 146; Bayraktar, s. 102, 103; Bafra, s. 119, Özek, s. 166; Dönmezer/Erman, C. II, s. 51 vd.

⁸⁴ Roxin, § 11, kn. 138, 139, 140.

hataları ise isnat edilmemelidir. İkinci görüşe göre güven esası gereğince pozitif hareket etmek zorunda olan doktorun hatalı davranması durumunda bu netice ilk hareketi yapana isnat edilmemelidir. Ancak doktor mevcut tedavi tedbirlerini kullanmazsa bu takdirde gerçekleşen netice faile isnat edilmelidir. Üçüncü görüşe göre ise doktorun meslek hatasının katkısıyla ortaya çıkan neticede, yaralanmanın, kendisiyle tipik olarak bağlantılı olan riski gerçekleştirip gerçekleştirmediği önemlidir. Bu durumda doktorun büyük hatası olsa bile netice ilk hareketi yapana isnat edilmelidir. Bir başka ifadeyle zararlı sonuç tipik yaralanmanın riski içindeyse bu netice ilk hareketi yapana isnat edilmelidir. Buna karşın doktorun hatalı davranışı narkoz hatalarında olduğu gibi tipik yaralanma riski dışında ise bu netice ilk hareketi yapana isnat edilmemelidir. Bir başka görüş ise doğru olanın bu iki görüşün kombine edilmesi olduğunu söylemektedir. Bunun için doktorun davranışının failin yarattığı tehlikeyi uzaklaştırıp uzaklaştırmadığı veya gerçekleşmesine engel olup olmadığı önemlidir. Eğer mağdur yaralanmadan değil de özellikle doktor hatası nedeniyle eklenen bir tehlikeden ölmüşse, doktor esas riski kendi sorumluluk alanında olan başka bir riskle değiştirmiş olduğundan bu netice faile isnat edilemez. Örneğin ameliyat esnasında kanamaya yol açan yanlış kesim nedeniyle ölüm, narkoz hatası nedeniyle kalp durması (geri dönüşü olmayan)⁸⁵, yanlış tedavi uygulanması gibi olaylar bu şekildedir. Fail yalnızca gerçekleştirdiği kadarıyla, yani kasten öldürmeye teşebbüsten sorumludur. Doktorun hatasının ağır veya hafif olması fark etmez. Doktor ise yaptığı eylemden sorumludur⁸⁶. Doktorun kastının olduğu durumlarda ise neticenin daha önceki yaralamayı gerçekleştiren kişiye isnat edilmesi söz konusu değildir. CGK'na konu olan bir kararda, "*Sanık H....S....'in, tabanca ile ateş etmesi sonucunda merminin maktûlün karın üst noktadan girdiği, iç organ, bağırsakları yaraladığı, maktûlün önce S.... Devlet Hastanesine kaldırıldığı acilen ameliyata alındığı, vena mazenterika inferier yırttığı, 7.yerden ince bağırsak parçalanması tespit edilip, bir adet kopma olduğu, acil ameliyatla yırtıkları dikilip tamir edildiği, bu arada maktûle 7 ünite kan verildiği, daha sonra bir müddet hastanede kaldıktan sonra 10.09.1999 tarihinde şifa ile taburcu olduğu, bu suretle öldürme kast ve iradesi ile ateşlenen etkili ve tesirli silahın açtığı yaranın ameliyat ve tedavi nedeniyle öldürücü sonuç ve etkisinin onarıldığı, mağdurun daha sonra 25.10.1999 tarihinde açılan davada duruşmaya geldiği, rahat şekilde iddiasını sergileyip ifadesini verdiği, önce Trabzon'da daha*

⁸⁵ Roxin, § 11, kn. 142.

⁸⁶ Roxin, § 11, kn. 141, 142.

sonra G...H.... intaniye polikliniğine müracaat ettiği, rahatsızlığının arttığı, 02.11.1999'da yoğun bakıma yatırıldığı, 06.11.1999 tarihinde vefat ettiği, ATK 1. İhtisas Kurulunun 26.07.2000 tarih ve 1169 sayılı raporuna göre “ölümün ateşli silah yaralanmasının tedavisi için hepatit virüslü kan verilmesi sonucu gelişen akut hepatitten ileri geldiğinin” tespit edildiği, olayda CGK, sanığın, maktûle tabanca ile ateş ederek onu karın bölgesinden yaraladığı, maktûlün kaldırıldığı hastanede ameliyat edilerek kurtarıldığı ve iyileşerek taburcu edildiği, ancak ameliyat sırasında verilen 7 ünite kandan bir tanesinde bulunan hepatit virüsünün bulaştığı ve ölümün akut hepatit sonucunda meydana geldiği konusunda bir uyuşmazlık ve kuşku bulunmamaktadır. Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun konuya ilişkin 26.07.2006 günlü raporunun sonuç kısmında;

“25.08.2005 tarihinde ateşli silahla yaralandığı, 06.11.2005 tarihinde hastanede akut hepatit tanısı ile tedavi görürken öldüğü bildirilen 1947 doğumlu S...S... hakkında düzenlenen adli ve tıbbi belgelerden elde edilen bilgilere göre; 1- Ateşli silahla yaralandığı, damar ve barsak yaralanması saptandığı, ateşli silah yaralanması başlı başına ölüme yol açacak nitelikte olmakla birlikte gerekli cerrahi onarımın gerçekleştirildiği, tedavi sırasında verilen kan ürünlerinin birinde hepatit virüsü saptandığı; yaralanma ve tedavi sonrası yapılan tıbbi incelemelerde hepatit tanısı konduğu ve kan ürünü verilmesi ile hastalık gelişiminin uyumlu olduğu dikkate alındığında; ölümün ateşli silah yaralanmasının tedavisi için hepatit virüslü kan verilmesi sonucu gelişen akut hepatitten ileri geldiğinin kabulü gerektiği,

2- Ateşli silah yaralanması ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu, hepatit virüslü kan verilmesi ve hepatit gelişiminin failin iradesi dışında eklenen bir sebep olduğu, kastın tıbben tayin edilemeyeceği” belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, olayda sanık, öldürme kastı ile hareket etmiş ve ölüm neticesi de meydana gelmiştir. Sanığın eylemi ile meydana gelen yara Adli Tıp Kurumu raporunda da belirtildiği üzere başlı başına ölüme yol açacak nitelikte olup, bu eyleme bağlı olarak ta ölüm neticesi gerçekleşmiştir. Meydana gelen ölüm neticesi, sanığın eyleminin doğal sonucu olup, sanığın eylemi ile başlattığı nedenler serisinden bağımsız gelişen bir netice olmadığından, sanığın eylemi ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağı kesilmemiştir. Bu nedenle 5237 sayılı TCK kapsamında, sanığın kasten adam öldürme suçunu işlediğinin kabulünde zorunluluk bulunmakta” şeklinde belirleme yapılmıştır⁸⁷.

⁸⁷ CGK, 2.6.2009, E. 2008/1-186, K. 2009/147.

Doktrinde bu olayda ölüm sonucunun yaralamayı gerçekleştiren kişiye isnad edilemeyeceği ifade edilmektedir. Zira mağdur hastanede iyileştirilmiş, ölüm verilen virüslü kan nedeniyle gerçekleşmiştir. Nedensellik bağı varsa da objektif isnadiyet söz konusu değildir. Ölüm yaralamanın meydana getirdiği tehlikeye bağlı olarak gerçekleşmemiş, hepatitli kan verilmesi suretiyle meydana gelmiştir. Dolayısıyla da bu görüşe göre Yargıtay'ın görüşü isabetli değildir⁸⁸. Biz Yargıtayın verdiği kararın öldürme kastıyla hareket eden kişi açısından sonuçta doğru olduğunu düşünüyoruz. Zira kişinin sağlık durumuna göre virüsün kuluçka süresi, hastalanma, virüsün çoğalma hızı, ölüme yol açması veya iyileşmesi farklı olmakla beraber olaydaki süreler verilen ortalama sürelerle uymamakta ve çok daha hızlı ölümün gerçekleştiği görülmektedir (25.08.1999 tarihinde yaralanıyor, 10.09.1999 taburcu oluyor, 26.10.1999 tarihinde akut hepatit tanısıyla hastaneye yatırılıyor ve tüm tedavilere rağmen 06.11.1999 tarihinde ölüm gerçekleşiyor. Yaralanmadan itibaren iki ay on gün gibi bir sürede ölüm gerçekleşiyor). Yaralanma nedeniyle vücut direncinin düşmesi ve bağışıklığının zayıflaması virüsün çok kısa sürede ölüm sonucunu gerçekleştirmesini sağlamıştır. Olayda yaralanma ve virüslü kan verilmesi birlikte ölümü gerçekleştirmiştir. Virüslü kan verilmesinin yaralamanın riskinin yerine geçtiği söylenemez. Dolayısıyla yaralanmanın etkisinin olmadığını, tamamen virüslü kan verilmesi sonucu ölümün gerçekleştiğini söylemek kanaatimizce doğru değildir. Yargıtayın gerekçesine katılmamakla beraber (nedensellik bağının kesilmediğine ve tamamen yaralamaya bağlı olarak ölümün gerçekleştiğine ilişkin) sonuçta verdiği kararın doğru olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca hepatitli kan verilmesinde sorumluluğu olan kişilerin de sorumluluğu yoluna gidilmesi söz konusu olacaktır.

Doktorun yaraya iyi bakmadığı veya gereken tedaviyi yapmadığı için mağdurun yaralanması nedeniyle ölmesi halinde ilk hareketi yapana isnadiyetiyle ilgili iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş burada isnadiyeti kabul etmemektedir. Diğer görüş ise yaralamanın ölümcül seyrini durdurmaya başaramayan doktorun davranışı riskin yerini almamışsa ölümden yalnızca doktor sorumlu değildir. İlk hareketi yapan ve doktor ölüm neticesinden kendi kusurları çerçevesinde sorumludurlar. Doktor taksirli öldürmeden sorumludur. İlk hareketi yapan ise kasten öldürmeden sorumludur. Buna karşılık ölüm sonucu, esas olarak doktorun hatasından kaynaklanıyorsa ölüm ilk hareketi

⁸⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 81, 82. Aynı yönde Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 204, 205, dipnot 172.

yapana isnat edilemez. Sadece doktor ölümden taksirle sorumludur⁸⁹. Türk hukukunda bazı yazarlarca herhangi bir ayrıma gitmeksizin doktor hatalarından dolayı neticenin gerçekleştiği olaylarda ölüm sonucunun yaralamaya sebebiyet veren kişiye isnat edilemeyeceği, gerçekleştirdiği kadarıyla sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Doktorun ise taksirle öldürmeden cezalandırılacağı belirtilmektedir⁹⁰.

Aynı durumun mağdurun taksirli hareketinin söz konusu olduğu olaylar için de geçerli olduğu belirtilmektedir⁹¹. Eğer meydana gelen neticeler yaralamanın içinde gerçekleşmemişse (mağdurun ilaçları karıştırması gibi), ilk fiili gerçekleştiren neticeden sorumlu değildir. Neticeler sadece mağdurun sorumluluk alanındadır. Meydana gelen ölüm neticesi yaralamanın sonucu olmakla beraber mağdurun yapması gereken davranışı yapmamasına dayanmaktaysa neticenin ilk hareketi yapana isnat edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁹².

Mağdurun davranışıyla gerçekleşen ölüm sonuçlarında isnadiyet sorunu tartışılmaktadır. Burada failin yaptığı hareket mağdurun başka türlü davranma imkânını ortadan kaldırmışsa (özgür iradesiyle hareket etmesini engellemişse) ölüm sonucu mağdurun hareketinden meydana gelse bile objektif isnadiyet kabul edilmektedir. Örneğin A'nın, öldürmek kastıyla, B'ye ateş ettiği ancak mağdurun isabet almamak için kaçtığı ve aniden yola çıkarak bir aracın çarparak öldüğü olayda kasten öldürmeden dolayı ceza vermek gerektiği kabul edilmektedir⁹³.

B. Manevi Unsur

Öldürme suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Zaten TCK'nın 81. maddesinin başlığı da kasten öldürme olarak ifade edilmiştir. Bu şekilde belirleme yapılmasaydı da öldürme suçunun kasten işlenebileceği ifade

⁸⁹ Roxin, § 11, kn. 143.

⁹⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 209-211.

⁹¹ Bkz.: Roxin, § 11, kn. 144.

⁹² Roxin, § 11, kn. 144.

⁹³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 200.

edilecekti (TCK m. 21). Doğrudan kastla⁹⁴ veya olası kastla⁹⁵ işlenmesi

⁹⁴ "...doğurduğu bebeği sahiplenmek istemeyip sosyal hizmetlere vermeyi düşünen sanığın, bebekten kurtulma amacını taşıması, bu düşünceyle hareket eden sanığın, savunma sistemi son derece zayıf olan 5 günlük bebeğini, kış mevsiminde, her türlü yabancı hayvan saldırısına açık, yakın çevrede yerleşim yeri bulunmayan ormanlık alanda, moloz yığınlarının yakınına bırakıp ayrılması karşısında; yaklaşık 24 saat tek başına, ormanlık alanda kalan bebeğin açlık, donma veya yabancı hayvan saldırısı gibi nedenlerden biriyle öleceği mutlak bir durumdur. Kaçınılmaz netice olan ölümün soğukta kalma sonucu gerçekleştiği de göz önüne alındığında, istemediği bebekten bir şekilde kurtulmak isteyen sanığın, ölümle sonuçlanacağını bildiği hâlde isteyerek yaptığı eylemini doğrudan kasıtlı gerçekleştirdiği kabul edilmelidir", CGK, 28.05.2020, E. 2020/1-164, K. 2020/239

⁹⁵ "Sanık Ramazan Altıntaş'ın 09.04.2016 tarihinde saat 20.00 sıralarında sevk ve idaresindeki 06 ZBM 63 plaka sayılı kapalı kasa kamyonet cinsindeki araç ile yanında bulunan akrabası ve arkadaşı olan tanıklar Hakan Ceylan ve Levent Yıldırım ile birlikte Ankara Kalesi'ne giderek viski içtikleri, sanığın ayrıca enerji içeceği de içtiği, saat 22.00 sıralarında yine sanığın sevk ve idaresindeki aynı araç ile Gölbaşı ilçesine gidip bir süre dolaştıktan sonra evlerine dönmek üzere tekrar yola çıktıkları, Konya Yolu üzerinde Gölbaşı istikametinden şehir merkezine doğru yerleşim yeri merkezinde, aydınlatmanın olduğu, görüşe engel bir durumun bulunmadığı, azami hız sınırının otomobiller için 82, kamyonet cinsi araçlar için 70 km/saat olduğu, dört şeritli, düz, kuru ve asfalt yolda seyir hâlinde olan sanığın, saat 23.47 sıralarında Dikmen Caddesi istikametine doğru sola dönüşün olduğu ışıklı kavşağa geldiğinde kırmızı ışık ihlali yaparak o esnada boş olan en sol şeritten hızlı bir şekilde geçmeye çalıştığı sırada, karşı yoldan gelen ve kendisine yanan yeşil ışıkla birlikte Dikmen Caddesine geçmek için sola dönüş yapan sürücü Gözde Çiçek'in sevk ve idaresindeki 06 BL 6993 plaka sayılı otomobilin sağ yan tarafına çarptığı, çarpışmanın etkisiyle her iki aracın da savrulduğu ve sürücü Gözde Çiçek'in aracının 25,7 metre ileride durduğu, saat 00.57'de onaylanan rapora göre sanığın 2,46 promil alkollü olduğu, araçta sıkışan sürücü Gözde Çiçek'in olay yerine gelen itfaiye ekiplerinin müdahalesiyle araçtan çıkartılarak ambulansla hastaneye kaldırıldığı ancak araç içi trafik kazası sonucu oluşan kafa ve genel beden travması ile buna bağlı olarak gelişen hemiparöz motoraks sonucu vefat ettiği olayda; daha önce 1,00 promilün üzerinde alkollü araç kullanıldığı gerekçesiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bulunan ve alkollü araç kullanması nedeniyle sürücü belgesi iptal edilen sanık Ramazan Altıntaş'ın, olay tarihinde de sürücü belgesi alkol sebebiyle iptal edilmiş olmasına rağmen sevk ve idaresindeki kamyonet cinsi araçla trafiğe çıktığı, sanığın kaza anında emniyetli sürüş yeteneğini olumsuz olarak etkileyecek ölçüde alkollü olduğu, sanığın kazadan hemen önce yolda bir iki aracı makas atarak geçtiği, ışıklı kavşağa yaklaştığı sırada hızını azaltmadığı gibi kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen durmayarak kavşaktan hızlı bir şekilde geçtiği, bu suretle kazanın oluşumunda asli ve tam kusurlu olduğu, başka bir kimsenin kusurunun olmadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Yerleşim yerinde bulunan ve gece vakti de olsa yoğun bir trafik akışı olan ışıklı kavşağa yaklaşan sanığın, kendisine kırmızı ışık yanması ve önündeki araçların durduğunu görmesine rağmen karşı istikametten gelip Dikmen Caddesine gitmek için sola dönüş yapacak araçların önüne çıkabileceğini öngördüğü hâlde hızlı bir şekilde o esnada boş olan en sol şeritten geçmesi ve muhtemel olan neticenin meydana gelmesi suretiyle o sırada Dikmen Caddesine geçmek için yeşil ışıkla birlikte sola dönüş yapan sürücü Gözde Çiçek'in sevk ve idaresindeki araca çarparak Gözde Çiçek'in ölümüne neden olması, kaza tespit tutanağı ve tanık ifadelerine göre fren yapmadığı ve hızını azaltmadığı sabit olan sanığın, öngördüğü muhtemel neticeyi engelleme çabasının ya da neticeyi göze almadığına dair bir davranışının bulunmaması, başka bir ifadeyle gerçekleşen muhtemel neticeye kayıtsız kalarak kabullenmesi, ayrıca somut olayın kanun koyucu tarafından ola-

mümkündür. Şiddet içeren oldukça tehlikeli hareketlerde ölüm neticesi çok yakın bir ihtimale ve ancak şans eseri gerçekleşecek bir tesadüfle ölüm meydana gelmeyecekse, olası kastın bulunduğu kabul edilmektedir⁹⁶. Ölümün gerçekleşmesi ihtimalinin olasılık değeri arttıkça, failin neticeyi istemediği iddiası zayıflamakta⁹⁷, dolayısıyla olası kastın varlığı benimsenmektedir. Ancak bu belirleme tek başına yeterli olmayıp, olaydaki tüm objektif ve sübjektif olgular ile failin lehine ve aleyhine durumlar ile birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir⁹⁸. Yargıtayın da kararlarında objektif ve sübjektif unsurları değerlendirdiği, tehlikeli hareketlerde ölüm neticesinin çok yakın ihtimal dahilinde olduğu hallerde olası kastı kabul ettiği söylenebilir⁹⁹.

Suçun temel şeklinde diğer sübjektif unsurlara ilişkin belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla suçun hangi saikle işlendiği temel suç tipinin oluşması açısından önemsizdir. Ancak suçun nitelikli şeklinde failin kan

sı kastın düzenlendiği madde gerekçesinde belirtilen örnek olaydaki gibi gerçekleştiğinin anlaşılması karşısında sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”, CGK, 02.07.2019, E. 2019/1-121, K. 2019/518;“sanığın kullandığı yaklaşık 6-7 metre boyunda, 2-3 metre eninde, tekne adı yazmayan seri numarası ACN 097 370 100 olan 150 BHP gücünde, “evinrude “ marka dıştan takma motora sahip beyaz renkli, 5 ya da 6 kişi kapasitesi olan fiber tekne ile yabancı uyruklu şahısları İldırı ve Karareis civarından aldığı, seyir sırasında teknenin kapasitesinin üzerinde insan taşınması ve olumsuz hava koşulları nedeniyle teknenin su aldığı, motorunun stop etmesi neticesinde alabora olduğu, teknede bulunan 9 kişinin sağ kurtarıldığı, 5’i çocuk 2’si kadın olmak üzere 7 yabancı uyruklu göçmenin ise suda boğularak öldüğü, teknenin alabora olması sırasında sanığın teknedeki atlayarak yüzmek suretiyle en yakın karaya ulaştığı, olaya müdahale eden görevli tanıkların ölenlerde can yeleğinin olmadığını; sağ kurtulan göçmenlerin ise soruşturma aşamasında verdikleri ifadelerde sanığın seyir sırasında can yeleğini giymelerine izin vermediğini, geminin batması üzerine can yeleklerini giydiklerini beyan ettikleri olayda; muhtemel tüm sonuçları öngörmesine rağmen öngördüğü sonucu kabullenerek yani olursa olsun diyerek fiili icra ettiği anlaşıldığından, sanık hakkında olası kastla öldürme suçundan dolayı mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, suç vasfından yanılığa düşülerek, sanıkların bilinçli taksirle öldürme suçundan dolayı yazılı şekilde cezalandırılmalarına karar verilmesi”, 12. CD, 23.09.2019, E. 2019/10783, K. 2019/9244.

⁹⁶ Bkz.: Hakeri, Ceza Hukuku, s. 240, 241.

⁹⁷ Heinrich, I, s. 193, 194.

⁹⁸ Bkz.: Hakeri, Ceza Hukuku, s. 241.

⁹⁹ “...sanığın tabancasını doldur boşalt yaptığı, daha sonra şarjörünü çıkardığı, sanığın tabancanın içerisinde mermi kalmadığı düşüncesiyle hareket ederek tetiğe bastığı ve tabancanın bu şekilde ateşlenmesi sonucu maktule isabet eden mermi çekirdeğinin ölümüne neden olduğu” olayda Yargıtay olası kastı kabul etmiştir: 1. CD, 10.09.2019, E. 2019/1948, K. 2019/3653. Yargıtay bir kararında da yere çömelip tabancasını dizine dayayarak havaya doğru ateş ettiği ve bu suretle arkadaşı olan kişinin öldüğü olayda olası kastı kabul etmiştir: 1. CD, 08.10.2019, E. 2019/1785, K. 2019/4171. Ayrıca bkz.: 12. CD, 23.09.2019, E. 2019/10783, K. 2019/9244.

gütme saikiyle, töre saikiyle, bir suç gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla işlenmesi cezanın daha fazla verilmesini gerektiren neden olarak kabul edilmiştir.

Kast için suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmesi gerekir. Dolayısıyla öldürdüğü kişinin insan olduğunu bilmesi gerekir. Yaptığı fiilden kişinin öleceğini veya ölebileceğini bilmelidir. Hata durumunda TCK m. 30/1 uygulanır. Örneğin ateş ettiği şeyin insan olduğunu gören kişi kasten hareket etmiştir. Ancak ateş ettiği şeyin insan olduğu noktasında bilgi eksikliği varsa, örneğin bir hayvana ateş ettiğini zannediyorsa kastın varlığı söz konusu değildir. Taksirli sorumluluk söz konusu olabilecektir. İnceleme konumuz suçun temel şekli açısından şahısta yanılma önem arz etmez. Nedensellik bağının bilinip bilinmemesi doktrinde tartışmalıdır. Hâkim olan görüş nedenselliğin de bilinmesi gerektiği yönündedir¹⁰⁰. Yeni düşünce sorunun kast sorunu olmayıp objektif isnadiyetle ilgili olduğunu ifade etmektedir. Eğer gerçekleşen durum neticenin faile onun eseri olarak isnad edilmesini engelliyorsa objektif isnadiyet söz konusu değildir. Kastla ilgili bir sorun mevcut değildir¹⁰¹. Burada faile netice isnad edilemeyeceğinden teşebbüsten dolayı sorumluluk tayin edilecektir. Eğer hareket tarafından yaratılan risk, neticede gerçekleştirilmişse netice faile objektif olarak isnad edilecektir¹⁰². Biz de burada sorunun objektif isnadiyetle ilgili olduğunu kabul ediyoruz. Öldürülmek için köprüden aşağıya atılan kişinin daha önce köprüünün demirlerine çarparak ölmesinde netice faile isnad edilecektir. Objektif isnadiyeti kaldıran kriterlerin ise bilinmesi gerekmemektedir. Gerçekleşmişse kişi hakkında uygulanır.

Kasten öldürmek için hareket eden kişinin mağdurun ölmemesi üzerine yardım etmemesi, olay yerinden ayrılması ayrı bir sorumluluk doğurmamaktadır. Ceza hukukunda bir hukuki değer ihlalinin aynı faile bir kez yüklenebileceği kabul edilmektedir. Aksi durumda hareketinden geri dönmeye yönelik hareketleri yapmayan her icrai failin aynı zamanda ihmali fail olarak cezalandırılacağı, bunun da kanunun sistematiği ile uyumlu olmadığı belirtilmektedir. Bir icrai hareketi yapan kişinin daha sonraki yardım etmeme şeklindeki ihmali müstakil cezalandırmaya yol açmamakta, sadece gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin uygulanmamasına neden olmaktadır.

¹⁰⁰ Türk hukukunda nedensellik bağının bilinmesi gerekmediğine ilişkin olarak bkz.: Centel/ Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukuku, s. 365.

¹⁰¹ Gropp, s. 164.

¹⁰² Jescheck/Weigend, s. 312.

Bir başkasını kasten vücut veya yaşamına yönelik bir tehlike durumuna sokan kimse ayrıca ihmalinden dolayı sorumlu olmaz. Dolayısıyla TCK m. 83 ve m. 98'den sorumluluk söz konusu olmaz. Kasten öldürme fiilini gerçekleştiren kişi meydana gelen sonuçtan kasti nedeniyle sorumlu olur, ayrıca ihmalinden dolayı sorumlu olmaz. Bir suçtan kişinin iki ayrı sebeple sorumlu tutulması söz konusu değildir. Dolayısıyla kasti bir hareketi, kasti bir ihmalin zamansal olarak takip etmesi halinde icrai hareket ihmali hareketi tüketmektedir. Bu hallerde öngelen tehlikeli eylemden dolayı neticeyi önleme (m. 83) ve yardımın ihmali suç (m. 98) uygulanmamaktadır¹⁰³. Yargıtay'ın belirlemesi de bu yöndedir¹⁰⁴.

¹⁰³ Geniş bilgi için bkz.: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı, s. 305 vd.

¹⁰⁴ “Ancak, oluşa ve dosya kapsamına göre, sanığın olay tarihinde mağdurun çalışmış olduğu pazar yerine geldiği, mağdura Mardinli ... tanıyormusun dediği, mağdurun tanıyorm demesi üzerine, mağdurdan kendisini onun yanına götürmesini istediği, mağdurun da işinin olduğunu, götürmeyeceğini söylemesi üzerine, sanığın mağdura “niye götürmüyorsun lan” diyerek saldırdığı, kavga ettikleri, sanığın olay sırasında üzerinde bulunan ancak ele geçirelemeyen bıçakla mağdurun göğüs bölgesine bir kez vurarak, mağduru kalbe ve toraksa nazif olacak şekilde yaraladığı ve olay yerinden kaçtığı, mağdurun almış olduğu darbe sonucu hayati tehlike geçirdiği olayda, hedef alınan vücut bölgesi ve meydana gelen yaralanmalar dikkate alındığında, sanığın eylemi ile ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu ve bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın 81, 35. maddeleri uyarınca kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen, suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde kasten yaralama suçundan hüküm kurulması; Bozmayı gerektirmiş olup, katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmediğinden, hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak (bozulmasına), 20/01/2015 gününde oybirliği ile karar verildi. 1. cd, 20.1.2015, e. 2013/5572, k. 2015/83; “kasti veya taksirli hareketi ile mağdurun yardıma muhtaç hale gelmesine neden olan kişi, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun faili olamaz. Failin, kendi davranışı ile yardıma muhtaç hale gelen mağdura yardım etmesi ya da durumu ilgili makamlara bildirmesi gerekir ise de, aksi davranışta bulunması halinde yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu oluşmaz. Bu durumda fail sadece kasten ya da taksirle işlediği suçtan veya koşulları oluştuğu takdirde TCK'nun 83. maddesindeki kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ya da TCK'nun 88. maddesindeki kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçlarından sorumlu olur. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Ölen ... ile sanık ...'in önceden birbirlerini tanıdıkları, olay akşamı ölenin elinde biralarla gelerek, aracının içerisinde alkol alan sanık ...'den kendisini gezdirmesini istediği, önce tanık Nihat'ın sanık ...'e ait araçla sanığı ve öleni gezdirdiği, bu esnada sanık ... ile ölenin bira içmeye devam ettikleri, daha sonra sanık ...'in önceden tanıdığı inceleme dışı sanık ...'yi telefonda arayarak kendisiyle birlikte olmak istediğini söylediği, tanık Nihat'ın aracı ...'nin kaldığı otelin yakınlarında durdurup yanlarından ayrıldığı, ölenin ise sanık ...'in yanından ayrılmak istemediği ve ...'yi kendisinin de tanıdığını belirtip beraber gezebileceklerini söylediği, ölenin evine uğrayıp bira için bir miktar daha para aldıkları, daha sonra sanık ...'nin kaldığı otele giderek buradan 5 şişe bira alıp arabaya döndükleri, yanlarına ...'yi de alıp beraber araçla gezmeye başladıkları, bir ara yemek yedikten sonra sanık ...'in kullandığı araç ile tekrar dolaşmaya, araç içerisinde bira içmeye devam ettikleri, ... ile cinsel ilişkiye girme düşüncesinde olan sanık ...'in jandarma veya polis baskınına uğramamak

Failin kasten yaralamayla hareket ettiği ancak ölümün meydana geldiği hallerde TCK m. 87/4 uygulanacak, kasten öldürme suçu söz konusu olmayacaktır. TCK m. 87'ün uygulanması için yaralamanın basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek bir yaralama olması gerekmektedir. Yargıtay kasten öldürmenin gerçekleşmediğini, kasten yaralamanın varlığını kabul ettiği olaylarda yaralamanın basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek olduğu ve mağdurda olan bir nedenin eklenmesi sonucunda ölümün meydana geldiği durumlarda m. 87/4'ten hüküm kurmaktadır¹⁰⁵.

için nispeten تنها bir bölge olan Bulduklı köyü civarındaki sulama kanalı boyunca devam eden toprak yolda ilerlediği ve toprak zeminle aynı seviyeye kadar suyla dolu olan, 4.9 metre derinliğindeki sulama kanalının 2.7 metre kenarına aracını park ettiği, aracın arka koltuğunda oturan ölenin ise uyuyakaldığı,'nin aracın arka koltuğunda sanık ...'le cinsel ilişkiye girme düşüncesiyle sanık ...'den öleni kaldırmasını istediği, ölene ismiyle hitap etmesine rağmen öleden ses gelmeyince sanık ...'in arabanın kanal tarafına bakan arka kapısını açtığı, öleni kolundan tutup dışarıya çıkardığı sırada, gerek alkolün gerekse uyku sersemliğinin etkisi altındaki ölenin kolunu sanığın elinden kurtarmak için hamle yaptığı sırada dengesini kaybederek içi su dolu kanala düşüp çırpınmaya başladığı, sanık ...'in ise ölene seslenip sudan çıkmasını istediği, ölenin akıntıya kapılıp kaybolduğu, olay yerinde bir süre daha bekleyen sanıkların arabayla olay yerinden ayrıldıkları, ilçe merkezine gelirken yolda aracı durdurup cinsel ilişkiye girdikleri, sanık ...'in diğer sanık ...'yi oteline bıraktıktan sonra saat 04.19'da ilçe jandarma komutanlığına durumu bildirdiği, yaklaşık bir gün sonra bulunan ölenin kanında 1.54 promil alkole rastlandığı ve ölümün suda boğulma sonucu meydana geldiği anlaşılan olayda; sanık ... aracını yolla arasında herhangi bir engel bulunmayan sulama kanalının kenarında durduktan sonra, öncesinde birlikte dolaşmış alkol almaları nedeniyle alkolün ve aracın arka koltuğunda uyuyakalması nedeniyle de uykunun etkisi altında olduğunu bildiği ölenin mevcut durumu itibarıyla dengesini sağlayamayıp sulama kanalının içine düşebileceğini ve boğulabileceğini öngörmesi gerekirken, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak öleni araçtan çıkarmak suretiyle taksirle hareket etmiş, gerek uyku sersemliğinin gerekse aldığı alkolün etkisi altında olan ölenin dengesini kaybedip sulama kanalına düşmesine ve ölümüne sebebiyet vermiştir. Öte yandan, sanığın öleni kolundan tutup araçtan dışarıya çıkardığı sırada ölenin kolunu sanığın elinden kurtarmak için hamle yapmasıyla nedensellik bağının kesildiğinden de söz edilemez. Zira ölüm olayı, sanığın taksirli hareketleri ile uyku sersemliğinin ve alkolün etkisi altında olan ölenin kolunu sanığın elinden kurtarmak için yaptığı hareketin birleşmesi sonucu meydana gelmiş olup nedensellik bağı ortadan kalkmamıştır. Bu nedenle, yerel mahkeme sanığın taksirle öldürme suçundan cezalandırılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu itibarla, Özel Dairenin bozma kararının sanık ... hakkında kurulan hüküm yönünden kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün katılanlardan sadece Ahmet vekil ile temsil edildiği halde, katılan ... lehine vekalet ücretine hükmolunması yerine, tüm katılanlar lehine vekalet ücretine hükmolunması isabetsizliğinden bozulmasına", CGK, 17.01.2017, E. 2014/252, K. 2017/5.

¹⁰⁵ "Kasten öldürme suçunda; uyuşmazlık; suçun vasıflandırılmasına ilişkindir. Somut olayda, yaşamsal tehlike yaratan isabetin bir adetle sınırlı kalması, diğer yaranın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir nitelikte olması, sanığın daha önceden arkadaşlık yaptığı ve olaydan sonra hastaneden taburcu olan maktûle aynı gün diğer sanıklarla birlikte geçmiş olsun zi-

Sapma durumunda hedeflenin dışında başka bir kişiye karşı gerçekleştirilen fiillerde bu kişi açısından kast veya taksirine gör belirlenme yapılır ve fikri içtima kuralları çerçevesinde sorun çözümlenir. Hedeflenin haksız tahrik altında öldürülmesi için hareket edildiğinde haksız tahrik sadece hedeflenen için uygulanır, sapma sonucunda gerçekleşen fiil açısından haksız tahrik hükmü uygulanmaz. Yargıtay'ın kabulü de bu yöndedir. Ancak doktrinde hedeflenin dışındaki kişi açısından da haksız tahrikin uygulanacağını kabul eden yazarlar bulunmaktadır. 765 sayılı Kanun döneminde de bu görüş çerçevesinde belirlenme yapılmaktaydı¹⁰⁶.

Kastın kanuni tanıtımda yer alan hangi haksızlığa yönelik olduğunun tespit edilmesi gerekir. Çünkü somut olayda kişi öldürme kastıyla da hareket edebilir, yaralama kastıyla da hareket edebilir. Örneğin kişinin ölmediği durumlarda yaralamadan mı sorumluluk tayin edileceğinin, yoksa öldürmeye teşebbüsten mi sorumluluk tayin edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Yine ölümün meydana geldiği olaylarda kasten yaralamadan mı ölümün meydana geldiğinin yoksa öldürme fiilinin mi söz konusu olduğunun tespit edilmesi gerekir¹⁰⁷. Kast hukuki bir konu olması nedeniyle ispata ihtiyaç göstermemekle

yaretine gitmesi, hava karardıktan sonra çıkan tartışma sebebiyle aniden gelişen ve hedef seçme olanağı da bulunmayan kavganın hareketli ortamında, aralarında öldürmeyi gerektirecek derecede önceye dayalı husumetleri olmayan maktul boğuşurken, yaralayan sanığın eylemini gerçekleştirirken öldürme kastıyla hareket etmediğinin kabulü gerekir. Yaralanan maktulün kendisinde mevcut kronik kalp hastalığının aktif duruma geçmesinden gelişen bir myokard infarktüsü neticesi ölmesiyle sonuçlanan olayda, yaralama kastıyla gerçekleştirilen eylemle ölüm sonucu arasında nedensellik bağı da bulunduğundan, sanık hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nun 87/4. maddesi uyarınca hüküm kurulması yerindedir. Bu nedenlerle, sanıklar öldürme kastıyla hareket etmediklerinden, sanığın eyleminin kasten yaralama sonucunda ölümüne sebep olma olarak kabulünde zorunluluk bulunmaktadır”, CGK, 27.12.2011, E. 2011/1-151, K. 2011/290.

¹⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 185.

¹⁰⁷ “sanığın arkadaşları olan tanıklar a ve o ile evinin önünde gece saat 01.30 sularında sohbet ederken, alkolü olan maktülün, yanında tanık h ile olay yerine geldiği ve sanığa “bir durum mu var” dediği, sanığın ise bir durum olmadığını, evinin önünde oturduğunu söylemesi üzerine maktülün “dağın evinize” dediği, çıkan tartışmada maktülün sanığa hakaret ederek yumruk attığı, sanığın da yumruk vurması neticesinde alkollü olan maktülün yere düşerek kafasını asfalt zemine çarptığı, kafatasında oksipital sağ yandan kaideye uzanan 12 cm kırık oluşarak beyinde meydana gelen subdoral ve subaraknoidal kanama sonucu beyin kontüzyonundan öldüğü tüm dosya kapsamından anlaşılmalıdır; sanığın eyleminin 765 sayılı TCK nun 452/1 maddesinde tanımlanan katil kastıyla olmayan darp neticesinde öldürme suçunu oluşturduğundan, lehe yasanın belirlenmesi bağlamında da 5237 sayılı TCK. nun 87. maddesinin 4. fıkrasının ilk cümlesi ile TCK . nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’unun 9.maddesi gereğince somut karşılaştırma yapılarak lehe olan yasanın belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir”, 1. CD, 2007, E. 2006/2117, K. 2007/2790.

birlikte, somut olayda failin ceza sorumluluğunu etkileyen şartların varlığıyla ilgili maddi olaylar ispata ihtiyaç gösterirler. Dolayısıyla da kastın tanımlanması ispat konusu değilse de somut olayda failin kastının öldürmeye mi yoksa yaralamaya mı yönelik olduğunun ispatlanması gerekir. Bir başka ifadeyle kastın kanuni tanımda yer alan hangi haksızlığa yönelik olduğu ispat sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁸. Kastın tipikliğin subjektif unsuruyla ilgili olması, iç olay, ruhsal durumla ilgili bulunması, fail ile işlediği fiil arasındaki manevi bağı ifade etmesi nedeniyle tespiti zorluk göstermektedir. Ancak şu belirtilmelidir ki, failin kastının hangi suçta yönelik olduğu somut olayın şartları göz önünde tutularak belirlenmelidir¹⁰⁹. Yargıtay belirlemelerde bazı ölçütler kullanılmaktadır¹¹⁰: Suç nedeni, mağdur ile fail arasında husumet

¹⁰⁸ Sözüer, s. 168.

¹⁰⁹ Erem, s. 298 vd. Yargıtay'ın bu konudaki ölçütleri için bkz.: Sözüer, s. 169 vd. "Oluşa ve dosya kapsamına, özellikle tanıklar göre; sanık ... ile maktul ... arasında olaydan yaklaşık bir yıl kadar önce gönül ilişkisi yaşandığı, ancak sanık ...'nın başka birisiyle evli olması nedeniyle ilişkiye devam etmek istemeyerek maktulden ayrılmak istediğini söylemesi üzerine, maktulün sanık ... ve ailesinin adres ve telefon bilgilerini internette uygunsuz sitelerde paylaştığı, sanık ...'nın birlikte yaşadığı ailesinin evine sıklıkla pasta, çiçek, tesisatçı ve saire göndererek uzun süre rahatsız ettiği, olay günü yine sanık ...'nin annesi Se.nın, kızı Ye.yi arayarak maktulün evlerine çiçek ve doğalgazcı gönderdiğini söylemesi üzerine sanık ...'nin babası ..., kardeşi sanık ..., dayıları olan sanıklar ..., ..., ... ve ile dayılarının işçileri ve arkadaşları olan sanıklar ..., ..., ... ile Ye.nin akrabası sanık ...'in bu hususu konuşmak üzere bir araya geldikleri, sanık ... aracılığıyla maktul ... Sa.nı olay yerine çağırdıkları, sanık ...'nin önden bir taksii ile olay yerine gittiği, arkadan diğer araçlarla sanıkların yanlarına sopalara, av tüfekleri ve sanık ...'in de ruhsatsız tabancasını alarak fikir ve eylem birliği içerisinde olay yerine gittikleri, burada maktulü görerek önce aracına saldırdıkları, maktulün kaçmaya çalışması üzerine arkasından av tüfeği ile ateş edildiği, ancak isabet etmediği, sanıkların birlikte hareket ederek maktulü kovaladıkları ve sopalarla darp ettikleri, bu sırada sanık ...'in tabanca ile maktulün çeşitli yerlerine ateş ettiği ve hep beraber olay yerinden araçlarına binerek uzaklaştıkları anlaşılan olayda; Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek öldürme fiili üzerinde ortak hakimiyet kurdukları, olay yerine giderken yanlarına av tüfekleri almış olmaları nazara alındığında kastlarının öldürmeye yönelik olduğunun anlaşıldığı, bu itibarla kasten öldürme suçuna TCK'nin 37/1. maddesi kapsamında katıldıkları ve fail olarak sorumlu tutularak anılan Kanun maddesi delaletiyle TCK'nin 81. maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde kasten yaralama suçlarından hükümler kurulması", 1. CD, 22.1.2020, E. 2019/1872, K. 2020/206.

¹¹⁰ Bu ölçütler hakkında bkz.: Artuk/Gökçen, Özel Hükümler, s. 57 vd.; Gökçen/Balcı, (2013), s. 37 vd.

bulunup bulunmadığı¹¹¹, husumetin nedeni ve derecesi¹¹² engel bir durum nedeniyle eylemine devam edip etmediği¹¹³, isabet alınan bölge (hayati tehlike oluşturup oluşturmadığı, hayati bölgeye isabet edip etmediği)¹¹⁴, hedef seçme

¹¹¹ “Nuri’nin, sanığın üzerinde bulunan mağduru tutup kaldırma biçiminde gerçekleşen müdahalesinin “engel neden” sayılamayacağı, mağdurla arasında ciddi bir husumet tespit edilemeyen sanığın tek bıçak darbesini vurduktan sonra, eylemini sürdürmek istediğini gösteren herhangi bir delilin bulunmadığı ve olayda o sırada edinilen kesici kısmı 10 cm uzunluğundaki bıçağın kullanılmış olması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; itiş-kakış ortamında mağdurun sol göğüs bölgesine vurularak hayati tehlike geçirecek düzeyde yaralanmasına yol açan bir bıçak darbesi tek başına öldürme kastının bulunduğu göstermeyeceğinden, yaralama kastıyla hareket e dildiğinin kabulünde zorunluluk vardır”, CGK. 31.3.2009,2008/1-248-2009/ 82.

¹¹² CGK, 12.03.2020, E. 2016/1-797, K. 2020/175.

¹¹³ “Sanık ve katılan arasında, olay öncesinde iki kez yumruklaşmaya varan kavga yaşanmış olması ve sanığın olay öncesinde bu nedenle katılanı aradığı, kaçamaklı savunmasında da belirttiği üzere karşılaştıklarında, 20-25 metre mesafeden 3 el ateş ettiği anlaşılmaktadır. Sanık, silahını kolluk görevlilerine boş olarak teslim etmiştir. Bütün bu hususlar nazara alındığında, sanık ve katılan arasında olay öncesinde kavgaya varan husumet bulunduğu, mağdura, elverişli vasıta niteliğindeki 9 mm’lik tabanca ile yine sonuç almaya elverişli mesafeden, hayati bölge niteliğindeki batın bölgesine yönelik olarak ateş ettiği, 3 el ateş ettikten sonra silahında mermi kalmadığı ve mağdurun yaralandığını gördükten sonra herhangi bir müdahalede bulunmadan ya da yardım istemeden olay yerinden ayrıldığı sabit olup, sanığın öldürme kastı ile hareket ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır; zira sanık, önceden aralarında bulunan husumet nedeniyle elverişli mesafeden, elverişli bir silah ile mağdurun hayati bölgelerini hedef seçerek, birden fazla kez ateş etmiş, mağdurun, bu atışlardan bir tanesinin isabet etmesi nedeniyle yaralanması üzerine ve silahında merminin bitmesi nedeniyle eylemine devam edememiş, onu olay yerinde bırakarak ayrılmıştır. Bu nedenle sanığın, sabit olan eylemine uyan, kasten öldürmeye kalkışma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, dosyadaki kanıtlara uymayan bir şekilde kasten yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsizdir.”, CGK, 02.03.2010, E. 2009/1-252, K. 2010/46.

¹¹⁴ “Sanıkların olay tarihinden önce maktul ve mağdurun ikamet etmekte olduğu mahallede bir kavgaya karıştıkları, olayın yargıya intikal ettiği ve ilgililer hakkında kamu davası açıldığı, ancak yerel mahkemece getirtilip incelenen evraklara göre mağdur ve maktulün bu olayla herhangi bir ilgilerinin bulunmadığı, olay gecesi sanıkların, tanıklarla birlikte bir aracın içinde alkollü olmakta olan mağdur ve maktulü gördükleri ve önceki olayı bahane ederek mağdur ve maktule sataştıkları, tanıkların ve kolluğun müdahalesi üzerine olayın büyümesinin önlediği, aynı gece aradan kısa süre geçtikten sonra sanıkların, yeniden maktul, mağdur ve tanıkların buldukları yere geldikleri, sanık Fatih Kılıç’ın ele geçirilemeyen, ancak sanık savunmaları ve tanık beyanları doğrultusunda yerel mahkemece odun olduğu ve silahtan sayıldığı kabul edilen sopayla önce maktulün kafasının arka bölgesine vurarak maktulü yere düşürdüğü, daha sonra da aynı sopayla maktulün kardeşi olan katılanın kafasına vurduğu, diğer sanıkların da aynı nitelikteki sopalarla mağdurun kafasına ve vücudunun çeşitli yerlerine vurdukları, mağdur ve maktulün yere düşmesi üzerine olay yerinden ayrıldıkları, tanıkların, mağdur ve maktulü evlerine götürdükleri, mağdur ve maktulün ertesi gün ailesi tarafından hastaneye kaldırıldıkları, maktulün olaydan on yedi gün sonra öldüğü, ölü muayene ve otopsi ile adli raporlar doğrultusunda, maktulün künt kafa travması sonucu öldüğü, kafatası iç yüzeyinde oksipital kemik orta hattın sol arka fosaysa ve oradan foramen

imkanının bulunup bulunmadığı¹¹⁵, darbenin şiddeti ve meydana getirdiği

magnuma uzanan ve çevresinde sonlanan kırık hattı görüldüğü ve sanığın eylemi ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu, mağdurun ise kafasına aldığı darbe sonucu hayati tehlike geçirecek ve vücudunda yaşam fonksiyonlarını ikinci derecede etkileyecek nitelikte kemik kırılmasına neden olacak şekilde yaralandığı sabit olup, sanıkların ilk tartışma olayının polislerce yatırılmasından kısa süre sonra, olay yerinden uzaklaşmak yerine, olayda kullanılan ve öldürücü nitelikte olduklarında kuşku bulunmayan sopalarla inşaat alanı olan, yakınında yerleşim yeri olmayan ve mağdur ile maktulün yardım istemelerine olanak bulunmayan olay mahalline gelmeleri, mağdur ve maktule vurarak yere düşürmeleri, yerde de vurmaya devam etmeleri, akabinde de olay yerinden kaçmaları, hedef alınan vücut bölgeleri, kullandıkları vasıta ve yaralanmaların nitelikleri ile darbelerin şiddeti birlikte değerlendirildiğinde, sanık Fatih Kılıç'ın maktule yönelik eyleminin kasten öldürme, her üç sanığın katılana yönelik eylemlerinin de kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla, Özel Daire bozma kararı yerinde olup, yerel mahkeme direnme hükmünün suç niteliğinin yanlışlığı belirlenmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.”, CGK. 18.09.2012, 2012/1- 941-2012/1780; “Oluşa ve delillere göre,sanığın hamile olduğunu bildiği eşinin batin bölgesine bıçağını sokarak hayati tehlikeye maruz kılıp,20 gün iş ve gücüne engel olacak şekilde yaralandığı olayda,suçta kullanılan aletin niteliği,hedef alınan vücut bölgesi,meydana gelen yaranın niteliği dikkate alındığında öldürme kastıyla hareket edildiği anlaşıldığı halde,öldürmeye teşebbüs yerine yaralama suçundan hüküm kurulması”, 1. CD, 27.12.2006, E. 2005/4813, K. 2006/6045.

¹¹⁵ “Geceleyin, kavganın hareketli ortamında, rastgele salladığı tek bıçak darbesi ile mağduru iç organ yaralanmasına neden olmayacak biçimde yaralayan sanığın hayati bölgeleri özellikle seçtiğine ve eylemini sürdürmesine mani bir hal bulunduğu dair kanıt da mevcut olmadığına göre, olayda yaralama kastı ile hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir”, CGK, 08.07.2008, E. 2008/1-88, K. 2008/184.

yaralanmanın mahiyeti¹¹⁶, suçta kullanılan silahın (aracın) niteliği¹¹⁷, kullanılış

¹¹⁶ “Sanığın mağdur katılanı bıçak ile batın sol alt kadranda yaklaşık 1 cm. genişliğinde ve 10 cm derinliğinde, sol meme üst kısmında yüzeysel kesi oluşturacak şekilde, büyük damar ve iç organ lezyonuna ve yaşamsal tehlikeye yol açmaksızın, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaraladığı olayda; mağdur katılanın sol göğsünden yüzeysel kesi oluşacak şekilde yaralanmasının kavganın hareketli ortamında mazur görülebilir olması ve yara yerinin, özellikle öldürücü bölgenin hedef alındığını göstermemesi, sanık ile mağdur katılan arasında daha öncesine dayanan ve öldürmeye gerektiren bir husumetin bulunmaması, sanığın eylemine engel hal olmaksızın son vermesi ve yaralanmanın mağdur katılanın yaşamını tehlikeye sokmaması karşısında, sanık hakkında silahla kasten yaralamak suçundan TCK m.86/1, 3-e uyarınca hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması” hususunu hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir.”, 1. CD, 09.12.2011, E. 2011/4961, K. 2011/7639; “Sanığın önceden tanımadığı ve olay nedeniyle tartışıp kavgaya tutuştuğunun olayı haber alarak kavgaya mahalline gelen oğlu katılanla arasında öldürmeyi gerektirecek herhangi bir husumet bulunmaması, darbedilen sanığın kalabalık kavgaya ortamında taşıma ruhsatlı silahı çıkarıp 5-6 metre mesafeden yaptığı atış sırasında bilinçli olarak katılanın yaşamsal bölgesini hedef aldığı konusunda kesin bir belirlemenin yapılamaması, sanığın tartışmaya başladığı ve kavgaya tutuştuğu kişi olan şahsı yaralama kastıyla bacağına sadece bir el ateş ettiği göz önünde alındığında olay yerine sonradan gelen şahsın oğlu katılana yönelik öldürme kastı taşıdığı kabulünün makul olmaması, katılana meydana gelen 2x2 cm ebadındaki sıyrığın basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olması, tanık olarak dinlenen şahsın Mahkemede sanığın olay sırasında katılanı hedef alarak ateş etmediği, sanığın ateş etmeyi kendi iradesi ile sonlandırdıktan sonra sanığın kolunu tutarak olay yerinden uzaklaştırdığı yönündeki beyanı, silahının şarjöründe sekiz adet dolu fişek olduğu hâlde sanığın, katılana yönelik tek atış yaptıktan sonra inceleme dışı katılanın bacağına hedefleyerek yine tek atış yapmakla yetindikten sonra ciddi bir engel olmaksızın eylemine kendiliğinden son vererek olay yerinden uzaklaşması hususları birlikte değerlendirildiğinde sanığın eyleminin kasten yaralama suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir”, CGK, 14.5.2019, E. 2017/1-1192, K. 2019/419.

¹¹⁷ “Maktul ve arkadaşlarının sanığın iş yerine gelip onunla tartışma ve kavgalaşması sonrasında işyerinin camlarını kırılmalarıyla gelişen olayın sanık yararına tahrik teşkil ettiği, bu halin olay tarihinden sonra yürürlüğe giren ve sanığın lehinde hükümler getirip tahrik indirimi nedeniyle öldürme suçuna ilişkin cezayı 12 yıl ile 18 yıl arasında belirlemeye elverişli olan 5237 sayılı Yasanın 29. maddesi kapsamında gerçekleştiği, işbu kıskırma sonrasında sanığın işyerinden aldığı bıçakla saldırması üzerine maktulün direnç göstermeden ve camı kırma eylemlerini sürdürme iradesi sergilemeden kaçtığı, böylece sanığın bıçaklı saldırı evresinin “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan hukuka uygunluk nedenleri” kapsamında çıkararak tahrik etkisinde karşı saldırı niteliğine dönüştüğü, yoğun beyanlara göre 1 metrelik yakın ve etkin mesafeden, bir kısım beyana göre ise daha fazla ancak 5 metreyi aşmayan uzaklıktan, muhabatım görerek, sonuç almaya yeterli ve etkin biçimde bıçağı fırlatıp sırt lomber bölgeden maktule isabet ettirdiği, bu isabetin tüm namlusu girecek ve sağ böbrek ile midayı delerek iç kanamaya sebebiyet verecek düzeyde olduğu, bu elverişlilik tahtında da beklenen ölüm hadisesinin gerçekleştiğinin netlik kazandığı, Aletin öldürücü nitelik ve nicelik taşıdığı, aletin kullanımının ölüm sonucunu sağlamaya elverişli tarzda yapıldığının, sanığın bu kullanım kararlılık ve iradesini sapıran, etkileyen ya da yönlendiren herhangi bir dış ve iç oluşum veya faktörden söz edilemeyeceğinin ve sonuç olarak da beklenen ölüm halinin gerçekleşmiş bulunduğu açıklik kazandığı ahvalde, derüni nitelikte olup failce saklanan kastın araştırılması ya da tahliline girilmemesi icap ettiği, konu maddi olayda da şekillenen bu tür oluşumlarda kastın; 765 sayılı TCY’nın 452 veya 5237 sayılı yeni TCY’nın 87/4. maddesine mümas “etkili eylem sonucu ölüme sebebiyet verme-kastı aşar nitelikte

şekli¹¹⁸, atış sayısı (darbe sayısı)¹¹⁹ ve atış mesafesi¹²⁰, failin suçtan önceki ve

insan öldürme” vasfında yorumlanamayacağı,” CGK. 30.01.2007,2006/1-347- 2007/19.

¹¹⁸ “Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; geceleyin, kavganın hareketli ortamında, rastgele salladığı tek bıçak darbesi ile mağduru iç organ yaralanmasına neden olmayacak biçimde yaralayan sanığın hayati bölgeleri özellikle seçtiğine ve eylemini sürdürmesine mani bir hal bulunduğu dair kanıt da mevcut olmadığına göre, olayda yaralama kastı ile hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir”, CGK. 8.7.2008, E. 2008/1-88; K. 2008/184; “Yaşanan kavganın, sanığın maktule husumet beslemesini ve onu öldürmek istemesini gerektirecek boyutta olmaması, zira kavgada yaralanarak asıl zarar gören ve kinlenen tarafın maktul ve arkadaşları olması, sanığın, maktulü bıçaklama anına kadar, ilk başta evde sayıca üstün oldukları da göz önüne alındığında, maktul ve arkadaşlarına yönelik herhangi bir saldırıda bulunmaması, sanığın ayağa kalktıktan sonra ani gelişen arbede sırasında, hareketli ortamda, elindeki bıçağı sallayarak tek bir öldürücü darbeye maktulü yaralaması, diğer 2 yaranın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olması, sanığın maktulün hayati önem taşıyan karın bölgesini hedef alarak hareket ettiğinin saptanamaması, engel bir neden olmadığı hâlde bıçakla saldırma kendiliğinden son vermesi, sanığın, arkadaşları kaçan ve yerde savunmasız şekilde yatan maktulü daha fazla yaralama ve bıçağı daha çok saplama imkânı varken, elindeki bıçağı tuvalet deliğine attıktan sonra odasından getirdiği gazlı bezi arkadaşına verip maktule tampon yapmasını söyleyerek maktulün ölümüne engel olmaya çalışması karşısında; sanığın olay öncesi, olay esnası ve sonrasındaki davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, öldürme kastıyla değil yaralama kastıyla hareket ettiği, yaralama eylemiyle maktulün ölümü arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşıldığından eyleminin kasten yaralama sonucu öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”, CGK, 26.06.2018, E. 2018/1-166, K. 2018/308.

sonraki davranışları, failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden

¹¹⁹ “Mağdurun taksicilik yapan ağabeyinin icra müdürlüğünce yapılacak haciz işlemi için icra heyetini sanık B.. D..’in ağabeyi İ. D..’in işlettiği Duranoğlu kasabına götürdüğü, İ.in haciz memuru ve alacaklıyı dükkana getiren Hidayet’e “sen mi getirdin bunları lan” demesi üzerine çıkan tartışmanın kavgaya dönüştüğü, kavga sonrasında H..., İ. ve M.. D..’in yaralandıkları, bu olay nedeniyle aynı gün tarafların Erzin Emniyet Müdürlüğüne götürüldükleri, emniyet müdürlüğünde ifade alma işlemlerinin devam ettiği sırada tarafların yakınlarının emniyet müdürlüğü etrafında toplandığı, iki grup arasında karşılıklı söz atma ve tehdit eylemlerinin yaşandığı, görevlilerin ikazları sonucunda tarafların emniyet müdürlüğü etrafından ayrılmakla birlikte çevrede bulunan kahvehanelerde beklemeye başladığı, soruşturma işlemlerinin tamamlanmasının ardından ilk olaya karışan şüphelilerden İ.’in emniyetten ayrılmasına müsaade edildiği, sanık B.. ile ağabeyi İ..’in birlikte yaya olarak emniyet müdürlüğünden çıktıkları, bir süre yürüdüktan sonra İsalı Köprüsü yakınlarında tanık H.. ile karşılaştıkları, tanık H..’in aracıyla onları dükkana bırakmayı teklif ettiği, tanık H..’in teklifi üzerine araca bindikleri, tanık H..’in aracıyla manevra yaptığı sırada mağdurun yanında açık kimlik bilgileri tespit edilemeyen şahıslarla birlikte tanık H..’in kullandığı aracın yanında durduğu, her iki araçta bulunan şahısların araçlardan indikleri, taraflar arasında başlayan tartışmanın kavgaya dönüştüğü, tarafların karşılıklı olarak birbirlerine saldırdıkları, kavgayı gören ve olay yerinin yakınında bir kahvede bulunan yakınlarınınada kavgaya dahil olmasıyla kavganın büyüdüğü, tanık polis memuru M....’in kavgayı ayırmak için müdahale edip silahıyla havaya ateş etmesi sonucu tarafların ayrıldığı, kavga sırasında sanığın bıçakla mağdura batına nafiz olacak şekilde bir kez vurarak kolon, ince bağırsak ve diafragma yaralanmasına ve yaşamsal tehlike geçirmesine neden olacak şekilde yaralandığı anlaşılan olayda;

Sanığın ifade işlemleri tamamlanan ağabeyini almak için emniyete gelip, ağabeyi ile birlikte yaya olarak emniyetten ayrıldıktan kısa bir süre sonra yolda karşılaştıkları tanık H.... aracına bindikleri sırada mağdurun aracıyla yanında arkadaşları olduğu halde olay yerine gelmesi üzerine aniden kavganın başlaması, sanığın ani gelişen hareketli kavga ortamında mağdurun hayati bölgesine bilerek ve isteyerek vurduğuna ilişkin kesin bir belirlemenin yapılamayışı, mağdurda tek bıçak darbesinin bulunması, yaklaşık otuz kişinin karıştığı karşılıklı kavgada sanığın mağdura vurduğu ilk darbe sonrasında öldürmeye yönelik sonucu elde ettiğini belirlemesinin mümkün olmayışı, oluşan yaralanma sonrasında sanığın eylemini devam ettirmek istediğini gösterir veya olay sırasında engel bir hal oluştuğuna ilişkin kesin delillere ulaşılamaması hususları birlikte değerlendirildiğinde sanığın eyleminin kasten yaralama olarak kabulü gerekmektedir.”, CGK; 10.03.2015, E. 2013/443, K. 2015/40. “Olaydan önce, mağdur Erdal’ın, sanık Mevlüt ‘ün oğlu olan tanık Yusuf’tan otuz yakın güvercin satın aldığı, birlikte zaman zaman güvercin uçurdıkları, olaydan iki gün önce mağdur Erdal’ın evde olmadığı bir zamanda güvercinlerinin çalındığı, mağdurun, Yusuf’tan şüphelendiği, olay günü yanında tanıklar Orhan ve Esat olduğu halde Yusuf’un yaşadığı köye giderek kahveden çağırdığı Yusuf u arabaya alarak köy dışına götürüp kuşlarını çalıp çalmadığını sorduğu, Yusuf un iddiaları kabul etmediği, mağdur ve yanındakilerin Yusuf u dövdükleri, getirip köyüne bıraktıkları, aynı gün akşam, mağdur Erdal’ın, yanına diğer sanıklar Şeref, Eyüp ve tanık Mehmet’i alarak, Yusuf’un köyüne gelerek, mezarlığın yanında buluştukları, Yusuf la konuşmaya başladıkları, burada mağdurun güvercinlerinin iadesini istediği, uluorta bağırarak küfürlü konuştuğu, olay yerine yakın alanda top oynayan aynı köyden tanık gençlerin, küfürlü konuşmadan rahatsız olduğu, mağdura ve yanındakilere tepki gösterdikleri, arabanın arkasından oturan sanık Eyüp’ün, av tüfeği ile havaya ve top oynayan tanık gençlerin üzerine doğru ateş ettiği, tanık gençlerin mağdurun arabasını taşıdığı, mağdur ve yanındakilerin araba ile kaçmak isterken sanık Mevlüt ‘ün, mahallinde yapılan kesifte saptandığı üzere, mağdur Erdal’ı hedef alarak sekiz buçuk metre mesafeden, saklandığı ağaçların arkasından tüfekle en az iki defa olmak üzere birden fazla ateş ettiği,

arabayı süren mağdurun saçma taneleri isabeti neticesinde sol kaşı üzerinden, frontalden, sol mandibuladan, sol oksipitalden, burnundan ve gözünden yaralandığı, sağ gözündeki yaralanmanın uzuv kaybı niteliğinde olduğu, mağdurun kullandığı araba üzerinde, şoför mahalinde yoğunlaşacak şekilde çok sayıda saçma izi meydana geldiği olayda ;

a) Atış sayısı, atış mesafesi, isabet yerleri, mağdurun arabayı hızla olay yerinden uzaklaştırması neticesinde sanığın eylemini tamamlayamaması gözetildiğinde açığa çıkan kastın öldürmeye yönelik olduğu, sanığın kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması gerektiği düşünülmeden yazılı şekilde kasten yaralama suçundan hüküm kurulması,

b) Mağdurun, sanığın oğlu Yusuf u hırsızlıkla itham edip, olay günü arabasına alıp köy dışına çıkartarak yanındaki tanıklarla dövmesi, aynı gün akşam kalabalık bir grupla tekrar köye gelerek uluorta bağırıp küfür etmesi nazara alındığında, hak ve nesafet kuralları gereğince haksız tahrik uygulamasında makul bir oranda indirim yapılması gerekirken yazılı şekilde asgari düzeyde indirim yapılması”, I.CD. 16.3.2009, 9710/1319; “Sanık Muammer ve Sedat’ın aralarında alacak-borç ilişkisi nedeniyle husumet bulunan mağdurun evinin önüne gittikleri, bir süre sonra mağdurun evine doğru geldiğini görünce sanıklardan Muammer’in tabanca ile etkili mesafeden altı-yedi el ateş ederek mağduru beş isabetle pubis, sağ kruris, sağ diz, sol uyluk bölgelerinden vurarak, bir testisin alınmasına, bu nedenle organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olacak şekilde yaralandığı, mağdurun giriş katta bulunan evinin balkonuna atlamak suretiyle daha fazla isabet almaktan kendini kurtardığı olayda, atış sayısı, hedef alınan vücut bölgeleri, kullanılan aletin özelliği, yaraların niteliği ve engel durumunun varlığı hususları dikkate alındığında, sanıkların fiiliyle ortaya çıkan kasıtlarının öldürmeye yönelik olduğu, bu nedenle öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmaları yerine yazılı şekilde suç vasfının yaralama olarak kabul edilmesi suretiyle eksik ceza tayini”, I.CD. 16.7.2009, 5422/4807; “Olay günü, gece saat 02.30 sıralarında alkol alarak dolaşmakta olan sanık ile ...’ın Alanya iskelesinde karşılaştıkları, sanığın tartışmaya başladığı’ın yüzüne yumrukla vurması sonucu kavga çıktığı,’ın arkadaşları olan mağdur ile tanık ...’ın kavgaya müdahale ettikleri sırada, sanığın üzerinde taşıdığı bıçağı çıkarıp sallamaya başladığı, bu esnada mağdurun batın üst bölgesine isabet eden tek bıçak darbesi sonucu karaciğer ve midesinden yaralanarak yaşamsal tehlike geçirdiği, yaşanan kavganın polis memurlarının gelmesi ile sona erdiği anlaşılan olayda; mağdurlar aralarında husumet bulunmayan sanığın ani gelişen hareketli kavga ortamında mağdurun hayati bölgesine bilerek ve isteyerek vurduğuna ilişkin kesin bir belirlemenin yapılamayışı, mağdurda tek bıçak darbesinin bulunması, mağdurun dahil olduğu tarafın sayıca daha üstün olduğu karşılıklı kavgada sanığın mağdura vurduğu ilk darbe sonrasında öldürmeye yönelik sonucu elde ettiğini belirlemesinin mümkün olmayışı, oluşan yaralanma sonrasında sanığın eylemini devam ettirmek istediğini gösterir kesin delillere ulaşılabilmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eyleminin kasten yaralama olarak kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, sanığın kasten yaralama suçundan mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkeme hükmü ve bu hükmün onanmasına dair Özel Daire kararı isabetli olduğundan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.”, CGK, 25.10.2016, E. 2016/843, K. 2016/379; “Oluşa ve dosya kapsamına göre; olay günü sinemadan çıkan sanığın, mağdurlar ile ters bakışma nedeniyle tartıştığı, tartışma sırasında sanığın, kavga ortamında rastgele savurduğu bıçakla mağdur G’yi biri toraksa nazif olup, sağ meme başında, sol ön kolda, omuzda, sağ koltuk altında, sağ glutea bölgelerine toplam yedi kez vurarak pnömotoraksa ve yaşamsal tehlike geçirmesine sebebiyet verdiği, sanığın, eylemine devam etmeden olay yerinden kaçtığı olayda; sanığın engel hal bulunmaksızın eylemine kendiliğinden son vermesi, yaşamsal tehlikeye yol açan yaralanmanın tek oluşu, diğer yaraların basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir oluşu, sanık ve mağdur arasında öldürmeyi gerektirir bir husumetin bulunmaması, öldürme kastını

dolayı mı son verdiği¹²¹ gibi ölçütler göz önüne alınmak suretiyle kasten

gösterir her türlü kuşkudan uzak, kesin ve yeterli kanıt bulunmamış olması karşısında; sanığın yaralama kastı ile hareket ettiğinin kabulü ile TCK m.86/1, 86/3-e, 87/1- d, 29, 62, 53 uyarınca hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin, öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması” bozmayı gerektirmiştir: 1. CD; 26.11.2012, E. 2009/8411, K. 2012/8682.

¹²⁰ Yakın mesafeden nişan alınarak ateş edilen ve bacağın üst tarafından yaralanmanın gerçekleştiği olayda Yargıtay öldürme kastını kabul etmiştir: “Sanığın öldürücü nitelikteki av tüfeği ile katılana yakın mesafeden nişan alarak ateş etmesi sonucu tüfeğin namlusundan toplu şekilde çıkan saçma tanelerinin katılanın bacağının üst orta kısmına isabet etmesi, av tüfeği ile yakın mesafeden bacağına yönelik yapılan atışlarda, toplu saçma girişi ile geniş doku ve kemik defekti yanında ana damar ve sinir paketinin tamamen parçalanıp ani ve fazla miktarda kan kaybı sonucu kısa sürede ölümün meydana geldiğinin bilinen veya bilinmesi gereken bir durum olması, olay yerinde bulunanların sanığa müdahale ederek elindeki tüfeği almaları hususları gözününe alındığında, sanığın kastının kasten öldürme suçuna yönelik olduğunun kabulü gerekir”, CGK, 02.07.2014 gün ve 134-344, İlhan/Erel/Fazla/Örer/Çakılı/Köse/Halitoğlu/Bozoğlu/Kurşun/Kır, s. 187.

¹²¹ “Sanığın kızı olan mağdure Sevil’in evli olan diğer mağdur Mehmet ile ilişkisini onaylamadığı, bu nedenle aralarında var olan sorunların çözülmesi için tanık olarak anlatımına başvurulmuş diğer kızı Sibel’in eşi ve çocuğu ile birlikte İzmir’den Burhaniye’ye geldiği, söz konusu ilişki nedeniyle aralarında konuşurken mağdurun asabi davrandığı ve sanık olan babasına kendisine karışmamasını söylediğinden sonra Mehmet’i eve çağırdığı, saat 02.00 sıralarında Mehmet’in de gelmesi ile tartışmanın büyüdüğü, mağdur Sevil’in “kimse bana karışamaz, kimseden izin alacak değilim” diyerek evli olan Mehmet ile birlikte gitmek üzere dışarı çıktığı, Mehmet’in de mağdurenin çocuğunu kucaklayarak arkasından takip ettiği, mağdurenin davranışlarına öfkelenen sanığın arkalarından gidip kesici kısmı 6.3 cm. sap kısmı 8.5 cm uzunluğunda bir çakı bıçağı ile Sevil’i hayati bölgelerini hedef alarak, batına nazif sol bölgede 3 cm, sol kolda 8 cm olacak, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek ve hayati tehlike geçirecek şekilde yaraladığı, Sevil’in göğsüne doğru yaptığı ikinci hamlenin diğer mağdur tarafından müdahale edilmesi sonucunda koluna geldiği, eylemine devam etmek isteyen sanığın gürlüğü nedeniyle olay yerine gelen tanık Sibel tarafından yere düşürülerek engellendiği ve Sibel’in elinden bıçağı almak için çabalaması nedeniyle hareketlerini sürdüremediği anlaşıldığından, sanığın kastının kızı olan mağdur Sevil’i öldürmeye yönelik olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda da, icra hareketlerine başladıktan sonra diğer mağdur Mehmet ve tanık Sibel tarafından engellenmesi nedeniyle icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması nedeniyle hedeflenen ölüm sonucunun gerçekleşmemesine göre eylemin kasten öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerekmektedir”, CGK. 26.02.2013, E. 2012/1-1558, K. 2013/72; “Sanık ... ile ağabeyi olan inceleme dışı sanık ...’ın, yanlarında bulunan tanıklar Aydın, Zeliha, Ayşe ve İsmahan ile birlikte H. Restoran adlı yerde gece vakti alkol alıp eğlendikleri sırada, maktul ... ve inceleme dışı sanık ... ile yanlarında bulunan tanıklar Ahmet, ..., Neşet, Cihan ve Gültekin’in saat 02.30 sıralarında H. Restorana gelerek sanık ve ağabeyinin oturduğu masanın hizasında birkaç masa ileriye oturdukları ve alkol almaya başladıkları, tanık...’ın, tanıklar İsmahan ve Aydın’ı tanıdığı için sanık ve ağabeyinin bulunduğu masaya giderek bir süre oturup sohbet ettiği, tanık...’ın masada bulunan kadınların arasına oturması nedeniyle sanık ... ile tanık...’ın arasında ufak bir sürtüşme yaşandığı, bu arada maktul ...’ın olaydan yaklaşık bir yıl öncesinde sanık ve ağabeyinin iş yerinden hırsızlık yaptığı iddiası nedeniyle duyduğu rahatsızlığı arkadaşı olan inceleme dışı sanık ...’ya anlatmaya başladığı, maktul ile Atilla’nın aşırı derecede alkollü oldukları, tanık...’ın sanık ve ağabeyinin masasından kalkıp kendi masasına gitmesinin hemen ardından maktul ve Atilla’nın, sanık ile ağabeyi Hakan’ın

öldürme veya kasten yaralamanın var olduğu sonucuna varılmaktadır¹²².

yanına giderek bu konuları konuşmak üzere dışarı çağırılmaları üzerine dördünün arka arkaya dışarı çıktıkları, konuşmaya başladıkları sırada maktulün elinde bulunan bardağı sanık ...'in başına vurmasıyla birlikte kavga çıktığı, maktulün sanık ...'e yönelik saldırısını yola taşıyacak şekilde ısrarla sürdürdüğü, tartışma sırasında sanık ...'in üzerinde taşıdığı çakı bıçağını eline alarak ucunu açtığı, bu arada cep telefonu da konuşmakta olduğu, kavga üzerine dışarıya çıkan şahıslardan tanık Ahmet'in maktulü tutarak uzaklaştırıp restoran içerisine girmesini sağladığı, bu arada Atilla ile Hakan arasında da kavga yaşandığı ve birbirlerini darbettikleri, bu esnada içeri giren maktulün eline almış olduğu rakı şişesiyle tekrar dışarı çıkarak sırtı dönük olan Hakan'ın arkasından yaklaşarak başına vurduğu ve Hakan'ın başının kanamasına neden olduğu, bir kenarda tanık Gültekin tarafından sakinleştirilmeye çalışılan sanık ...'in, ağabeyinin başına şişeyle vurulduğunu görmesi üzerine elindeki bıçakla birlikte hızla maktule doğru hamle yaptığı, ancak alkollü olmasının da etkisiyle dengesini kaybederek önce orada park hâlinde duran siyah renkli aracın ön kaputuna çarptığı, hemen toparlanarak sağ elinde bulunan cep telefonu ve bıçakla birkaç metre ilerideki ağabeyi Hakan ile maktulün buldukları yere geldiği, aralarında yaşanan arbede nedeniyle sanığın yine dengesini kaybettiği, bu sırada maktulün tekrar sanık ...'e yumruk savurduğu, siyah renkli aracın arka tarafıyla kaldırım arasında yere düşmekte olan sanık ...'in maktulü de sol eliyle kavraması üzerine kaldırım ile araç arasında sıkışarak birbirlerine sarılı vaziyette yere düştükleri, sanık ...'in yere düşerken ve düştükten hemen sonra üste çıkarak maktulün vücuduna hamle yaptığı, sanık ...'in ayağa kalkarak inceleme dışı sanık ...'nın üzerine yürüdüğü, maktulün ise araç ile kaldırım arasında yerde yığılı hâlde kaldığı, bir an için maktulün doğrulmaya çalıştığı, bunu gören sanık ...'in tekrar maktulün üzerine doğru giderek tekme atmaya çalıştığı ancak Hakan'ın araya girerek sanığa engel olduğu, kısa bir süre sonra tekrar yere yığılan ve hareketsiz kalan maktulün, göğüs boşluğuna nazik bir adet delici kesici alet yaralarının yol açtığı perikart, kalp ve akciğer yaralanması sonucu gelişen yoğun iç kanama ve hipovolemik şok nedeniyle öldüğü olayda; yaklaşık bir yıl önce maktul ...'in kendisine ait iş yerinden hırsızlık yaptığını düşünen sanığın, olay gecesi de restoranda karşılaştığı maktulle aralarında sürüşme yaşanması, maktul ...'in göğüs boşluğuna isabet eden öldürücü nitelikteki tek bıçak darbesinin yanında, adli raporlar ve otopsi tutanağında da belirtildiği üzere vücudunun pek çok yerinde darp cebir izinin bulunması, sanığın suçta kullandığı bıçağın öldürme suçunu işlemeye elverişli olması, kalp ve akciğerin hasar görmesi göz önüne alındığında sanık tarafından hedef alınan bölgenin hayatı bakımından önemi, olay yerinde bulunan tanıklar ile iş yeri çalışanları tarafından uzaklaştırılmaya ve sakinleştirilmeye çalışılan sanığın, ısrarla olay yerinden gitmeyip eline aldığı bıçağın ucunu açarak maktule doğru birçok kez hamle yapması ve bıçaklanan maktulün doğrulmaya çalışıldığını görmesi üzerine elinde bulunan bıçakla tekrar maktulün üzerine yürüyüp tekme atmaya çalışmak suretiyle saldırılarına devam etmesi, ancak kendisine ağabeyi Hakan'ın engel olması nedeniyle eylemine kendiliğinden son vermediğinin anlaşılması karşısında, sanığın olay öncesi, olay esnası ve sonrasındaki davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, öldürme kastıyla hareket ettiği ve eyleminin kasten öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.", CGK, 20.11.2018, E. 2018/293, K. 2018/542

¹²² CGK, 05.02.2019, E. 2015/1-705, K. 2019/59; "Sanığın katılanın amcası olduğu ve aralarında arazi anlaşmazlığı sebebiyle önceye dayalı husumet bulunduğu, olay günü sanığın katılana tabanca ile 2 el ateş ederek, karın bölgesinden bir mermi isabetiyle, peritona nazik, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olacak şekilde yaraladığı, kullanılan vasitanın elverişliliği, atış sayısı, atış mesafesi, meydana gelen yaralanmanın niteliği ve taraflar arasında önceye dayalı husumetin varlığı gözetilerek sanığın ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu, sanık hakkında kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması yerine, suç vasfında yanılığa düşülerek kasten yaralama suçundan hüküm kurulması...", 3.

CGK'na göre, “*Yargıtay Ceza Genel Kurulunun istikrar bulunan ve süregelen kararlarında da; suç nedeni, kullanılan aletin cinsi, kullanılış şekli, isabet alınan bölge, darbe adedi ve şiddeti, failin suçtan önceki ve sonraki davranışları, aradaki husumet, hedef seçme imkânının bulunup bulunmadığı, mağdurdaki yaraların yerleri ve nitelikleri, failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği gibi ölçütler esas alınmak suretiyle kastın saptanması gerektiği belirtilmiştir. Kastın belirlenmesi açısından her bir olayda kullanılması gereken ölçütler farklılık gösterebileceğinden, tüm*

CD, 26.01.2017, E. 2016/17788, K. 2017/636; “Dosya kapsamına göre, mağdurun sanığın kız kardeşiyle evli olduğu, olaydan önce tarafların bir lokantada bir araya geldikleri, alkollü ortamda başlayan tartışma sırasında yaşanan tartışmada mağdurun sanığı basit şekilde darp ettiği, ardından tarafların dağılarak gece saat 03.00 sıralarında evlerine gittikleri, sanığın evine vardığında mağdurun kardeşi olan eşi tanık....’den, mağduru öldüreceğini söyleyerek, kendisini bir bahaneyle eve çağırmasını istediği, bu istemi kabul etmeyen....’in, sanığın zorlamasıyla mağduru çağırmak zorunda kaldığı, bunun üzerine sanığın evin bahçesine saklanarak mağduru beklemeye başladığı, akabinde mağdurun gelmesiyle birlikte saklandığı yerden çıkıp, aniden karın bölgesine bıçakla kuvvetlice vurduğu mağduru, ince bağırsaklarının vücuttan çıkmasına, damar yaralanmasına ve hayati tehlikeye neden olacak şekilde yaraladığı, yaralanan mağdurun kaçmaya başladığı, sanığın bıçak ile mağduru kovalamaya devam ettiği olayda, suçta kullanılan aletin öldürmeye elverişliliği, hedef alınan vücut bölgesi, darbenin şiddeti, yaranın niteliği, sanığın fiilden önceki söz ve davranışları dikkate alındığında, eylemine bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu anlaşılan sanığın, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte değerlendirilerek öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması yerine, suç niteliğinde yanılığa düşülerek, yazılı biçimde kasten yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi...”, 3. CD, 09.02.2017, E. 2016/4159, K. 2017/1164; “Oluşa ve dosya içeriğine göre, mağdur ...’ın, saçlarının apaçı modelinde olduğu, suçta sürüklenen çocuk ...’ın, ...’a “Bizim mahallede böyle dolaşamazsın” demesi üzerine çıkan tartışmada ...’ı göğüs bölgesinden hemopnömotoraksa ve yaşamsal tehlike geçirmesine neden olacak şekilde tek bıçak darbesiyle yaraladığı olayda; Mağdurdaki yara sayısı ve niteliği, taraflar arasında öldürmeyi gerektirir ciddi bir husumetin bulunmaması, etkili bir engel hal olmamasına rağmen sanığın eylemine kendiliğinden son vermesi, mağdurun özellikle hayati bölgelerinin hedef alındığını gösterir somut delil bulunmaması karşısında suçta sürüklenen çocuğun kastının öldürmeye yönelik olmadığı, eylemin kasten yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeden kasten yaralama suçundan TCK’nun 86/1. maddesi uyarınca aynı Kanununun 3. ve 61. maddesindeki ilkeler gözetilerek neticeye etkili olacak biçimde temel bir ceza belirlenmek suretiyle hüküm kurulması yerine, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde çocuk yaştaki mağduru kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması...”, 1. CD, 13.02.2017, E. 2017/122, K. 2017/372, “kavga sırasında sanık ...’ın ...’i bıçak ile göbek üstünde, sağ böbrek üstünde ve sağ vertebral bölgede olacak şekilde 3 ayrı yerinden yaraladığı, sol pnömotoraksa, sol 11. kaburgada kırığa, ince bağırsakta ve dalakta yaralanması nedeniyle, mağdurun hayati tehlike geçirdiği, kırığın hayat fonksiyonlarına etkisinin hafif (1.) derecede olduğunun belirlendiği, mağdurun yaralanmasının ardından sanığın olay yerinden uzaklaştığı olayda, sanığın eyleme bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu anlaşılma, kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması yerine suçun niteliğinde hataya düşülerek yazılı şekilde yaralama suçundan hüküm kurulması”, 1. CD, 14.02.2017, E. 2017/32, K. 2017/406.

*bu olguların olaysal olarak değerlendirilmesi gerekmektedir*¹²³. Karardan

¹²³ CGK, 20.11.2018, E. 2018/293, K. 2018/542: “Sanık ... ile ağabeyi olan inceleme dışı sanık ...’ın, yanlarında bulunan tanıklar Aydın, Zeliha, Ayşe ve İsmahan ile birlikte Hayma Restoran adlı yerde gece vakti alkol alıp eğlendikleri sırada, maktul ... ve inceleme dışı sanık ... ile yanlarında bulunan tanıklar Ahmet,....., Neşet, Cihan ve Gültekin’in saat 02.30 sıralarında Hayma Restorana gelerek sanık ve ağabeyinin oturduğu masanın hizasında birkaç masa ileriye oturdukları ve alkol almaya başladıkları, tanık....’ın, tanıklar İsmahan ve Aydın’ı tanıdığı için sanık ve ağabeyinin bulunduğu masaya giderek bir süre oturup sohbet ettiği, tanık....’ın masada bulunan kadınların arasına oturması nedeniyle sanık ... ile tanık....’ın arasında ufak bir sürtüşme yaşandığı, bu arada maktul ...’ın olaydan yaklaşık bir yıl öncesinde sanık ve ağabeyinin iş yerinden hırsızlık yaptığı iddiası nedeniyle duyduğu rahatsızlığı arkadaşı olan inceleme dışı sanık ...’ya anlatmaya başladığı, maktul ile Atilla’nın aşırı derecede alkollü oldukları, tanık....’ın sanık ve ağabeyinin masasından kalkıp kendi masasına gitmesinin hemen ardından maktul ve Atilla’nın, sanık ile ağabeyi Hakan’ın yanına giderek bu konuları konuşmak üzere dışarı çağırılmaları üzerine dördünün arka arkaya dışarı çıktıkları, konuşmaya başladıkları sırada maktulün elinde bulunan bardağı sanık ...’ın başına vurmasıyla birlikte kavga çıktığı, maktulün sanık ...’e yönelik saldırısını yola taşacak şekilde ısrarla sürdürdüğü, tartışma sırasında sanık ...’in üzerinde taşıdığı çakı bıçağını eline alarak ucunu açtığı, bu arada cep telefonu da konuşmakta olduğu, kavga üzerine dışarıya çıkan şahıslardan tanık Ahmet’in maktulü tutarak uzaklaştırıp restoran içerisine girmesini sağladığı, bu arada Atilla ile Hakan arasında da kavga yaşandığı ve birbirlerini darbettikleri, bu esnada içeri giren maktulün eline almış olduğu rakı şişesiyle tekrar dışarı çıkarak sırtı dönük olan Hakan’ın arkasından yaklaşarak başına vurduğu ve Hakan’ın başının kanamasına neden olduğu, bir kenarda tanık Gültekin tarafından sakinleştirilmeye çalışılan sanık ...’in, ağabeyinin başına şişeyle vurulduğunu görmesi üzerine elindeki bıçakla birlikte hızla maktule doğru hamle yaptığı, ancak alkollü olmasının da etkisiyle dengesini kaybederek önce orada park hâlinde duran siyah renkli aracın ön kaputuna çarptığı, hemen toparlanarak sağ elinde bulunan cep telefonu ve bıçakla birkaç metre ilerideki ağabeyi Hakan ile maktulün buldukları yere geldiği, aralarında yaşanan arbede nedeniyle sanığın yine dengesini kaybettiği, bu sırada maktulün tekrar sanık ...’e yumruk savurduğu, siyah renkli aracın arka kafasıyla kaldırım arasında yere düşmekte olan sanık ...’in maktulü de sol eliyle kavraması üzerine kaldırım ile araç arasında sıkışarak birbirlerine sarılı vaziyette yere düştükleri, sanık ...’in yere düşerken ve düştükten hemen sonra üste çıkarak maktulün vücuduna hamle yaptığı, sanık ...’in ayağa kalkarak inceleme dışı sanık ...’nın üzerine yürüdüğü, maktulün ise araç ile kaldırım arasında yerde yığılı hâlde kaldığı, bir an için maktulün doğrulmaya çalıştığı, bunu gören sanık ...’in tekrar maktulün üzerine doğru giderek tekme atmaya çalıştığı ancak Hakan’ın araya girerek sanığa engel olduğu, kısa bir süre sonra tekrar yere yığılan ve hareketsiz kalan maktulün, göğüs boşluğuna nefiz bir adet delici kesici alet yarasının yol açtığı perikart, kalp ve akciğer yaralanması sonucu gelişen yoğun iç kanama ve hipovolemik şok nedeniyle öldüğü olayda; yaklaşık bir yıl önce maktul ...’in kendisine ait iş yerinden hırsızlık yaptığını düşünen sanığın, olay gecesi de restoranda karşılaştığı maktulle aralarında sürtüşme yaşanması, maktul ...’in göğüs boşluğuna isabet eden öldürücü nitelikteki tek bıçak darbesinin yanında, adli raporlar ve otopsi tutanağında da belirtildiği üzere vücudunun pek çok yerinde darp cebir izinin bulunması, sanığın suçta kullandığı bıçağın öldürme suçunu işlemeye elverişli olması, kalp ve akciğerin hasar görmesi göz önüne alındığında sanık tarafından hedef alınan bölgenin hayati bakımdan önemi, olay yerinde bulunan tanıklar ile iş yeri çalışanları tarafından uzaklaştırılmaya ve sakinleştirilmeye çalışılan sanığın, ısrarla olay yerinden gitmeyip eline aldığı bıçağın ucunu açarak maktule doğru birçok kez hamle yapması ve bıçaklanan maktulün doğrulmaya çalışıldığını görmesi üzerine elinde bulunan bıçakla tekrar maktulün üzerine yürüyüp tekme atmaya çalışmak suretiyle saldırılarına devam

da anlaşıldığı gibi ölçütlerin hepsinin gerçekleşmesi gerekmediği gibi, her olayda farklılık da gösterebilir. Bu ölçütlerin hepsinin bir olayda kullanılması da gerekmemektedir. Bazen birinin bazen birden fazlasının kullanılması mümkün olduğu gibi birden fazlasının gerçekleştiği olayda yaralamanın varlığı sonucuna da varılabilir. Ölçütler sınırlı sayıda olmayıp, başka kriterler de kullanılabilir. Her olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹²⁴. Örneğin olayda tek atış olmasına rağmen öldürme kastı belirlenebilir, birden fazla ateş etme imkanı bulunmasına rağmen ilk atıştan sonra devam edilmemesi durumunda da öldürme kastı olabilir¹²⁵. Olay gönüllü vazgeçme açısından değerlendirilme kapsamına girebilir. Yargıtay hedef gözeterek, yaşamsal bölgeye gerçekleştirilen fiillerde, yaralamanın da niteliğini göz önüne alarak öldürme kastını kabul etmektedir¹²⁶. Ancak yaralamanın basit tıbbi

etmesi, ancak kendisine ağabeyi Hakan'ın engel olması nedeniyle eylemine kendiliğinden son vermediğinin anlaşılması karşısında, sanığın olay öncesi, olay esnası ve sonrasındaki davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, öldürme kastıyla hareket ettiği ve eyleminin kasten öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”.

¹²⁴ Gökçen/Balcı, MÜHF-HAD, s. 130, 131; Gökçen/Balcı, (2013), s. 41; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 86-88; Tezcan/Erdem/Önok, 181, 182.

¹²⁵ Bkz.: Tezcan/Erdem/Önok, s. 182, 183.

¹²⁶ “Oluşa ve delillere göre, sanığın hamile olduğunu bildiği eşinin batın bölgesine bıçağını sokarak hayati tehlikeye maruz kılıp, 20 gün iş ve gücüne engel olacak şekilde yaraladığı olayda, suçta kullanılan aletin niteliği, hedef alınan vücut bölgesi, meydana gelen yaranın niteliği dikkate alındığında öldürme kastıyla hareket edildiği anlaşıldığı halde, öldürmeye teşebbüs yerine yaralama suçundan hüküm kurulması”, 1. CD, 27.12.2006, E. 2005/4813, K. 2006/6045. “Sanık ve katılan arasında, olay öncesinde iki kez yumruklasmaya varan kavgaya yaşanmış olması ve sanığın olay öncesinde bu nedenle katilini aradığı, kaçamaklı savunmasında da belirttiği üzere karşılaştıklarında, 20-25 metre mesafeden 3 el ateş ettiği anlaşılmaktadır. Sanık, silahını kolluk görevlilerine boş olarak teslim etmiştir. Bütün bu hususlar nazara alındığında, sanık ve katılan arasında olay öncesinde kavgaya varan husumet bulunduğu, mağdura, elverişli vasıta niteliğindeki 9 mm'lik tabanca ile yine sonuç almaya elverişli mesafeden, hayati bölge niteliğindeki batın bölgesine yönelik olarak ateş ettiği, 3 el ateş ettikten sonra silahında mermi kalmadığı ve mağdurun yaralandığını gördükten sonra herhangi bir müdahalede bulunmadan ya da yardım istemeden olay yerinden ayrıldığı sabit olup, sanığın öldürme kastı ile hareket ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır; zira sanık, önceden aralarında bulunan husumet nedeniyle elverişli mesafeden, elverişli bir silah ile mağdurun hayati bölgelerini hedef seçerek, birden fazla kez ateş etmiş, mağdurun, bu atışlardan bir tanesinin isabet etmesi nedeniyle yaralanması üzerine ve silahında merminin bitmesi nedeniyle eylemine devam edememiş, onu olay yerinde bırakarak ayrılmıştır. Bu nedenle sanığın, sabit olan eylemine uyan, kasten öldürmeye kalkışma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, dosyadaki kanıtlara uymayan bir şekilde kasten yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsizdir.”, CGK, 02.03.2010, E. 2009/1-252, K. 2010/46. “Oluşa ve dosya kapsamına, özellikle tanıklar göre; sanık ... ile maktul ... arasında olaydan yaklaşık bir yıl kadar önce gönül ilişkisi yaşandığı, ancak sanık ...'nın başka birisiyle evli olması nedeniyle ilişkiye devam etmek istemeyerek maktulden ayrılmak istediğini söylemesi üzerine, maktulün sanık ... ve ailesinin adres ve telefon bilgilerini

müdahaleyle giderilebilecek olduğu durumlarda ise, kullanılan araç, eylemi gerçekleştirmedeki ısrar, hayati bölgeye yakınlık, öldürmeye elverişli mesafe gibi özel bir takım nedenler bulunmadığı takdirde¹²⁷ öldürme kastını kabul etmediği görülmektedir¹²⁸. Ayrıca, sanığın ikrarı ya da diğer deliller de fiilin

internetinde uygunsuz sitelerde paylaştığı, sanık ...'nın birlikte yaşadığı ailesinin evine sıklıkla pasta, çiçek, tesisatçı ve saire göndererek uzun süre rahatsız ettiği, olay günü yine sanık ...'nın annesi Se.nin, kızı Ye.yi arayarak maktulün evlerine çiçek ve doğalgazcı gönderdiğini söylemesi üzerine sanık ...'nın babası ..., kardeşi sanık ..., dayıları olan sanıklar ..., ..., ... ve ile dayılarının işçileri ve arkadaşları olan sanıklar ..., ..., ... ile Ye.nin akrabası sanık ...'in bu hususu konuşmak üzere bir araya geldikleri, sanık ... aracılığıyla maktul ... Sa.nı olay yerine çağırdıkları, sanık ...'nin önden bir taksi ile olay yerine gittiği, arkadan diğer araçlarla sanıkların yanlarına sopalar, av tüfekleri ve sanık ...'in de ruhsatsız tabancasını alarak fikir ve eylem birliği içerisinde olay yerine gittikleri, burada maktülü görerek önce aracına saldırdıkları, maktulün kaçmaya çalışması üzerine arkasından av tüfeği ile ateş edildiği, ancak isabet etmediği, sanıkların birlikte hareket ederek maktülü kovaladıkları ve sopalarla darp ettikleri, bu sırada sanık ...'in tabanca ile maktulün çeşitli yerlerine ateş ettiği ve hep beraber olay yerinden araçlarına binerek uzaklaştıkları anlaşılan olayda; Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek öldürme fiili üzerinde ortak hakimiyet kurdukları, olay yerine giderken yanlarına av tüfekleri almış olmaları nazara alındığında kastlarının öldürmeye yönelik olduğunun anlaşıldığı, bu itibarla kasten öldürme suçuna TCK'nin 37/1. maddesi kapsamında katıldıkları ve fail olarak sorumlu tutularak anılan Kanun maddesi delaletiyle TCK'nin 81. maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, yanılığın değerlendirilme sonucu yazılı şekilde kasten yaralama suçlarından hükümler kurulması", 1. CD, 22.1.2020, E. 2019/1872, K. 2020/206; "Pazarıcılık yaparak geçimini sağlayan sanık ...'in evde olmadığı bir zamanda, eşi ...'nin mağdur ... ile görüştüğü sırada, durumun sanığın yakın akrabaları tarafından fark edilmesiyle İ.'in evden uzaklaştığı, ertesi gün sanık ve yakınlarının görüşmek üzere mağduru otogara çağırdıkları, burada sanık ...'in mağduru bıçakla hayati tehlike geçirmesine neden olacak şekilde yaralayarak öldürmeye teşebbüs ettiği, sanık ...'nin ise tekme ve yumruklarla katılan ...'u basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı olayda", 1. CD, 3.12.2019, E. 2019/3121, K. 2019/5339.

¹²⁷ "Dava, kasten öldürme suçuna ilişkindir. Katılanla aralarında önceye dayalı husumet bulunan sanığın trafikte karşılaştığında katılanın aracını ısrarla takip etmesi, sanığın öldürmeye elverişli mesafeden katılanın ölümüne mutlak gözle bakılacak hayati bölgelerine oldukça yakın olan koluna isabet etmesi, sanığın öldürmeye elverişli mesafeden ateş etmesi birlikte değerlendirildiğinde, sanığın sonuç alma veya eylemini sürdürme konusunda ciddi bir çaba içerisinde olduğu, olayın meydana geliş şekli bir bütün halinde dikkate alındığında, sanığın eyleminin katılana yönelik kasten öldürmeye teşebbüs suçu kapsamında bulunduğu ve sanık öldürme kastıyla ateş ettiğinden, atışları sırasında katılanın aracında meydana gelen hasar nedeniyle, fikri içtima hükümlerini düzenleyen TCK.nun 44. maddesi gözetilerek ağır cezayı gerektiren kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması gerekir", 4. CD, 9.7.2019, E. 2019/4514, K. 2019/12913.

¹²⁸ "Oluş ve tüm dosya kapsamına göre sanığın birlikte yaşadığı eski eşi ile arkadaşı olan mağdur arasında bir süredir devam eden ilişki bulunduğu, olay günü mağdurun sanıkla birlikten yanından ayrıldığı durumdan şüphelenen sanığın kendisine ait eve geldiğinde mağdur ve eski eşini uygunsuz biçimde gördüğü, mağdura çay bardağı fırlattıktan sonra alt kata inip bıçak aldığı, bu arada mağdurun ve sanığın eski eşiyile buldukları odanın kapısını kapatıp arkadan tuttuğu kapıda tekme darbesi ile delik oluşturan sanığın buradan mağdura bıçakla vurduğu, daha sonra mağdurun pencereden atlayıp kaçtığı, sanığın da elindeki bıçağı

belirlenmesinde göz önüne alınır. Failin kastının belirlenmesinde anlam ifade ediyorsa bunlar da fiilin belirlenmesinde dikkate alınacaktır¹²⁹. Doktrinde bazı yazarlar Yargıtay'ın kastla ilgili bazı kararlarında sorun bulunduğunu belirtmekte ve eleştirmektedirler¹³⁰.

Kastının bulunduğu tespit edilmekle beraber, bunun öldürmeye yönelik olduğu ispatlanamamışsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi nedeniyle fail yaralamadan dolayı sorumlu tutulmalıdır.

C. Hukuka Aykırılık

Yaşam hakkı en temel haklardan biri olmakla beraber bazı hallerde öldürme

peşinden fırlattığı ancak isabet ettiremediği, netice itibarıyla mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı anlaşılan olayda; sanığın öldürme kastı ile hareket ettiğine dair her türlü kuşkudan uzak, yasal ve yeterli delil bulunmadığı gözetilerek kasten yaralama suçundan TCK'nun 86/2-3-e maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine yanlış değerlendirme sonucu kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması, hatalıdır", 1. CD, 11.5.2016, E. 2016/1581, K. 2016/2509; "Sanık ... hakkında mağdur ...'a yönelik olarak nitelikli yağma suçundan iddianamede yer alan TCK'nin 149/1-a-c-h şeklindeki sevk hakkında her zaman değerlendirme yapmak mümkün görülmüştür. 24.05.2015 günü gece vaktinde fırına yağma amacıyla giren sanıkların kendilerine engel olmaya çalışan fırında görevli mağdur ...'i karnından ve göğsünden bıçaklayarak hayati tehlike geçirmesine neden olacak şekilde yaraladıkları ve akabinde sanıkların fırının önünde duran mağdur ...'in boğazına bıçak dayayarak 130 TL parasını aldıkları ve mağdur ...'i başından ve bacaklarından basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaraladıkları anlaşılan olaylarda, mağdur ... 'e yönelik eylemde TCK'nin 35. maddesiyle yapılan uygulama sırasında meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte gözetilerek makul bir ceza tayini yerine yazılı şekilde 15 yıl hapis cezasına hükmolunması suretiyle eksik ceza tayini ve mağdur ... 'e yönelik eylemde yağma suçunun üç nitelikli halinin oluşması gözetilerek alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayini yerine yazılı şekilde 10 yıl hapis cezasına hükmolunması suretiyle eksik ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. SONUÇ : Toplanan deliller karar yerinde incelenip, 23.05.2015 tarihinde sanıklar ... ve ...'ın mağdur ... 'a karşı nitelikli yağma suçlarının, 24.05.2015 tarihinde sanıklar ..., ... ve ...'ın mağdur ...'a karşı nitelikli yağma, mağdur ...'e karşı nitelikli kasten öldürmeye teşebbüs suçlarının, sanıklar ... ve ...'ın mağdur ...'a karşı nitelikli yağma suçlarının ve sanık ...'ın müşteki ...'e karşı nitelikli kasten yaralama suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, yağma suçları açısından etkin pişmanlığa ilişkin cezayı azaltıcı sebebin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde eleştiri nedenleri dışında bir isabetsizlik görülmediğinden, sanık ... müdafinin gerekçeli temyiz dilekçelerindeki ve duruşmalı incelemedeki sübuta, vafsa ve sanık Savaş'ın iştirak iradesi göstermediğine, sanık ... müdafinin gerekçeli temyiz dilekçelerindeki ve duruşmalı incelemedeki sübuta, vafsa, haksız tahrike ve delillerin usule aykırı bir biçimde toplandığına ve sanık ... müdafinin sübuta yönelen ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddiyle, hükümlerin tebliğnamedeki düşünceye kısmen aykırı olarak ONANMASINA"; 1. CD, 4.6.2020, E. 2019/3879, K. 2020/1160;

¹²⁹ Gökçen/Balcı, MÜHF-HAD, s. 130, 131.

¹³⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 88.

fiilin gerçekleştirilmesi hukuka uygun olabilmektedir. Bir başka ifadeyle kasten öldürme suçunda hukuka uygunluk nedeni gerçekleşebilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde, herkesin yaşam hakkının yasayla korunduğu, yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemeyeceği belirtilmektedir. Ancak ölüm, şu belirtilen durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, yaşama hakkının ihlali sayılmamaktadır: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.

Anayasanın 17. maddesinde de herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenmiş, meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkraya hükmünün ihlali sayılmamaktadır.

Yukarıda belirtilen her iki düzenlemede yer alan hükümler meşru savunma ve görevin ifası kapsamında hukuka uygunluk nedenlerini düzenlemektedir. Burada konu başlığınıza bağlantılı olarak silahın veya gücün kullanılması üzerinde durulacaktır. Devletin belirtilen durumlarda meydana gelen ölümden sorumlu tutulmaması için, gücün veya silahın belirli sınırlar içinde, meşru amaçlarla orantılı biçimde kullanılması gerekmektedir. Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrası, güç kullanımını mutlak zorunlu olanı aşmamak şartıyla hukuka uygun kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2. fıkradaki “mutlaka gerekli olandan fazla olmama” şartını, “mutlaka gereklilik” ve/veya “orantılılık” kavramlarıyla incelemektedir. Dolayısıyla Mahkemeye göre, devlet bir olayda görevliler tarafından kullanılan gücün “mutlaka gerekli” olduğunu ve sonra bu gücün meşru amacın gerçekleştirilmesiyle “orantılı” olduğunu kanıtlamak durumundadır. Sorun somut olaya göre değerlendirilecektir. Aniden gelişen bir olay sırasında güç kullanılmasını etkileyen faktörler ile planlı bir operasyon sırasında güç kullanılmasını etkileyen faktörler farklı olabilecektir. Bir operasyon sırasında güç kullanılması söz konusuysa, sadece güç kullanmış devlet görevlilerinin

eylemleri değerlendirilmemekte, ayrıca bu eylemlerin planlanmasını ve denetlenmesini içeren tüm koşullar dikkate alınmaktadır¹³¹. *Nachova ve Diğerleri v. Bulgaristan [BD]* kararına konu olan olayda, hırsızlık suçlarından hüküm giyen iki asker 15 Temmuz 1996'da çalıştıkları inşaat sahasından kaçarak bunlardan birinin büyükannesinin evine giderler. İkisi de silahlı değildir. Bu iki askeri yakalamak üzere bir binbaşı komutasında dört kişilik ekip kurulur. Ekibi kuran albay, ekibe “kurallara uygun şekilde” tabancalarını ve otomatik tüfeklerini taşımaları ve kurşun geçirmez yelek giymeleri gerektiğini söyler. Ayrıca aktif suçlu oldukları, onların yakalanması için gerekli her türlü araca başvurmaları yönünde talimat verilir. Ekip büyükannenin evine geldiğinde, iki asker kaçmaya çalışmıştır. Teslim olmadıkları halde ateş açacağı konusunda onlara uyarı yapıldıktan sonra binbaşı otomatik tüfeğini kullanarak onları öldürmüştür. Soruşturma açılmış, binbaşının yönetmeliğe uygun davrandığı, iki askeri birkaç defa uyardığı ve havaya ateş açtığı, kaçma tehlikeleri olduğundan, yalnızca teslim olmadıkları için onları vurduğu ve onları ölümcül şekilde yaralamaktan kaçınmaya çalıştığı belirtilerek kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ateşli silahların kullanılmasına ilişkin mevzuatın silahlı kuvvetlerin bir üyesini en ufak bir suç için dahi kişiyi yakalarken ölümcül güç kullanımına fiilen izin vermesini ciddi endişe yaratan bir durum olarak ifade etmektedir. Düzenlemelerin yetersiz ve yeterli kanuni korumaya sahip olmadığını belirtmiştir. Ayrıca operasyonu planlayan yetkililer, kaçakların silahsız oldukları ve yaşama veya beden bütünlüğüne karşı bir tehlike oluşturmadıklarını dikkate almaksızın, yakalayacak olan görevlilere her türlü vasıtayı kullanma talimatı vererek, ölüm riskini asgariye indirme yükümlülüklerine uygun davranmadıklarını belirtmiştir. Son olarak da operasyona katılan görevliler, askeri olmayan işlerde çalıştırılan bu iki askerin çalıştıkları yerden şiddet kullanmadan firar ettiklerinin, şiddet suçlarından sabıklarının bulunmadığının, silahlı olmadıklarının, kendilerini yakalamaya gelen görevlilere veya üçüncü kişilere karşı tehlike oluşturmadıklarının farkında olmalıydılar. Her halükarda silah kullanan görevli, bu kişilerin silahlı olmadıklarını ve tehdit edici davranışlarda bulunmadıklarını gözlemlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, bu kişilerin kaçma riski olsa bile, Sözleşme'nin 2. maddesi kendilerine karşı potansiyel olarak öldürücü güç kullanılmasını yasaklamaktadır. Bu kişilere karşı güç kullanılması mutlaka gerekli değildir. Mahkeme ayrıca, güç kullanan görevliyi aşırı güç kullanması nedeniyle eleştirmiştir. Çünkü bu kişileri

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Doğru, s. 64 vd.

yakalamak için başka yollar vardır. Görevlilerin jipi vardır, olay küçük bir köyde gün ortasında meydana gelmiştir. Kaçakların nerede bulunabilecekleri bilinmektedir. Görevli tabanca taşıdığı halde otomatik hale getirdiği tüfeğini kullanmıştır. Kaçaklardan birinin göğsünden vurulmuş olması konusunda da ikna edici bir açıklama getirilmemiştir. Bu kişinin son anda teslim olmak için döndüğü sırada vurulmuş olması muhtemeldir. Bu nedenlerle kullanılan güç orantılı da değildir. Sözleşmenin ikinci maddesi ihlal edilmiştir¹³². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasında gösterilen amaçlarla güç kullanılmasını değerlendirirken, o sırada sağlam gerekçelerle geçerli görünen samimi bir inanca dayanıp dayanmadığına da bakmakta, daha sonra bu inancın hatalı olduğu anlaşılrsa bile, bu madde bakımından haklı görülebileceğini kabul etmektedir. Aksini düşünmenin devlete ve kolluğa görevlerini yaparlarken, belki de kendilerinin ve diğerlerinin yaşamlarına zarar verebilecek gerçekçi olmayan bir külfet yüklemek olduğunu ifade etmektedir¹³³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem kasten gerçekleştirilen yaşam ihlallerini hem de taksirle gerçekleştirilen yaşam ihlallerini 2. madde kapsamında kabul etmekte, taksirle işlenen fiillerin kabul edilebilir olduğunu görebilmekte, ancak bu halde yaşamı koruma yükümlülüğü açısından değerlendirme yaparak belirleme yapmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, yaşamdan yoksun bırakmanın haklı görülebileceği haller dar yorumlanmalıdır. Bu bağlamda ulusal hukuk uygulanırken Sözleşme ve BM belgeleri dikkate alınacak olursa, tüm haklara yönelik saldırılara karşı değil ama sadece kişinin yaşamına veya maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir saldırıya karşı öldürücü güç kullanılabileceği kabul edilebilir. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 2/2. maddesi öldürmeye izin vermemekte, istenmeyen sonuç olarak yaşamdan yoksun kalma sonucu doğurabilecek güç kullanılmasına izin verilen durumları göstermektedir¹³⁴. Elinde silah olmayan, yakalayacak kişinin hayat ve beden bütünlüğünü tehdit etmeyen, şiddetli suç işleme şüphesi altında olmayan bir kişinin yakalanma imkanının kaybedilmesine yol açacak olsa bile yaşamın tehlikeye sokulmasının meşru sayılamayacağı kabul edilmektedir¹³⁵. Kişilerin şiddet suçları işlemiş olduklarına ve tehlikeli kişiler olduklarına ve yakalanmamaları halinde telafi edilemeyecek zararlı sonuçlar

¹³² <https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2020/03/nachova-ve-digerleri-bulgaristan.pdf>; Nachova ve diğerleri/Bulgaristan [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, 6/7/2005, § 105, 106, 107; Doğru, s. 115, 116.

¹³³ Doğru, s. 66.

¹³⁴ Doğru, s. 78, 61, 51, 48.

¹³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 188.

meydana geleceğine inanmaları için bir neden bulunmadığı durumlarda silah kullanılması 2. maddenin ihlali olarak görülmektedir. Mahkeme belirtilen koşullarda, polislin gece yarısı yağmurdan kayganlaşmış zeminde elde tabanca kaçakların arkasından koşmakla bu kişilerin hayatını tehlikeye attığı kanaatine ulaşmaktadır. Yakalama için hareket edilen hallerde yaşamın korunması için gereken tedbirlerin alınması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁶.

Hukukumuz açısından görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında özellikle PVSK'daki silah kullanma yetkisi üzerinde durulacaktır. Bazı kanunlarda silah kullanma yetkisine ilişkin belirlemeler bulunmaktadır. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 22. maddesi¹³⁷, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 11. maddesi¹³⁸ (aynı zamanda PVSK m. 25¹³⁹), Terörle Mücadele Kanununun ek 2. maddesi¹⁴⁰, Polis Vazife Salahiyet Kanununun 16. maddesi bunlardan bazılarıdır. Meşru savunma durumunda ister kanunlarda düzenleme olsun isterse olmasın herkes gibi kolluğun da silah kullanma yetkisi¹⁴¹ bulunmaktadır. Bu durumda ilgili kanun hükümlerine gitmeden meşru savunmanın şartları içinde değerlendirme yapmak gerekmektedir. Bunun dışındaki hallerde ilgili kanunlarda yer alan düzenlemelerin belirlediği sınırlar içinde yetki kullanılmalıdır. Örneğin PVSK

¹³⁶ Alikaj ve Diğerleri v. İtalya kararı için bkz.: Doğru, s. 54-56.

¹³⁷ 22. madde, “(1) Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek isteyen kişiye “dur” uyarısında bulunulmasına rağmen bu uyarıya uymaması halinde, havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Ancak silâhla karşılığa yeltenilmesi ve sair surette meşru müdafaa durumuna düşülmesi halinde, yetkili memurlar saldırıyı etkisiz kılacak oranda doğrudan hedefe ateş edebilir. Memurların silâh kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, bağlı bulunduğu kurum tarafından avukat sağlanır ve avukatlık ücreti kurumlarınca karşılanır. (2) Kaçakçılığı önleme, izleme ve araştırmakla yükümlü olanlar, gümrük bölgesindeki her nevi deniz araçlarına yanaşıp yük ve belgelerini incelemeye yetkilidir. Görevlilerin yanaşmasına izin vermeyerek kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden her nevi deniz araçlarına uluslararası deniz işaretlerine göre telsiz, flama, mors ve benzeri işaretlerle durması ihtar olunur. Bu ihtara uymayan deniz araçlarına uyarı mahiyetinde ateş edilir. Buna da uymayıp kaçmaya devam ettiği takdirde durmaya zorlayacak şekilde üzerine ateş edilir.”

¹³⁸ 11. madde, “–Jandarma, kendisine verilen görevlerin ifası sırasında hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği olarak kanunlarda öngörülen silah kullanma yetkisine sahiptir.”

¹³⁹ 25. madde, “Polis teşkilatı bulunmayan yerlerde il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanları bu kanunda yazılı vazifeleri yapar ve yetkileri kullanırlar”.

¹⁴⁰ Ek madde 2, “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda “teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılabilecek ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.”

¹⁴¹ Kolluk ve silah kullanma yetkisi ile ilgili olarak bkz.: Cin, s. 665 vd.

m. 16'da (7. ve devamı fıkraları), Polisin,

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direniş kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde,

d) Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu olarak bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde” silah kullanmaya yetkili olduğu belirtilmektedir. Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında, yani hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde kolluk silah kullanmaya yetkilidir. Ancak bu durumda polisin önce kişiye duyabileceği şekilde dur çağrısında bulunması, çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde ise uyarı amacıyla silahla ateş etmesi, buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silah kullanması gerekir. Dolayısıyla silahın son çare olarak kullanılması söz konusudur. Yakalama yetkisi çerçevesinde silah kullanılması durumunda meşru savunma hali söz konusu olmadığı için kişinin yakalanmasını sağlayacak ölçüde silahın kullanılması gerekir. Silah kullanmayla ilgili olarak dikkat edilmesi gereken nokta, ilgili düzenlemelerde getirilen kurallara ve sınırlamalara uyulması gerekmektedir. Beraber meşru savunma ile bunun dışındakileri ayırmak gerekir. Eğer meşru savunma kapsamına giren bir durum varsa şartları içinde saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde meşru savunma şartları içinde silahın kullanılması hukuka uygunluk teşkil edecektir. Diğer hallerde ise ilgili düzenlemelerde belirtilen şartlar dahilinde silah kullanılması gerekmektedir birlikte bazı hususlara dikkat edilmelidir. Bir kere silah kullanmak durumunda kalınan kişinin çocuk veya yetişkin olmasının göz önüne alınması gerekir. Çocuklarda özgürlüğü kısıtlamak son çare olduğu için (Çocuk Koruma Kanunu m. 4/1-i) kaçan çocuğun özgürlüğünün kısıtlanmasını sağlamak için silah kullanılmasının tercih edilmemesi gerekir. Dur ihtarının yapılması,

havaya ateş edilmesi söz konusu olabilir, ancak çocuğa karşı silahla ateş edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Çok çok istisnai durumlarda uygulanması gerekir. Yetişkinlerde kabul ettiğimiz esaslar çocuklarda çok daha sınırlı kullanılmalıdır. Yetişkinlerde de kişinin yakalanması için dur ihrarı, havaya ateş edilmesi mümkündür. Ancak yakalanmamaları halinde telafi edilmeyecek zararlı sonuçlar ortaya çıkmayacaksa, tehlikeli olduklarına ve şiddet suçlarını işlediklerine ilişkin durum yoksa silah kullanılmaması gerekir. Kaçmakta ısrar etmesi nedeniyle ele geçirilmesinin mümkün olmaması, yakalanma imkanının kaybedilmesi yaşamını tehlikeye sokacak şekilde silah kullanılması için yeterli olmaması gerekir. Tersî durumda silah kullanılabilir, ancak bu takdirde de yakalanmalarını sağlamak amacıyla yakalanmalarını sağlayacak ölçüde kullanılması gerekir. Burada da kişiyi öldürecek şekilde ateş edilmesi söz konusu değildir¹⁴². Bu ölçünün aşılması durumunda ise hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılması çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır¹⁴³.

Yargıtay görevin yerine getirilmesiyle bağlantılı olarak sınırın kasten aşılmasının söz konusu olduğu olaylarda, m. 27/1'in uygulanmasını kabul etmemekle birlikte failin kastının yaralamaya yönelik olduğu nitelendirmesini yapmakta ve netice sebebiyle ağırlaşan suçtan (TCK m. 87/4) hüküm kurulmasını kabul etmektedir¹⁴⁴. Ancak sınırın aşılmasında kişinin taksirinin

¹⁴² Silah kullanma yetkisi hakkında geniş bilgi için bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 335 vd.

¹⁴³ “Görevli ve yetkili bulunan polis memuru sanık ve arkadaşlarının, bir gün önce görevli buldukları mülki sınırlar içinde işlenen suç gasp suçu nedeniyle aranan maktul ve arkadaşlarına rastlayıp, onları yakalamaya çalışmaları üzerine, maktul ve arkadaşlarının da sanık ve diğer polis memurlarına kırmak suretiyle silah haline getirdikleri şişelerle saldırıda bulunmaları üzerine, sanığın yaptığı uyarı ateşi sonrası polis memurlarının elinden kurtularak kaçan maktulü, yakalamak için dur ihtarında bulunarak silahla ateş etmesi yasa gereği ise de, suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi gerektiği kuralına aykırı davranılmak suretiyle, silah kullanma hak ve yetkisinin icrasında aşırılığa kaçırılarak yasağa uygunluk sınırının aşıldığı kabul edilmelidir”: CGK, 22.3.2005 gün ve 219/35, İlhan/Erel/Fazla/Örer/Çakıl/Köse/Halitoğlu/Bozoğlu/Kurşun/Kır, s. 104.

¹⁴⁴ “askerlik hizmetini yerine getirmek için silah altında bulunan sanık Piyade Er ... ile maktul ...'ın olaydan önce birbirlerini tanımamaları, aralarında öldürmeyi gerektirecek bir husumetin bulunmaması, maktulün tanık’u kovaladığı sırada sanığın yumruk atarak maktule müdahale etmesinden sonra yumruğun tesiri ile yere düşen maktulün sanığa doğru hamle yapması üzerine sanığın tüfeğinin ucuna takılı süngüyle maktulün göğüs bölgesine bir kez vurması, maktulün göğüs bölgesinden kan geldiğini görünce herhangi bir engel durum bulunmamasına karşın eylemine kendiliğinden son vermesi, olay günü saat 20.17’de güneşin battığı göz önüne alındığında havanın kararmaya başladığı ortamda çıkan arbeye sırasında sanığın özellikle maktulün hayati önem taşıyan göğüs bölgesini hedef alarak hareket ettiğinin saptanamaması, maktulün vücudundaki ikinci kesici delici alet yarasının maktulün bacağına yer alması, sanığın olaydan hemen sonra yardım getirmesi için tanık’u Karakola göndermesi karşısında; sanığın olay öncesi, olay esnası ve sonrasındaki davranışları

bulduğunu kabul ettiği olaylarda m. 27/1'in uygulanması¹⁴⁵ yoluna gitmektedir¹⁴⁶.

bir bütün olarak değerlendirildiğinde, öldürme kastıyla değil yaralama kastıyla hareket ettiği, yaralama eylemiyle maktulün ölümü arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşıldığından eyleminin kasten yaralama sonucu öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”, CGK, CGK, 05.02.2019, E. 2015/1-705, K. 2019/59. “Sanık polis memurunun, yerleşim alanı olduğu cadde üzerinde dur ihtarına uymayarak, motosikleti ile uzaklaşmakta olan maktulün arkasından, durdurmak gayesiyle önce havaya, sonra maktulün bulunduğu istikamete olmak üzere toplam iki kez ateş ettiği sırada, kurşunlardan birinin isabet etmesi sonucu maktulün ölümüne neden olduğu olayda, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY'nın 87/4. maddesinde düzenlenmiş bulunan netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir”, CGK, 05.06.2012 gün ve 840-214, İlhan/Erel/Fazla/Örer/Çakıl/Köse/Halitoğlu/Bozoğlu/Kurşun/Kır, s. 79. “Somut olayda hakkında tutuklama kararı verilen ancak kelepçe takılmadığından yararlanarak kaçan şüpheliyi yakalamak için yaralama kastıyla hareket eden ve sınırı kasten aştığı hususunda duraksama yaşanmayan sanığın eyleminin T.C.K.nın 27/1. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, meydana gelen sonucu kabullenerek hareket ettiğine dair kanıt bulunmadığından eylemin olası kastla öldürme suçu kapsamında da değerlendirilemeyeceği, yaralamak suretiyle etkisiz hale getirme kastıyla hareket eden sanığın eylemi neticesi meydana gelen ölümden T.C.K.nın 87/4. maddesi gereğince sorumlu tutulması gerektiği ve sanığın T.C.K.nın 87/4. maddesi gereğince mahkûmiyeti yerine atılı şekilde T.C.K.nın 85/1 ve 27/1. maddeleri gereğince mahkûmiyetine hükmedilmesi, kanuna aykırıdır”, 12. CD, 01.07.2015, E. 2014/18098, K. 2015/12307. Aynı yönde 3. CD, 26.02.2015, E. 2014/26755, K. 2015/7413.

¹⁴⁵ Silifke Yeşilovacık Limanından hareket eden “Hayri Reis” isimli tekne ile yurt dışına yasal olmayan yollardan insan çıkarılacağı yönünde ihbar alınması üzerine, olay günü saat 04.00 sıralarında içinde maktul ...'ın da bulunduğu 236 kaçak yolcu ile birlikte hareket eden adı geçen teknenin, Akdeniz Bölge Sahil Güvenlik Komutanlığı'na bağlı TCSG 73, TSCG 116 ve TSCG 103 botları tarafından takibe alındığı, tüm uyarı ve çabalara rağmen durdurulmaması üzerine uyarı atışları yapıldığı, geminin ısrarlı bir şekilde devam etmesi üzerine gemiyi hareketten sakıt bırakmak amaçlı pervane kısmına halat atılması emrinin verildiği, bu şekilde de durdurulamaması üzerine Sahil Güvenlik Akdeniz Bölge Komutanı'nın emriyle geminin pervane ve kıç kısmına atışlar yapıldığı, bu atışlar sebebiyle tekneye isabet eden kurşunların kopardığı, niteliği belirlenemeyen bir parçanın maktulün sağ koltuk altından isabet etmesiyle hayatını kaybettiği olayda; Sanık ... haricinde “Hayri Reis” isimli teknenin pervane ve kıç kısmına ateş eden başkaca görevli bir deniz astsubayı bulunmadığı, bu halde maktule isabet eden cismin, sanık ... tarafından gemiye yapılan atışlar sonucu gemiden koptuğu, sanık ...'ın atışları sonucu maktulün hayatını kaybettiği anlaşılmalı, sanık hakkında yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ve TCK'nun 24. ve CMK'nun 223/3-b. maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmağın karar verilmesi yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş olup”, 1. CD, 26.12.2017, E. 2016/2333, K. 2017/5316. Olayda sınırın aşılması söz konusu olmakla beraber (TCK m. 27/1), Yargıtay hukuka aykırı bağlayıcı emir nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesini kabul etmiştir.

¹⁴⁶ “Hakkında yakalama kararı bulunan maktulün kaçmasını engellemek için uyarıda bulunduğu, maktulün buna rağmen kaçmaya devam etmesi nedeniyle de öldürme kastı olmaksızın maktulün ayaklarına doğru ateş ederek yakalamayı amaçladığı, ancak; aksi sabit olmayan savunmasına göre bu sırada ayağının kayıp yere düşmesi nedeniyle; hedefi tam olarak ayarlayamadığı ve mermilerden bir tanesinin maktulün sırt bölgesine isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda; polis memuru sanığın ve ekip arkadaşı tanık Olcay'ın yaptığı sözlü ve ateşli uyarılarına direnerek kaçan maktül, yakalamak için kademeli olarak silahla ateş

etmesi yasa gereği ise de, Polis Vazife ve Selahiyet Tüzüğü'nün 17. maddesinde belirtilen "suçlunun öldürülmeğe ziyade yaralı olarak yakalanmasına" ilişkin amir hükmüne gerekli özenin gösterilmediği, olayın oluşu, sanığın olay anındaki durumu ve atış sayısı dikkate alındığında, hukuka uygunluk nedenlerinden Kanunun emrini yerine getirmede silah kullanma hak ve yetkisinin icrasında aşırılığa kaçarak, yasaya uygunluk sınırının kast olmaksızın taksirle aşılması söz konusu olduğundan, TCK.nun 24/1, 27/1 ve 85/1 maddeleri uyarınca aynı Kanun'un 3. ve 61. maddesindeki ilkeler doğrultusunda, kusurunun ağırlığı nedeniyle taksirle ölüme neden olma suçundan üst sınıra yaklaşmak suretiyle ceza tayini gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan hüküm kurulması suretiyle suç vasfında yanılığa düşülmesi bozmayı gerektirmiştir", 1. CD, 10.12.2015, E. 2015/5248, K. 2015/6085; "Oluşa ve dosya kapsamına göre; polis memuru olan sanığın, olay günü kamuoyunda Gezi Parkı Olayları olarak bilinen Kızılay Güvenpark bölgesinde görevlendirildiği, söz konusu olaylar sırasında, göstericiler tarafından birçok kamu malına zarar verildiği, güvenlik güçlerine yönelik taşlı sopalı saldırılarda bulunduğu, artan saldırılar sebebiyle sanığın bulunduğu bölgede görev yapan güvenlik güçlerine Başbakanlığı korumak için geri çekilme talimatı verilmesi üzerine, Çevik Kuvvet Birliklerinin geri çekilmeye başladıkları, ancak; kendilerine yönelik saldırılar yüzünden düzenli şekilde çekilemedikleri ve bazı çevik kuvvet mensuplarının Güvenpark'ın içinde sıkıştıkları, sanık ve yanındaki bir kaç arkadaşının da bu şekilde geri çekilmek üzere parkı terk ederken bazı göstericilerin saldırısına uğradıkları, sanığın aldığı darbe yüzünden elindeki kalkarı düşürdüğü, kendisinin de yere düştüğü, parktan çıktığı sırada kendisine yöneldiğini düşündüğü bir göstericiye onu uzaklaştırmak için tekme attığı, ardından bu göstericinin arkasındaki, içinde maktulün de bulunduğu bir grup göstericiyle karşı karşıya kaldığı, gösterici grubunun kendisine yönelik yoğun taşlı saldırısını o andaki hal ve koşullara göre saldırıyla orantılı biçimde PYSK.nun 16/6-a maddesi kapsamında havaya ateş etmek suretiyle def etmek istediği, arka arkaya gerçekleşen 3 atıştan, ilk ikisinin havaya, sonuncusunun ise aldığı taş isabetleri yüzünden silah üzerindeki hakimiyetini kaybetmesi sonucu, karşısındaki grubun içinde bulunan maktulün sağ parietotemporal bölgesine isabet ettiği olayda, TCK.nun 27/1 ve 85/1. maddeleri uyarınca aynı Kanunun 3 ve 61. maddesindeki ilkeler doğrultusunda taksire dayalı kusurunun ağırlığı sebebiyle taksirle ölüme neden olma suçundan, sonuca etkili olacak şekilde teşdiden ceza tayini gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde alt sınırdan ceza belirlenmesi", 1. CD, 5.12.2017, E. 2017/1474, K. 2017/4723. "Bir başka suç nedeniyle sevk edildiği mahkemede hakkında CMK'nın 94. maddesi uyarınca tutuklama kararı verilmesi üzerine kelepçe bağlanmaksızın sevki sağlanan ölen, adliye çıkışında kolluk görevlilerince naklinin sağlanmasından önce ailesi ile vedalaştığı sırada, kolluk görevlilerinin bir anlık dalgınlığından istifade ederek hızla ara sokaklara doğru kaçmaya başladığı, yakalamak için peşinden koşan kolluk görevlilerin öleni takibe geçtikleri, sözlü ikaza ve uyarı atışlarına rağmen durdurulmadığı ve kaçışına devam ettiği, polis memuru olan sanığın koşarak takipte olduğu sırada ilerlediği sokağın cadde ile kesişim noktasındaki merdivenlerden inerken dengesini kaybederek düştüğü ve buradan yarı otomatik tabancasıyla yaptığı atışlar neticesi silahından çıkan mermilerden birinin ileride cadde üzerinde kaçışını sürdüren ölenin sol omuz bölgesini sıyrarak geçtiği, diğer merminin ise ölenin kafasında sağ oksipital bölgeden girip, beyinde hasar meydana getirerek kafada alın sağ orta kısım yakınından çıktığı, cilt-cilt altı bulgulara göre her iki atışın da uzak atış mesafesinden yapıldığı, atışlardan birinin de yolun solunda park halindeki aracın arka camından girip ön cam solundan çıkarak yol kenarındaki betonarme kolona isabet ettiği, bu alanda da gömleksiz bir adet ateşli silah mermi çekirdeğinin elde edildiği, ara sokaklarda ve merdivenlerin bitiminde sanığın silahından yapıldığı anlaşılan ikinci adet kovanın ele geçirildiği, sanığın düştükten sonra ateş ettiği yer ile ölenin vurulduğu yer arasında yaklaşık 23 metrelik bir mesafenin olduğu, mermi çekirdeklerinin yerden en az bir metre yüksekteki (duvar ve

Kasten öldürme suçu kapsamında uygulanacak diğer bir neden meşru savunmadır. Meşru savunma bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan saldırıyı defetmek için savunma amacıyla saldırıyı defedecek ölçüde işlenen fiildir¹⁴⁷. Örnek olarak kendisini silahla öldürmek için ateş eden kişinin silahla öldürülmesi verilebilir¹⁴⁸. Karşılıklı çatışma ve kavga hallerinde ise meşru savunmadan ilk haksız saldırıya uğrayanın yararlanacağı kabul edilmektedir¹⁴⁹. Ancak saldırıyı kimin başlattığının tespit edilememesi durumunda sorun tartışmalıdır. Bir görüş ilk saldırıyı kimin başlattığı tespit edilemiyorsa meşru savunma hükümlerinin uygulanmaması, her iki taraf için de haksız

otomobildeki) isabet bölgeleri, ölenin vücudundaki temas noktaları ile atış süresi dikkate alınarak mekanik arızası bulunmadığı tespit edilen yarı otomatik bir silahla Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 16. maddesinde belirtilen "...kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edebilir" hükmüne aykırı olarak ateş ederek kaçan şüphelinin ölümüne sebebiyet verdiği iddia ve kabul edilen olayla ilgili olarak,... hakkında tutuklama kararı verilen ancak kelepçe takılmadığından yararlanarak kaçan şüpheliyi yakalamak için yaralama kastı ile hareket eden ve sınırı kasten aştığı hususunda duraksama yaşanmayan sanığın eyleminin TCK'nın 27/1. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, meydana gelen sonucu kabullenerek hareket ettiğine ilişkin kanıt bulunmadığından eylemin olası kastla öldürme suçu kapsamında da değerlendirilemeyeceği, yaralamak suretiyle etkisiz hale getirme kastıyla hareket eden sanığın eylemi neticesi meydana gelen ölümden TCK'nın 87/4. maddesi gereğince sorumlu tutulması gerektiği ve sanığın TCK'nın 87/4. maddesi gereğince mahkumiyeti yerine atılı şekilde TCK'nın 85/1 ve 27/1. maddeleri gereğince mahkumiyetine hükmedilmesi" şeklindeki bozma gerekçesinin sonucu bakımından usul ve kanuna uygun olduğundan, kararda değişiklik yapılmasına yer olmadığına", 12. CD, 22.03.2017, E. 2017/148, K. 2017/2261.

¹⁴⁷ Hâkim görüşe göre, meşru savunmada hukuka aykırı saldırı, hem hukuka hem de bireysel değerlere saldırı niteliği taşımaktadır. Bu nedenle meşru savunmada hem hukuk düzeninin hem de saldırıya uğrayanın bireysel değerlerinin savunulduğu ifade edilmektedir. Bkz.: Engländer, s. 8.

¹⁴⁸ Örnekler için bkz.: Mitsch, s. 85.

¹⁴⁹ "soruşturma aşamasında emniyet görevlilerince yapılan CD çözümleme tutanağında da tartışma devam ederken ...'in...e yumruk attığının,... yere düştükten sonrada ...'in eylemlerine devam ettiğinin belirtildiği, Mahkemesince olay CD'sinin izlenmediği, tüm bu değerlendirmeler karşısında gerek tanık beyanları gerekse de olay yerini gösterir kamera kayıtlarının yapılan çözümlemesine ilişkin bilirkişi raporlarında taraflar arasında meydana gelen tartışma sonrası ilk olarak sanık ...'in sanık ...'e yumruk atarak onu yere düşürdüğünün sabit olduğu, sanık...in kendisini korumak amacıyla sanık ...'e karşı tekme attığı, sanık...in eyleminin meşru savunma kapsamında kaldığı, bu nedenle 5237 sayılı Kanun'un 25/1. maddesinde yer alan, "Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez." şeklindeki düzenleme karşısında sanık hakkında meşru savunma hükümleri uyarınca ceza verilmemesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesinde, isabet görülmediğinden bahisle", 3. CD, 04.10.2017, E. 2017/11445, K. 2017/12177.

tahrik hükümlerinin geçerli olması gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁰. Yargıtayın da haksız tahrik hükümlerini uyguladığı kararları bulunmaktadır¹⁵¹. Diğer görüş ise, taraflardan birinin meşru savunmada olduğu muhakkak olduğundan bu kişinin mahkûm olmasının adaletsiz olacağını, ayrıca şüpheden sanık yararlanır ilkesine de aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir. Dolayısıyla da her iki tarafın meşru savunmadan yararlanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁵².

Meşru savunma içinde hareket ederken sınırın taksirle aşılması durumunda TCK m. 27/1 uygulanacak ve kişi fiilin taksirli şeklinden indirilmiş cezayla sorumlu tutulacaktır. Bu hükmün uygulanması için ölçüde sınırın aşılması gerekir. Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise 27/2 uygulanacak ve fail cezalandırılmayacaktır. Örneğin savunmada bulunan kişi bir kez ateş etmekle saldırıdan kurtulacakken birden fazla ateş ettiğinde sınırın aşılması¹⁵³ söz konusudur¹⁵⁴. Sınırın heyecan, korku veya telaştan

¹⁵⁰ Öztürk/Erdem, s. 273.

¹⁵¹ “Sanığın maktule borçlu olduğu ve bu borcu uzun bir süredir ödemediği, maktulün bu borcu tahsil amacıyla sanığa ulaşmaya çalıştığı, çeşitli vesilelerle oyalanan maktulün olay günü sanığın evine giderek sanıktan ısrarlı bir şekilde borcunu istediği, aralarında tartışma yaşandığı, sanığın elindeki tabancayla maktulü uzak atış mesafesinden öldürdüğü olayda; ilk haksız hareketin hangi taraftan geldiğinin kesin olarak tespit edilemediği, bu nedenle sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin en asgari seviyede uygulanması gerektiği gözetilmeden sanık hakkında eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir”, 1. CD, 20.02.2019, E. 2017/2256, K. 2019/1015.

¹⁵² Dönmezer/Erman, C. II, s. 111; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 279; Zafer, s. 378.

¹⁵³ Örnek için bkz.: Demirbaş, s. 342.

¹⁵⁴ “Sanığın sahibi bulunduğu kampta, babasının sponsor olduğu festivale katılan maktulün, kamptan ayrılırken aracının park edildiği yer sebebiyle işyeri çalışanları N. ve S.’la tartışma yaşadığı, hatta güvenlik görevlisi olan S.’ı tehdit edip, darp ettiği, maktulün arkadaşı katılan L.’in araya girmesi sonrasında olay sona erip, maktulün kamptan ayrıldığı göz önüne alındığında bu olay sebebiyle sanık hakkında meşru savunma şartlarının oluştuğundan söz edilemeyecektir. Zira haksız olduğu düşünülen saldırı sona erdiğinden, savunmanın saldırı ile eş zamanlı olması şartı gerçekleşmemiştir. Kamptan ayrıldıktan kısa süre sonra, babasına ait tira ve tırın şoförüne saldırdığı bilgisi üzerine tekrar kampa gelen maktulün, olay sırasında sanık ve yanındakilere doğru ateş etmesi, hatta yerden seken kurşunlar sebebiyle sanıkla tanıklar N. ve D. D.’in yaralanmış olması nedeniyle, sanığın kendisini ve yanındakileri korumak amacıyla maktule ateş ettiği, dolayısıyla meşru savunma şartlarının gerçekleştiği düşünülebilir ise de, maktulün meşru savunmayı gerektirecek şekilde haksız bir saldırıda bulunmadığı, aksine sanık ve adamlarının kendisine doğru yöneldiğini görünce, kendisine ve arkadaşı L.’e zarar vereceklerini düşünerek, kendisini ve arkadaşını korumak ve sanıkla yanındaki kalabalık grubu uzak tutmak amacıyla üzerinde taşıdığı ruhsatlı silahını çıkarıp yere doğru ateş ettiği, bu durumun sanığın işyerinde çalışan ve önceki olayda maktül tartışma yaşayan tanık N. tarafından, “...Fakat hiçbir şekilde kalabalığa doğru silahı doğrultmadı. Kalabalık dağılsın diye yahut ta korkudan yere doğru ateş etti. Kimseyi yaralamayı düşün-

aşılması gerekmektedir. Sınırın kast veya taksirle aşılmasının önemi yoktur. Buna karşılık sınırın heyecan korku veya telaştan (asthenische Affekte) değil

düğünü zannetmiyorum. Bu sırada yere doğru ateş ederken yerden seken kurşunlar beni yaraladı” şeklindeki anlatımla da doğrulandığı anlaşılmalıdır; sanık ve yanındaki grubun kendisine ve arkadaşına zarar vereceği düşüncesiyle, kendisi ve arkadaşını korumak amacıyla üzerlerine doğru gelen ve içlerinden sanığın da bulunduğu grubu doğrudan hedef olarak ateş etmesi imkân dâhilinde iken yere doğru ateş eden maktûlü, savunmayı gerektirecek bir saldırı olmaksızın kasten öldüren sanık hakkında meşru savunma şartları oluşmadığı gibi, meşru savunma kapsamında değerlendirilebilecek bir savunmanın varlığından söz edilemeyeceğinden, T.C.K.nun 27/2. maddesi kapsamında meşru savunmada sınırın aşılması hali de söz konusu edilemez. Kendisine ve yanında bulunanlara yönelmiş bir saldırı olmaksızın eylemini gerçekleştiren sanığın, işyeri çalışanları N. ve S.’la tartışan ve akabinde S.’ı tehdit edip, darp eden maktûle karşı önceki olay sebebiyle duyduğu öfke ve kızgınlıkla haksız tahrik altında eylemi gerçekleştirdiğinin kabulü gerekmektedir. Bu nedenle, sanığın haksız tahrik altında kasten öldürme suçundan cezalandırılmasına dair yerel mahkeme hükmü usul ve yasaya uygun olup, bu hükmü onayan Özel Daire kararında da bir isabetsizlik bulunmamaktadır”. CGK, K.T. 11.06.2013, E. 2013/1-295, K. 2013/295. Kararın bir kaç açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle ilk atışı yapan kişinin eyleminin ceza hukuku açısından açıklığa kavuşturulması gerekir. Olayda kendilerine saldıracaklarını düşünerek saldırıyı gerçekleştirmişse, ancak bir saldırı gerçekte yoksa hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata hükümlerinin uygulanması gerekir. Çünkü sınırın aşılması oranda sınırın aşılmasında uygulanmakta, zamanda sınırın aşılmasında geçerli olmayıp, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata bulunmaktadır. Hataya düşmesinde taksiri varsa taksirli sorumluluk söz konusu olabilecektir. Bu hata heyecan, korku veya telaştan kaynaklanmış olsa da yine hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hükümleri çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Ancak olayda maktule doğru gelen grup saldırı için yürüyorsa, yani saldırı muhakkak ise bu takdirde meşru savunma söz konusu olacak ve meşru savunmada sınırın aşılması devreye girecektir. Maktûlün yere ateş etmesinde ve kurşunun sekmesinde 27. maddenin 1. fıkrasına giren bir durum söz konusudur. Fail içinde bulunduğu heyecan korku telaş nedeniyle yapması gerekenin ötesine geçmişse 27. maddenin 2. fıkrasına giren bir durum mevcuttur. Karara konu teşkil eden olayda yaralamaya neden olan kişinin eylemi sınırın aşılması kapsamında ve dolayısıyla haksızlık teşkil eden bir fiil söz konusudur (TCK m. 27). Olayda buna ilişkin belirleme yapılmamıştır. Ceza Genel Kurulu olayda bu fiilin meşru savunmayı gerektirecek haksız bir saldırı olmadığını ifade etmektedir. Olayda haksız bir fiil olduğu anlaşılmalıdır birlikte sorun meşru savunmanın bulunup bulunmadığına ilişkindir. Olayda sanığın yaptığı öldürmeye yönelik kasıtlı davranışının meşru savunma kapsamında değerlendirilmeyeceğidir. Maktûlün tartıştığı kişinin ifadesinden de anlaşıldığı gibi engel olunmak istenmesine rağmen öldürmek için hareket etmektedir. Söz konusu tanık ifadesinde, “Genç çocuk dışarıya çıktı. O da bağırıyordu. Biz gayri ihtiyari adama doğru yürüdük. Bu sırada B.’la D. tartışıyordu. Araçta bulunan kişi da arabadan indi. Daha sonra genç çocuk belinden silahını çıkarttı. Tabancasıyla yere doğru ateş etti. Ancak çok sayıda ateş etti. Fakat hiçbir şekilde kalabalığa doğru silahı doğrultmadı. Kalabalık dağılım diye yahut da korkudan yere doğru ateş etti. Kimseyi yaralamayı düşündüğünü zannetmiyorum. Bu sırada yere doğru ateş ederken yerden seken kurşunlar beni yaraladı. Ben yere düştüm. Bunun üzerine B. bey tabancayı çocuğa doğru doğrulttu. Çocuğun yanındaki sakallı kişi B. beyin üzerine atladı ve silahı B.’dan almak istedi. Ancak o sırada tabanca ateş aldı ve sakallı çocuk yaralandı. Hem B. hem de sakallı yere düştüler. Bu esnada B. da tabancayı D.’a doğrultmuştu ve ateşledi” şeklinde belirleme yapmıştır. Olayda Ceza Genel Kurulu kararının sonuç olarak doğru olduğu anlaşılmaktadır.

de saldırıdan kaynaklanan öfke ve gazabın (sthenische Affekte) etkisiyle aşılması halinde¹⁵⁵ 27. maddenin 2. fıkrası uygulanmayacak¹⁵⁶, haksız tahrik

¹⁵⁵ “harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyeti olarak tanımlanan askerlik görevini yaklaşık 10 aydır olayın meydana geldiği kıtasında yapmakta olan sanığın, görevini etkili bir biçimde yerine getirmesi için kendisine verilen fiziksel, psikolojik ve ahlaki eğitim ile nöbete, silah kullanmaya, sınır ihlali yapan kişilere karşı davranış şekillerine ilişkin talimatlar hilafla hareket ettiği, elinde veya üzerinde herhangi bir silah bulunmadığı sabit olan maktulün kendisini askerlere ihbar ettiğini düşündüğü tanık’ye kızarak üzerine doğru koşması ve sanığın maktule yumrukla vurarak yere düşürmesi üzerine de yerden kalkarak sanığın üzerine hızla yürümekten ibaret eylemlerinin, sanığa veya olay yerinde bulunan kendisine yönelik silahlı saldırıya karşı savunma yapabilecek fiziksel yapıya sahip 18 yaşındaki tanık’a yönelmiş ciddi ve haksız bir saldırı oluşturulması karşısında; sanığın saldırıyı o andaki hâl ve şartlara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile hareket etmeyip haksızlık karşısında öfkeye kapılarak son derece orantısız şekilde tepki gösterip tüfeğinin ucuna takılı süngüyü maktulün göğsüne saplayarak haksız tahrik altında maktulün ölümüne yol açtığı anlaşıldığından, sanık hakkında meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması hükümlerinin uygulanma imkânının bulunmadığının kabulü gerekmektedir”, CGK, 05.02.2019, E. 2015/1-705, K. 2019/59.

¹⁵⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 459; Mitsch, s. 103; Tröndle/Fischer, § 33, kn. 4. “Oluşa ve dosya kapsamına göre; mağdurun sanığa tekme tokat atmasının ardından sanığın yanında taşıdığı meyve soymak için kullandığı bıçakla mağdura saldırarak mağduru sağ ve sol göğüs kafesinden, göğüs boşluğuna nazif sol hemopnömotoraksa ve sağ pnömotoraksa neden olup, mağdurun hayatı tehlike geçirmesine sebep olacak şekilde yaraladığı olayda; sanığın haksız tahrik etkisi altında kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması yerine yazılı şekilde meşru müdafada sınırın korku, telaş ve heyecanla aşılması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”, 1. CD, 14.10.2019, E. 2019/1669, K. 2019/4281.

hükmü¹⁵⁷ geçerli olacaktır¹⁵⁸. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması durumunda aşılın kısım haksızlık teşkil ettiği için buna karşı meşru savunma mümkündür. Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerde de haksız saldırı söz konusu olduğu için meşru savunma mümkündür. Örneğin eşinin kendisini aldattığını gören kişinin bunun etkisiyle eşini öldürmek için yaptığı hareket için (haksız tahrik etkisiyle) öldürülmek istenen eş meşru savunmada bulunabilir.

Hukuka uygunluk nedeni içinde hareket eden kişi hataya düşmemekle birlikte saldırıda bulunan kişi dışında başka bir kişiye veya saldırganla birlikte başka birine karşı harekette bulunmuş ve zararlı bir sonuç meydana getirmişse, yani somut olayda sapma gerçekleşmişse kişi savunmada bulunduğu kişi dışında diğer kişi açısından da meşru savunmadan yararlanacak mıdır? Bir görüş sapma durumunda da failin hukuka uygunluk nedeninden

¹⁵⁷ “Maktul ve mağdurlar öncelikle Ersin’in vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırıda bulunmuşlar, Ersin’in bağırarak yardım istemesi nedeniyle sanık Fatih’in olay yerine gelmesi üzerine de, bu saldırıyı “Fatih’e” yöneltmişlerdir. Sanık Fatih’e yönelik saldırı, maktul tarafından “bıçakla”, mağdurlar tarafından ise “taşlar ve mermer parçaları ile” yapılmıştır. Burada maktul ile mağdurlardan gelen ve “sanığın yaşam hakkına veya en azından vücut dokunulmazlığına” yönelen haksız bir saldırı bulunmakta ve devam etmekte ise de; sanık Fatih’in girdiği mücadele sonunda Ayhan’ın elindeki bıçağı almasının ardından, maktul ve mağdurların saldırıları durmuş, fakat sanık olaydan kaynaklanmış bile olsa arkadaşının yaralanmasından duyduğu üzüntünün ve kendisine karşı yapılmış ve bitmiş olan saldırının kızgınlığı ile maktul ile mağdurları bıçakla yaralamış, eline geçirdiği bıçakla maktulün önce sağ karın kısmına vurarak karaciğer sağ alt lobunu, bununla da yetinmeyerek bıçağı yukarı doğru hareket ettirerek sağ diyaframayı parçalayarak, ölüme neden olmuştur. Bu şekilde gerçekleşen olayda üzüntü ve kızgınlığın etkili olduğu, dolayısıyla, ağır düzeydeki haksız tahrik altında işlenmiş kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarından bahsedilebilirse de, mazur görülebilecek bir korku, panik ya da heyecanın tesirinden söz edilemeyeceğinden, 5237 sayılı TCY’nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma koşullarının oluştuğu söylenebilir”, T. 05.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182. “Her iki tarafın da yanlarına öldürmeye elverişli silahları alarak olay yerinde buluşmaları, sanık ...’in araçtan inerken yanına tabancasını da alması, kavga ortamında elindeki sopanın düşmesiyle birlikte tabancasını çekerek babası Halis’le kavga eden mağdur ...’ye birkaç kez ateş etmesinin ardından, üzerine doğru bir elinde sopa, diğer elinde bıçakla gelmekte olan maktulü hayati olmayan bölgelerine ateş ederek bertaraf etme imkânı varken maktulün hayati bölgelerini hedef alması ve ilk atışla birlikte yere düşüp tehlikeliliği ortadan kalkmasına rağmen maktule yakın mesafeden birkaç kez daha ateş etmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık ...’in kasten öldürme eylemini meşru savunma şartları altında gerçekleştirmediği ve meşru savunma kapsamında değerlendirilebilecek bir savunma bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, sanığın haksız tahrik altında kasten öldürme suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü usul ve kanuna uygun olup, bu hükmü onayan Özel Daire kararında da bir isabetsizlik bulunmamaktadır”, CGK, 31.10.2017, E. 2017/841, K. 2017/440.

¹⁵⁸ Eleştiri ve 27/2’nin uygulanabileceğine ilişkin olarak bkz.: Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, s. 408.

yaralanacağını kabul etmektedir¹⁵⁹. Ancak burada sapma nedeniyle kendisine hareketle müdahalede bulunulan kişiden kaynaklanan bir saldırı yoktur. Diğer görüş ise, sapma durumunda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını, sapma sonucunda meydana gelen neticeler açısından kast veya taksire göre değerlendirme yapmak gerektiğini ve kast veya taksirine göre sorumlu tutmak gerektiğini ifade etmektedir¹⁶⁰. Sapma sonucu gerçekleşen neticeler açısından kast veya taksirinin olacağı doğru olmakla beraber somut olayda saldırıdan başka türlü kurtulma olanağı yoksa, savunma hareketinin yapılması zorunluysa, sapma sonucu gerçekleşen netice açısından ise zorunluluk halinin şartları söz konusuysa fail hem meşru savunmadan hem de zorunluluk halinden yararlanır. Uygulanma imkânı olan herhangi bir neden yoksa kişi sapma sonucu gerçekleşen sonuçtan sorumlu olacaktır.

Kasten öldürme ilgilinin rızası açısından değerlendirildiğinde ölenin öldürülmesine rıza göstermesi fiili hukuka uygun hale getirmez. Zira yaşama hakkı, kişinin bir başkasının fiiline rıza göstermek şeklinde üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak niteliğinde değildir. Hukukumuzda ötenazi kabul edilmediğinden bu kapsama giren fiiller öldürme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Ötenazi, iyileşme imkânı bulunmayan hastalığı olan ve acı çeken bir kişinin acılarına son vermek amacıyla istemi üzerine hekim tarafından hayatına son verilmesini¹⁶¹ ifade etmektedir¹⁶². Hasta Hakları Yönetmeliğinin 13. maddesine göre, “Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son

¹⁵⁹ Dönmezer/Erman, C. II, s. 28; Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, s. 306.

¹⁶⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 303, 304. Yazarlar zorunluluk halinin şartlarının oluşmuş olması şartıyla failin zorunluluk halinden yararlanacağını da belirtmektedirler.

¹⁶¹ Ötenazinin kim tarafından yapılacağı konusunda doktrinde tartışma yaşanmaktadır. Bir görüş herhangi bir kişi tarafından yapılacağını belirtirken, diğer görüş hekim tarafından yapılmasının gerektiğini belirtmektedir. Hekimin kabul edilmesinde tek hekimin mi, yoksa farklı uzmanlık alanlarında görevli hekimler kurulunun mu ötenaziye karar vereceği sorun teşkil etmektedir. Eğer ötenazi kabul edilirse hekim tarafından yapılacağının düzenlenmesi uygun olacak ve bu takdirde de farklı uzmanlık alanlarında çalışan hekimler kurulunun oybirliği ile karar vermesi gerekir: Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 36. Ancak ötenazinin yargı kararıyla veya hekim kararıyla uygulanabileceği belirtilmektedir. Yargı kararıyla gerçekleştiriliyorsa kazai ötenazi, hekim kararıyla yapılıyorsa medikal ötenazi kabul edilmektedir: Yaşar/Turan, s. 55.

¹⁶² Hukuka uygun sayılıp sayılmaması konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlar için bkz.: İcel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 189. Talep üzerine öldürme ise, ötenaziden farklı olup, herkes tarafından herhangi bir saikle talep edilmesi üzerine yapılan öldürme fiilidir. Bkz.: Yaşar/Turan, s. 43-45.

verilemez". Dolayısıyla hastanın ızdıraplarına son vermek nedeniyle bile olsa ölümün gerçekleştirilmesi hukukumuzda göre kasten öldürme teşkil etmektedir. Ancak kişiye acıyarak bu fiilin gerçekleştirilmesi halinde TCK m. 62 anlamında takdiri indirim nedeni uygulanabilecektir¹⁶³. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından hastanın ısrarlı talebi ve onun çektiği acılara dayanamayarak hastanın öldürülmesi halinde kusurluluğu kaldıran bir neden olarak zorunluluk halinin uygulanabileceği belirtilmektedir¹⁶⁴. Ancak belirtilen durumda zorunluluk halinin uygulanamayacağını, zira haklar bazında oranın bulunmadığını düşünüyoruz.

Ötenazi aktif ötenazi, pasif ötenazi ve dolaylı ötenazi olmak üzere 3'e ayrılmaktadır. Aktif ötenazide hastanın talebi üzerine aktif bir hareketle hastanın öldürülmesi söz konusudur. Kastan öldürme kapsamındadır. Pasif ötenazi, ölmek üzere olan hastanın talebi üzerine yaşamı uzatan tedbirlere son verilmesi ve tedbirlerin uygulanmamasını karşılamaktadır. Pasif ötenazi tedaviyi reddetme kapsamında kabul edilmekte ve doktorun sorumluluğunu doğurmamaktadır. Kişinin tedaviyi red hakkı kapsamında tedaviyi reddetmesi veya durdurması durumunda hekimin müdahalede bulunmaması suç teşkil etmeyecektir¹⁶⁵. Ancak hastanın rızası olmadan bu yapıldığında doktorun ihmali şekilde öldürmeden sorumluluğu söz konusu olacaktır. Dolaylı ötenazi ise, doktorun hastanın acısını azaltmak amacıyla kullandığı ve kullanılmasına tıp biliminin izin verdiği ilacın, kaçınılmaz yan etkisi olarak hastanın yaşamının kısaltıldığı olaylar için ifade edilmektedir. Dolaylı ötenazinin cezalandırılmaması kabul edilmektedir. Bazı yazarlar bunun zorunluluk hali kapsamında cezalandırılmayacağını ifade ederken bazı yazarlar fiilin sosyal uygunluğu kapsamında, bazı yazarlar ise izin verilen risk veya yükümlülüklerin çatışması kapsamında cezalandırılmayacağını kabul etmektedirler¹⁶⁶. Biz bu

¹⁶³ Hakeri, Tıp Hukuku, (2019), s. 487.

¹⁶⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 94.

¹⁶⁵ Bilgilendirilmenin yapılmış olmak ve karar verebilecek durumda olmak şartıyla hasta tedaviyi red edebilir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 25. maddesine göre, "Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir."

¹⁶⁶ Hakeri, Tıp Hukuku, (2019), s. 488. Ötenazi başka ayrımlara da tabidir. Bunlardan biri de istemli ötenazi istemsiz ötenazidir. İstemli ötenazi de hasta olan kişinin iradesiyle ötenazi işleminin gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu durumda ötenazinin hukuki sonuç doğurabilmesi için iradenin, karar verebilecek durumda olan kişinin iradesini hata, hile ve tehdide maruz

durumda izin verilen riskin gerçekleşeceğini düşünüyoruz. Bazı ülkelerde aktif ötenazi talep üzerine öldürmenin alt şekli kabul edilmekte ve ötenaziyi uygulayan kişi talep üzerine öldüren kişi gibi cezalandırılmaktadır. Almanya (m. 216) ve Avusturya (m. 77) buna örnek olarak verilebilir. Bazı ülkeler ise ötenaziyi cezasızlık nedeni olarak görmektedirler. Peru CK, Belçika CK, Lüksemburg CK, Hollanda¹⁶⁷ buna örnek olarak gösterilebilir¹⁶⁸. Bazı ülkeler ise ötenaziyi kasten öldürme kapsamında nitelendirmektedirler. Fransa ve Türkiye bu kapsamda sayılabilir.

Talep üzerine öldürme, ötenaziden farklı anlamda kullanılmaktadır. Ötenaziden daha geniş bir kavramdır¹⁶⁹. Ötenazi, talep üzerine öldürmenin bir görünüm şeklidir. Talep üzerine öldürme, mağdurun isteği üzerine, üçüncü kişi veya kişiler tarafından kişinin yaşamına son verilmesidir. Talep üzerine öldürmenin kasten öldürme suçu mu yoksa bağımsız bir suç mu sayılacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı ülkelerde talep üzerine öldürme ayrı bir suç olarak düzenlenmekte ve failin daha az ceza ile cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır¹⁷⁰. Örneğin Alman CK m. 216 (6 aydan 5 yıla kadar) ve Avusturya CK m. 77'de (6 aydan 5 yıla kadar) cezanın 5 yıla kadar verilebildiği görülmektedir. İsviçre'de (m. 114, 3 yıla kadar hapis veya adli para cezası) Portekiz CK'da (m. 134, 6 aydan 3 yıla kadar) 3 yıla kadar hapis cezasının uygulanabildiği görülmektedir¹⁷¹. Talep üzerine öldürmenin mağdurun acılarını dindirme amacıyla gerçekleştirilmesine gerek bulunmamaktadır. Psikolojik veya ekonomik sıkıntılardan kurtulmak veya aşk acısının verdiği üzüntüden bunalmak gibi nedenlerle öldürme talep edilebilir. Failin nedeni bilmesine de gerek bulunmamaktadır¹⁷². Önemli olan mağdurun ölmek isteği ve bu isteğinin fail tarafından gerçekleştirilmesinin ciddi, kesin ve ısrarla talep edilmesidir¹⁷³.

kalmadan açıklamış olması gerekmektedir: Alan-Akcan, s. 7, 8. İstemsiz ötenazide ise hasta iradesini açıklayacak durumda değildir (örneğin bitkisel hayat, koma, zihinsel kapalılık gibi). Hasta yakınlarının iradesiyle ötenazi işlemi gerçekleştirilmektedir.

¹⁶⁷ Ülkelerdeki düzenlemeler için bkz.: Yaşar/Turan, s. 45 vd.

¹⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 192, 193.

¹⁶⁹ Artuk, s. 19.

¹⁷⁰ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 37

¹⁷¹ Bu ülkelerle ilgili olarak bkz.: Yaşar/Turan, s. 63 vd.

¹⁷² Ekici-Şahin, s. 284.

¹⁷³ Bkz.: Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 38; Ekici-Şahin, s. 284.

AİHM ötenaziyi yasaklayan düzenlemelerin Sözleşmeye aykırı olmadığını kabul etmektedir. Mahkemeye göre devlete ölüm hakkını tanımak veya kolaylaştırmak gibi bir yükümlülük yüklenemez. Ancak ötenaziyi kabul etmenin de Sözleşmeye aykırı olduğu anlamına gelmediği belirtilmektedir. Hastalıkları sebebiyle intihar edebilecek durumda olmayan kimsenin hayatına son verilmesine yardımcı olmak isteyen bir başka kimsenin cezalandırılmasının Sözleşmenin 2. maddesine aykırı olmadığı ifade edilmiştir¹⁷⁴.

IV. TEŞEBBÜS

Kasten öldürme suçunun oluşması için ölüm sonucunun gerçekleşmesi gerekir. Fail icra hareketlerine başlamakla beraber ölüm sonucunun gerçekleşmediği hallerde fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu halde 35. madde gereğince teşebbüs hükümlerine göre sorumluluk tayin edilecektir. Olası kastla öldürme açısından teşebbüsün¹⁷⁵ mümkün olup olmadığı tartışmalıdır¹⁷⁶. Teşebbüsün mümkün olduğunu kabul eden yazarlar olduğu gibi¹⁷⁷ bizim de görüşlerine katıldığımız bazı yazarlar aksini savunmaktadırlar¹⁷⁸. Yargıtay

¹⁷⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 194.

¹⁷⁵ Yargıtay bir kararında olayla ilgisi olmayan kişinin isabet aldığı, faillerin olası kastla hareket ettiği, ancak kurşunun kimin silahından çıktığının belirlenemediği olayda olası kastta teşebbüsü kabul etmediğinden beraat yönünde karar vermiştir: “Dava; kasten öldürme ve kasten öldürmeye teşebbüs suçlarına ilişkindir. Sanıklar ile suça sürüklenen çocuğun fikir ve irade birliği içinde tabanca ile olay yerine gelip fiil üzerinde ortak hakimiyet kurduğu, diğer sanıkların yanlarındaki tabancalarla maktule ve mağdura ateş etmelerinden sonra, yine onlarla birlikte olay yerinden kaçıp tanığın aracıyla eve gittiği ve burada yakalandığı, sol el üstünden alınan svapta atış artığı tespit edildiği, sanıkların ateşi sonucu maktulün sağ göğüs, mağdurun sol tibia, olayla ilgisi bulunmayan mağdurun ise sağ ayak bölgesinden hangi sanığın ateşiyle isabet aldığı anlaşılamayacak şekilde yaralandığı olayda, Sanığın maktulü kasten öldürme, mağduru öldürmeye teşebbüs suçlarından TCK’nun 37/1 maddesi uyarınca sorumlu tutulması gerekir. Suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde onbeş-onsekiz yaşları arasında olması sebebiyle TCK’nun 31/3 maddesine göre onbeş yıl hapis cezası tayin edildikten sonra, diğer cezalara dair olan ve bu hallerde verilecek cezayı oniki yıl ile sınırlayan aynı maddenin son cümlesinin uygulanamayacağı gözetilmelidir. Sanıklar ve suça sürüklenen çocuğun hedefinde olmayan mağdurun hangi sanığın eylemi sonucu yaralandığını tespit etmek mümkün olmadığından, sanıkların mağduru olası kastla yaralama suçlarından mahkumiyetlerine yeterli delil bulunmadığı kabul edilerek beraatlerine karar verilmesi gerekir”, 1. CD, 22.01.2018, E. 2016/5744, K. 2018/115.

¹⁷⁶ Bkz.: Sözüer, s. 162 vd.

¹⁷⁷ Sözüer, s. 164; Öztürk/Erdem, s. 354; Önder, C. II-III, s. 398; Özbek/Bacaksız/Doğan, Genel Hükümler, s. 271.

¹⁷⁸ Artuk/Gökçen, Genel Hükümler, s. 337; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 498; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 434.

olası kastta teşebbüsü kabul etmemekle beraber¹⁷⁹ aksine kararları da bulunmaktadır¹⁸⁰.

Başarısız teşebbüs denilen¹⁸¹ olaylarda da fail teşebbüsten dolayı sorumludur. Failin icra hareketlerine başladıktan sonra elindeki mevcut araçlarla fiili gerçekleştirmeyeceğini anlaması veya hatalı olarak öyle kabul etmesi olaylarında başarısız teşebbüs vardır. Keza failin fiili gerçekleştirme yeteneğinin ortadan kalkması veya suçun konusunun bulunmaması durumlarında da başarısız teşebbüs gerçekleşebilir. Örneğin icra hareketlerine başlayan failin aracın elverişsiz hale gelmesi nedeniyle fiili işleyememesi halinde başarısız teşebbüs vardır. Örneğin kurşunlarının bitmesi veya silahının bozulması nedeniyle failin icra hareketlerini tamamlayamaması halinde öldürmeye teşebbüsten sorumluluk tayin edilecektir. Keza bombanın patlamaması nedeniyle failin tamamlanamaması halinde fail öldürmeye teşebbüsten sorumluluğu olacaktır. Mağdurun kaçması nedeniyle ölümün gerçekleştirilememesi durumunda vazgeçme söz konusu olmayıp¹⁸², fail teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır. Hareketin hedefinin fail açısından tamamen anlamsız olduğu hallerde de başarısız teşebbüs vardır. Mağdurun değişmesi nedeniyle failin gerçekleştirilmemesi halinde gönüllü vazgeçme söz konusu değildir¹⁸³. İcra hareketleri başlamak şartıyla sorumluluk söz konusu olacaktır. Örneğin A'yı öldürmek isterken araya B'nin girmesi nedeniyle failin asıl hedeflediği kişiyi öldürememesi halinde teşebbüsten sorumluluk tayin edilecektir

Müşterek failliğin söz konusu olduğu hallerde teşebbüsün ne zaman başladığı doktrinde tartışmalıdır. İştirakin esasına uygun olması nedeniyle bizim de kabul ettiğimiz ve doktrinde hâkim olan bütüncül çözüm, faillerden birinin icra hareketlerine başlamasını yeterli kabul etmekte ve tüm faillerin teşebbüs aşamasına girdiğini benimsemektedir. Çünkü bu kişiler arasında birlikte suç işleme kararı bulunduğu için her katılana diğersinin fiili de isnat edilecektir¹⁸⁴.

¹⁷⁹ CGK, 27.12.2005, E. 2005/1-131, K. 2005-167; CGK, 19.12.2017, E. 2014/8-414, K. 2017/554.

¹⁸⁰ Bkz.: Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 180, 181.

¹⁸¹ Başarısız teşebbüs için bkz.: Gropp, s. 330, 331.

¹⁸² Schönke/Schröder-Eser, § 24, kn. 9.

¹⁸³ Tröndle/Fischer, § 24, kn. 8.

¹⁸⁴ Bkz.: Schönke/Schröder-Eser, § 22, kn. 55, 55 a.

Dolaylı faillikte de teşebbüsün başladığı zaman tartışmalıdır. Biz bu konuda bütüncül çözümü kabul etmekte ve dolaylı fail için de teşebbüsün, aracı olarak kullanılan kişinin doğrudan doğruya icraya başladığı andan itibaren söz konusu olacağını ifade etmekteyiz¹⁸⁵. Bu nedenle dolaylı faillikten ve sorumluluğundan söz edebilmek için araç olarak kullanılan kişinin öldürme suçunun icra hareketine başlaması, yani teşebbüsün gerçekleşmesi gerekmektedir.

Ceza hukukunda şerikler suçun icra hareketini gerçekleştirmemektedirler. Bir başka ifadeyle onlar suçu işlememektedirler. Failin fiilinden dolayı bağıllık kuralı gereğince sorumlu olduklarından icra hareketlerinin başladığı zaman şeriklerin hareketine göre belirlenmez. Failin hareketi icra hareketi için belirleyicidir¹⁸⁶. Dolayısıyla öldürme suçunda icra hareketi faile göre belirlenecektir.

Fiilin teşebbüs halinde kalmasına tamamlanmış şekline oranla daha az ceza verilmektedir. Bunun nedeni suçun objektif unsurunun tamamlanamaması nedeniyle tamamlanmış suça göre haksızlık içeriğinin az olmasıdır. Cezanın nasıl tespit edileceği 35. maddede belirtilmiştir. Teşebbüse ilişkin norm tek başına uygulanan bir hüküm olmadığı, yani belirli bir suçun tamamlanmadığı hallerde o suçun düzenlendiği kanuni tanıma bağlı olarak uygulanma niteliğine sahip olduğu için, suçun tamamlanmış şeklindeki ceza üzerinden 35. maddenin 2. fıkrasında belirtilen şekilde indirim yapılacaktır. Maddede belirtilen oranlar arasında ceza belirlemesi yapılırken meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı göz önüne alınacaktır. Örneğin öldürmeye teşebbüste mağdurun hayati tehlike geçirmesi ve uzun süre yoğun bakımda kalmasıyla, bu nitelikte olmayan öldürmeye teşebbüste verilecek ceza aynı olmayacaktır. Hâkim meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre asgari ve azami hadler arasında belirtilen oranlar arasında cezayı belirleyecektir. Teşebbüs durumunda hâkim, önce TCK'nın 61. maddesindeki cezanın belirlenmesindeki ölçütlere göre temel cezayı belirleyecek, bundan sonra 61. maddedeki sırayı takip ederek teşebbüs hükmünü uygulayacak, bu hükmü uygularken de somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığını dikkate alarak teşebbüse ilişkin hükümden belirtilen sınırlar arasında bir ceza tayin edecektir¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Dolaylı faillikte teşebbüs için bkz.: Schönke/Schröder-Eser, § 22, kn. 54, 54 a; KKOWiG-Rengier, § 13, kn. 27.

¹⁸⁶ LK-Hillenkamp, Vor § 22, kn. 131.

¹⁸⁷ CGK, 23.06.2009 gün ve 8-175, İlhan/Erel/Fazla/Örer/Çakıl/Köse/Halitoğlu/Bozoğlu/Kurşun/Kır, s. 189.

Öldürme suçu için icra hareketlerine başlayan fail icra hareketlerini tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçer veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Bu takdirde öldürmeye teşebbüsten değil, tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Örneğin mağdur ölmemiş, ancak yaralanmışsa kasten yaralamadan, herhangi bir şekilde ateş etmeden vazgeçmişse, ruhsatsız silah taşımaktan ve ruh sağlığı bozulmuşsa kasten yaralamadan sorumlu olacaktır¹⁸⁸. Tek bir kişinin işlediği suçlarda TCK m. 36 gereğince gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacak, iştirak halinde işlenen suçlarda ise 41. madde gereğince gönüllü vazgeçme belirlenmesi yapılacaktır.

V. İŞTİRAK

Öldürme suçu iştirak halinde işlenebilir. Müşterek faillik, dolaylı faillik, yan faillik ve şeriklik gerçekleşebilir. Müşterek faillikte işlenen fiil her bir müşterek faile isnat edildiğinden her biri fail olarak işlenen suçtan sorumlu tutulmaktadır¹⁸⁹. Öldürme neticesinin kimin fiilinden kaynaklandığı

¹⁸⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 128, 129.

¹⁸⁹ “Olay tarihinde 24 yaşında olan 1989 doğumlu sanık ...’ün, Ordu il merkezinde ikamet ettiği, hakkında kasten öldürme suçundan verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşen inceleme dışı sanık ... ile yakın arkadaş olduğu, maktul ... ve inceleme dışı diğer sanık ... ile de tanışıklığının bulunduğu, maktul ... ve ...’in bir süre Ordu’da yaşadıkdan sonra çalışmak için birkaç yıl önce Samsun iline yerleştikleri, maktulün olay tarihinden iki gün önce ...’in kullandığı araçla Samsun’dan, memleketi Ordu’ya ziyaret maksadıyla geldiği, ... ve maktul ...’in olay günü Ordu’da yaşadıkları dönemde tanışmış oldukları... ve sanık ... ile buluştukları, önce liman bölgesinde daha sonra ise Boztepe’de gün boyu içki içerek sohbet ettikleri, akşam saat 18.00 sıralarında il merkezine ...’in kullandığı araçla döndükleri, sanık ...’nın bira almak için ...’den aracı büyük bir marketin önüne çekmesini istediği, sanık ... ve maktul ...’in araçtan inerek markete girdikleri, ... ve ...’in ise aracın yanında, dışarıda bekledikleri, bu esnada olay yerinden geçen tanık ...’in önceden tanıdığı...’in fazlaca alkollü olduğunu görünce, çok içki içmemeleri yönünde...’e tavsiyede bulunduğu, marketten sanık ... ile birlikte çıkan maktul ...’in tanık ...’in bu uyarısına tepki göstererek işlerine karışmamasını söylediği, maktulle tartışmaya girmekten kaçınan ...’in olay yerinden ayrıldığı, ...’in ise maktul ...’e, ...’in büyüklüğü olduğunu, ...’la bu şekilde konuşmasının doğru olmadığını söylediği, bunun üzerine... ile maktulün tartışmaya başladıkları, maktulün...’e tokat atması ile kavga çıktığı, kavganın başladığını gören sanık ...’nin hemen maktulün arkasına dolanarak, maktulün kolunu geriye kıvrıldığı ve eliyle ağzını kapattığı maktulün başını da geriye doğru çekip maktulü sıkıca tuttuğu, ...’in önce yumrukla daha sonra ise belinden çıkardığı bıçağın sap kısmı ile maktulün baş ve omuz kısmına vurmaya başladığı, ardından da bıçağın kesici kısmı ile maktulün göğüs sağ kısmına bir kez şiddetle vurduğu, akciğerinden yaralanan maktulün darbenin şiddeti ile yere yığıldığı, bu ana kadar maktulü hareketsiz kalacak şekilde sıkıca tutan sanık ...’nin maktulü bıraktığı, sanığın elinden kurtulan maktulün koşarak yakınlardaki bir iş yerine sığındığı, konuşma imkânı bulamadan kendinden geçen maktulün kaldırıldığı hastanede tüm tıbbi müdahalelere rağmen aynı gece, akciğer ve pulmoner ven kesisinden kaynaklanan iç

önemli değildir¹⁹⁰. Sapma halinde de olası kastları bulunmak şartıyla kimin

ve dış kanama sonucu hayatını kaybettiği, olay yerinden kaçan...’in ise sanık ... ile buluşarak gittiği barda, olaydan yaklaşık bir buçuk saat sonra sanık ile karşılıklı içki içerken suç aleti ile birlikte kolluk görevlilerince yakalandığı anlaşılan olayda; sanık ...’nın, hakkında kasten öldürme suçundan verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşen ...’ın maktul ...’la kavga tutuştuğunu görmesi üzerine, ...’le birlikte o anda verdiği suç işleme kararının icrası kapsamında, tereddüt etmeden derhâl arkasından dolanarak maktulün kolunu geriye büküp sıkıca tutması, diğer eli ile de maktulün yardım istemesini engelleyecek şekilde ağzını kapatması, bu şekilde...’in saldırısına karşı savunmasız bıraktığı maktulün olay yerinden kaçmasına engel olması, ...’in belinden bıçak çıkardığını görmesine karşı, maktulün kaçmasına ya da kendini savunmasına ve yardım istemesine engel olacak şekilde maktulün kolunu geriye kıvrıp ağzını kapatmaya devam etmesi, ...’in, maktulün göğüs bölgesine yönelik ölüme sebebiyet veren bıçaklı saldırısını tamamlamasından ve göğsünden yaralanan maktulün kendini yere bırakmasından sonra ancak maktulü serbest bırakması, olay yerinden kaçan... ile olaydan hemen sonra haberleşmelerinin ardından barda buluşması şeklinde, olay öncesinde, olay sırasında ve olay sonrasında sergilediği davranışlar birlikte değerlendirildiğinde; sanık ...’ün, yakın arkadaşı olan ve hakkında kasten öldürme suçundan verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşen ... ile birlikte aldığı maktulü öldürme kararı çerçevesinde, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurarak maktul ...’in kasten öldürülmesi suçuna 5237 sayılı TCK’nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı kabul edilmelidir”, CGK, 28.01.2020, E. 2017/1048, K. 2020/26; “Oluşa, tanık beyanlarına, kamera kaydına ve tüm dosya kapsamına göre; maktulün hakkındaki hüküm onanarak kesinleşen sanık. küfür etmesi nedeniyle başlayan tartışmanın kavgaaya dönüştüğü, kavga sırasında sanıklar ..., maktule tekme ve yumruklarla vurduğu, tanık beyanlarına ve görüntülere göre adeta hepsinin “yumak” olarak maktulün direncini kırdıkları bir sırada. maktule dördü öldürücü olmak üzere yedi bıçak darbesi vurduğu, maktulün bu darbelere bağlı iç organ yaralanmasından gelişen iç kanama sonucu öldüğü anlaşılan olayda; Sanıklar . ve .maktulün direncini kırmak ve savunmasız hale getirmek suretiyle fikir ve eylem birliği içerisinde fiil üzerinde ortak hakimiyet kurdukları ve kasten öldürme suçunun müşterek faili olarak TCK’nın 37/1 maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılığlı değerlendirme sonucu basit yaralamadan dolayı şikayet yokluğu nedeniyle TCK’nın 73/4.ve CMK’nın 223/8. maddeleri gereğince düşme kararları verilmesi”, 1. CD, 5.5.2016, E. 2016/2710, K. 2016/2397.

¹⁹⁰ “Sanıklarla... ve ...’in içerisinde bulunduğu grup bir tarafta, maktul ..., mağdurlar ..., ve...’nin arasında bulunduğu grup diğer tarafta olmak üzere suç mahallinde tarafların karşılaştığı, araçlarından önce ... ile maktulün inip konuşmaya başladıkları, sanık ...’in de içinde bulunduğu araçtan inerek maktulün yanına doğru geldiği ve elindeki bıçak ile ...’i yaraladığı, bu sırada olaya müdahale etmek isteyen maktulün arkadaşı mağdur ...’ı da aynı bıçak ile sol göğsünden bıçaklayarak hayati tehlike geçirecek şekilde öldürmeye teşebbüs ettiği, tekrar maktule yönelerek toplam dört adet bıçak darbesi ile maktulü öldürdüğü, kavga sırasında sanık ...’nin elindeki silahla ateş ettiği ve bu ateş sonucu isabet alan ve olay yerine maktulle birlikte gelen mağdur ...’un basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte yaraladığı, sanık ...’in elindeki bıçakla sağa sola saldırdığı ve mağdur ...’ye bıçakla basit nitelikte yaraladığı, sanık...’in ise aracın şoförlüğünü yaparak olay mahalline diğer sanıkları getirdiği, suçun işlenmesi sırasında olay yerinde hazır olarak beklediği ve kavga bitince de aracı kullanarak sanıkların olay yerinden kaçmalarını sağladığı olayda; sanıkların olay mahalline kavga amaçlı hazırlıklı geldikleri, diğer sanık B. ile fikir ve irade birliği içinde hareket ederek ve dayanışmalı olarak maktulün öldürülmesi eylemi üzerinde ortak hakimiyet kurup suça müşterek fail olarak katıldıkları, sanık ...’in elindeki bıçakla sağa sola saldırması şeklindeki tehdit suçunu oluşturduğu iddia edilen eyleminin de bir bütün halinde öldürme suçuna iştirak

fiilin kaynaklandığı önemli olmaksızın müşterek failler gerçekleşen ölüm sonucundan sorumlu olacaklardır¹⁹¹. Kanun koyucu bazı suç tiplerinde suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesini nitelikli hal olarak kabul etmektedir (TCK m. 102/3-d, 103/3-a, 106/2-c, 109/3-b, 119/1-c, 149/1-c, 265/3). Kasten öldürmede ise bu kabul edilmemiştir. Ancak İstanbul Sözleşmesi suçun, iki ya da daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin (m. 46/e) nitelikli hal olarak öngörülmesini istemektedir.

Öldürme fiili dolaylı faillik şeklinde de işlenebilir. Bu halde dolaylı fail kasten öldürmeden sorumlu olacaktır. Dolaylı fail öldürme için cebir tehdit kullanmışsa ayrıca cebir veya tehdit uygulamasından dolayı sorumlu olmaz. Arkadaki kişinin dolaylı fail olmasını sağlayan uyguladığı cebir veya tehdit olduğu için ayrıca bu fiillerden dolayı sorumlu tutulmaz. Kanun koyucu dolaylı faillik şekillerinden işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişilerin intihara sevk edilmesini ve cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişilerin intihara mecbur bırakılmasını TCK m. 84/4 düzenlemiş ve bu kişilerin dolaylı fail olarak sorumlu olacağını ifade etmiştir. Bunun dışındaki öldürme fiilinin dolaylı faillik şeklinde gerçekleştirildiği durumlarda fail 81. maddeden

suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle sanıkların TCK'nin 37. maddesi delaleti ile maktulün öldürülmesi suçundan fail olarak sorumlu tutulup, sanık ... bakımından tahrik hususu da nazara alınarak cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, yanılığılı değerlendirme sonucu beraatlerine karar verilmesi", 1. CD, 6.2.2019, E. 2018/5276, K. 2019/529.

¹⁹¹ Bkz.: "Olayımızda, sanıklar sabahki yaralama olayını bahane ederek, akşam tüfekleri ile olay yerine gitmişler ve ...'ı beklemeye başlamışlardır. Sanıklar iştirak halinde fikir ve eylem birliği içerisinde olay yerine gelmişlerdir. ...'ın komşusu ve akrabası mağdur ... ile olay yerine gelmesi üzerine ... evine girmiş, mağdur ... ise tarafları sakinleştirmeye çalışmıştır. Ancak bu konuda başarılı olamayınca ve ... da tüfikle evden çıkınca sanıklar iştirak halinde fikir ve irade işbirliği içinde arada kalan mağdur ...'ın da yaralanabileceğini öngörerek ...'a ateş etmişlerdir. Bu ateş sonucunda mağdur ... saçma taneleri ile alınan kati rapora göre hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmıştır. Sanıkların iştirak halinde tüfekleri ile olay yerine gelmeleri, birlikte tüfekleri ile olayları yatıştırma çalışmaları mağdur ...'ın da yaralanabileceğini öngörerek tüfikle ...'a doğru ateş etmeleri sonucu, mağdur ...'ın saçma taneleri ile hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanması olayında, sanıkların iştirak halinde olası kastla yaralama suçunu işledikleri belirlenerek yerel mahkemeye sanıklar hakkında, TCK'nin 37/1. maddesi delaletiyle TCK'nin 86/1, 86/3-e, 87/1-d-son, 21/2, 62. maddeleri gereğince 2 yıl 1 er ay hapis cezası verilmiştir. Olay yerinde tek sanık olması halinde bu kişinin tüfikle ateş etmesi, araya giren kişinin yaralanması durumunda, olası kastla yaralanmanın kabul edildiği, ancak aynı olayda birden fazla sanığın tüfikle ateş etmesi durumunda "olası kasta iştirak olmaz" denilerek tüm sanıkların beraati yoluna gidilmesi usul, yasa, adalet ve hakkaniyete aykırı olacaktır, diğer taraftan aynı amaçla iştirak halinde fikir ve eylem birliği içinde olay yerine gelen birlikte tüfikle ateş eden, olası kastla yaralama suçunu işleyen sanıkların cezasız kalması durumu söz konusu olacaktır", 3. CD, 13.2.2020, E. 2020/377, K. 2020/2961.

(suçun nitelikli hali gerçekleşmemişse-gerçekleşmişse 82. maddeden) dolaylı faillığe ilişkin TCK m. 37/2 gereğince sorumluluk tayin edilecek ve işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacaktır. TCK'nın 37. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde ise, kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda dolaylı failin cezasının, üçte birden yarısına kadar artırılacağı düzenlenmektedir. Bu düzenleme nitelikli hale ilişkin bir hüküm niteliği taşımaktadır. Bu düzenleme nedeniyle dolaylı failin cezası müşterek faile göre daha fazla olabilmektedir.

Kasten öldürme suçunda yan faillik de gerçekleşebilir. Birden çok kişinin aynı neticeye yönelik tipikliğe uygun davranışının olduğu ve bu kişilerin birbirinden bağımsız (habersiz) olarak hareket ettiği halleri ifade etmek için kullanılan yan faillikte her fail kendi yaptığı davranışa göre sorumlu olacaktır. Her ikisi de aynı anda öldürücü nitelikte isabet sağlamışsa her ikisi de öldürmeden, biri isabet ettirmiş ve mağduru öldürmüş, diğeri isabet ettirememişse, ölümü gerçekleştiren öldürmeden, diğeri öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacak, kimin silahından çıktığı belirlenememişse her iki fail de öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır.

Şeriklik de mümkündür. Şeriklik ihmali hareketle gerçekleştirilebilir. Ancak bu yardım etme için geçerli olup, azmettirme için doğru değildir. İhmali hareketle azmettirme söz konusu değildir. Yargıtay bazı kararlarında müşterek faillığı kabul etmediği olaylarda, fiilin işlendiği esnada olay yerinde bulunan ve failin yanında yer alan kişilerin eylemini yardım etme (suç işleme kararını kuvvetlendirme) şeklinde nitelendirmektedir¹⁹².

Şeriklerin sorumluluğu işlenen suçta göredir (m. 38/1). Örneğin tek faille 5 kişinin öldürülmesi için azmettirmede, eğer bu beş kişi de öldürülmüşse azmettiren 5 ayrı öldürmeye azmettirmeden sorumlu olacaktır. Azmettirenin sorumlu olabilmesi için sadece failin fiilinin suç teşkil etmesi yetmez, aynı zamanda azmettiren açısından da fiilin suç teşkil etmesi gerekir. Örneğin

¹⁹² “Eylemin asli faili olan suçta sürüklenen çocuk ...’ın haber vermesi üzerine ona destek vermek ve kavgaya katılmak amacıyla olay yerine gelen arkadaşları suçta sürüklenen çocuklar ..., ... ve ...’un üzerinde bıçak olduğunu bildikleri suçta sürüklenen çocuk ...’ın yanında kavgaya katıldıkları, ancak maktulün öldürülmesi eylemine TCK’nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail sıfatıyla katıldıklarına ilişkin yeterli delil bulunmasa da, olay sırasında asli fail olan arkadaşlarının yanında yer almak suretiyle onda mevcut olan suç işleme kastını kuvvetlendirdikleri, bu şekilde maktulün öldürülmesi eylemine TCK’nın 39/2-c maddesi kapsamında yardım eden sıfatıyla iştirak ettikleri nazara alınarak mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi”, 1. CD, 15.04.2019, E. 2019/168, K. 2019/2254.

kendisini öldürmesi için birini parayla tuttuğunda, o da fiili gerçekleştirmek için harekete geçip sonucu gerçekleştirmediğinde, öldürmeye teşebbüs eden kişi sorumlu olacak, buna karşın kendisini öldürmesi için para veren kişi azmettiren olarak sorumlu tutulamayacaktır. Azmettirenin cezası bazen failden daha fazla olabilmektedir. Üstsoy veya altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle veya çocukların suça azmettirilmesi halinde azmettirenin cezası artırılmaktadır (m. 38/2).

TCK'nın 38. maddesinde (3. fıkrasında) ayrıca cezayı ortadan kaldıran şahsi bir nedene yer verilmiştir. Buna göre azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında verilecek cezada indirim yapma imkânı tanınmıştır. Düzenlemede hükmolunabilir, yapılabilir ifadeleri yer aldığından indirim yapıp yapmama konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yardım eden kişinin iştirak nedeniyle sorumluluğu için suçun işlenmesine katkı yapmalıdır. Katkısının işlenen fiil açısından nedensel olması gerekir¹⁹³.

Yardım eden kişi bir fiilde aynı zamanda azmettiren veya fail olabilir. Bu durumda azmettirmeden veya fail olmaktan dolayı sorumlu olacak, ayrıca yardım etme nedeniyle sorumluluğu yoluna gidilmeyecektir.

VI. İÇTİMA

Öldürme suçu zincirleme suç şeklinde işlenemez¹⁹⁴. Çünkü zincirleme suçun varlığı için gerekli olan bir suç işleme kararının gerçekleşmeyeceğini düşünüyoruz. TCK m. 43/3 hükmü de öldürmede zincirleme suçu kabul etmemiştir. Yargıtay da aynı görüştedir. Yargıtay'a göre, "*Sanık İ ile karar ve eylem birliği içinde bulunan sanık F tarafından 25.02.2004 tarihinde öldürülmeye teşebbüs edilmesinden dolayı hastanede tedavi altında bulunan maktulenin, 27.02.2004 tarihinde, sanık İ ile aynı karar ve eylem birliği içinde bulunan sanık F tarafından, yenilenen kasıtlı vurulup öldürülmesinde, araya giren zaman dilimi de gözetilerek, Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, her iki suçun zincirleme (müteselsil) suç kabul edilemeyeceği gibi, esasen uygulanan 5237 Sayılı Kanununun 43. maddesinin son fıkrası uyarınca bu tür suçlarda bu madde hükümlerinin uygulanamayacağı düşünülmeyen, sanık İrfan yönünden 765 sayılı TCK.nun 73. maddesinin de ayrıca tatbiki suretiyle her iki suçtan sanıklar hakkında ayrı ayrı ceza tayini gerekirken suçlara*

¹⁹³ Bkz.: Gropp, s. 392, 393.

¹⁹⁴ Aksi görüş için bkz.: Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 132.

zincirleme suç vasfı verilmesi” yasaya aykırıdır¹⁹⁵.

Kasten öldürme suçunda fikri içtimanın gerçekleşmesi mümkündür:

Genel tehlike yaratan suçlar ile öldürme suçu fikri içtima halinde bulunabilir. Örneğin öldürme suçu, genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçuyla farklı neviden fikri içtima halinde bulunabilir. Doğal anlamda birden fazla hareketle öldürme suçu ve genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu arasında fikri içtima kuralları Yargıtay tarafından uygulanmaktadır¹⁹⁶. Aynı

¹⁹⁵ 1. CD, 16.11.2006, E. 2006/2398, K. 2006/4942.

¹⁹⁶ “Sanık S.. Y..’nin eyleminin “kasten öldürme” suçunu mu yoksa “silahla ateş etmek suretiyle genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak” suçunu mu oluşturduğu: 5237 sayılı TCK’nun 21/1. maddesine göre, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olan ve failin iç dünyasını ilgilendiren kast, dış dünyaya yansıyan davranışlara bakılarak, daha açık bir ifadeyle failin olay öncesi, olay sırası ve olay sonrası davranışları ölçü alınarak belirlenmelidir. Kast, insanın iç dünyası ile ilgili bir kavram olduğundan, kastın açıkça ifade edilmediği durumlarda, iç dünyaya ait bu olgunun dış dünyaya yansıyan davranışlara bakılarak belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Kişinin eyleminin, bir suçu oluşturup oluşturmadığının, oluşturuyorsa da hangi suçu oluşturduğunun tespiti için, eylemin bir aşamasındaki durumun değil, eylemin yapılması için verilen kararın, bu kararın icra edilmiş biçiminin, olay öncesi, sırası ve sonraki davranışların da dikkate alınıp, tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Öte yandan 5237 sayılı TCK’nun hazırlanmasında “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır” ilkesi esas alınmış, dolayısıyla da gerçek içtima kuralı benimsenmiştir. Nitekim Adalet Komisyonu raporunda bu husus; “Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, ‘kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır’ şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimalı 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 (TBMM Adalet Komisyonu’nun 03.08.2004 gün ve 1/593-60 sayılı Raporu). Bu kuralın istisnaları ise, 5237 sayılı TCK’nun “suçların içtimalı” bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK’da, aynı nev’iden fikri içtima ile farklı nev’iden fikri içtima tek madde halinde ve Kanununun 79. maddesinde düzenlenmiş iken, 5237 sayılı TCK’da bu iki hal birbirinden ayrılarak, aynı nev’iden fikri içtima, zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 2. fıkrasında, farklı nev’iden fikri içtima ise 44. maddesinde düzenlenmiştir. Farklı neviden fikri içtima 5237 sayılı Kanunun 44. maddesinde; “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiş olup, hükmün uygulanabilmesi için işlenen bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması gerekmektedir. Kanun koyucu, işlediği bir fiille birden fazla farklı suçu işleyen failin, fiilin tek olması nedeniyle en ağır ceza ile cezalandırılmasını yeterli görmüş, bu şekilde “non bis in idem” kuralı gereğince bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının da önüne geçilmesini amaçlamış, “erime sistemi”ni benimsemek suretiyle, bu suçlardan en ağırının cezasının verilmesi ile yetinilmesini tercih etmiştir.

Bu bağlamda, “tek fiil” veya “bir fiil”den ne anlaşılması gerektiğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi

oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulursa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirilmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, 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 kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki “tek bir fiili” oluşturmaktadır. 5237 sayılı TCK’nun genel hükümleri arasında yer alan fikri içtima kuralları, şartların varlığı halinde bulunması halinde kural olarak her suç için uygulanabilir ise de, kanun koyucunun açıkça istisna öngördüğü hallerde bu kuralın uygulanma ihtimali bulunmamaktadır. Nitekim TCK’nun 212. maddesinde, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı belirtilerek, açıkça fikri içtima hükümlerinin uygulanması engellenmiştir. Görüldüğü gibi, kanuni istisnalar dışında, hukuki anlamda tek bir fiille birden fazla farklı suçun işlenmesi halinde, bu suçlardan en ağır cezayı gerektirenin cezasına hükmolunması kanun gereği olup, suçların olası kastla veya doğrudan kastla işlenmiş olması da varılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Kast ve fikri içtima ile ilgili bu açıklamalardan sonra kasten öldürme ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçları üzerinde durulmalıdır. Kasten öldürme suçu 5237 sayılı TCK’nun 81. maddesinde; “bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır,” şeklinde, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu ise aynı kanununun 170. maddesinde; “(1) Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda; a) Yangın çıkaran, b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan, c) Silâhla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan, Kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Kasten öldürme suçu, mağduru öldürülen insan olan neticeli bir zarar suçudur. Ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli herhangi bir hareketle suçun işlenmesi mümkündür. Bu suç ile korunan hukuki yarar kişinin “yaşama hakkı”dır. Suçun manevi unsuru genel kasttır. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu ise seçimlik hareketli bir tehlike suçudur. TCK’nun 170. maddesinin birinci fıkrasında, bu suçun oluşturan seçimlik hareketler, yangın çıkarmak; bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak; silâhla ateş etmek veya izinsiz patlayıcı madde kullanmak olarak sayılmış olup suç, somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, soyut tehlike suçu tanımına yer verilmiştir. Bu hükümde, yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olmak, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre bu fıkra düzenlenen suçun oluşabilmesi için somut bir tehlikenin meydana gelmesi gerekmektedir. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun mağduru belirli bir kimse olmayıp toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Bu suçla korunan hukuki değer, kişilerin hayat, vücut bütünlükleri ve mal varlığı bakımından bir zarar tehlikesi doğmadan, güvenlik içerisinde yaşamaları üzerindeki haklarıdır. Suçla yasaklanan eylemlerin işlenmesi durumunda, kişilerin hayatları, sağlıkları veya mal varlıklarının zarar görmesi tehlikesi meydana gelmektedir. Tehlikenin somut olarak belirli kişi veya kişiler hakkında söz konusu olması gerekli olmayıp, belirsiz sayıda kişinin, dolayısıyla toplumu oluşturan birçok kimsenin bu suçtan dolayı korunması amaçlanmaktadır. Bu fiillerin işlenmesiyle bir zarar neticesinin meydana gelmesi hâlinde, meydana gelen zarara ve bu zararın meydana gelmesi açısından failin kast veya taksirine göre başka suçlar oluşacaktır. Örneğin, toplumda genel güvenliği tehlikeye sokan bir etki meydana getiren fiiller sonucunda bir veya birkaç kişi ölmüş veya yaralanmış ya da kişiler malvarlığı itibarıyla zarar görmüş olabilir. Bu gibi durumlarda, farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.12.2006 gün ve 317-

şekilde trafik güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi fiiliyle kasten öldürme suçu fikri içtima ilişkisi içinde bulunabilir.

Sapma durumunda farklı neviden fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Örneğin hedeflenen kişi dışında başka bir kimsenin kurşun sekmesi sonucunda öldüğü olayda, fail hakkında kasten öldürme suçuna teşebbüs ile taksirle öldürme suçu arasında farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince sorumluluk tayin edilecektir.

Öldürme suçunda aynı neviden fikri içtima mümkün olmakla beraber TCK m. 43/3 nedeniyle aynı neviden fikri içtima kuralları uygulanmayıp, gerçek içtima kuralları gereğince sorumluluk tayin edilmektedir. Fiilin doğal anlamda tek olduğu hallerde bir sorun yaşanmamaktadır. Ancak doğal anlamda birden fazla hareketin olduğu ve birden fazla kişinin öldüğü olaylarda sorun yaşanmaktadır. Öldürme suçu üstün kişisel değer olan yaşam hakkını koruduğundan doğal hareket tekliği kapsamına giren hareketlerle birden çok kişinin öldürüldüğü (hedeflenen dışındaki kişiler için olası kastının

319 sayılı kararında da; "...5237 sayılı TCK'nun 170. maddesinde, 765 sayılı TCK'nun 264/7. maddesindeki düzenlemeden farklı biçimde eylemin bir başka suçu oluşturması halinde ayrıca cezalandırılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. O halde, eylemin aynı zamanda bir başka suçu da oluşturması halinde 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması söz konusu olur" denilmek suretiyle, 5237 sayılı TCK'nun 170. maddesi bağlamında aynı kanunun 44. maddesinde düzenlenen farklı nevi'den fikri içtima kurallarının uygulanmasının mümkün olduğu, tereddütte meydan verilmeyecek bir biçimde ortaya konulmuştur. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Olaydan yaklaşık bir buçuk yıl önce sanık Soner ile tanık Ufuk arasında başlayıp maktulün ve sanık Sercan'ın da dâhil olmasıyla büyüyen kavgada maktulün sanık Sercan'ı yaralamasıyla taraflar arasında husumetin başladığı, olay gecesi arkadaşlarıyla birlikte Restoran'a giden maktulün yolda sanık Sercan'a hakaret etmesi üzerine sanık Sercan'ın maktulü öldürmeye karar verdiği, sanıklar Sercan, Soner ve Umut'un restoran önünde bekledikleri, merdivenleri gözetledikleri, restoran çalışanlarının durumu fark ederek maktulü ve arkadaşlarını uymaları üzerine maktulün restoranın normal giriş çıkış kapısı yerine arka kapıya yöneldiği sırada sanık Sercan'ın restorana girip üzerinde taşıdığı 9 mm. çapındaki silahla vestiyer kısmında bulunan maktulü hedef alarak 7-8 el ateş ettiği, ardından sanık Soner'in de sanık Umut'un elinden aldığı 7.65 mm.lik tabancayla restoranın çıkış merdivenini ateş altında tuttuğu, maktulün hastaneye ulaştırıldığı sırada öldüğü olayda; sanık Soner'in, Sercan'ın kasten öldürme eylemini gerçekleştireceğini bilmesine rağmen eyleme tarafar olmadığını gösterecek şekilde engelleyici herhangi bir davranışta bulunmaması, aksine olayın başından itibaren sanık Sercan'ın yanında yer alması, sanık Sercan'ın öldürme eylemi için restorana girdiği sırada restoran çalışanı tanık Çağrı'yı oyalaması, Sercan'ın eyleminden hemen sonra sanık Umut'un elindeki silahı alıp restoranın çıkışını ateş altında tutarak olay yerinden kaçmasına yardım etmesi, ardından sanık Sercan ile buluşup birlikte kaçması karşısında Sanık Sercan'ın kasten öldürme eylemine iştirak ettiğinin ve hukuken tek olan bu eylemi ile hem kasten öldürme hem de genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarını işlediğinin kabulü gerekmektedir", CGK, 09.06.2015, E. 2013/713, K. 2015/203.

bulunduğu) olaylarda fiil tekliği çoğunlukla kabul edilmemektedir¹⁹⁷. Biz de bu görüşe katılıyor ve tek fiil de bile aynı nevi fikri içtimanın öldürme suçlarında kabul edilmediği sistemimizde (TCK m. 43/3) birden fazla doğal hareketle doğrudan veya olası kastla kişilerin öldürüldüğü olaylarda fiil tekliğinin ve fikri içtimanın uygulanmayacağını, gerçek içtimanın uygulanacağını düşünüyoruz. Yargıtay da verdiği bir kararda, “*bu noktada; aralarında yer ve zaman bakımından sıkı bağlantı bulunmasına rağmen doğal anlamda birden fazla hareketle, doğrudan veya olası kastla kişilerin yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığına yönelik hukuki menfaatlerin ihlal edilmesi durumunda fiilin hukuki anlamda tek olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Doğal anlamda birden fazla hareketin hukuki anlamda tek bir fiil olarak kabul edilip edilemeyeceği işlenen suçun özelliği de göz önüne alınarak yapılacak hukuki değerlendirme sonucunda belirlenmelidir. Bu bakımdan korunan hukuki menfaatler arasında en üstte yer alan yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığına yönelik eylemlerde eğer fail doğal anlamda birden fazla hareketle bir ya da birkaç kişiyi öldürmek ya da yaralamak amacıyla, öldürmek ya da yaralamak istediği kişinin yanında veya yakınında bulunan başka kişilerin de ölebileceğini veya yaralanabileceğini öngörmesine rağmen bunu göze alarak hareket ediyorsa artık ortada tek bir fiil değil, mağdur sayısınca birden çok fiil bulunduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bunun için failin doğrudan ya da olası kastla hareket ettiğinin belirlenmesi gereklidir*” şeklinde belirleme yapmıştır. Bu belirleme çerçevesinde de tek fiil olmadığından fikri içtima kurallarının (m. 44) uygulanamayacağını kabul etmektedir¹⁹⁸. Ancak Ceza Genel Kurulu

¹⁹⁷ Ancak aksine belirleme yapan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz.: Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 52 ff., kn. 22, 23.

¹⁹⁸ CGK, 10.12.2013, E. 2012/1-1572, K. 2013/600. Yargıtay aynı yönde bir başka kararında “Sanığın, mağdur ...’e bıçakla saldırdığı, ancak onun yerine hedefte sapma sonucu yanında bulunan kardeşi maktul ...’i olası kastla öldürdüğü kabul edilen somut olayda, mağdur ...’e bıçakla saldıran sanığın, kavgayı ayırmak amacıyla aralarına giren ve mağdurun yanında bulunan maktul ...’in ölebileceğini ya da yaralanabileceğini öngörmesine karşın, bunu göze alarak mağdura doğru birden çok bıçak savurma şeklindeki eyleminin suçla korunan hukuki menfaatler göz önünde bulundurulduğunda hukuki anlamda tek fiil sayılması mümkün olmayıp, TCK’nun 44. maddesinin uygulanma şartları oluşmadığı, maktul ve mağdura yönelik eylemleri sebebiyle ayrı ayrı değerlendirme yapılarak sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin” şeklinde değerlendirme yapmıştır, 1. CD, 08.05.2017, E. 2017/115, K. 2017/1481. Aynı yöndeki bir başka kararında, “uyuşmazlık, sanığın eyleminin doğrudan kastla öldürmeye teşebbüs mü, yoksa olası kastla yaralama suçunu mu oluşturduğunun belirlenmesine ilişkindir. Katılan ve maktülün içinde bulunduğu minibüsün geçişi sırasında sanığın 6-7 metrelik mesafeden cam kenarında oturan katılan ile yanında oturan maktülü hedef alarak av tüfeğiyle ardı ardına 3

2010 yılında verdiği bir başka kararında birden fazla atışın olduğu ve birden fazla kişinin yaralandığı olayda tek fiil olduğunu belirlemiş, ancak m. 43/3 nedeniyle ayrı ayrı sorumluluk tayin edileceğine karar vermiştir¹⁹⁹. Ceza Kanunumuz da aslında 43/3 düzenlemesi nedeniyle kasten öldürme ve kasten yaralamalarda doğal anlamda tek fiilde bile 43/2'nin uygulanmasını kabul etmeyerek birden fazla fiilde doğal hareket teklifi belirlemesinin yapılamayacağı sonucunu ortaya koymaktadır. Tek fiille hem öldürmenin hem de yaralamanın gerçekleştirildiği olaylarda TCK m. 43/3 gibi bir düzenlemenin TCK m. 44'te olmaması nedeniyle farklı nevi fikri içtimanın uygulanması gerektiği uygulamada²⁰⁰ ve doktrinde bazı yazarlar tarafından

el ateş etmesi, maktülün sol omuz ve kol bölgesinden, katılanın boyun bölgesinden yaralanması, olayda kullanılan av tüfeğinin öldürmeye elverişli silah olması, av tüfeğinden atılan fişeklerin maktülün otopsi raporunda belirtildiği üzere saçma ile sıkıştırılmış bilye içerikli özel yapım fişekler olması, maktülde ölüm sonucunu oluşturan yaralanmaların dokuz gülle tabir edilen bilyelerin isabeti sonucu oluşması, katılana rastlantı sonucu bilye isabet etmemekle beraber hayati organlarının bulunduğu boyun bölgesine saçmaların isabet etmesi, sanığın cam kenarında oturan katılanı gördüğü halde eylemini gerçekleştirmediği, soruşturma aşamasında katılan ve maktülün bulunduğu bölgeye doğru ateş ettiğini açıkça ifade etmesi ve sanığın eylemi nedeniyle katılana göre daha iç bölgede oturan babasının öldüğü gerçeği karşısında, sanığın eylemini zorunlu ve kaçınılmaz sonuçlarını bilerek gerçekleştirdiğinin ve olay sırasında öldürme kastıyla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Bu nedenle, yerel mahkemece sanığın katılana yönelik eylemi nedeniyle kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır” şeklinde belirleme yapmıştır: CGK, 22.05.2012, E. 2011/1-480, K. 2012/207.

¹⁹⁹ CGK, 06.07.2010, E. 2010/8-51, K. 210/162.

²⁰⁰ “sanık ...’ın aracından çıkardığı av tüfeğini yaklaşık 3-4 metre mesafede bulunan ...’a doğrultarak bir el ateş ettiği, ...’un karın ve sağ üst bacak bölgesine isabet eden çok sayıda saçma tanesi ile ince bağırsakta meydana gelen delinmeler dolayısıyla yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaralandığı,’in yanında bulunan ve atış mesafesi, kullanılan silahın niteliği göz önüne alındığında, açılan ateş sonucu dağılacak saçma taneleri ile yaralanması hayat tecrübelerine göre mutlak olmayan ancak beklenebilen katılan ...’un ise bacağının sol tarafına isabet eden saçma taneleri ile basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde aynı atış ile yaralandığı olayda; sanık ...’ın av tüfeği ile katılan ...’u öldürme amacıyla ona doğru bir kez ateş etme eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılması gerektiği ve bu suretle tek olan eylem sonunda hem katılan ...’a karşı kasten öldürme suçuna teşebbüsün, hem de katılan ...’a yönelik olası kastla yaralama suçunun meydana geldiği hususlarında şüphe bulunmadığı, TCK’nın 43. maddesinin 3. fıkrasındaki; “Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz” hükmüyle, bu suçlarda zincirleme suç hükümleri ile aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanmayacağı, dolayısıyla sayılan bu suçlarda, failin mağdur sayısınca ayrı ayrı cezalandırılacağına ilişkin istisna hükmüne TCK’nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima düzenlemesinde yer verilmemiş olması, kıyas veya genişletici yorum yoluyla, hakkında düzenleme olmayan bir ceza hukuku konusunda kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemeyeceği yönündeki evrensel hukuk ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 Sayılı TCK’nın 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırı olan kasten öldürme suçuna teşebbüsten ceza verilme-

kabul edilmektedir. Doktrindeki yazarlara göre, 43. maddenin 3. fıkrasının uygulanması söz konusu olmayıp, 44. madde gereğince belirleme yapmak gerekir. Aksine uygulama kıyas yasağının ihlali anlamına gelmektedir²⁰¹. Tek fiille kasten öldürme ile kasten yaralamanın gerçekleştirildiği olaylarda 43. maddenin 3. fıkrası hükmünün uygulanması ve gerçek içtimanın kabul edilmesi kıyas yasağının ihlali anlamına geldiği (aleyhe kıyas olduğu için) görüşünü biz de kabul etmekteyiz. Suç ve ceza içeren hükümler dışında lehe olmak şartıyla kıyas yasağını kabul etmekle beraber, burada aleyhe kıyas yapılması nedeniyle kıyas yasağının bulunduğunu ifade etmek istiyoruz. Ancak bu şekilde uygulamanın da adil olmadığı ortadadır. Atılan bir kurşunla bir kişinin doğrudan, diğer bir kişinin ise sapma sonucunda muhtemel kastla öldürülmesi durumunda ya da tek fiille iki kişinin yaralandığı olayda fail gerçek içtima kuralları gereğince sorumlu olurken, bir kişinin öldüğü diğer bir kişinin yaralandığı olayda sadece öldürmeden ceza uygulamak (TCK m. 44 gereğince), yaralamayı göz önüne almamak TCK'nın 3. maddesinde düzenlenen orantılılık ilkesine uygun nitelik taşımamaktadır²⁰². Doğru olan gerçek içtimanın uygulanmasıdır. Bunun için kanunda değişikliğe gidilmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir.

VII. YAPTIRIM

Kasten öldürme suçunun temel şeklinin cezası müebbet hapis cezasıdır. TCK'da cezanın daha az verilmesini gerektiren nitelikli hal düzenlenmediği için suçun karşılığında öngörülen en düşük ceza müebbet hapis cezasıdır. Bu cezanın çok yüksek olduğunu belirtmek istiyoruz. Ayrıca cezanın maktu nitelikte öngörülmesi de doğru olmamıştır. Eğer kanun koyucu bu şekilde belirleme yapıyorsa suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerine de yer vermeliydi. Eğer bunu yapmıyorsa cezanın maktu şekilde bu kadar yüksek belirlenmemesi, asgari ve azami hadler arasında cezanın öngörülmesi gerekiyordu. Hakime temel cezada somut olayın şartlarına göre cezayı belirleme imkanı tanınmalıydı. Bu yapılmadığı için cezanın daha az verilmesini gerektiren nedenler sadece 62. madde çerçevesinde göz önüne alınmaktadır. Oysa cezanın asgari ve azami hadler arasında öngörülmesi

si, bunun dışında katılan ...'a yönelik olası kastla yaralama suçundan ayrıca mahkûmiyet hükmü kurulmaması gerekmektedir”, CGK, 18.10.2018, E. 2015/1-158, K. 2018/444. Aynı yönde CGK, 28.1.2020, E. 2019/1-350, K. 2020/30.

²⁰¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 543. Gerçek içtimanın uygulanmasına ilişkin olarak bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 655, dipnot 1164.

²⁰² Bkz.: Akbulut, Zincirleme Suç&Fikri İçtima, s. 166.

söz konusu olsaydı, işlenen fiilin haksızlık içeriğine göre hakim cezayı belirleyebilirdi. Böyle olmadığı, ceza maktu şekilde öngörüldüğü için 82. madde dışında gerçekleştirilen tüm öldürmelere müebbet hapis cezası verilmektedir ki bunun yerinde olmadığı belirtilmelidir. Kanun koyucunun hem maktu ceza belirlemesi yapmasının hem de bu cezanın müebbet hapis cezası şeklinde yüksek olmasının uygulama açısından sorun teşkil ettiğini düşünüyoruz. Zira uygulamada ceza miktarını düşürmek için değişik yollara gidilmesi söz konusu olmakta, uygulanmaması gereken müesseseler tatbik edilmektedir. Başka ülkelerin düzenlemesine bakıldığında Almanya’da suçun temel cezasının 5 yıldan az olmamak üzere hapis olduğu, çok ağır hallerde müebbet hapis cezası verildiği (m. 212), Avusturya’da 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü (m. 76), İspanya’da 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası olarak hükme bağlandığı (m. 138), Rusya’da 6 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası belirlendiği (m. 105), Fransa’da 30 yıla kadar hapis şeklinde tespit edildiği (m. 221-1), Portekiz’de ise 8 yıldan 16 yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü (m. 131) görülmektedir. Irak Ceza Kanununda ise, kasten öldürmenin cezası müebbet hapis cezası veya süreli hapis cezası olarak ifade edilmiştir. Anglosakson sitemine dahil Kanada’da ise cinayet (öldürme) birinci veya ikinci derece olarak sınıflandırılmakta ve her iki öldürmeye de müebbet hapis cezası verileceği düzenlenmektedir.

Kasten öldürme suçunu işleyen kişiye ceza dışında güvenlik tedbiri de uygulanabilir. TCK’nın 53. maddesinde yer alan hak yoksunluğu, 54. ve 55. maddelerinde yer alan müsadere güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Kusur yeteneği olmayan ve öldürme suçunu işleyen akıl hastaları veya çocuklar için de güvenlik tedbirine karar verilebilecektir.

Kasten öldürme suçu terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılmaktadır (TMK m. 4).

SONUÇ

Türk Ceza Kanununun 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçu ülkemizde uygulaması fazla olan bir suç özelliği taşımaktadır. Özellikle kadına yönelik şiddet kapsamında kadınların mağdur olduğu bir suç grubudur. Çok işlenmesi nedeniyle de yargı kararları bu suç grubunda önemli bir yer tutmaktadır. Ancak suçun işlenmesinin çokluğu ve suça uygulanacak birçok müessesenin varlığı (kast, meşru savunma, kanun hükmünün yerine getirilmesi, sınırın aşılması, sapma, iştirak gibi) uygulamada sorun yaşanması sonucunu doğurmaktadır. Aynı zamanda doktrinde de tartışmalar

yaşanmaktadır. Ayrıca inceleme konumuzun dışında kalması nedeniyle bahsetmemekle beraber nitelikli hallerin düzenlenmesinde sorun bulunması nedeniyle suçun temel şekli ile nitelikli şeklinin uygulanması açısından da çelişkiler söz konusu olmaktadır. Aslında nitelikli hal olması gerekirken düzenleme gereğince suçun temel şeklinin uygulanması yoluna gidilmekte ve bu da suçla mücadele açısından yerinde bir tercih niteliği taşımamaktadır. Ayrıca ceza miktarının yüksekliği ve maktu ceza öngörülmesi hakime somut olayın şartlarına göre cezayı belirleme imkanı vermemektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Akbulut, Berrin, “Zincirleme Suç&Fikri İctima”, **HPD**, Sonbahar 2004, Sa. 2, s. 163-167.
- Alacakaptan, Uğur, **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi, Ankara, (tarihsiz).
- Alacakaptan, Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1970.
- Alan-Akcan, Esra, “Ötanazi”, **İÜHFİM**, C. LXXI, Sa. 1, s. 3-26.
- Artuk, Mehmet Emin, “Talep Üzerine Öldürme”, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. VII, Sa. 1-3, 1992-1993, s. 19-40.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, (M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır), 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet, **Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, (M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır), 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Avcı, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, Mimoza Yayınevi, Konya, 2010.
- Bafra, Jale, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezaî Sorumluluğu”, **İBD**, 1993, C. 69, Sa. 1-2-3, s. 112- 133.

- Bayraktar, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1972.
- Bohnert, Joachim, **OWiG Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2007.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017.
- Cin, M. Onursal, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Milenyum Armağanı**, C. 8, 2000, Sa.1-2, s. 665-686.
- Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Doğru, Osman, **Yaşama Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5**, anayasa.gov.tr (12.05.2020).
- Dönmezer, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I**, (Köksal Bayraktar/Serap Keskin Kızıroğlu/Hamide Zafer/Hasan Sınar/R. Murat Önok/R. Barış Erman), 14. Bası, DER Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I**, 13. Tıpkı Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II**, Onbirinci Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997.
- Engländer, Armin, **Grund und Grenzen der Nothilfe**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- Ekici-Şahin, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Erem, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, C. IV**, Üçüncü Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı**

- İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1994.
- Gökçen, Ahmet, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, Yayınevi yok, İstanbul, 1989.
- Gökçen, Ahmet/Balcı, Murat, **Kasten Öldürme Suçları (TCK m. 81-83)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Gökçen, Ahmet/Balcı, Murat, “Kasten Öldürme Suçu (TCK. M. 81)”, **MÜHF-HAD**, C. 17, Sa. 1-2, s. 95-218.
- Gropp, Walter, **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Springer, Berlin 2005.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.
- Hafizoğulları, Zeki/Ketizmen, Muammer, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata karşı Suçlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 66, Sa. 1, 2008, s. 143-154.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Hakeri, Hakan, “Yargıtay Kararlarında Nedensellik Bağı”, **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku: C. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, İstanbul 2010, s. 93-110.
- Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Hakeri, Hakan, **Kasten Öldürme Suçları, TCK m. 81-82-83**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Hakeri, Hakan, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Heinrich, Bernd, **Ceza Hukuku, Genel Kısım-I**, Editör: Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Honig, Richard, (Çev.: Yavuz Abadan), “İllyet Nazariyesine Dair”, **İÜHF**, 1936, Sa. 1-4, s. 169-188.
- İçel, Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1967.

- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih M./Ünver, Yener, **Suç Teorisi, 2. Kitap**, 2. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000.
- İlhan, Abdulkadir/Erel, Kemalettin/Fazla, Yüksel/Örer, Fatma Betül/Çakıl, Dursun/Köse, Mehmet/Halitoğlu, Coşkun/Bozoğlu, Süleyman/Kurşun, Ömer Faruk/Kır, Oğuzhan, **Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Jescheck, Hans Heinrich, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1988.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1996.
- Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten**, 3., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2006.
- Kelsen, H., (Çev.: Zeki Hafizoğulları), “Nedensellik ve İsnadiyet”, **AÜHFD**, 1978, C. 35, Sa. 1-4, s. 219-233.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 12. Baskı.
- Kunter, Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice-Sebebiyet Alakası)**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Erster Band**, 11., neu bearbeitete Auflage, De Gruyter, Berlin, 2003.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017.
- Mitsch, Wolfgang, **Recht der Ordnungswidrigkeiten**, 2. Auflage, Springer, Berlin Heidelberg, 2005.
- Otaç, Cengiz, **Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Önder, Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. II-III**, Yenilenmiş II.

Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1992.

Özbek, Veli Özer, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnad Edilebilirliği Sorunu”, **Baki Kuru’ya Armağan**, Ankara, 2004, s. 417-477.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, **Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Özek, Çetin, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukla İlgili Genel Prensipler”, **İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası**, 1966, C. 29, Sa. 1, s. 160-170.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Özgenç, İzzet, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İ.B.B. Hukuk Müşavirliği, İstanbul, 1996.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Roxin, Claus, **Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen Der Aufbau Der Verbrechenslehre, Band I**, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2006,

Selçuk, Sami, “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme”, **Yargıtay Dergisi**, C. 14, 1988, Sa. 4, s. 467-482.

Soyaslan, Doğan, **Teşebbüs Suçu**, Kazancı Kitap, Ankara, 1994.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Strafgesetzbuch, Kommentar, 28., neubearbeitete Auflage von Eser, Albin/Heine, Günter/Perron, Walter/Sternberg-Lieben, Detlev/Eisele, Jörg/Bosch, Nikolaus/Hecker, Bernd/Kinzig, Jörg/ Schittenhelm, Ulrike, C.H. Beck, München, 2010.

Sözüer, Adem, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Kitap, İstanbul, 1994.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku, Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 53. Auflage, C.H. Beck, München, 2006.
- Üçok, Coşkun, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, **AÜHF**, 1947, C. IV, Sa. 1-4, s. 48-73.
- Ünver, Yener, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1998.
- Yaşar, Yusuf/Turan, Işıl, “Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi”, **MÜHF-HAD**, C. 19, Sa. 1, s. 39-72.
- Yüce, Turhan Tufan, **Ceza Hukuku Dersleri, C. I**, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1982.
- Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler, TCK m. 1-75**, 7. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2019.

TANIKLARA YEMİN VERİLMESİNE İLİŞKİN CEZA MUHAKEMESİ KANUNU HÜKÜMLERİNİN ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRMESİ

Faruk TURHAN*

ÖZ

Ceza muhakemesinde tanıklara dinlenmeden önce yemin verilmesi zorunluluğu kabul edilmiştir. Çalışmada tanıkların yemin etme zorunluluğu ve istisnalarına ilişkin CMK hükümleri doktrin ve kaynak Alman CMK hükümleri dikkate alınarak incelenmiştir. Tanıklara yemin verilmesine ilişkin olarak özellikle, yemin vermeye yetkili merci, yeminin şekli ve yemin verme usulü, suç ortağı şüpheli veya sanığın yeminsiz dinlenmesi ve tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlara yeminden çekinme hakkının bildirilmesine ilişkin kanundaki düzenlemeler tartışılmıştır. Tanıkların yemin etme zorunluluğu ile bağlantısı nedeniyle md. 49 uyarınca tanıklıktan çekinme konusunda yemin verilmesi ve md. 60 uyarınca yeminden çekinmenin hukuki sonuçları da çalışmada ele alınmıştır. Yasal bir sebep olmaksızın yeminden çekinmenin sonuçları olarak giderlere hükmedilmesi ve yemin edilinceye kadar disiplin hapsi uygulanmasına ilişkin kanundaki düzenlemeler de eleştirel bir bakışla tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Ceza muhakemesinde tanık, tanıklara yemin verilmesi, yemin etme zorunluluğu, yeminden çekinme hakkı, suç ortağı şüpheli veya sanığın yeminsiz dinlenmesi, yeminden sebepsiz çekinme*

A CRITICAL EVALUATION ABOUT WITNESSES' OATH IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

In criminal procedure, it is accepted that witnesses must be sworn before hearing. In the study, the provisions of the Turkish and German Criminal Procedure Code and doctrinal views on the obligation and exceptions of witnesses to swear were examined. In this regard; especially, the place of the oath, the procedure of the oath, the statement without an oath of the suspect or defendant who is an accomplice, and the provision of information about this right to those who have the right to refuse to be

* **Prof. Dr.**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye, **e-posta:** farukturhan@sdu.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-4250-4675

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813020

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/08/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 30/09/2020

witnesses were discussed. Due to the obligation of witnesses to take the oath, the legal consequences of abstaining from the oath in accordance with Article 49 and Article 60 have also been discussed. As a result of the abstain from swear an oath without a reasonable legal cause, decision by the court to pay the costs of the trial of the witness or to be placed in disciplinary confinement also were discussed with a critical review.

Keywords: *witness in the criminal procedure, witness' obligation to oath, the right to refuse an oath, accomplice, suspected or perpetrator's hearing without making an oath, refuse an oath without legal reason.*

I. Ceza Muhakemesinde Yemin

Tanık, ceza muhakemesinin en önemli delil kaynaklarından biridir. Bugün için tanıksız ceza muhakemesi yok gibidir.¹ Ancak tanık beyanının her zaman güvenilir olduğunu söylemek mümkün değildir.² Çünkü tanıklar istemeyerek yanılabilirler, yanlış duymuş olabilirler veya başkalarının etkisiyle görmediği, duymadığı şeyleri gördüğünü, duyduğunu zannedebilirler. Yine tanıklar, bilinçli olarak gerçek dışı beyanda bulunabilir, yalan söyleyebilir.³ Tanığın yalan söyleyebileceğini düşünen kanun koyucu bunu önlemek için birtakım tedbirler kabul etmiştir.⁴ Bunlardan birisi de tanıkların dinlenmeden önce doğru söyleyeceğine, bildiklerini gizlemeyeceğine ilişkin yemin etme zorunluluğudur.

Muhakeme hukukunun çeşitli alanlarında tanıkların yemin etmesine ilişkin yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Yemine ilişkin bu düzenlemelerin amacı⁵, tanıklık yapacak veya yapan kişinin beyanının doğruluğunu yemin

¹ YURTCAN, s. 272.

² ROXIN/SCHÜNEMANN, s. 200; BİRTEK, s. 118 vd.

³ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 208-209. Tanık beyanının delil değeri ve güvenilirliği açısından sorun teşkil eden hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KÜHNE, s. 517 Kn. 851 vd.

⁴ Doktrinde bu tedbirleri, tanığın çekinme yetkisi, çekinme zorunluluğu, yemin etmesi zorunluluğu, tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi, tarafların yüzüne karşı ve alenen beyanda bulunması, yüzleştirilmesi ve yalan beyanın suç sayılması olarak ifade eden yazarlar olduğu gibi (TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 209); yemin, yüzleştirme, tutuklama (tazyik hapsi) ve suç sayma olarak belirten yazarlar (TOSUN, s. 747 vd.) da bulunmaktadır.

⁵ TOSUN'a göre (s. 747) yemin, gerçeği gizleyen kişinin bu yüzden zarara uğrayacağı inancına dayanmaktadır. EREM'e göre (s. 392), "Yeminin medeni ve dini yemin diye ikiye ayrıldığı görülmektedir. Haddizatında yalnız dini olana yemin demek mümkündür. Medeni yemin denen şeye yanlış isim konmuştur. Bir kimsenin kendi sözlerini, kendine ait manevi

ile teyid etmesidir. Kanunlarda öngörülen usule uyarak yemin eden tanık, yapacağı veya yaptığı açıklamaların doğruluğunu yemin ile teyid etmektedir.⁶ Bu husus CMK md. 53'te tanığa, dinlenmeden önce “doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği ... anlatılır.” denilerek ifade edilmiştir. Tanığın yemin etmesi bir delil değil, beyanın doğruluğunu sağlamayı amaçlayan bir tedbirdir.⁷ Buna karşın Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 225-239'da düzenlenmiş olan taraf yemini ise bir delil olarak kabul edilmiştir.⁸

CMK'da tanıkların yemin etmesine ilişkin düzenlemeleri, amaçlarını ve özelliklerini dikkate alarak üç grup altında incelemek mümkündür: 1) genel olarak tanıkların tanıklık yapmadan önce yemin etmesi ve bunun istisnaları (md. 53/1-c, 54, 55, 56, 57), 2) tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirmesi ve bu hususta kendilerine yemin verilmesi (md. 49), 3) yasal bir neden olmaksızın yeminden çekinmenin hukuki sonuçları (md. 60).

Çalışmanın konusu genel olarak tanıkların ceza muhakemesinde yemin etme zorunluluğu ve istisnaları olmakla birlikte, bu yükümlülükle bağlantısı nedeniyle md. 49 uyarınca tanıklara yemin verilmesi ve md. 60 uyarınca yeminden kaçınmanın hukuki sonuçları da çalışmada ele alınacaktır.

Söz konusu bu düzenlemeler dışında CMK'daki bilirkişilerin yemin etmesi (md. 64/5-7, 66/4, 71), soruşturma evresinde yapılan işlemlerin tutanağa bağlanmasında acele hallerde zabıt katibi olmayan birisine yemin vererek yazman olarak görevlendirilmesi (md. 169/1), mağdurların tanık olarak yeminsiz dinlenmesi (md. 236/1) ve yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanığın gerçek dışı tanıklıkta bulunması nedeniyle hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi (md. 311) hakkındaki hükümler de yemin ile ilgilidir. Bu hususlardan suç mağdurlarının tanık olarak yeminsiz dinlenmesi

mefhumlarla (namus, vicdan gibi) teyit etmiş olması yemin değildir.” “Her türlü dini tesirin bertaraf edildiği iddia edilen laik yemin manadan mahrumdur, zira böyle bir şey yemin değil, sadece teyiddir.”

⁶ Bkz. TÜRK HUKUK LÜGATI, s. 363.

⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 624; ÜNVER/HAKERİ, s. 269.

⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu 03.03.2017 tarihli (E. 2015/2, K. 2017/1) kararında taraf yemini şu şekilde tanımlamaktadır: “Yemin, taraflardan birinin davanın çözümünü ilgilendiren bir olayın doğru olup olmadığı konusunu, kanunda belirtilen usule uyarak, mahkeme önünde, kutsal sayılan değerlerle teyit eden ve kendisine kesin delil vasfı yüklenmiş sözlü açıklamalardır.” Karar için bkz. kazancı.com (Erişim tarihi: 06.07.2020). Bu çalışmada zikredilen kararlar - ayrıca bir kaynak gösterilmediği takdirde - kazancı.com veri tabanından alınmıştır.

ile yargılamanın yenilenmesi nedeni olan tanığın yemin ile dinlenmiş olması hususları da tanıkların yemin etme zorunluluğu ve istisnaları ile bağlantısı nedeniyle kısaca incelenecektir.

II. Ceza Muhakemesinde Tanıkların Yemin Etme Zorunluluğu ve İstisnaları

1. Tanıkların Yemin Etme Zorunluluğu

Ceza muhakemesinde kural olarak, tanıklara dinlenmeden önce yemin verilmesi zorunluluğu kabul edilmiştir. Bu husus md. 54/1’de, “Tanıklar, tanıklıktan önce ayrı ayrı yemin ederler.” denilerek açıkça gösterilmiştir. Yemin verilmesi gereken tanığın yeminsiz dinlenerek sanığın mahkumiyetinde bu beyana dayanılması hukuka aykırı olup, hükmün bozulması nedeni oluşturmaktadır.⁹ Yargıtay yerinde olarak tanıklıktan çekinme hakkı olmayan tanığa çekinme hakkı bildirilerek yeminsiz dinlenmesini tanıkların yemin etme zorunluluğuna aykırılık nedeniyle bozma nedeni yapmaktadır.¹⁰ Aşağıda açıklanacağı üzere istisnai bazı hallerde tanıkların yeminsiz dinlenmesi kabul edilmiştir.

Kaynak Alman CMK (StPO)’da ise tanıkların yemin etmesi zorunlu olmaktan çıkarılarak, belli durumların varlığına bağlı olarak mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Alman CMK’daki düzenlemeye göre mahkeme, sadece beyanın esas etkileyecek bir öneme sahip olması nedeniyle veya gerçeği yansıtan bir beyan elde etmek için gerekli görmesi halinde, tanığı yemin ettirebilecektir (§ 59/1). Diğer bir ifade ile mahkeme, sadece önemli bir tanık beyanında yalan beyanı önlemek için gerekli görürse yemin yoluna başvurur. Bu düzenleme ile tanıkların yeminsiz dinlenmesi kural, yemin ettirilmesi istisna haline getirilmiştir.¹¹ Soruşturma evresinde dinlenen tanıklar ise kanunda öngörülen istisnai hallerde yemin ettirilecektir (§ 62). § 62 düzenlemesine göre soruşturma evresinde tanıklar, gecikmede sakınca varsa¹² veya tanığın duruşmada hazır bulunamaması söz konusu olacaksa yemin ettirilebilecektir. Ancak bu durumda ayrıca § 59/1’deki tanığın istisnaen yemin ettirilmesine ilişkin koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir.

⁹ 9. CD, 21.07.2011, E. 2009/14952, K. 2011/13106; 3. CD, 21.04.2018, E. 2017/20623, K.2018/9254.

¹⁰ 4. CD, 27.12.2012, E. 2009/26494, K. 2012/3767.

¹¹ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 59 Kn. 1; ROXIN/SCHÜNEMANN, s. 209

¹² Örneğin, tanığın yakın zamanda ölmesi bekleniyor veya daha sonra bulunamaması söz konusu olacaksa, bu haller gecikmede sakınca olarak kabul edilmektedir: bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 62 Kn. 4.

2. Yemin Etme Zorunluluğunun İstisnaları

Tanıkların yemin etme zorunluluğuna CMK'da bazı istisnalar getirilmiştir. CMK md. 50'deki istisnaları yemin yasakları, md. 51'de düzenlenen istisnayı ise yeminden çekinme hakkı olarak nitelendirmek mümkündür.

a) Yemin Verilmesi Yasak Olan Tanıklar

Yemin verilmeyen tanıklar başlığı altında md. 50'de üç gurup tanık için yemin yasağı kabul edilmiştir. Madde metinde, "Aşağıdaki kişiler yeminsiz dinlenir." denilerek, kesin bir yasak kabul edildiği için bu konuda tanığın rızası veya mahkemenin takdir yetkisi söz konusu değildir. Benzer bir düzenleme CMUK md. 52'de de yer almaktaydı. Ancak CMK md. 50 düzenlemesi CMUK md. 52'den bazı yönlerden ayrılmaktadır. CMK md. 50'de sayılanların yanında CMK md. 236'da da suç mağdurlarının tanık olarak dinlenmesi halinde yeminsiz dinlenmesi kabul edilmiştir. Aşağıda önce md. 50'ye göre yemin verilmesi yasak olan haller, arkasından da mağdurların yeminsiz dinlenmesi konusu ele alınacaktır.

aa) 15 Yaşını Doldurmamış Küçükler

Dinlenme sırasında onbeş yaşını doldurmamış tanıklar yeminsiz dinlenecektir (md. 50/1-a). Bu tanıkların yeminin niteliği ve önemini kavrayabilecek durumda olması sonucu değiştirmeyecektir. Kanunun açık ifadesine göre tanığın dinlendiği sıradaki yaşı esas alınacaktır. Bu nedenle dinleme başladığı sırada henüz 15 yaşını tamamlamadığı için yeminsiz dinlenmeye başlanan bir tanık, dinlemenin sonunda 15 yaşını tamamladığı takdirde md. 54/1'e dayanarak kendisine yemin verilmemesi gerekir. Ancak tanığı dinleyecek merci tanığın 15 yaşını tamamlamasına çok az bir zaman kalmış olduğunu ve dinlememin tamamlanması anına kadar bu yaşı dolduracağını tespit etmesi halinde md. 54/1 uyarınca yemini yaşın tamamlandığı beyan sonrasına bırakabilir.

bb) Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayanlar

Md. 50/1-b'ye göre, ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar da yeminsiz dinlenecektir. Bu yemin yasağının söz konusu olabilmesi için tanığın hem ayırt etme gücüne sahip olmaması hem de bu nedenle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayacak durumda olması gerekmektedir.¹³ Ayırt etme gücü Medeni Kanunda (MK)

¹³ ÖZTÜRK (Editör), s. 315.

düzenlendiği için kimlerin yemin etme ehliyetine sahip olmadığı belirlenirken MK'ya başvurulması gerekecektir. Ayırt etme gücü MK md. 13'te, "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." denilerek, tanımlanmıştır. Bu tanımda, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran önemli nedenler örnek olarak sayılmış, benzeri hallerin de ayırt etme gücünü ortadan kaldıracabileceği belirtilmiştir. Medeni hukuk doktrinde ayırt etme gücüne ilişkin birçok tanım verilmekle birlikte ayırt etme gücü genel olarak, "kişilerin eylem ve işlemlerinin neden ve sonuçlarını, önem ve kapsamalarını anlayabilmeleri için gerekli olan bilinç, anlayış ve iradeye sahip olmaları" şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁴ Kanundaki düzenleme ve doktrinde verilen tanımlar, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran nedenlerin sınırlı sayıma tabi olmadığını göstermektedir.

CMK md. 50/1-b'nin düzenlemesine göre ayırt etme gücünü ortadan kaldıran her neden değil, sadece yeminin anlam ve önemini kavrama yeteneğini ortadan kaldıran haller tanığın yeminsiz dinlenmesini gerektirmektedir. Sadece ayırt etme gücünü ortadan kaldıran nedenler yemin yasağı oluşturduğu için, MK hükümlerine göre kısıtlanmış olmak veya Ceza Kanunu açısından kusur yeteneğinin bulunmaması, ayırt etme gücü bulunduğu sürece yemin yasağı oluşturmayacaktır. Bu nedenle örneğin, bir kimse hapis cezasına mahkum olduğu için kısıtlanarak kendisine vasi tayin edilmiş olması yemin yasağı teşkil etmeyecektir. Alkol veya uyuşturucu madde kullanımı gibi nedenlerle ayırt etme gücünün geçici olarak ortadan kalkmış olması yemin yasağı değil, sadece yeminin ertelenmesi nedeni oluşturur.¹⁵ Diğer taraftan 15 yaşını doldurmamış küçükler ayırt etme gücüne sahip olsa bile kanun gereği yeminsiz dinlenecektir.

Md. 45/2 uyarınca, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup da yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmadığı için kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilecek kişileri de md. 50/1-b kapsamında yeminsiz dinlenecek olanlar kapsamında kabul etmek gerekir. Çünkü yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı ayırt etme gücünü ortadan kaldıran nedenlerdir. Bu sebeple tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayan bir kişinin, yeminden çekinmenin anlamını kavraması pek mümkün değildir.

¹⁴ Bkz. ERKAN/YÜCER, s. 488 ve orda dipnot. 2'de zikredilen kaynaklar.

¹⁵ MEYER-GOSSNER, StPO § 60 Kn. 4.

Kaynak Alman CMK'da (§ 60/2), “anlama yeteneğindeki eksiklik, psikolojik bir hastalık veya zihinsel veya ruhi engeller”, CMUK'ta (md. 50/2) ise “akıl ve fehim kuvvetlerinin tekemmül edememesi veya zayıf bulunması” nedeniyle yemin anlam ve önemi konusunda yeterli fikir sahibi olmamak yemin yasağı olarak kabul edilmişti. Yemin yasağı açısından CMK'daki düzenlemenin CMUK'a göre daha kapsamlı olduğu görülmektedir.

cc) Soruşturma veya Kovuşturma Konusu Suça İştirak veya Suça Katılmaktan Şüpheli, Sanık veya Hükümlü Olanlar

CMK md. 50/1-c'ye göre, “Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar” yeminsiz dinlenecektir. Bu kişilerin tanık olarak yeminsiz dinlenmesinin sebebi, suça katılan bir kişinin diğer şüpheli veya sanık karşısında tarafsız olamayacağı ve bu nedenle de gerçeğin ortaya çıkarılmasında suça katılmayan bir kişiye göre daha az elverişli bir delil aracı olduğu düşüncesidir.¹⁶

Bu çalışmanın konusu, ceza muhakemesinde kimlerin tanık olarak kabul edileceği olmamakla birlikte, CMK md. 50/1-c'de belirtilen kişilerin yeminsiz dinlenmelerinin anlam ve kapsamını ortaya koyabilmek açısından, “soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık” olanların ceza muhakemesinde tanık olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tartışılması gerekmektedir. Kanunun bu düzenlemesine göre, suça iştirak ettiği şüphesi ile hakkında soruşturma yapılan bir kişi soruşturma evresinde tanık olarak dinlenebilecektir. Yine yargılamanın konusunu oluşturan suça sanık olarak iştirak ettiği iddiası ile hakkında kamu davası açılmış olan bir sanık da aynı davada tanık olarak dinlenebilecektir. Ancak suç ortağı tanık, kendisi hakkında soruşturma veya kovuşturmaya neden olabilecek nitelikteki sorulara cevap vermekten çekinebilecektir (md. 48). Yemin verilmeyen tanıklar madde başlığı altında md. 50/1-c'de düzenlenen istisnaya göre bu kişiler, suça iştirak eden tanık olarak çağrılacaklar, mazeret bildirmeksizin gelmedikleri takdirde zorla getirilecekler ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler ödettirilecektir.

¹⁶ Konu ile ilgili Alman hukukundaki düzenlemenin gerekçesi ileri sürülen görüşler için bkz. SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 60 Kn. 21; KK- StPO/SLAWIK, StPO § 60 Kn. 8. Ancak hemen aşağıda inceleneceği üzere Alman CMK'da suça katılanlardan sadece suç şüphesi altında bulunup henüz kendisine suçlama yöneltilmemiş kişiler ile aynı suça iştiraktan daha önce mahkum olmuş kişilerin tanık olarak dinlenmesi kabul edilmektedir.

Öncelikle suça iştirak edenlerin tanıklığına imkan sağlayan CMK md. 50/1-c hükmünü tanıklık kurumu ile bağdaştırmanın mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Kanunda tanığın tanımı yapılmamakla birlikte doktrinde ve mahkeme kararlarında tanık, kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza muhakemesinde, olayla ilgili algıladıkları hakkında bilgi veren kişi olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ Bir soruşturma veya kovuşturmada suça fail (TCK md. 37), azmettiren (TCK md. 38) veya yardım eden (TCK md. 39) olarak katıldığı iddia edilen şüpheli veya sanığın, aynı soruşturma veya kovuşturmada kendisine tanıklık sıfatı atfedilmesi ve tanık olarak dinlenmesi ceza muhakemesinin temel ilkelerine uygun değildir. Doktrinde yerinde olarak şüphelilik – sanıklık ile tanıklık arasındaki önemli farklar nedeniyle, muhakeme konusu suça iştiraktan şüpheli veya sanık olanların tanık olarak dinlenmesine ilişkin md. 50/1-c hükmü eleştirilmekte¹⁸ ve hükmün kaldırılması gerektiği belirtilmektedir.¹⁹ Ancak doktrinde bazı yazarlar soruşturma ve kovuşturmanın konusunu oluşturan suça iştirak edenlerin tanık olarak dinlenebileceği görüşündedir.²⁰ CMK'nın açık düzenlemesini esas alan Yargıtay'ın da görülmekte olan davada yargılanan sanığın, suç ortağı hakkında tanık olarak dinlenilmesine karşı bir eleştiri getirmediği görülmektedir.²¹ AİHM ise özellikle sanığın iddia tanığına soru

¹⁷ Bkz. MEYER-GOSSNER, StPO Vor § 48 Kn. 1; Yargıtay CGK, 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454. CGK'nun bu kararında tanık, “kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza soruşturmasında, olay hakkında beş duyusu ile edindiği algılamaları ifadeyle açığa vuran kişi” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda, sadece “ceza soruşturmasından” bahsedilmesi eksiklidir. Türk hukukunda tanık ile ilgili tanımlar için bkz. CENTEL/ZAFER, s. 262; ŞAHİN/GÖKTÜRK, II, s. 35.

¹⁸ ŞAHİN/GÖKTÜRK, II, s. 35, 41, 42; GÖKTÜRK, s. 375; ÜNVER/HAKERİ, s. 266-267. ÜNVER/HAKERİ'ye göre, “Bu hüküm hem doğa bilimine aykırı olarak bir kimseden birlikte suç işledikleri kişiler aleyhine ve doğal olarak da kendisi aleyhine zorla delil elde edilmesini düzenlemekte ve CMK bizzat adli makamlara hukuku karşı hile yapmaları için teşvikte bulunmakta ve bunun için onlara olanak vermektedir.” Yargıtay ise (16.04.2018, E. 2018/4, K. 2018/1470), “Suç ortağının vereceği ifade, kendisinin de suçlanması sonucunu doğuracaksa, tanıklıktan çekinme olanağına sahiptir (CMK m.48).” diyerek, md. 48 hükmünü tanıklıktan çekinme olarak nitelendirmektedir. Yargıtayın bu hükmü tanıklıktan çekinme olarak nitelendirmesi yerinde değildir. Çünkü bu hüküm genel bir tanıklıktan çekinme hakkı değil, sadece tanığa “kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinme” ile sınırlı bir tanıklıktan çekinme hakkı verdiği gözden kaçırılmaktadır.

¹⁹ ÜNVER/HAKERİ, s. 267. Yazarlara göre hukuka aykırı olan bu hüküm kaldırılmalı ve birlikte suç işleyen kişilerin birbirleri leh ve özellikle de aleyhine hiçbir şekilde tanıklık yapmaya zorlanamayacakları şeklinde bir düzenleme yapılmalıdır.

²⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1131; BİRTEK, s. 169.

²¹ Yargıtay'a göre (16. CD, 16.04.2018, E. 2018/4, K. 2018/1470): “Ceza Muhakemesi Kanununa göre, görülmekte olan davada yargılanan sanığın, suç ortağı hakkında tanık olarak dinlenilmesi mümkündür. CMK'nın 50. maddesinde soruşturma veya kovuşturma konusu

sorma hakkı (AİHS md. 6/3-d) bağlamında tanık kavramını ulusal hukuklardaki nitelermeye bakmaksızın Sözleşme kapsamında özek bir şekilde yorumlamakta ve duruma göre suç ortaklarını da tanık olarak nitelendirmektedir.²² Ancak bu nitelermenin suç ortağının ceza muhakemesindeki statüsünü belirleyici bir yönü bulunmamaktadır. CMK'daki başka düzenlemelerde (md. 200 ve 201 gibi) suç ortağından tanık yanında ayrıca bahsettiği için, suç ortağının statüsünün belirlenmesinde CMK'daki düzenlemelere bakılması gerekir.

Alman doktrinine göre, soruşturma veya kovuşturma konusu suça iştirakten sanık olan kişi, aynı soruşturma veya kovuşturmada haklarında birlikte ceza kovuşturması yapılan kişiler olarak anlaşılmaktadır. Suça iştirak eden sanık sıfatı için kişi hakkında suç şüphesinin bulunması yeterli olmayıp, suç şüphesi altında bulunan birden fazla kişi hakkında ortak bir ceza kovuşturması yapılıyor olması gerekmektedir.²³ Bu nedenle haklarında birlikte ceza soruşturması veya kovuşturması yapıldığı sürece suça iştirak edenler suç ortağı sanık olarak kabul edilmektedir.²⁴

suçlara iştirakten veya bu suçlar sebebiyle suçluymu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar tanık olarak dinlenebilirler, ancak bu tanıkların yeminsiz olarak dinlenmeleri gerekmektedir. Suç ortağının vereceği ifade, kendisinin de suçlanması sonucunu doğuracaksa, tanıklıktan çekinme olanağına sahiptir (CMK m.48). CMK'nın 48. maddesinde, temelini Anayasanın 38/5. madde hükmünden alan ve adil yargılanma hakkını güvence altına alan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Çekinme hakkı hatırlatılmadan tanığa bu tür soruların yöneltilmesi sonucu alınan cevaplar hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıt niteliğindedir, (CMK m. 206/a ve m.217/2) hukuka aykırı delil de hükmü esas alınamaz.”

²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi, Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü), 2014, s. 67: “Tanık” teriminin bağımsız anlamı 299. “Tanık” terimi, ulusal hukukta yer alan sınıflandırmalara bakılmaksızın, Sözleşme sisteminde bağımsız bir anlama sahiptir (Damir Sibgatullin/Rusya, § 45; S.N./İsveç, § 45). “Tanık” ifadesinin mahkûmiyet kararı için bir dereceye kadar dayanak teşkil etmesi durumunda, söz konusu “tanık” ifadesi, Sözleşme'nin 6 § 1 ve 3 (d) maddesiyle sağlanan güvencelerin geçerli olduğu iddia makamı için delil teşkil eder (Kaste ve Mathisen/Norveç, § 53; Lucâ/İtalya, § 41).” “300. İlgili terim, müşterek sanıkları (Bk. örneğin, Trofimov/Rusya, § 37), mağdurları (Vladimir Romanov/Rusya, § 97) ve bilirkişileri (Doorson/Hollanda, §§ 81-82) kapsar.” (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf (Erişim tarihi: 08.07.2020)). Anayasa Mahkemesinin tanık nitelendirmesi de AİHM'nin içtihatlarına dayanmaktadır. Bkz. Hasibe Duluklu Başvurusu, B. No: 2014/10249, 13/4/2016: “Tanık” kavramı, özerk bir anlama sahiptir ve duruma göre suç ortaklarını, mağdurları veya bilirkişiyi kapsayabilir. Bu bakımdan beyanları mahkeme tarafından dikkate alınan kişiler, tanık olarak kabul edilmelidir (Az. M., B. No: 2013/560, 16/4/2015, § 59).” AİHS md. 6/3-d hükmü anlamında tanık kavramı ve iddia tanığını sınama hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, s. 819 vd.

²³ SK-StPO/ROGALL, Cilt II, StPO Vor § 133 StPO Kn. 54-55; SK-StPO/ROGALL, Cilt I, Vor § 48 StPO Kn. 43.

²⁴ SK-StPO/ROGALL, Cilt II, StPO Vor § 133 Kn. 56; MEYER-GOSSNER, StPO Vor § 48 Kn. 21-22.

Savunma makamında yer alan sanığın aynı davada birlikte yargılandığı diğer sanıklar hakkında tanıklık yapması kabul edilemez.²⁵ Tanık ile şüpheli veya sanığın hukuki statüleri farklı ve buna bağlı olarak da yükümlülük ve hakları da farklı olduğu için aynı soruşturma veya kovuşturmada her iki sıfatın aynı anda aynı kişiye atfedilmesi mümkün değildir.²⁶ Bu açıdan örneğin, şüpheli veya sanığın susma hakkı varken (md. 147/1-e)²⁷, tanığın (md. 45, 46 ve 48'deki istisnalar haricinde) beyanda bulunma yükümlüğü vardır (md. 60). Yine tanık gerçeği söylemekle yükümlü olup, gerçek dışı beyanda bulunması, gerçeği az veya çok gizlemesi ceza kanunu açısından suç teşkil etmektedir (TCK md. 272). Buna karşın şüpheli veya sanığın hakkındaki suçlamalarla ilgili olarak gerçeği söyleme yükümlülüğü öngören bir düzenleme CMK'da bulunmamakta ve bu konuda yalan söylemeyi yaptırım altına alan bir kural TCK'da yer almamaktadır. Ancak bu durum şüpheli veya sanığın yalan söyleme konusunda bir hakkı olduğu anlamına da gelmemektedir.²⁸ Bahsedilen bu farklar dışında tanıklık ve şüphelilik veya sanıklık sıfatına bağlanan daha bir takım farklı hak ve yükümlülükler bulunmaktadır ki, bütün bunlar aynı sıfatın aynı muhakeme sürecinde aynı kişi üzerinde birleşmesine imkan vermemektedir.²⁹

CMK md. 50/1-c) hükmünün dayandığı CMUK md. 52/3'te bu konu, "Tahkikatın mevzuu olan vakıalara iştiraktan veya yataklıktan maznun veya bu sınıflardan biriyle mahkum olanlar." yeminsiz dinlenir, şeklinde

²⁵ GÜNGÖR, s. 313.

²⁶ BİRTEK, s. 168

²⁷ Bu konuda bkz. SK-StPO/ROGALL, Cilt II, StPO Vor § 133 Kn. 66 vd.

²⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz SK-StPO/ROGALL, Cilt II, StPO Vor § 133 Kn. 72; ÖZGENÇ, s. 129 vd. ÖZGENÇ'e (s. 139) göre; "Suç zanlısı kişi, isnad konusu suç vakiasına ilişkin *bildiklerini* gerçeğe uygun, doğru olarak açıklamakla yükümlülüğü altındadır. Suç zanlısı kişinin isnad konusu suç vakiasına ilişkin olarak kendisine yöneltilen soruları, *bilgi sahibi olmasına rağmen*, tamamen sessiz kalarak, susarak, cevapsız bırakması, bir 'hak' değildir, hukuka uygun bir davranış değildir. Ancak, bu sonuçtan hareketle, kendisine yöneltilen sorulara müsbet veya menfi cevap vermeyen, susmayı tercih eden suç zanlısının cezalandırılması gerektiği yargısına varılmaz."

²⁹ Bu nedenle Yargıtayın (16.04.2018, E. 2018/4, K. 2018/1470), "Sanığın kendisinin katılmadığı, suç ortaklarının gerçekleştirdiği diğer suçlarla ilgili tanık sıfatıyla dinlenmesi mümkündür. Bir kişinin aynı suça iştirak etmediği takdirde iki sıfatı (tanık-sanık) birden taşınmasında engel bulunmamaktadır." şeklindeki görüşüne katılmıyoruz. Delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi sonucu, Yargıtayın söz konusu kararında ifade ettiği gibi, bir beyanın "tanık beyanı" veya "sanık beyanı" olarak adlandırılmasının çok önemi de bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay kararında gözden kaçırılan husus, duruşma sırasında beyan elde edilirken beyanın tanık beyanı olarak mı yoksa sanık beyanı olarak mı alındığı ve bu hususta gereken usul kurallarına uyulup uyulmadığıdır.

düzenlenmişti. Bu düzenleme ile ceza muhakemesinde sanık olarak suçta iştirak edenlerin veya yataklık edenlerin tanık olarak yeminsiz dinlenmesi kabul edilmişti. CMUK'ta ceza muhakemesinin aşama ve devreleri ile suç şüphesinin yoğunluğu dikkate alınmaksızın, bütün aşama ve devrelerde hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması yürütülen kişi “maznun” veya “sanık” olarak adlandırmıştı.³⁰ Ancak sanıklık sıfatının ne zaman başlayacağı konusunda doktrin ve uygulamada tartışmalar ve belirsizlikler bulunuyordu.³¹ CMK ise soruşturma ve kovuşturma evrelerine göre bir ayırım yaparak, soruşturma evresinin bütün aşamalarında suç şüphesi altına olan kişileri şüpheli, kovuşturma evresinin bütün aşamalarında suç şüphesi altında olan kişileri de sanık olarak adlandırmıştır (md. 2).³² Şüphenin yoğunluğunu esas almayan bu ayırım, bilimsel olarak isabetli olmamakla birlikte, suç şüphesi altında bulunan kişinin soruşturmanın başlamasından itibaren şüpheli ve sanık haklarından yararlandırılıyor olması açısından yararlı olduğu söylenebilir.³³

CMUK md. 52'nin kaynağını teşkil eden Alman CMK § 60/3'te³⁴ ise, “kovuşturmanın konusunu oluşturan fiilden veya böyle bir fiile katılmaktan veya suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesinden şüphe altında olan veya bu yüzden mahkum olan kişiler” yeminsiz dinlenir, denilerek suçta iştirak şüphesi halinde tanıklık konusu düzenlenmiştir. CMK md. 50/1-c'deki tanıklık kurumuna aykırı düzenleme kaynak Alman CMK'daki söz konusu hükmün Türkçeye yanlış aktarılmasından kaynaklanmış olabilir. Bu açıdan kaynak Alman CMK'da bu konunun nasıl düzenlenmiş olduğunun incelenmesi yerinde olacaktır.

³⁰ Bkz. YENİSEY, s. 117.

³¹ Bu konuda bkz. ŞAHİN, Samiğin Sorgulanması, s. 41 vd.; YENİSEY, s. 113 vd.

³² Ancak 15/8/2017 tarih ve 694 sayılı KHK ile (aynen kabul: 1/2/2018-7078) CMK md. 158'e eklenen 6. fıkraya ile ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilecek ve şikâyet edilen kişiye de şüpheli sıfatı verilmeyecektir.

³³ ŞAHİN/GÖKTÜRK, I, s. 31-32.

³⁴ § 60/3: “Von der Vereidigung ist abzusehen 2. bei Personen, die der Tat, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet, oder der Beteiligung an ihr oder der Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig oder deswegen bereits verurteilt sind.” Bu hüküm, YENİSEY/OKTAR tarafından “Kovuşturmanın konusunu teşkil eden olayla suçlanan veya bu olaya iştirak ettikleri iddia olunan veya suçluyu kayırma veya suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi suçu işlediği şüphesi altında olan veya bu yüzden mahkûm olmuş şahıslar” yeminsiz dinlenir, şeklinde çevrilmiştir. Çevride “Verdaechtiger”, kavramı, “olayla suçlanan” veya bu olaya iştirak ettikleri “iddia olunan” şeklinde çevrilerek, Alman Ceza Muhakemesinde kavramının ifade ettiği anlamın dikkate alınmadığı görülmektedir.

Alman ceza muhakemesinde soruşturma evresinde, suç şüphesinin yoğunluğuna, yapılan muhakeme işlemine ve soruşturmanın aşamasına göre suç şüphesi altında bulunan kişi ile sanığın hukuku durumu farklı düzenlenmiştir. Buna göre, hakkında başlangıç şüphesi niteliğinde suç şüphesi olan kişi “Verdaechtiger” (suç şüphesi altına olan, kendisinden şüphelenilen kişi, şüpheli), bu kişi hakkında soruşturma işlemine başlanır, yani kendisine karşı suçlama yöneltilirse “Beschuldiger” (suçlanan kişi, sanık), suçlanan kişi hakkında iddianame hazırlanırsa “Angeschuldigter” (ara soruşturma aşamasında sanık) ve bu kişi hakkındaki iddianame kabul edilip duruşma açılmasına (Hauptverhandlung) karar verilse “Angeklagter” (ceza davalısı sanık) olarak adlandırılmaktadır.³⁵ Ancak “Beschuldiger” (suçlanan kişi, sanık) kavramı, kişi hakkında suçlama yapılmasından itibaren hakkındaki hüküm kesinleşinceye kadar suç şüphesi altında bulunan kişi, yani geniş anlamda sanık anlamında da kullanılmaktadır.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve kanundaki bu hatalı düzenlemenin nereden kaynaklandığının anlaşılması açısından Alman ceza muhakemesi hukukunda suç şüphesi altında bulunan (kendisinden şüphelenilen) kişi “Verdaechtiger” kavramı ile suçlanan kişi “Beschuldiger” kavramları arasında ne gibi farkların olduğunun bilinmesi önem taşımaktadır. Alman ceza muhakemesi hukukundaki “Verdaechtiger” kavramı Türkçeye şüpheli, “Beschuldiger” kavramı ise sanık olarak da çevrilmekle birlikte,³⁶ bu iki kavramın Alman ceza muhakemesindeki anlamı, Türk hukukundan oldukça farklı olup, iki kavram arasında önemli farklar bulunmaktadır. Her şeyden önce suç şüphesi altında bulunan kişi (Verdaechtiger, şüphelenilen, şüpheli), suçlanan kişi (Beschuldiger, sanık) statüsünün bir önceki aşamasını oluşturmaktadır. Ancak suç şüphesi altında bulunan kişinin mutlaka bir sonraki aşama olan suçlanan (Beschuldiger, sanık) sıfatını alması gerekli değildir.³⁷ Burada sorun suç şüphesi altında bulunan kişinin (Verdaechtiger) ne zaman suçlanan kişi (Beschuldiger, sanık) statüsüne geçeceği ve bunun hangi kriterlere göre belirleneceğidir. Çünkü kanunda her iki kavrama yer verilmekle birlikte tanımları yapılmamıştır. Suçlanan kişi olmanın koşullarından birisi

³⁵ Bkz. Alman CMK § 152, § 157, § 163b/I. Kavramların Türkçe karşılığı için bkz. YENİSEY, s.118; ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 141 vd.

³⁶ CMUK’un yürürlük döneminde Yenisey, Alman ceza muhakemesindeki “Verdaechtiger” kavramını “şüpheli”, “Beschuldiger” kavramını ise “geniş anlamda sanık” olarak adlandırmıştır: bkz. YENİSEY, s. 118. Kavram hakkında ayrıca bkz. ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 27 vd., 44 vd.; DEMİRBAŞ, s. 11 vd.

³⁷ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 60 Kn. 13.

suç şüphesi (Tatverdacht) olmakla birlikte bu özellik ayırıcı bir kriter değildir. Çünkü suç şüphesi altında bulunan kişi hakkında da bir suç şüphesi söz konusudur. Suçlanan kişiyi, suç şüphesi altında bulunan (şüphelenilen, şüpheli) kişiden ayıran en önemli kriter, suçlanan kişi (sanık) hakkında bir ceza soruşturması başlatılmış ve devam ediyor olmasıdır. Hakkında suç şüphesi olan kişiye karşı yetkili makamlarca ceza soruşturması başlatılması ile birlikte kişi suçlanan (sanık) sıfatını almaktadır. Diğer bir ifade ile ceza kovuşturma organlarının belli bir kişiye karşı ceza soruşturması başlatma iradelerini ortaya koydukları anda kişi artık suçlanan yani sanık sıfatına sahip olmaktadır.³⁸ Buna göre suçlanan kişi, diğer bir ifade ile sanık, suç teşkil eden bir fiil nedeniyle hakkında soruşturma işlemleri yürütülen kişidir.³⁹ Ceza kovuşturma organları soruşturma başlatma iradesini ise kişinin yakalanması, tutuklanması gibi çeşitli şekillerde ortaya koyabilmektedirler. Şikayet veya ihbar tek başına suçlanan kişi statüsüne neden olmamaktadır. Çünkü şikayet veya ihbara rağmen soruşturma organları harekete geçmeyebilir. Soruşturma organlarının ihbar veya şikayet üzerine hakkında ihbar veya şikayet yapılan kişiye karşı soruşturma başlatmaları halinde ancak kişi suçlanan kişi sıfatını alacaktır.⁴⁰ Suç şüphesi altında bulunmakla birlikte ceza kovuşturma organlarınca hakkında bir suçlama yöneltilmemiş, soruşturma başlatılmamış kişiler (Verdaechtiger) soruşturması veya kovuşturması yapılan suçla ilgili olarak tanık sıfatıyla dinlenebilmektedir. Yine aynı şekilde soruşturmanın konusunu teşkil eden suça iştirak veya suçluyu kayırma veya suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi suçu işlediği şüphesi altında olan ancak henüz hakkında soruşturma işlemi başlatılmamış kişiler de tanık sıfatıyla dinlenebilmektedir. Alman CMK § 60/3'te yeminsiz dinlenmesi kabul edilen kişiler bunlardır. Hakkında suçlama yapılmış kişinin (Beschuldigter, sanık) kendisine veya suç ortaklarına karşı yürütülen bir ceza muhakemesinde tanık olamaması Alman ceza muhakemesinin temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir.⁴¹ Suç şüphesi altında bulunmakla birlikte henüz suçlanmamış, hakkında herhangi bir soruşturma işlemi (Untersuchung) yürütülmeyen

³⁸ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 60 Kn. 14-15; ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 44; DEMİRBAŞ, s. 14 vd.

³⁹ SK-StPO/ROGALL, Cilt I StPO § 60 Kn. 16.

⁴⁰ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 60 Kn. 22; ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 36 vd. Hakkında soruşturma işlemi başlatılarak suçlanan (Beschuldigter) sıfatını alan kişi, hakkında kamu davası açılmakla ara soruşturmasındaki sanık (Angeschuldigter), hakkında kovuşturma (Hauptverhandlung) açılmasına karar verilmekle ceza davalısı sanık (Angeklagter) sıfatını almaktadır (Bkz. StPO § 157).

⁴¹ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO Vor § 48 Kn. 40.

kişiler ise yeminsiz tanık olarak dinlenmekte ancak, § 55'te belirtilen hallerde sorulara cevap vermekten kaçınma hakları bulunmaktadır.⁴² Suça iştirak eden sanığın suç ortağı diğer sanıklar hakkında tanık olarak dinlenmesi de mümkün değildir.⁴³ Bir davada ilgili kişi ya sanık olarak ya da tanık olarak rol alabilir. Bu kişinin duruşma boyunca bazen sanık, bazen de tanık olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu yasak sadece suç ortağının kendi fiili hakkında değil, diğer suç ortaklarının işlediği fiil hakkında dinlenmesi halinde de söz konusudur.⁴⁴ Ancak birlikte yürütülen davaların ayrılması, suç ortağı hakkında düşme, beraat veya mahkumiyet kararı verilmesi gibi durumlarda artık tanıklık ve sanıklık sıfatlarının bağdaşmasına engel olan durumun ortadan kalkacağı ve suç ortağının tanıklık yapma yükümlüğünün söz konusu olacağı kabul edilmektedir.⁴⁵

Bu açıklamalar, Alman CMK § 60/3 anlamında soruşturma konusu olaya iştirak şüphesi altında olan kişinin CMK md. 50/1-c'deki şüpheli veya sanık ile aynı kişi olmadığını açıkça göstermektedir. Alman CMK § 60/3'deki "Verdaechtiger" kavramı Türkçeye "şüpheli" olarak çevrilebilirse de bu kavramın, CMK md. 2/1-a'daki "şüpheli" kavramı ile aynı olmadığı açıktır.⁴⁶ Sonuç olarak Alman hukukunda soruşturma veya kovuşturmanın konusunu teşkil eden suça iştirak etmekle suçlanan bir şüpheli veya sanığın aynı soruşturmada veya davada tanık olarak dinlenmesi kabul edilmemiştir. CMUK'daki düzenlemenin Alman CMK § 60/3'teki hükmün yanlış tercümesinden kaynaklandığı, CMUK'taki bu düzenlemenin de kaynak Alman CMK dikkate alınmaksızın CMK'ya alındığı anlaşılmaktadır.

⁴² SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO Vor § 48 Kn. 41. FEYZİOĞLU'na göre (s. 49), suç işlediği şüphesi bulunsa bile henüz kendisine suç isnad edilmemiş şüpheli de tanık sıfatıyla dinlenmelidir.

⁴³ ROXIN/SCHÜNEMANN, s. 201. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu md. 197'de birlikte görülen bir davada suç ortaklarının tanık olarak dinlenmesini açıkça yasaklamaktadır.

⁴⁴ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO Vor § 48 Kn. 44.

⁴⁵ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO Vor § 48 Kn. 45. Ancak bu konuda doktrin ve yüksek mahkeme kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konuda bkz. SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO Vor § 48 Kn. 45.

⁴⁶ CMK md. 2'de soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişi şüpheli olarak tanımlanmış ve şüpheliye karşı ceza kovuşturma organlarının herhangi bir soruşturma işlemi başlatmış olması aranmamıştır. Ancak kişi hakkındaki şüphenin yoğunlaşması ve soruşturmanın aşamasına göre şüphelik sıfatında bir değişiklik öngörülmemiştir. Hakkında suç şüphesi bulunan ancak herhangi bir soruşturma işlemi başlatılmamış olan kişiler yanında suç işlediği hususunda yeterli şüphe bulunduğu için iddianame hazırlanan kişinin de şüpheli olarak nitelendirilmesi çok da isabetli değildir.

Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten hükümlü olanların veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten kesin hükümle mahkum edilmiş olanların tanık olarak dinlenmesinde ise herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Kendilerine karşı yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığı için bu kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı da bulunmamaktadır. Ancak dinleme sırasında kendisi hakkında yeniden soruşturma veya kovuşturmaya neden olabilecek sorulara cevap vermekten kaçınma hakları olduğu kendilerine bildirilmelidir. Bu kişilerin yeminsiz dinlenmesinin nedeni, aynı suçtan dolayı haklarındaki mahkumiyet kararı nedeniyle yemin altında dinlenmelerinin beyanın doğruluğuna bir katkısının olmayacağı düşüncesidir.⁴⁷

Sonuç olarak CMK md. 50/1-c'deki "Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık" olanların tanık olarak dinlenmesine ilişkin düzenleme, ceza muhakemesindeki tanıklık kurumu ve CMK'daki şüpheli ve sanık kavramları ile bağdaşmamaktadır. Bu kişilerin yeminsiz tanık olarak dinlenmesi ve kendilerinin de suçlanması sonucunu doğuracak sorulara md. 48 uyarınca cevap vermekten çekinebilmeleri de şüpheli veya sanığın hak ve yükümlülükleri açısından ortaya çıkabilecek çelişkileri kaldırmamaktadır. Aynı soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanık sıfatı atfedilen bir kişinin tanık sıfatıyla dinlenmesi ve gerçeği söylemekle yükümlü tutulması Anayasa md. 38/5'deki "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." hükmüne aykırıdır.⁴⁸ Bu nedenle madde md. 50/1-c hükmü şüpheli veya sanığın tanıklığına ilişkin yönü bakımından kaldırılmalıdır. Diğer taraftan suç mağdurunun yeminsiz tanık olarak dinlenebiliyor olması, farklı hukuki statüleri nedeniyle şüpheli ve sanığın, suça iştirak eden sıfatıyla tanık olarak dinlenmesini haklı göstermez.

dd) Tanık Olarak Dinlenen Suç Mağdurları

İşlenen suçtan dolayı hakları ihlal edilen suç mağdurlarının yeminsiz olarak dinlenmesine ilişkin kanunda bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak doktrinde suç mağdurlarının ceza muhakemesinde tanık olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda tartışmalar bulunmaktadır.⁴⁹ CMK'nın birçok

⁴⁷ MEYER-GOSSNER, StPO § 60 Kn. 8.

⁴⁸ Aynı görüşte ÜNVER/HAKERİ, s. 266-267.

⁴⁹ Doktrinde bazı yazarlar suç mağdurlarının tanık olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.

maddesinde mağdurların tanık olarak dinlenmesinden bahsedilmektedir. Tanıkların dinlenme usulüne ilişkin md. 52’de, “Tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir. Ancak; a) Mağdur çocukların ... tanıklığında bu kayıt zorunludur.” denilerek suç mağduru çocukların dinlenmesi tanıklık olarak nitelendirilmiştir. Yine suç mağduru ile şikayetçinin haklarının düzenlendiği CMK Dördüncü Kitap Birinci Kısım altındaki md. 236’da mağdur ve şikayetçinin dinlemesi ile ilgili olarak, “Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır” (fık. 1) ve “İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir” (fık. 2) hükümleri ile “Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur” (fık. 3) hükümleri de suç mağdurlarının “tanık olarak dinlenmesi”nden bahsedilmektedir. Kanundaki bu açık hükümler suç mağdurlarının soruşturma ve kovuşturma evrelerinde tanık olarak dinleneceğini gösterdiği için, mağdurun dinlenmesinin tanıklık olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak soruşturma ve kovuşturma konusu suçtan dolayı hakları ihlal edildiği için suç mağdurlarının, özellikle cinsel suç ve şiddet mağdurlarının, tanık olarak dinlenmesine ve korunmasına ilişkin Kanunda özel düzenlemeler kabul edilmiştir. Başta CMK md. 236’da olmak üzere suç mağduru tanıkların dinlenmesine ve korunmasına ilişkin özel hükümlerin diğer tanıklar için uygulanması söz konusu olmadığı için, suç mağduru tanıkların özel bir tanıklık statüsüne sahip olduğunu belirtmek gerekir.⁵⁰ Alman ceza muhakemesinde de suç mağdurlarının tanık olarak dinlenmesi kabul edilmekte⁵¹ ancak yeminsiz

ŞAHİN/GÖKTÜRK’e göre (II, s. 36), “Tanığın uyuşmazlığın tarafı konumunda olmaması gerektiğinden, suçun mağduru veya suçtan zarar göreni olan kişilerin açıklamaları da tanık beyanı olarak kabul edilmemelidir. Bu kişilerin dinlenmesinde, kural olarak tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanması, onların tanık olarak kabul edildiği anlamına gelmemektedir.” Aynı yönde GÖKTÜRK, Yalan tanıklık, 372-373. CENTEL/ZAFER’e (s. 267) göre de, mağdur uyuşmazlığın tarafı olduğu için beyanı, tanık beyanı olmayıp, şüpheli veya sanıktan başka taraf beyanıdır. BİRTEK’e göre (s. 171-172), “Mağdur ya da suçtan zarar görenin CMK md. 236/1 kapsamında dinlenebileceği ve dinlemeye önce yemin ettirilmeyeceğine ilişkin kural, mağdur ya da suçtan zarar görenin, kanun tarafından tanık olarak kabul edildiğini göstermez. Anılan kural, tanık dışındaki delil kaynaklarına yemin verdirilmeyeceğine ilişkin kanuni prensibin sonucudur.” TANER’e (s. 419) göre, “Mağdurun beyanını tanık olarak değil, diğer kişilerin beyanı (sanıktan gayri tarafın beyanı) statüsünde değerlendirmekte fayda vardır.” Tartışmalar için ayrıca bkz. FEYZİOĞLU, s. 32 vd., 43 vd.

⁵⁰ Mağdurun beyanının tanık beyanı olarak kabul edileceği konusunda bkz. ÖZTÜRK (Editör), s. 301.

⁵¹ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO Vor § 48 Kn. 32. Yazara göre mağdur tanıklar, “nitelikli”

dinlemesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için yemine ilişkin genel hükümlerin onlar hakkında da geçerli olacağı belirtilmektedir.⁵²

Suç mağdurlarının tanık olarak adlandırılması, bu kişilerin yalan tanıklık suçunun faili olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağından ayrı bir konu teşkil ettiği için bu sorun üzerinde durulmayacaktır.⁵³ Suç mağdurlarının yeminsiz dinlenmesinin sebebi, soruşturması ve kovuşturması yapılan suçtan dolayı haklarının ihlal edilmesi sebebiyle tarafsız olamayacakları ve yemin ettirilmesinin beyanlarının doğruluğuna etki etmeyeceği düşüncesidir.

Mağdurun tanık olarak yeminsiz dinlenmesi hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde geçerli olup, mağdurun suçtan zarar gören sıfatıyla kamu davasına katılmış olması, onun tanık olarak adlandırılmasına engel teşkil etmeyecektir.⁵⁴

ee) Kararda Belirtilmesi Gereken Hususlar ve Hükümün Bozulması

Tanığa niçin yemin ettirilmediği dinleme tutanağında belirtilmelidir. Yemin verilmemesi yaş küçüklüğüne dayanıyorsa tanığın yaşı dinleme tutanağına geçirilmelidir. Yemin ettirilmeme gerekçesi olarak tanığın 15 yaşını tamamlamadığının belirtilmesi yeterli olacaktır. Buna karşın yemin verilmemesi ayırt etme gücünün yokluğuna (md. 50/1-b) dayanıyorsa, karar gerekçesinde bu husus açıklanmalıdır. Bu durumda ayırt etme gücünün bulunmadığı ve bunun tanığın yeminin anlam ve önemini kavrayabilmesine engel teşkil ettiği açıklanmalıdır.⁵⁵

Yemin yasağı bulunan tanığın md. 50'ye aykırı olarak yeminli dinlenmesi halinde bu beyan hukuka aykırı delil niteliğinde olup sanığın mahkumiyetinde bu beyana dayanılması bozma nedeni teşkil edecektir.⁵⁶

tanıklardır: "Opferzeugen sind 'qualifizierte' Zeugen".

⁵² MEYER-GOSSNER, StPO Vor § 395 Kn. 10.

⁵³ Bu konudaki görüşler için bkz. GÖKTÜRK, s. 374 ve orada dipnot 85 ve 86'da belirtilen yazarlar ve Yargıtay kararı.

⁵⁴ Aynı yönde ÖZTÜRK (Editör), s. 301.

⁵⁵ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 60 Kn. 46.

⁵⁶ 7. CD, 27.05.2015, E. 2015/4477, K. 2015/15939.

b) Yeminden Çekinme Hakkı

aa) Yeminden Çekinme Hakkı ve Merciin Takdir Yetkisi

Md. 50'deki yemin yasağı yanında md. 51'de bazı kişilere yeminden çekinme hakkı verilerek yemin zorunluluğuna bir başka istisna daha getirilmiştir. Buna göre, "45 inci madde gereğince tanıklıktan çekinebilecekler yemin verip vermemek hâkim veya mahkemenin takdirine bağlıdır. Ancak, tanık yemin etmekten çekinebilir. Bu hususun kendisine bildirilmesi gereklidir." Md. 51 hükmü ile md. 45/1'de sayılan şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan yakınları bu haklarını kullanmayıp tanıklık yapmak istemeleri halinde kendilerine yeminden çekinme hakkı verilmektedir. Bu hak, tanıklıktan çekinme hakkının uzantısı niteliğindedir. Bu düzenleme ile tanığın karar verme özgürlüğü güvence altına alınmak istenmekte ve şüpheli veya sanığın yakınlarına yemin zorunluluğu altında beyanda bulunmaktan kaçınma imkanı verilmektedir.⁵⁷ Tanıklıktan çekinme hakkı olan tanığın beyanda bulunması için üzerindeki yemin baskısı kaldırılmaktadır.⁵⁸

Maddenin düzenlemesine göre yeminden çekinme hakkının kullanılıp kullanılmaması, hakim veya mahkeme tarafından tanığın yemin ettirilmesine karar verilmesi halinde söz konusu olacaktır. Çünkü md. 51 cümle 1 uyarınca "tanıklıktan çekinebilecekler yemin verip vermemek hâkim veya mahkemenin takdirine" bağlanmıştır. Hakim veya mahkemenin tanığa yemin verilmemesine karar vermesi halinde artık tanığın yeminden kaçınma hakkı olduğu konusunda bilgilendirilmesine ve kaçınma hakkını kullanmasına da gerek kalmayacaktır. Mercii tarafından tanığın yeminsiz dinlenmesine karar verilmesi halinde tanığın yemin etmesi usule aykırı olacaktır. Diğer bir ifade ile mercii tarafından tanığın yeminsiz dinlenmesine karar verilmesi halinde artık tanığın yemin ederek beyanda bulunma hakkı bulunmamaktadır. Madde metninde tanığa yemin etme hakkı değil, yeminden kaçınma hakkı verildiği için, tanığın yemin etmek, beyanını yemin ile güçlendirmek istemesine rağmen mercii, tanığın yeminsiz dinlenmesine karar verebilir.

CMK sisteminde tanıkların yemin etmesi kural (md. 53, 54), yeminsiz dinlenmesi istisna (md. 50, 51) olduğu için mercii tanığa yemin verip vermeme konusundaki kararının gerekçeli olması, bir gerekçeye dayanması gerekir. Madde metninde "yemin verip vermemek hakim veya mahkemenin

⁵⁷ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 61 Kn. 1.

⁵⁸ FEYZİOĞLU, s. 148.

takdirine bağlıdır” demekle birlikte bu takdir yetkisinin ölçütüne ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

Kanaatimizce şüpheli veya sanığın yakınlarına tanıklıktan çekinme hakkı verilmesinin gerekçesi bu kişilerin yeminden kaçınma hakkı için de geçerlidir. Bu kişiler, tanıklıktan çekinme hakları konusunda bilgilendirildikten sonra kural olarak özgür iradeleri ile çekinme konusunda karar verebildiklerine göre, yeminden çekinme konusunda da, merciin herhangi bir kararına bağlı olmaksızın karar verebilmeleri gerekir. Kaynak Alman CMK’da (§ 61) sadece tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanları yemin ettirip ettirmeme konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK md. 51’de “hakim veya mahkeme”ye niçin böyle bir takdir yetkisi verildiği anlaşılamamaktadır. Madde gerekçesinde bu konuda bir açıklamaya da yer verilmemiştir. Bu nedenle merice tanınan bu takdir yetkisinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Tanık, tanıklıktan çekinme hakkından vazgeçmeye ilişkin kararından vazgeçebileceği gibi yeminden çekinmeye ilişkin kararından da vazgeçebilir, yani geri alabilir.⁵⁹ Yemin etmekten kaçınmak tanık için bir hak olduğu için dinlenmeden önce yemin edeceğini açıklamış, ancak md. 54/1 uyarınca yemin tanıklıktan sonraya bırakılmışsa, yemin edinceye kadar yeminden vazgeçebilir. Yine tanık yeminden önce yeminden kaçınma hakkını kullanacağını beyan etmişse, bu beyanını da geri çekebilir.⁶⁰ Ancak bu durumda tanığa yemin verip vermemek md. 51/1 uyarınca ilgili merciin kararına bağlıdır.

bb) Cumhuriyet Savcısının Yetkisi Sorunu

Md. 51 cümle 1’de, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup çekinmeyenlere “yemin verip vermemek hakim veya mahkemenin takdirine bağlıdır”, denilerek yetkili merciin hakim veya mahkeme olduğu ifade edilmiştir. Madde metninde sadece “hakim veya mahkemeden” bahsedilmesi, tanıklıktan çekinme hakkı olanların Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenmesi sırasında yeminden kaçınma haklarının olup olmadığı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bu düzenleme, yeminden çekinme hakkına sahip olanların çekinme hakkını kullanmaması halinde soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği tartışmasına da sebep olmaktadır.

Doktrinde Yenisey/Nuhoğlu, Cumhuriyet savcılarının 51. madde uyarınca yeminsiz tanık dinleme yetkisi verilmediğini, bu düzenlemenin

⁵⁹ KK-StPO/SLAWIK, StPO § 61 Kn. 3.

⁶⁰ Alman hukuku için bkz. SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 61 Kn. 3.

yerinde olduğunu, çünkü tanığı esas hakkında hüküm verecek olan hakimin bizzat dinlemesi gerektiğini belirtmektedirler.⁶¹ Şahin ise, md. 51’de hakim ve mahkeme yanında ayrıca Cumhuriyet savcısına yer verilmemiş olmasının bir eksiklik olduğunu belirterek, bu düzenlemeyi eleştirmektedirler. Yazara göre, her ne kadar madde metninde açıkça yer verilmemiş olsa da, md. 54/2’deki düzenleme nedeniyle Cumhuriyet savcısının madde metninde sayılanlar arasında bulunduğu kabul edilmesi gerekir.⁶²

Kanaatimizce, md. 51’de Cumhuriyet savcısından bahsedilmiyorsa da, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından tanık dinlemesi sırasında md. 45/1’de sayılan tanıklara hem tanıklıktan hem de yeminden çekinme hakları bildirilmesi gerekir. Md. 54/2’deki, “Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcıları da tanıklara yemin verirler.” hükmü gereğince, Cumhuriyet savcısı yemin ettirmeden önce yeminden çekinme hakkı olanlara bu haklarını bildirmesi gerekecektir.⁶³ Tanıklıktan çekinmeyen tanıkları yeminli veya yeminsiz olarak dinlemek konusunda Cumhuriyet savcısının da takdir yetkisi vardır. Madde metninde Cumhuriyet savcısından bahsedilmemiş olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihten ziyade bir unutmadan kaynaklanmış olsa gerektir.

Birçok yönden sorunlu olan md. 51 hükmü, CMUK md. 53’te de benzer şekilde düzenlenmişti.⁶⁴ CMUK md. 53’ün kaynağı olan Alman CMK § 61⁶⁵’te, konu tamamen tanığın yeminden kaçınma hakkı olarak düzenlenmiştir. § 61’e göre, “sanığın § 52 fık. 1’de belirtilen yakınları yaptıkları tanıklık hakkında yemin etmekten çekinme hakkına sahiptir; bu hakları kendilerine öğretilir.”⁶⁶

Madde metnindeki çelişkileri ortadan kaldırmak ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları gidermek açısından CMK md. 51’in kaynak Alman CMK

⁶¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 517.

⁶² ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 181.

⁶³ Aynı yönde bkz. ÖZTÜRK (Editör), s. 316; GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 290.

⁶⁴ CMUK md. 53: “47. Madde mucibince tanıklıktan çekinme hakkı olduğu halde çekinmeyen tanığın tanıklığının yemin ile teyidi lazım gelip gelmeyeceğini hakim takdir eder. Bununla beraber tanık yemin etmekten çekinebilir ve bu hakkı kendisine bildirilir.”

⁶⁵ Madde kapsamı daha önce § 63’te düzenlenmişti: SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 61 Kn. 1.

⁶⁶ Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. YENİSEY/OKTAR, s. 44. Yazarlar, madde metnindeki “Beschuldigter” kavramını Türkçeye “şüpheli” olarak çevirmişlerdir. Ancak madde de kastedilen Alman CMK anlamında geniş anlamda sanıklık olup Türkçeye şüpheli olarak çevrilmesi yerinde değildir.

§ 61 metnindeki gibi mercie takdir yetkisi vermeden, yeminden çekinme hakkı olarak yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Tanıklıktan çekinme hakkının kullanılması konusunda md. 45/1'de tanığı dinleyecek mercie herhangi bir takdir yetkisi verilmediği için, yeminden çekinme konusunda da mercie takdir yetkisi vermeyi gerektiren bir durum söz konusu değildir. Şüpheli veya sanığın yakınlarına tanıklıktan çekinme hakkı verilmesini gerektiren nedenler, yeminden çekinme hakkı açısından da geçerlidir. Bu şekilde bir düzenleme ile Cumhuriyet savcısının yemin verme konusunda takdir yetkisi olup olmadığı hususundaki duraksamalar da giderilmiş olacaktır.

cc) Çekinme Hakkının Bildirilmesi ve Tutanağa Geçirilmesi

Tanığa yemin verilmesi muhakemenin esaslı usullerinden olduğu için, duruşma tutanağına tanıklara yemin verildiğinin veya yemin verilmemişse bunun nedeninin yazılması gerekir.⁶⁷ Yeminden çekinme hakkı olan tanığa bu hakkı mahkemece bildirilmeden yeminsiz dinlenmesi hukuka aykırı olacaktır. Tanığın yeminden çekinmeye ilişkin açıklamasının da tutanağa geçirilmesi gerekir.⁶⁸ Yargıtay'a göre, tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı olan tanığa bu hakları bildirilmeden yemin ile dinlenmesi hukuka aykırı olup hükmün bozulması nedeni oluşturmaktadır.⁶⁹ Tanıklıktan çekinme hakkının bildirilmiş olması, yeminden çekinme hakkını bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.⁷⁰ Yargıtay yerinde olarak tanıklıktan çekinme hakkı bildirilmesine rağmen tanıklık yapacağını bildirmiş olan tanığa, yemin etmekten de çekinme hakkı olduğu bildirilmeden yemin ettirilerek dinlenmesini bozma nedeni yapmaktadır.⁷¹ Diğer taraftan yeminden çekinme hakkı bulunmadığı halde tanığın yeminsiz dinlenmesi de Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak kabul edilmektedir.⁷² Ancak yeminden çekinme hakkı bildirilmemesinin hükmün bozma nedeni olarak kabul edilmesi için tanık beyanının hükümde değerlendirilmiş olması gerekir.

⁶⁷ FEYZİOĞLU, s. 138.

⁶⁸ KK-StPO/SLAWIK, StPO § 61 Kn. 2.

⁶⁹ 4. CD, 3.4.2019, E. 2019/1084, K.2019/5993; 2. CD, 15.06.1995, 6242/7449; karar için bkz. YAŞAR, s. 317.

⁷⁰ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO Vor § 48 Kn. 157.

⁷¹ 1. CD, 14.03.2011, E. 2011/1529, K. 2011/1484 (kazancı.com). Ancak Yargıtay bazı kararlarında yeminden çekinme hakkı olduğunun bildirildiğinin tutanağa geçirilmeden tanığın yemin ettirilerek dinlenmesini "telafisi mümkün olmadığı" gerekçesi ile bozma nedeni yapmamıştır: 5. CD, 10.11.1986, 1487/4500: YAŞAR, s. 318.

⁷² 4. CD, 27.02.2012, E. 2009/26494, K. 2012/3767.

Daha önce dinlenen ve çekinme hakkını kullanmayıp yemin eden tanığın yeniden dinlenmesi halinde yeminden kaçınma hakkı olduğunun tekrar bildirilmesi gerekir.⁷³ Doktrinde, yemin etmekten çekinme hakkı bildirilmeden dinlenen tanığın dinleme tamamlandıktan sonra çekinme hakkının olduğunun bildirilmesi üzerine, bilseydi yine de yemin edeceğini söylemesi halinde dinlemenin tekrarlanması gerekmediği belirtilmektedir.⁷⁴ Tanığın yeminden kaçınma hakkını kullanmış olması delil değerlendirmesinde sanık aleyhine kullanılmaz.⁷⁵

III. Yemin Verilmesinin Usulüne İlişkin Kurallar

1. Yeminin Beyandan Önce Verilmesi

Tanıklar, tanıklıktan önce yemin ettirilecektir (md. 54/1). Ancak, gerektiğinde veya bir kimsenin tanık olarak dinlenmesinin uygun olup olmadığı konusunda tereddüt bulunduğu yemin, tanıklıktan sonraya bırakılabilir (md. 54/1). Md. 54/1 hükmüne göre tanığın dinlenmesinden sonra yemin ettirilmesi istisnai hallerde söz konusu olacaktır. Madde metninde “gerektiğinde” yemin tanıklıktan sonraya bırakılabilir, dendiği için bu konuda merciin takdir yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak yeminin tanıklıktan sonrasına bırakılmasının haklı gerekçesi olması ve hususun da tutanağa geçirilmesi gerekir.

Kaynak Alman CMK’da ise tanığın dinlenmesinden sonra yemin ettirilmesi kabul edilmiştir (§ 59/2). Yenisey/Nuhoğlu, tanıklık öncesi yeminin istisna olması, tanığın ifade sonrasında yemin ettirilmesi gerektiğini belirterek, CMK md. 54/1’deki düzenlemeyi eleştirmektedirler.⁷⁶ Kanaatimizce, tanığın doğru söylemesini sağlamak açısından kural olarak beyandan önce yemin ettirilmesi yerinde bir düzenlemedir. Çünkü beyandan önce yapılan yemin, yapılacak beyanın doğruluğunu kuvvetlendirme açısından daha etkili olacaktır.

2. Yemin Vermeye Yetkili Mercii

Yemin, duruşma sırasında toplu mahkemelerde başkan, tek hakimli mahkemelerde ise hakim tarafından verilecektir. Soruşturma evresinde tanık dinlenen hallerde ise tanığı dinleyecek olan Cumhuriyet savcısı (md. 54/2)

⁷³ KK-StPO/SLWIK, StPO § 61 Kn. 6.

⁷⁴ KK-StPO/SLAWIK, StPO § 61 Kn. 7.

⁷⁵ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 61 Kn. 4.

⁷⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 519.

veya sulh ceza hakimi tarafından tanıklara yemin verilecektir. Md. 54/2'nin düzenlemesine göre tanığın Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenmesi halinde de yemin zorunluluğu söz konusudur. Bu düzenleme ile Cumhuriyet savcılarına da açıkça tanıkları yeminle dinleme yetkisi verilmiştir.⁷⁷

Cumhuriyet savcısının yeminle tanık dinlemesinin kural haline getirilmesi doktrinde eleştirilerek, Alman hukukundaki gibi soruşturma evresinde tanığın istisnai hallerde yemin ettirilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁷⁸ Kaynak Alman CMK'da soruşturma evresinde tanığa yemin verilmesi istisnai olarak iki halde kabul edilmiştir. § 62'ye göre, soruşturma evresinde tanığa sadece gecikmede sakınca varsa veya tanık muhtemelen duruşmada hazır bulunamayacaksa sorgu hakimi tarafından yemin verilecektir. Savcıya yeminle tanık dinleme yetkisi verilmemiştir (§ 161a fık. 1 cümle 3).

Kanaatimizce, CMK'da Cumhuriyet savcısına tanınan yetkilerin gittikçe artan bir şekilde genişlediği ve savcının bu yetkilerini kullanırken kararını toplanan delillere ve dinlediği tanık beyanlarına dayandırması gerektiği için tanığa yemin vermesi de yerinde bir düzenlemedir.⁷⁹

Kolluğun tanık dinleme yetkisi olmadığı için yemin ettirme yetkisi de bulunmamaktadır.⁸⁰ Doktrinde de kolluğun tanık dinleme ve yemin verme yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir.⁸¹ Adli görevleri kapsamında kolluk

⁷⁷ CMUK md. 59'da 1985 yılında yapılan değişikliğe kadar kural olarak hazırlık soruşturmasında tanıklara yemin verilmezdi. Bu değişiklikle, tanıkların, hazırlık soruşturması sırasında, Cumhuriyet savcıları ile sulh hakimleri tarafından dinlenmeleri halinde yemin verilmesi kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. YURTCAN, s. 275-280.

⁷⁸ YENİSEY/NUHOĞLU'na göre (s. 519), "... savcının yeminle tanık dinlemesinin kural haline getirilmesi bizce isabetli olmamıştır." Aynı yönde, KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 620.

⁷⁹ YURTCAN'a (s. 276) göre, Cumhuriyet savcılarının yemin verme yetkisi, yalan tanıklığı önlemesi bakımından yerindedir.

⁸⁰ Yargıtay da yerinde olarak kolluğun tanık dinleme yetkisi olmadığına karar vermiştir: "Kolluğun tanık dinleme yetkisi bulunmamaktadır. Yasal anlamda tanıklıktan kasıt, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, gerekli görüldüğünde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından duruşmaya çağrılmak suretiyle, naip veya istinabe yoluyla engel hali bulunmayan kişinin ispat edilmek istenen olayla ilgili bilgi ve görgüsü tespit edilmesidir. Tanığa yemin verme yetkisi olmayan kolluk görevlileri tarafından 'ifade sahibi' olarak alınan ifade-de yalan tanıklık suçu oluşmayacaktır.": 16 CD, 16.04.2018, E. 2018/4, K. 2018/1470.

⁸¹ Bkz. ÖZTÜRK (Editör), s. 301; GÖKTÜRK, s. 364; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 519. Kolluğun tanık dinleyebileceği, ancak yemin veremeyeceği görüşü için bkz. ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 206. Alman hukukunda kolluğa da tanık dinleme yetkisi verilmiştir (Alman CMK § 163/III). Ancak kolluk tarafından çağrılan tanığın gelmek ve beyanda bulunmak zorunluluğu bulunmamaktadır: SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO Vor 48 Kn. 21.

görevlilerinin soruşturma konusu olayla ilgili görgüsü olan kişileri “ifade sahibi” sıfatıyla dinlemeleri, dinlenen bu kişilere “tanık” sıfatını vermez ve kanundaki tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmez.⁸²

Tanığın naip hakim veya istinabe yoluyla dinlenmesi halinde ise naip hakim, istinabe olunan hakim veya mahkeme başkanı tanığa yemin ettirecektir.⁸³

3. Yeminin Şekli ve Yemin Verme Usulü

Yeminin şekli ve yemin ederken hangi sözlerin söyleneceği CMK md. 55’te gösterilmiştir. Buna göre tanık, tanıklıktan önce, “Bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.”, tanıklıktan sonra yemin verilmesi halinde ise, “Bildiğimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.” diyerek yemin edecektir. Yemin metninde din veya Allah sözleri ya da kutsal kitapların adı geçmediği için laik yemin olarak nitelendirilmektedir.⁸⁴ HMK’da ise tanık, namusu, şerefi ve kutsal saydığı inanç ve değerleri üzerine yemin etmektedir.⁸⁵

Kaynak Alman CMK’da ise hem dini yemin, hem de dini olmayan yemin şekli kabul edilmiş, tanık başka bir din veya inanç topluluğuna mensup ise, mensubu olduğu din veya inancının yemin şeklini kullanabilmesine veya dini yemine bunu eklemesine izin verilmiştir (§ 64). Yemin etmeden önce tanık, dini yemin ile dini olmayan yemin arasında seçme imkanı olduğu konusunda bilgilendirilecektir (§ 57). İnanıcı veya vicdani sebeplerle yemin etmek

⁸² 4. CD 24.06.2009, E. 2009/16212, K. 2009/12656; GÖKTÜRK, s. 363-364; BİRTEK, s. 139-140. PYSK md. 15’e 27.3.2015 tarih ve 6638 sayılı Kanunla eklenen, “Polis; müşteki, mağdur veya tanık ifadelerini, talepleri hâlinde ikamet ettikleri yerlerde veya işyerlerinde de alabilir. Bu fıkranın kapsamı ile uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığınca belirlenir.” hükmü ile kolluğun tanık ifadelerini alabileceği belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemeyi kolluğa CMK hükümleri anlamında tanık dinleme yetkisi verildiği yönünde değil, maddenin birinci fıkrası ile de bağlantılı olarak bir suçun soruşturulması kapsamında kişilerin bilgisine başvurma ve delil toplama yetkisi şeklinde anlamak gerekir.

⁸³ Alman CMK § 63’e göre, istinabe olunan veya naip hakim, yeminin caiz olduğu hallerde ve sadece istinabe talebinde veya görevlendirme kararında talep edilmişse, tanığa yemin ettirebilmektedir.

⁸⁴ Yeminin dinsel nitelik taşımadığı konusunda bkz. ÖZTÜRK (Editör), s. 320.

⁸⁵ Md. 258/3: (3) Hâkim tanığa, “Tanık sıfatıyla sorulacak sorulara vereceğiniz cevapların gerçeğe aykırı olmayacağına ve bilginizden hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefiniz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin ediyor musunuz?” diye sorar. Tanık da cevaben, “Sorulacak sorulara, hiçbir şey saklamadan doğru cevap vereceğime namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum.” demekle yemin eda edilmiş sayılır.

istemeyen tanığın, beyanının doğruluğunu sözle temin etmesi gerekmektedir (§ 65).

Yemin, inanç ile ilgili olduğu için tarihi gelişim içinde yemin metnlerinde kutsal kitaplar, Tanrı, Allah sözlerine yer verilmiştir. Nitekim kaynak Alman CMK'da tanıklıktan sonra hakim tanığa, "Her şeye gücü yeten ve ilmi her şeyi kuşatan yüce Tanrının huzurunda, vicdanınıza göre gerçeği söylediğimize ve hiçbir şeyi gizlememiş olduğunuza dair yemin ediyorsunuz" sözünü söylemekte ve tanık bunun üzerine: "Tanrının yardımı ile, doğru olduğuna yemin ederim." sözlerini söyleyerek yemin etmektedir (§ 64/1). Bu ifade ile tanık doğru söylediği hususunda Tanrı'yı tanık göstermektedir. Ancak inanç ve vicdan özgürlüğü dikkate alınarak yemin metninde dini değerlere yer vermeden, tanığın vicdanına dayanarak yemin etme (§ 64/2) ve inancı veya vicdani nedenlerle yemin etmek istemeyen tanığa da yemin yerine geçmek üzere beyanının doğruluğu konusunda teminat verme imkanı tanınmıştır (§ 65).

Yemin metnine ilişkin zaman içinde doktrinde birtakım görüşler ileri sürülmüştür.⁸⁶ Tanıklara verilecek yeminin içeriği, yani yemin ederken söylenecek sözler ve yapılacak hareketler ve yemin etme zorunluluğu bir taraftan temel hak ve özgürlüklere diğer taraftan toplumdaki yemin ile ilgili anlayış ve gelişmelere göre değerlendirilmelidir. Böyle bir değerlendirme ise bir taraftan yeminin temel hak ve özgürlüklerle bağlantısına ilişkin araştırmayı diğer taraftan da yemin konusunda detaylı bir kamuoyu araştırmasını gerekli kılmaktadır; bunun yapılması ise bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır.

Tanık, kendisine okunan yemin şeklini yüksek sesle tekrar ederek veya yazılı olarak verilen metni okuyarak yemin edecektir (md. 56/1). Tanık yemin ederken herkes ayağa kalkacaktır (md. 55/2).⁸⁷ Doktrinde bunun yemine önem kazandırmak amacı güttüğü⁸⁸, tanığın işin önemini kavraması amacı taşıdığı ifade edilmektedir.⁸⁹ Herkes kapsamına yemin ettiren mahkeme başkanı ve Cumhuriyet savcısı da dahildir. Yeminin verilmesi

⁸⁶ Bkz. FEYZİOĞLU, s. 136, orada dipnot 234.

⁸⁷ Kaynak Alman CMK'da (§ 59/4) ise, "Yemin sırasında yemin eden sağ elini kaldırır." hükmüne yer verilmiştir. Ancak doktrinde bu hususun yeminin esaslı bir unsuru olmadığı ve bu nedenle tanığın buna zorlanamayacağı, Kur'na el basılması, secdeye gidilmesi gibi sembolik hareketlerin yasak olmadığı belirtilmektedir: Bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 64 Kn. 4.

⁸⁸ TOSUN, s. 748.

⁸⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 625.

sırasında duruşmada dinleyicilerin de bulunması halinde mahkeme başkanı veya hakimin dinleyicileri ayağa kalkmaları konusunda usulüne uygun şekilde bilgilendirmesi ve herkes ayağa kalktıktan sonra yemin usulünün uygulanması gerekir. Çünkü ilk defa duruşmaya gelen bir dinleyici bu hususu bilmediği veya yemin edileceğini duymadığı için ayağa kalkmamış olabilir. Uygulamada zaman zaman bu hususlara uyulmadığı, dinleyicilerin ayağa kalkması konusunda mübaşir tarafından hoş olmayan bir şekilde uyarıldıkları görülmektedir.

Kanunda gösterilen usule uyulmadan, baştan savma yapılan yemin kendinden beklenen vicdani baskıyı yerine getiremeyecektir.⁹⁰ Uygulamada md. 55'te öngörülen yemin şekline uyulmamakta ve yemine ilişkin düzenlemeler basit bir usul kuralı olarak görülmekte, yemin için öngörülen merasimin tanığın gerçeği söylemesi bakımından önemli etkisi olacağı göz ardı edilmektedir.⁹¹

Yemin ettirecek merci, yemin metnini tanığa vererek yüksek sesle okuturabileceği gibi, kendisi yemin metnini yüksek sesle okuyarak tanığa tekrar ettirebilir.⁹² Türkçe bilmeyen tanıkların tercüman aracılığı ile yemin ettirilmesi gerekir.⁹³

Yeminden önce yeminin önemi ve anlamının merci tarafından tanığa anlatılması yerinde olacaktır. Ancak bu anlatma tanığın daha baştan baskı altına alınması şeklinde olmamalı, onun onur ve saygınlığına uygun davranılmalıdır.

Birden fazla tanığa yemin verilecekse, kanuna göre her bir tanık ayrı ayrı yemin etmelidir (md. 54/1). Bu düzenlemenin amacı, her bir tanığın usulüne göre yemin ettiğini tespit etmektir.⁹⁴

Duruşma sırasında yemini mahkeme başkanı verecektir. Ancak başkanın bu konudaki kararının kabul edilemeyeceği, örneğin, yemin yasaklarının bulunduğu ileri sürülürse, bu husustaki kararı mahkeme vermelidir (md. 192). Soruşturma evresinde ise yemini tanığı dinleyecek olan Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakimi verecektir (md. 54/2).

⁹⁰ FEYZİOĞLU, s. 136.

⁹¹ ÖZTÜRK (Editör), s. 318.

⁹² ÖZTÜRK (Editör), s. 318.

⁹³ FEYZİOĞLU, s. 137; ÖZTÜRK (Editör), s. 318.

⁹⁴ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 59 Kn. 13.

4. Sağır veya Dilsizlerin Yemin Etmesi

İşitme veya görme engellilerin yemin etmesi kanunda özel olarak düzenlemiştir. Md. 56/2'ye göre, “okuma ve yazma bilen sağır veya dilsizler yemin biçimini yazarak ve imzalarını koyarak”, “okuma ve yazma bilmeyen sağır veya dilsizler” ise “işaretlerinden anlayan bir tercüman aracılığıyla ve işaretle” yemin edeceklerdir. Madde metninde “sağır veya dilsiz” ifadene yer verilmişse de düzenleme, “sağır ve dilsiz”lerin yemini için de geçerlidir.⁹⁵ Yine doğuştan sağır olanlar yanında sonradan işitme kaybı nedeniyle işitme yeteneğini önemli ölçüde kaybeden kişiler için de hükmün geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Yemin ettirilecek tanığın işitme veya görme engelli olup olmadığını, tanığı dinleyecek olan merci serbest ispat usulüne göre karar verecektir.⁹⁶ Sadece görme engelli tanıkların yeminine ilişkin bir düzenleme yapılmadığı için bu kişiler diğer tanıklar gibi yemin edeceklerdir.

Okuma ve yazma bilen sağır - dilsizler tanık dinleyecek merci tarafından kendisine bildirilecek yemin metnini önce yazacak, arkasından da imzalayarak yemin edeceklerdir (md. 56/2). Bu nedenle sağır olan tanık okuma ve yazma biliyor ve konuşabiliyor olsa bile kendisine verilecek yemin metnini okuyarak yemin etmesi kabul edilmemiştir. Sadece işitme engeli bulunan ve okuma yazma bilen engellilerin yemin metnini okuyarak yemin etmesine izin verilmesi yerinde olurdu.

Okuma yazma bilmeyen sağır veya dilsizlerin işaretlerinden anlayan tercümanın görevlendirilmesinde ceza muhakemesinde tercüman

⁹⁵ ÖZTÜRK (Editör), s. 321; ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 189. CMK'da muhakemeye katılan sağır – dilsizlik ile ilgili düzenlemeler arasında uyumsuzluk söz konusudur. Örneğin, müdafî görevlendirme zorunluluğu için şüpheli veya sanığın “sağır ve dilsiz” olması şartı aranmışken (md. 150/2), mağdur için bir avukatın vekil olarak görevlendirilmesiyle ilgili olarak md. 235/2'de, mağdurun “sağır veya dilsiz” olması aranmıştır (md. 234/2). Mağdur suçtan zarar gören olduğu için davaya katıldığında “sağır ve dilsiz” ise kendisine bir avukatın vekil olarak görevlendirilmesi zorunluluğu kabul edilmiştir. Bu açıdan davaya katılmayan mağdurun sağır veya dilsiz olması vekil görevlendirme zorunluluğu söz konusu iken, davaya katılınca vekil görevlendirilmesi zorunluluğu için hem sağır hem de dilsiz olması şartı aranmaktadır. Yeni kabul edilen seri muhakeme usulünde şüphelinin “sağır ve dilsiz” olması halinde seri muhakeme usulü uygulanmayacaktır (md. 250/12). Yine aynı şekilde basit yargılama usulünde de sanığın “sağır ve dilsiz”, olması halinde hakkında basit yargılama usulü uygulanmayacaktır. Türkçe’de “ve” “veya” bağlaçları aynı anlama gelmeyip kanunların uygulanması açısından da önemli sonuçları bulunmaktadır. CMK'daki sağır – dilsizliğe ilişkin hükümlerin, doğuştan engelliler yanında sonradan oraya çıkan, sadece işitme veya sadece görme yeteneğini tamamen veya önemli oranda kaybetmiş olan engellileri de kapsayacak şekilde ve yeknesak olarak yeniden düzenlenmesi gerekir.

⁹⁶ Bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 66 Kn. 1.

görevlendirilmesine ilişkin CMK md. 202 ve ilgili yönetmelik hükümleri dikkate alınmalıdır.⁹⁷

5. Yemin Vermek Yerine Önceki Yeminin Hatırlatılması

Yemin ile dinlenen tanığın aynı soruşturma veya kovuşturma evresinde tekrar dinlemesi gerektiğinde, tekrar yemin verilmesi zorunlu değildir; tanığa önceki yemini hatırlatılmakla yetinilebilir (md. 57). Bu yolla gereksiz yere yemin edilmesi ile zaman kaybı ve yeminin tanık üzerindeki ruhsal etkisinin azalması önlenmek istenmiştir.⁹⁸ Tanık, yeniden yemin ettirilmemekle birlikte beyanının doğruluğu daha önceki yemini ile teminat altına alınmaktadır. Tekrar yemin ettirmek yerine önceki yeminin tanığa hatırlatılması konusunda tanığı dinleyecek merciin takdir yetkisi bulunmakla birlikte, tanık, yemin altında dinlendiğinin bilincinde değilse, yeniden yemin verilmesi tercih edilmelidir. Yine ilk dinlemeden sonra aradan uzunca bir zamanın geçmesi gibi durumlarda tanığın yeniden yemin ettirilmesi yerinde olacaktır.⁹⁹

Md. 57’de “yeniden yemin verilmeyip önceki yemini hatırlatılmakla yetinilebilir” denilmekle birlikte, burada bir hatırlatmadan daha ileri olarak, tanığın doğru söyleyeceğini önceki yeminine dayanarak temin etmesi söz konusudur. Nitekim kaynak Alman CMK’da önceki yemine dayanılarak yapılan beyanın doğruluğunun temin edilmesinden söz etmektedir (§ 67).¹⁰⁰ İlk yemine olduğu gibi önceki yeminin hatırlatılması da tanık dinlenmeden önce yapılmalıdır. Yeniden yemin yerine önceki yeminin hatırlatıldığının duruşma tutanağına geçirilmesi gerekir.

Md. 57 hükmünün uygulanabilmesi için yemin ile dinlenmenin aynı soruşturma veya aynı kovuşturma evresinde olması ve yemin ettiren

⁹⁷ CMK md. 202/3’e göre, “Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da uygulanır. Bu evrede tercüman, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından atanır.” Bu düzenlemeye göre, suç mağduru tanık engelli ise hem soruşturma hem de kovuşturma evresi için tercüman görevlendirilecektir. Ancak madde metninden diğer engelli tanıklar için sadece soruşturma evresinde tercüman görevlendirileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Düzenleme bu nedenle isabetli değildir. Md. 56 hükmü uyarınca hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde işaret dilinden anlayan tercüman görevlendirilmesi gerekir.

⁹⁸ Yeniden yemin verilmeyip önceki yeminin hatırlatılması madde gerekçesinde, yemin “bir tür sosyal tören olduğundan, aynı kişiye tekrar tekrar ettirilirse ruhsal etkisi kaybolabileceğinden bu madde kaleme alınmıştır” denilerek açıklanmıştır. Madde gerekçesi için bkz. ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 190.

⁹⁹ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 67 Kn. 17.

¹⁰⁰ Bkz. SK-StPO/ROGALL, Cilt I, § 67 Kn. 20-22.

mercilerin de aynı olması gerekir.¹⁰¹ Bu nedenle soruşturma evresinde yemin verilen tanığa, kovuşturma evresine geçildiğinde yeniden yemin verilmesi zorunludur.¹⁰² Her ne kadar Kanunda, “aynı kovuşturma evresinde” tekrar dinlemeden bahsediliyorsa da, kovuşturma evresini kanun yolunu kapsayacak şekilde anlamamak gerekir. Bu nedenle ilk derece mahkemesindeki duruşmada dinlenen tanığın aynı davanın istinaf aşamasındaki duruşmasında tekrar dinlenmesi gerektiğinde tanığa yeniden yemin verilmesi gerekir. Ancak hükmün kanun yolunda bozulmasından sonra ilk derece mahkemesince yeniden yapılan duruşmada aynı tanıkların tekrar dinlenmesi halinde kovuşturma evresi değişmediği için eski yeminin hatırlatılması ile yetinilebilir.¹⁰³

IV. Tanıklıktan Çekinme Hakkına Sahip Olanlara Çekinme Sebebine İlişkin Olarak Yemin Verilmesi

Ceza muhakemesinde tanıkların yemin etmesine ilişkin yukarıda açıklanan genel nitelikteki hükümler yanında tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların çekinme sebebinin varlığı ile ilgili yemin ettirilmesine ilişkin md. 49’da özel bir yemin şekline yer verilmiştir. Bu maddeye göre, tanığı dinleyecek olan mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı 45, 46 ve 48. maddelerde gösterilen hallerde tanıktan, çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirmesini ve bu hususta yemin etmesini isteyebilecektir.

Md. 49’daki bu düzenleme ile tanığın, çekinme sebebinin dayandığı olguları inandırıcı bir şekilde ortaya koyması istenerek, tanıklıktan çekinme hakkı ile kendisi ve yakınları aleyhindeki sorulara cevap vermeme hakkını kötüye kullanması önlenmek istenmektedir.¹⁰⁴ Ortaya konan olguların doğruluğunu teyid amacıyla da tanıktan yemin etmesi istenebilecektir.

Madde metninde, “tanıklıktan çekinme sebebinin dayanağını oluşturan olguların bildirilmesi”nden bahsediliyorsa da bu düzenlemeyi kaynak Alman CMK’da (§ 56) olduğu gibi olguların inandırıcı bir şekilde ortaya konması olarak anlamak gerekir.¹⁰⁵ Çekinme sebebinin inandırıcı bir şekilde ortaya konması, soruşturma ve davanın uzamasına neden olacak araştırma işlemlerine girişmeden hakimın çekinme talebi konusunda karar vermesini

¹⁰¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 524.

¹⁰² CMK md. 57 gerekçesi.

¹⁰³ Bkz. FEYZİOĞLU, s. 135.

¹⁰⁴ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 56 Kn. 1.

¹⁰⁵ Bu konuda bkz. SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 56 Kn. 5.

sağlayacaktır.¹⁰⁶ Tanık tarafından ileri sürülen çekinme sebebinin dayandığı olgulara inanıp inanmamak merciin takdirine bırakılmıştır. Ancak çekinme sebebi olan eş veya yakınlık durumu gibi hususları ortaya koyan olgular çoğunlukla soruşturma ve dava dosyasında bulunacağı için merciin bu konuda tanıktan açıklama yapmasını ve yemin etmesini istemesine de gerek olmayacaktır. Mahkeme başkanı veya hakim, tanığın bildirdiği çekinme sebebine ilişkin olguların doğruluğundan şüphe ederse, sebebin doğruluğu konusunda tanığa yemin verebilecektir.¹⁰⁷

Nasıl yapılacağı ve kaçınma halinde ne gibi sonuçları olacağı md. 49'da düzenlenmemiş olan bu yemin türü, md. 54'deki genel yeminden farklıdır. Aralarındaki nitelik farkı nedeniyle yemine ilişkin genel hükümlerin md. 49'daki bu özel yemin türü için doğrudan değil, kıyasen uygulanması gerekir. Bu nedenle yemine ilişkin genel hükümlerin md. 49'daki yemin için ne şekilde uygulanacağını her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir.¹⁰⁸ Md. 49'daki yeminin yapılış şekli md. 55 ve 56'ya göre gerçekleştirilmeli, ancak tanıklıktan çekinme sebebi de dikkate alınmalıdır.¹⁰⁹ Örneğin, tanıklıktan çekinme sebebi olarak nişanlılık ileri sürülmüşse, yeminin yapılış şeklinde çekinme nedeninin dayandığı nişanlılık olgusuna da yer verilmelidir.¹¹⁰

Doktrinde, avukatların mutlak anlamda sır saklama yükümlülüğü olduğu için md. 49 hükmünün avukatlar ve yardımcıları bakımından uygulanamayacağı ileri sürülerek madde metindeki düzenleme eleştirilmektedir.¹¹¹ Ancak madde

¹⁰⁶ IGNOR/BERTHEAU in: Löwe/Rosenberg, StPO § 48-93, StPO § 56 Kn. 1.

¹⁰⁷ IGNOR/BERTHEAU in: Löwe/Rosenberg, StPO § 56 Kn. 2-3.

¹⁰⁸ Bu konuda bkz. SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 56 Kn. 1, 14. Ayrıca bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 56 Kn. 3.

¹⁰⁹ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 56 Kn. 1, 15; ÖZTÜRK (Editör), s. 314

¹¹⁰ Çekinme sebebi olarak nişanlılık ileri sürülmesi halinde tanık, "sanık ile nişanlı olduğuma namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim" şeklinde yemin etmelidir. Alman CMK'ya göre bu halde yemin, "Her şeye gücü yeten ve ilmi her şeyi kuşatan yüce Tanrının huzurunda, Siz ve sanık karşılıklı olarak birbirinize ciddi bir şekilde evlenme vaadinde bulunduğunuz hususunda yemin ediyorsunuz." şeklinde yaptırılmalıdır: bkz. IGNOR/BERTHEAU in: Löwe/Rosenberg, StPO § 56 Kn. 8.

¹¹¹ ÖZTÜRK (Editör), s. 314. Yazarlara göre, yalnız avukatların değil, şüpheli veya sanığın eşinin, kan hısımlığından üstsoy veya altsoyunun, hatta belli dereceye kadar kayın hısımlarının da yemine mecbur bırakılmamalıdır. Kanaatimizce eş durumu ve yakın hısımlılığa ilişkin bilgilerin soruşturma veya dava dosyasında bulunmadığı ve temin edilmesinin de zor veya gecikmeye neden olacağı (örneğin sanık ve yakını olan tanığın yabancı olması ve nüfus kayıtlarının temin edilememiş olması gibi) hallerde bu konuda tanığa yemin verilmesi bir çözüm olabilecektir.

metninden avukatlar, stajyerleri ve yardımcılara yemin verilemeyeceğine ilişkin bir sonuca ulaşmak mümkün olmadığı gibi, yemin verilmemesi yönünde bir istisnanın kabul edilmesi de gerekli değildir. Çünkü kaynak Alman CMK § 56'da da sır saklama yükümlülüğü olan avukat açısından herhangi bir istisna getirilmemiştir. Tanıklıktan çekinme hakkı olan avukatlar, avukat stajyerleri ve yardımcılarında md. 49 uyarınca bildirmesi istenebilecek husus, çekinmenin sebebini oluşturan bilgileri, “bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi sebebiyle” öğrendiğine ve bilgileri başka bir şekilde edinmediğine ilişkin olguları bildirilmesidir.¹¹² Ancak meslek sırrı nedeniyle öğrenilen bilgiler konusunda tanıklıktan çekinmedeki olgu kavramını, tanığın olayı hangi koşullar altında öğrendiği şeklinde anlamak gerekir. Aksi takdirde tanığın, hangi olguları hangi durumlar altında öğrendiğini merci önünde açıklamakla yükümlü olması anlamına gelir ki, bu durum tanığın tanıklıktan çekinme hakkını fantezi haline getirir. Bu nedenle tanığı dinleyen merciin çoğunlukla tanığın yemin güvencesini yeterli görmesi gerekecektir.¹¹³

Kanunda, “gerekli görüldüğünde” ibaresi, çekinme sebebini dayandığı olguların bildirilmesi ve bu konuda yemin verilmesinde tanığı dinleyecek merciin takdir yetkisi olduğunu göstermektedir. Bu nedenle muhakemeye katılan diğer kişilerin bu yöndeki talepleri, tanığı dinleyecek merci için bağlayıcı değildir. Çekinme sebebini bildirilmesi ve yemin verilmesi konusunda duruşma sırasında mahkeme başkanı (md. 49), başkanın kararına itiraz edilmesi halinde ise mahkeme (md. 192) karar verecektir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının yemin verme kararına karşı bir başvuru yolu öngörülmemiştir.

Çekinme sebebi konusunda tanığın yemin etmesi hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde istenebilir. Ancak md. 50/1 uyarınca dinleme sırasında onbeş yaşını doldurmamış olanlar ile ayırt etme gücüne sahip olmadığı için yeminsiz dinlenmesi gereken kişilere md. 49 uyarınca da yemin verilmemesi gerekir.¹¹⁴

¹¹² MEYER-GOSSNER, StPO § 56 Kn. 2; SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 56 Kn. 9; IGNOR/BERTHEAU in: Löwe/Rosenberg, StPO § 56 Kn. 4.

¹¹³ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 56 Kn. 9.

¹¹⁴ IGNOR/BERTHEAU in: Löwe/Rosenberg, StPO § 56 Kn. 9.

V. Yasal Bir Sebep Olmaksızın Yeminden Çekinmenin Yaptırımı ve Sonuçları

1. Kanunda Düzenleniş Şekli, Kapsamı ve Amacı

Haklı bir neden olmaksızın tanıklıktan veya yeminden kaçınmaya ceza muhakemesinde iki sonuç bağlanmıştır: Md. 60'a göre, yasal bir neden olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilecektir. Ayrıca tanıklığa ve yemine zorlamak için tanık hakkında üç aya kadar disiplin hapsine karar verilebilecektir. Madde metninde açıkça belirtildiği üzere çekinmeden doğan giderlere hükmedilmesi zorunlu iken, disiplin hapsi konusunda merciin takdir yetkisi bulunmaktadır.

CMUK md. 63'te "Kanuni bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık bundan doğan masraflara ve 46 ncı madde gereğince para cezasına mahkum olur." denilerek, masraflar ve disiplin hapsi yanında tanık hakkında disiplin para cezası niteliğinde bir yaptırım da uygulanmaktaydı.¹¹⁵

Kaynak Alman CMK'da ise, tanıklıktan veya yeminden sebepsiz çekinen tanığa, çekinmenin sebep olduğu masraflar yüklenmekte, çekinmeden dolayı "disiplin para cezası" verilmekte ve bu cezanın tahsil edilememesi hali için de bir çeşit "disiplin hapsine" hükmedilmesi kabul edilmektedir (§ 70/1). Söz konusu disiplin para cezası ve disiplin hapsi yükümlülüğe aykırı davranışın cezalandırılması ve bu anlamda bir cezai yaptırım niteliği taşımaktadır.¹¹⁶ Bu yaptırımlar yanında ayrıca tanıklığa ve yemine zorlamak için zorlayıcı nitelikte bir hapis tedbiri de kabul edilmiştir (§ 70/2).

CMK, tanıklık görevinin ülkemizde zahmetli bir iş olduğunu da dikkate alarak, tanıklıktan veya yeminden çekinmenin yaptırımı olarak çekinmenin sebep olduğu masraflara hükmedilmesini yeterli bulmuş, çekinme nedeniyle ayrıca cezalandırma niteliğinde bir para cezası ve bunun tahsil edilememesi

¹¹⁵ Bu konuda bkz. FEYZİOĞLU, s. 149 vd.

¹¹⁶ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn.2.

hali için de hapsi gerekli görmemiştir.¹¹⁷ Tanıkların yeterince korunamadığı,¹¹⁸ tanıklık yapmak için kaybedilen zaman ile orantılı bir tazminat verilmediği¹¹⁹ ve yapmak zorunda kaldıkları giderleri gerekli şekilde karşılanmadığı ülkemiz adli sisteminde tanığın çekinmesi nedeniyle bir de para cezasına hükmedilmesi yerinde olmazdı.

Yeminden çekinen tanığın çoğunlukla tanıklıktan da çekinmesi söz konusu olacaktır. Tanığın, sorulan bir soruya kendisini veya md. 45'te gösterilen yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabileceğini ileri sürerek cevap vermekten kaçınması, bu kaçınmasının merci tarafından yerinde bulunmamasına rağmen cevap vermemekte ısrar etmesi halinde olduğu gibi, yemin etmekle birlikte tanıklıktan çekinme söz konusu olabilir. CMK md. 60'ta yasal bir neden olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinme halinde giderlere hükmetme ve disiplin hapsine karar verme birlikte düzenlenmiştir. Ancak bu çalışmanın kapsamı dahilinde konu özellikle yeminden kaçınmanın sonuçları açısından ele alınacaktır.

Öngörülen disiplin hapsinin amacı, tanığın gerçeğe uygun şekilde tanıklık yapmasını sağlamak değil, tanığın beyanda bulunmasını ve yemin etmesini sağlamaktır. Ancak tanığın bazı soruları cevapsız bırakması veya kasten hatırlamadığını söylemesi halinde de tanıklıktan çekinme söz konusu olacaktır.¹²⁰

¹¹⁷ Tanıklıktan ve yeminden çekinme halinde başvurulacak tedbirler ve usulü HMK'da, CMK'ya benzer şekilde düzenlenmekle birlikte, disiplin para cezası yönünden farklılık söz konusudur. HMK md. 253'e göre, "Tanık, kanuni bir sebep göstermeden tanıklıktan çekinir, yemin etmez veya göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinirse beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına ve bu yüzden doğan giderleri ödemesine hükmedilerek, yeniden dinlenilmek üzere yargılama başka güne bırakılır "(fık. 1). "Tanık kendisine sorulan sorulara cevap vermez veya yemin etmemekte direnirse o mahkemece iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilir." Bu düzenleme ile CMUK md. 63'te olduğu gibi tanık hakkında giderler yanında disiplin para cezasına da hükmedilmesi kabul edilmiştir.

¹¹⁸ Tanıkların korunması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, 2009.

¹¹⁹ ÖZTÜRK (Editör), s. 322. Adalet Bakanlığı 2020 Yılı Tanıklık Ücret Tarifesi md. 4'e göre, "Tanığa, tanıklık nedeniyle kaybettiği zamanla orantılı olarak günlük 25,00 ilâ 50,00 Türk Lirasına kadar ücret ödenir."

¹²⁰ MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 5.

2. Koşulları

a) Yeminden Çekinilmiş Olması

Md. 60 uyarınca masraflara hükmedilebilmesi ve yemine zorlamak amacıyla disiplin hapsine karar verilebilmesi için tanığın yemin etmekle yükümlü olmasına rağmen yeminden çekinmiş olması gerekir. Tanığın herhangi bir neden göstermeksizin, hukuken yapması gereken yemini yapmaması halinde de çekinmenin haklı bir nedeni bulunmadığı için bu tedbirlere hükmedilmesi söz konusu olacaktır.¹²¹ Tanığa yemin verilip verilmeyeceğine yukarıda açıklanan yeminle ilgili hükümler uyarınca merci tarafından karar verilecektir. Önceki yeminin hatırlatılması (md. 57) da yemin kapsamındadır.

b) Çekinmenin Yasal Bir Sebebe Dayanmaması

Giderlere hükmedilebilmesi ve disiplin hapsine karar verilebilmesi için tanığın, “yasal bir sebep olmaksızın” yeminden çekinmiş olması gerekmektedir. Tanığın yeminsiz dinleneceği (md. 50) veya yeminden çekinebileceği (md. 51) yasal nedenler yukarıda incelendiği için üzerinde tekrar durulmayacaktır. Ancak CMK’da belirtilen yeminsiz dinleme ve yeminden çekinme hakkı dışında başka nedenlerin yeminden çekinmek için “yasal nedenler” kapsamında görülüp görülmeyeceği üzerinde kısaca durmak gerekir.

Alman doktrininde, çok sınırlı istisnai bazı hallerde tanığın kişisel veya mesleki özel hayatının korunması ya da başka türlü önlenmesi mümkün olmayan hayata veya vücut bütünlüğüne yönelik tehlikeden tanığın korunması amacıyla doğrudan Alman Anayasasına dayanılarak tanıklığın ve dolayısıyla yemin yükümlülüğünün sınırlandırılmasının kabul edilebileceği belirtilmektedir. Böyle durumlarda tanıklık ve yeminden kaçınmanın da yasal neden olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Yine dinleme sırasında ses ve görüntü kaydı yapılması veya duruşma sırasındaki ses ve görüntü kaydının hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi örneğinde olduğu gibi, tanık dinlemenin kanunda öngörülen koşullara aykırı bir şekilde yapılması halinde de tanığın çekinmesinin yasal neden olmaksızın çekinme sayılmayacağı kabul edilmektedir.¹²²

Çekinmenin yasal bir nedene dayanmaması için çekinmenin kusurlu olması gerekir. Bu nedenle ceza sorumluluğu olmayan çocuk (TCK md. 31/1)

¹²¹ FEYZİOĞLU, s. 154.

¹²² SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn.13; MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 6.

tanıklar ile akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği olmayan (md. 32/1) tanıklar hakkında çekinme nedeniyle giderlere ve disiplin hapsine karar verilmemesi gerekir.¹²³

Tanıkların kendileri veya yakınlarına yönelik bir tehlike halinde gerekli tedbirlerin alınması Tanık Koruma Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu tedbirler alınmadığı için beyanda bulunmayan veya yemin etmeyen tanığın çekinmesi yasal bir sebebe dayanan çekinme olarak kabul edilebilir. Çünkü tanıklık yapmak ve yemin etmek yasal bir görev olmakla birlikte, bu görevi nedeniyle tehlikeye maruz kalan veya kalabilecek olan kişiler için gerekli tedbirleri almak da Devletin görevidir. Bu nedenle tanık veya yakınlarına yönelik ölüm tehdidi veya vücut bütünlüğüne yönelik tehlikeler çekinme nedeni olarak kabul edilebilir.¹²⁴

Tanığın, yeminden çekinmek için göstermiş olduğu neden mahkemece kabul edilmemesine rağmen yemin etmekten çekinmesi halinde de yasal bir neden olmadan yeminden çekinme söz konusu olacaktır.¹²⁵

3. Yeminden Çekinmeden Doğan Giderlere Hükmedilmesi

Yasal bir neden olmaksızın yeminden çeken tanık hakkında çekinmesinin neden olduğu giderlere hükmedilecektir. Madde metnindeki “bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber” (md. 60/1) ifadesi, giderlere hükmedilmesinin zorunlu olduğunu göstermektedir.¹²⁶ Doktrinde, mahkum olması halinde yargılama giderleri kendisine yükleneceği için sanığın, çeken tanık hakkında giderlere hükmedilmesini mahkemeden talep etme hakkı olduğu belirtilmektedir.¹²⁷

Giderlerin tanığın çekinmesinden dolayı meydana gelmiş olması, diğer bir ifade ile çekinme ile giderlerin meydana gelmesi arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.¹²⁸ Yasal bir neden olmaksızın çekinme nedeniyle meydana gelebilecek masrafların neler olabileceği kanunda gösterilmemiştir.

¹²³ Bkz. KK-StPO/SLWIK, StPO § 70 Kn. 4; MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 3.

¹²⁴ Bkz. TURHAN, Tanıkların Korunması, s. 180 vd.; ŞAHİN, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 135; MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 6.

¹²⁵ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn.13.

¹²⁶ Giderlere mahkum etme zorunluluğu CMUK md. 63/1’de de kabul edilmişti. Bu konuda bkz. FEYZİOĞLU, s. 149.

¹²⁷ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 18.

¹²⁸ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 19; FEYZİOĞLU, s. 149.

Çekinen tanığa yüklenecek olan masrafların kapsamını çekinme nedeniyle ortaya çıkan yargılama giderleri yanında sanığın yapmış olduğu giderler, yani mahkumiyeti halinde sanık, sanığın beraati halinde Devlet hazinesinden karşılanması gereken giderler oluşturur.¹²⁹ Yasal bir neden olmaksızın çekinme nedeniyle duruşmaya ara verilmek zorunda kalınması durumunda ortaya çıkan masraflar, yüklenecek masraflara örnek olarak gösterilebilir.

Çekinmenin neden olduğu giderler tanığa yükleneceği için yargılama giderleri kapsamında sanığa yüklenemez.¹³⁰

4. Yemine Zorlamak İçin Disiplin Hapsi Verilmesi

Yasal bir neden olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, tanıklığa veya yemine zorlamak için dava hakkında hüküm verilinceye kadar, ancak üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsine hükmedilebilecektir (md. 60/1). Ceza muhakemesi anlamında disiplin hapsi CMK md. 2/1-k'da, "Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen" hapis olarak tanımlanmıştır.

Md. 60'te öngörülen disiplin hapsinin amacı tanığı, tanıklığa ve yemine zorlamak olduğu için¹³¹ CMUK md. 63/1 cümle 1'de ve kaynak Alman CMK § 70/1 öngörülen tanıklık veya yemin yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla uygulanan ve cezai nitelik taşıyan para cezasından farklıdır. Doktrinde bazı yazarlar tanığın, sırf yemin etmediği için hakkında hapis cezası uygulandığını ve bunun doğru ve haklı olmadığını ileri sürmektedir.¹³² Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü md. 60'da öngörülen disiplin hapsinin amacı tanığa yemin etmediği için uygulanan bir hapis cezası olmayıp, kanunda öngörülen yemin yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamaya, onu tanıklığa ve yemine zorlamaya yönelik bir tedbir olup, kanundan doğan bu yükümlülük tanık tarafından yerine getirdiği anda da sona erdirilmektedir.¹³³

¹²⁹ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 20.

¹³⁰ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 20.

¹³¹ CENTEL/ZAFER, s. 273. Alman hukukunda bu tedbir, zorlama hapsi "Erzwingungshaft" (SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 23) veya "Beugehaft" (MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 12) olarak ifade edilmektedir.

¹³² ÜNVER/HAKERİ, s. 269-270.

¹³³ Aynı yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 633; FEYZİOĞLU, s. 150.

Md. 60/1’de bu husus, “yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar” denilerek, açıkça ifade edilmiştir. Yemin yükümlülüğü kaldırılmadığı sürece de böyle bir tedbir gereklidir. Sadece yeminden kaçınmanın sebep olduğu giderlere hükmedilmesi yemin yükümlülüğünün gerçekleştirilmesi için yeterli değildir. Kaynak Alman CMK’da da tanıklığa zorlamak için disiplin hapsi öngörülmüştür. Yukarıda belirtildiği üzere Alman hukukunda tanık hakkında ayrıca yeminden kaçındığı için zorunlu olarak para cezası da uygulanmaktadır.

Madde metninde “disiplin hapsi verilebilir” denilerek, bu konuda mercie takdir yetkisi verilmiştir. Mahkeme bu tedbire, kural olarak önemli olaylarda başvurulmalı ve kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğurduğu için tedbire başvurulmasında anayasa gereği oranlılık ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.¹³⁴ Bu nedenle tanıklık veya yeminden kaçındığı için hakkında giderlere hükmedilmesi tanık üzerinde tanıklık veya yemin etme yönünde bir davranış değişikliğine sebep olmamışsa disiplin hapsine başvurulmalıdır.¹³⁵

Md. 60’da zorlama hapsi niteliğinde bir disiplin hapsi öngörüldüğü için, hapis süresinin bir alt sınırı bulunmamaktadır; tanık, yükümlülüğüne uygun davranacağını beyan ettiği anda tedbire son verilecektir.¹³⁶ Ancak kanunda disiplin hapsinin üst sınırına sınırlama getirilerek, hapsin tanıklık yapılacak dava hakkında hüküm verilinceye kadar devam edebilmesi ve herhalde bu sürenin üç ayı geçmemesi kabul edilmiştir (md. 60/1). CMUK md. 63/1’de ise tanığın, cürümlerde 6 aya kadar, kabahatlerde ise 6 haftaya kadar hapsedilebilmesi kabul edilmişti.¹³⁷ Tanıklıktan çekinen kişiye uygulanan para cezasının CMK’ya alınmamasında olduğu gibi tanıklığa zorlamak için başvurulacak disiplin hapsi süresinin üç aya indirilmesi de yerinde bir düzenlemedir.

Disiplin hapsi, tanığın beyanda bulunması veya yemin etmesi, hakim tarafından belirlenen sürenin geçmesi, kanunda öngörülen üç aylık sürenin bitmesi veya yargılaması yapılan dava hakkında hüküm verilmesi ile sona erdirilmelidir. Bunlardan birisinin gerçekleşmesi ile tanık hakkındaki disiplin

¹³⁴ KK-StPO/SLWIK, StPO § 70 Kn. 5; MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 13; SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 23-24.

¹³⁵ Bkz. SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 24.

¹³⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, II, s. 41; FEYZİOĞLU, s. 150.

¹³⁷ Kaynak Alman CMK’da (§ 70/2) disiplin hapsinin üst sınırı altı ay olarak kabul edilmiştir.

hapsi sona erdirilecek; ancak hiçbir şekilde üç aylık süreyi aşamayacaktır. Doktrinde yerinde olarak, tanığın tanıklığına artık gerek kalmaması, tanığın tanıklık statüsünü kaybetmesi veya beyanda bulunma ya da yemin etme yeteneğini kaybetmiş olması gibi yeminin amacına ulaşamayacak olduğu durumlarda da disiplin hapsinin sona erdirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Disiplin hapsi sürecinde tanığın tanıklıktan veya sorulara cevap vermekten çekinme hakkını kazanmış olması veya daha önceki aksi yöndeki kabule rağmen tanığın çekinme hakkının bulunduğu tespit edilmiş olması halinde de disiplin hapsi kararı kaldırılmalıdır.¹³⁸ Tanığın aynı davada sonradan sanık sıfatını alması halinde tanıklık sıfatı sona ereceği ve sanık olarak susma hakkına sahip olacağı için bu durumda da disiplin hapsi uygulamasına son verilmelidir.¹³⁹

5. Disiplin Hapsi Tedbirinin Tekrarlanması Yasağı

Tanıklıktan veya yeminden kaçınan tanığı, tanıklığa veya yemine zorlamak amacıyla disiplin hapsi uygulandıktan sonra tekrar uygulanıp uygulanamayacağı konusu md. 60/3'te, "Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez." denilerek, oldukça karmaşık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, "Süreler(in) suçun türüne göre tümüyle uygulan"mış olması ve "o dava veya aynı işe ilişkin diğer dava" ile ne kastedildiği açık değildir. Bu nedenle madde metninin anlaşılması için kaynak Alman CMK'daki düzenleme ve doktrindeki görüşlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, madde metninde "tedbirlerden" bahsediliyorsa da burada söz konusu olan sadece disiplin hapsi tedbiridir. Çekinmeden doğan giderlere tekrardan hükmedilmesi md. 60/3 kapsamında değildir.¹⁴⁰

Sürenin tümüyle uygulanıp uygulanmadığı disiplin hapsi için öngörülen üç aylık süreye göre belirlenecektir. Buna göre, tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında toplamda üç aylık üst sınıra ulaşılmaya kadar birden fazla disiplin hapsine hükmedilebilecektir. Bu açıdan çekinmenin, savcı veya hakim önünde olması önemli değildir.¹⁴¹

¹³⁸ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 29.

¹³⁹ FEYZİOĞLU, s. 151.

¹⁴⁰ MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 4; KK-StPO/SLWIK, StPO § 70 Kn. 12.

¹⁴¹ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 29; MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 16.

Madde metninde geçen, “yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra” ibaresindeki “yukarıdaki süreler” ibaresi isabetli olmadığı gibi “suçun türü” de bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü bütün suçlar için tek bir süre öngörülmüş ve suç türüne göre farklı disiplin hapsi süreleri kabul edilmemiştir.¹⁴² Bu hata muhtemelen CMUK Tasarısında (md. 62)¹⁴³ cürümlere ve kabahatlere göre iki farklı disiplin hapsi süresinin öngörülmüş olması, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması üzerine CMK md. 60’da kabahatlere ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş, ancak bu hususun CMK md. 60/3’te gözden kaçırılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Doktrinde belirtildiği üzere doğru ifade, “yukarıdaki süre” şeklinde olmasıdır.¹⁴⁴

Disiplin hapsi tedbirinin tekrarı yasağı aynı dava ile ilgili kesin hükme kadar bütün mercileri ve aynı fiilin konusunu teşkil eden başka bir davayı kapsar. Bu nedenle aynı fiilden dolayı başka bir sanığa karşı yürütülen ceza muhakemesinde de tekrarlama yasağı söz konusu olur.¹⁴⁵ Disiplin hapsine ilişkin 3 aylık süre ilk derece yargılamasında tüketilmemişse, bir üst derece

¹⁴² ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 208.

¹⁴³ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı metni için bkz. ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 1087 vd. Tasarı md. 62: “Tanıklıktan ve yeminden nedensiz çekimne

Madde 62- Yasal bir neden olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere ve 46 ncı madde gereğince para cezasına hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilineceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir; kabahatlere ilişkin davalarda süre bir ayı geçemez.

Bu tedbirleri almaya naip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile hazırlık soruşturmasında sulh ceza hâkimi yetkilidir.

Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez.

Disiplin hapsi kararına itiraz edilebilir.”

¹⁴⁴ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 208. CMK’da kabahatlere ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak Kabahatler Kanunu tanıklık konusunda CMK’ya atıfta bulunmuştur. Kabahatler Kanunu md. 28 fık. 5 hükmü uyarınca, “Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır.” Bunun sonucu olarak kabahat nedeniyle uygulanan idari yaptırım kararına karşı yapılan başvurunun veya itirazın merci tarafından incelenmesi (md. 27, 28) sırasında dinlenmesi gereken tanık, tanıklıktan veya yeminden çekindiği takdirde üç aya kadar disiplin hapsine hükmedilebilecektir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere özgürlük kısıtlamasında Anayasa (md. 13) gereği ölçülülük ilkesi dikkate alınması gerektiği için kabahat nedeniyle tanıklıktan veya yeminden çekinen kişi hakkında üç aya kadar disiplin hapsi uygulanabilmesi ölçülü değildir. Nitekim kabahatlerin TCK’dan çıkarılmadan önceki halini esas alan CMUK Tasarısı md. 62/1’de kabahatlere ilişkin davalarda disiplin hapsi süresini bir ay ile sınırlamıştı.

¹⁴⁵ KK-StPO/SLAWIK, StPO § 70 Kn. 14; MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 16.

merciinde tekrar hükmedilmesine engel yoktur.¹⁴⁶

Sonuç olarak md. 60/3'te düzenlenmek isten husus, tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında aynı soruşturma ve kovuşturmada veya konusu aynı suçu oluşturan olan başka bir davada aynı tanık hakkında toplamda en fazla üç ay süre ile disiplin hapsine hükmedilebilmesidir. Söz konusu 3. fıkra hükmü, bu hususu belirtecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

6. Giderlere Hükmedecek ve Disiplin Hapsine Karar Verecek Mercii ve Usulü

Tanıklıktan veya yeminden kaçınan tanık hakkında giderlere hükmedilmesine ve disiplin hapsine mahkeme tarafından karar verilecektir. Ancak md. 60/2'de, "Bu tedbirleri almaya naip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi yetkilidir." denilerek, söz konusu tedbiri almaya sadece naip hakim, istinabe olunan mahkeme ve soruşturma evresinde sulh ceza hakimi yetkiliymiş gibi bir düzenleme yapılmıştır. Halbuki bu yetki öncelikle duruşmada tanığı dinleyecek olan mahkemeye aittir. Aslında 2. fıkra ile kastedilen, duruşmada tanığı dinleyecek olan mahkeme yanında sayılan bu mercilerin de yetkili olduğudur.¹⁴⁷

CMK'nın Üçüncü Kısım Birinci Bölüm altındaki tanıklığa ilişkin hükümler tanıkların mahkeme tarafından dinlenmesi esas alınarak düzenlenmiş, istinabe veya naip hakim tarafından tanık dinleme ile soruşturma evresinde tanık dinlemeye ilişkin ise ilgili maddelerde ayrıca bu hususları belirten düzenlemelere yer verilmiştir. Tanığın tanıklıktan veya yeminden yasal bir sebep olmaksızın çekinmesi halinde giderlere hükmetme ve disiplin hapsine karar verme konusunda esas yetki mahkemeye ait olduğu için md. 60/1'de bu hususa ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Md. 60/2'de bu tedbirlere mahkeme yanında sayılan mercilerin de karar verme yetkisi olduğu düzenlemek istenmiştir. Bu nedenle md. 60 fık.2'nin, "Bu tedbirleri almaya naip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi *de* yetkilidir." şeklinde olması gerekirdi.¹⁴⁸

¹⁴⁶ KK-StPO/ SLAWIK, StPO § 70 Kn. 14.

¹⁴⁷ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 208.

¹⁴⁸ Nitekim CMUK md. 63/4'te, "Bu tedbirleri almaya istinabe olunan hakim ve naip ile hazırlık tahkikatı sırasında sulh hakimleri *dahi* yetkilidir." denilerek bu husus belirtilmiştir. Kaynak Alman CMK § 70/III düzenlemesi de aynı yöndedir.

Naip hakim veya istinabe olunan hakim de çekinen tanık hakkında re'sen disiplin hapsine karar verebilir. Ancak bu karar geçici nitelikte olup, disiplin hapsi süresi esas mahkemesinin talebi doğrultusunda belirlenmelidir.¹⁴⁹

Md. 60/2'de, "Bu tedbirleri almaya soruşturma evresinde sulh ceza hakimi yetkilidir." denilerek, dolaylı olarak bu konuda Cumhuriyet savcısının yetkili olmadığı ifade edilmiştir. Kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucu doğurduğu için Cumhuriyet savcısına Anayasa gereği disiplin hapsine karar verme yetkisi verilmemiş olması yerindedir.¹⁵⁰ Nitekim kaynak Alman CMK'da (§ 161a/2) da soruşturma evresinde tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında disiplin hapsine hükmetme yetkisi savcıya değil hakime verilmiştir.

Haklı bir neden olmaksızın savcılıktaki dinleme sırasında çekinen tanık hakkında disiplin hapsine hükmedilmesi için Cumhuriyet savcısı sulh ceza hakiminden talepte bulunmalıdır.

Madde metnindeki "Bu tedbirleri almaya ... " ifadesi karşısında, haklı bir neden olmaksızın çekinen tanık hakkında çekinmenin neden olduğu masraflara hükmetme konusunda da Cumhuriyet savcısına yetki verilmediği anlaşılmaktadır.¹⁵¹ Ancak Cumhuriyet savcısına bu konuda yetki verilmemesinin haklı bir nedeni bulunmamaktadır. Şahin'in yerinde olarak ifade ettiği gibi, md. 60/2 düzenlemesi, md. 54/2 uyarınca tanığa yemin vermek zorunda olan Cumhuriyet savcısını yeminden kaçınan tanık karşısında çaresiz bırakmaktadır.¹⁵² Disiplin hapsi yetkisinin Anayasa gereği Cumhuriyet savcısına verilmemesi yerinde olmakla birlikte, çekinen tanığa çekinmenin neden olduğu masraflara hükmetme konusunda savcıya yetki verilmemesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Nitekim kaynak Alman CMK'da (§ 161a/2) haklı bir neden olmaksızın çekinen tanık hakkındaki giderlere savcı tarafından hükmedileceği açıkça belirtilmiştir. Kanaatimizce md. 60/2'deki naib hakim ve istinabe olunan mahkeme konusundaki düzenlemedeki eksiklik gibi, giderlere hükmetme konusunda Cumhuriyet savcısına yer verilmemiş olması da bilinçli bir tercih olmayıp bir unutkanlığın sonucudur.

¹⁴⁹ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 32.

¹⁵⁰ Doktrinde ŞAHİN (Gazi Şerhi, s. 208), Cumhuriyet savcısına tedbirlere hükmetme yetkisi verilmemesini eleştirmektedir.

¹⁵¹ CENTEL/ZAFER, s. 273.

¹⁵² ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 208.

Yasal bir neden olmaksızın çekinen tanık hakkında söz konusu kararlar verilmeden önce çekinmesinin haklı bir nedene dayanmadığı belirtilerek, çekinmesinin sonuçları hakkında kapsamlı ve anlayacağı bir şekilde tanığın bilgilendirilmesi ve bu konuda açıklamada bulunmasına imkan tanınması gerekir.¹⁵³

7. Disiplin Hapsine Karşı İtiraz Hakkı

Çekinme nedeniyle hükmedilen disiplin hapsi kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği md. 60/4'te açıkça belirtilmiştir. Md. 267/1'deki, "Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir." hükmü uyarınca disiplin hapsine mahkeme tarafından hükmedilmesi halinde itiraz edilebilecektir.

Kanunda, "Disiplin hapsi kararına karşı itiraz edilebilir." denmekle birlikte, kimlerin itiraz edebileceği belirtilmemiştir. Maddenin ifade ve düzenleniş şekli itibarıyla hakkında disiplin hapsine karar verilen tanığın itiraz hakkının kastedildiği söylenebilir. Çünkü disiplin hapsi ile özgürlüğü kısıtlanan ve itiraz yoluna başvurmada haklı bir menfaati bulunan kişi, tanıktır. Ancak kanun yoluna başvuru hakkına sahip olanlar md. 260'da Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve katılan olarak gösterilmiş, tanıktan bahsedilmemiştir. Md. 60'da sadece disiplin hapsi ile ilgili karara karşı itiraz hakkı verilmiş, tanıklıktan ve yeminden çekinen tanık hakkında verilen giderlere hükmetme kararına (md. 60/1) karşı tanığa itiraz hakkı verilmemiştir. Yine usulüne göre çağrılıp da mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık hakkında md. 44 uyarınca verilen zorla getirme ve gelmemesinin sebep olduğu giderlere hükmedilmesi kararına karşı da tanığa itiraz hakkı verilmemiştir. Tanıklara kendileri ile ilgili kararlara karşı itiraz hakkı veren CMUK md. 297/2 hükmü CMK md. 267'ye alınmamış ve bu konuda madde gerekçesinde bir açıklamaya da yer verilmemiştir. CMK'da bu yönde bir düzenleme bulunmasa da doktrinde tanıkların kendileri ile ilgili kararlara karşı itiraz hakkının bulunduğu belirtilmektedir.¹⁵⁴ Kaynak Alman CMK § 304/2'de ise tanıkların kendileri ile ilgili mahkeme ara kararlarına ve hakim işlemlerine karşı itiraz yoluna başvurabilecekleri açıkça hüküm altına alınmıştır.

¹⁵³ KK-StPO/GRIESBAUM, StPO § 161a Kn. 16; KK-StPO/SLAWIK, StPO § 70 Kn . 15; MEYER-GOSSNER, StPO § 70 Kn. 17.

¹⁵⁴ TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 432, CENTEL/ZAFER, s. 840; ŞAHİN/GÖK-TÜRK, II, s. 240. Ayrıca bkz. ÖZEN, s. 835.

Kanaatimizce tanığın özgürlüğüne, malvarlığına veya diğer haklarına müdahale teşkil eden savcı, hakim veya mahkeme kararlarına karşı açıkça itiraz hakkı veren bir düzenleme zaman geçirmeksizin yapılmalıdır. Düzenleme yapıncaya kadar da md. 60/4 hükmünün amacından hareketle disiplin hapsine karşı itirazın öncelikle tanığın hakkı olduğu kabul edilmelidir.

Md. 60/4'te sadece disiplin hapsine karşı itiraz hakkı tanınıp, giderlere hükmedilmesine karşı itiraz hakkının verilmemiş olması da yerinde değildir.¹⁵⁵ Diğer taraftan mahkumiyeti halinde yargılama giderleri sanığa yükleneceği için haksız yere çekinen tanık hakkında giderlere hükmedilmemesi halinde sanığa da başvuru hakkı verilmesi gerekir.

Kanun yoluna başvuru hakkı kapsamında Cumhuriyet savcısı, şüpheli ve sanığın itiraz hakkı bulunduğu söylenebilir de çekinen tanık hakkında verilen disiplin cezasına karşı itiraz için şüpheli veya sanığın haklı bir çıkarının olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Disiplin hapsi tanığın çekinmesini sona erdirmeyi amaçlayan bir tedbir olarak hakimın takdir yetkisindedir. Madde metninde şüpheli veya sanığa, hakimın bu konudaki takdir yetkisine müdahale hakkı verilmemiştir.¹⁵⁶

Cumhuriyet savcısının sulh ceza hakiminden talep ettiği disiplin hapsine hükmedilmesinin reddi kararına karşı itiraz yetkisi olduğu düşünülebilir. Ancak madde metninde, "Disiplin hapsi kararına itiraz edilebilir." dendiği için sadece hükmedilmiş olan disiplin hapsi kararına karşı itiraz mümkün görünmektedir. Bu nedenle Cumhuriyet savcısı tarafından disiplin hapsine hükmedilmesi talebinin sulh ceza hakimi tarafından reddi halinde savcının itiraz yetkisi olduğuna ilişkin bir dayanağı madde metninden çıkarmak pek mümkün görünmemektedir.¹⁵⁷

VI. Yemin İle Dinlenen Tanık Beyanı İle Yeminsiz Dinlenen Tanık Beyanı Arasında İspat Açısından Fark Olup Olmadığı Konusu

Tanığın yalan söylemesi önlenerek gerçeğe uygun bir beyanın elde edilmesi amacıyla tanıklar yemin ettirilmekle birlikte, CMK'da, yemin ile dinlenen tanık beyanının yeminsiz dinlenen tanık beyanından daha üstün bir

¹⁵⁵ Giderlere hükmedilmesine karşı itiraz edilebileceği konusunda bkz. SOYASLAN, s. 455.

¹⁵⁶ SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO § 70 Kn. 37.

¹⁵⁷ Cumhuriyet savcısının lehe kanun yoluna başvurusu md. 260/3 uyarınca sadece sanık lehine olan hallerde kabul edilmiştir. Mahkemece tanık hakkında hükmedilen disiplin hapsine karşı Cumhuriyet savcısının itiraz yoluna başvurusu da mümkün görünmemektedir.

ispat gücüne sahip olduğu ya da hakimi bağlama bakımından daha üstün olduğu hususunda bir düzenleme yapılmamıştır. Günümüz ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen ve CMK md. 217/1’de ifadesini bulan delillerin değerlendirilmesinde serbestlik ilkesi¹⁵⁸ uyarınca hakim, yemin ile dinlenen tanık beyanına göre yeminsiz dinlenen tanık beyanını daha inandırıcı bularak kararını bu beyana dayandırabilir.¹⁵⁹ Ancak soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar (md. 50/1-c) ile tanıklıktan çekinme hakkı olup (md. 45) da bunu kullanmayan yeminsiz dinlenen tanıkların beyanlarının doğruluğuna diğer tanık beyanlarına göre daha bir şüphe ile yaklaşılması gerekir.¹⁶⁰ Bu kişilerin beyanlarına şüphe ile bakılmasının nedeni yeminsiz dinlenmiş olmaları değil, soruşturma ve kovuşturma konusu suç veya kişi ile olan bağlantıları nedeniyledir. Yine soruşturulması veya kovuşturulması yapılan suçtan zarar gören veya mağdur olarak uyuşmazlığın tarafı olanların beyanlarının doğruluğu da muhakemenin tarafı olmayan tanıklara göre daha bir şüphe ile karşılanmalıdır.

Diğer taraftan tanığın yemin edip etmemesi yalan tanıklık suçunun oluşmasına (TCK md. 272) da bir etkisi yoktur. Çünkü tanık, yeminsiz dinlenmiş olsa da doğruyu söylemekle yükümlüdür.¹⁶¹ CMK md. 50 uyarınca tanığa yemin verilmemiş olması veya md. 51 uyarınca tanığın yeminden çekinmiş olması yalan tanıklık suçunun oluşumuna engel teşkil etmez.¹⁶² TCK md. 273’te kişinin, tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması halinde hakkında cezada indirim yapılabilmesi veya ceza vermektен vazgeçilebileceğine ilişkin düzenleme de bu hususu teyit etmektedir. Eğer tanık, yemin ettirerek tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde dinlenirken yalan beyanda bulunursa, yalan tanıklık suçunun nitelikli hali (TCK md. 272/2) oluşacaktır. Ancak yalan tanıklık suçunun TCK md. 272/2’deki cezada artırım yapılmasını gerektiren

¹⁵⁸ Alman CMK § 261’e göre mahkeme, duruşmada ikame edilen delillerin sonuçları hakkında, serbest ve duruşmanın tamamından oluşan kanaatine göre karar verir.

¹⁵⁹ KK-StPO/SLAWIK, StPO § 60 Kn. 1. Doktrinde bazı yazarlar yemin ile dinlenen tanık beyanının, yeminsiz dinlenen tanık beyanına göre daha fazla ispat gücü olduğunu ileri sürmektedirler: Bkz. ÖZEN, s. 331.

¹⁶⁰ Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. GÖKTÜRK, s. 373 vd.

¹⁶¹ GÖKTÜRK, s. 372.

¹⁶² ÖZTÜRK (Editör), s. 320; GÖKTÜRK, s. 371.

nitelikli hali için tanığın yemin etmiş olması gerekli olmayıp, tanığı dinleyen kişi veya kurulun yemin ettirme yetkisinin bulunması gerekmektedir.¹⁶³

Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir davada yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanığın hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine gerçek dışı tanıklıkta bulunmuş olması hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir (md. 311/1-b). Md. 311/1-b'deki düzenlemeye göre, yargılamanın yenilenmesi için tanığın yemin verilerek dinlenmiş olması gerekmektedir. Yeminsiz dinlenen tanığın da hükmü etkileyecek şekilde gerçek dışı beyanda bulunması mümkündür ve bu durumda yalan tanıklık suçu oluşabilir.¹⁶⁴ Md. 311/1-b hükmü ile yargılamanın yenilenmesi açısından yemin verilerek dinlenen tanık beyanı, yeminsiz dinlenen tanık beyanına göre – dolaylı olarak - daha üstün bir ispat aracı olarak kabul edilmektedir. Yeminsiz olarak gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu için yalan tanıklık suçundan mahkum olan tanığın beyanının niçin yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmeyeceği doğrusu açıklanması zor bir durumdur. İsaletli olmayan bu düzenleme doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁶⁵

VII. Sonuç ve Değerlendirme

Ceza muhakemesinde tanıklara yemin verilmesi zorunluluğu ve istisnalarına ilişkin CMK'daki hükümlerin doktrin ve uygulama ışığında değerlendirilmesine ilişkin tespit ve önerilerimizi şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) Ceza muhakemesinde kural olarak tanıklar dinlenmeden önce yemin etmek zorundadır. Yemin verilmesi gereken tanığın yeminsiz dinlenilmesi ve beyanın sanığın mahkumiyetinde kullanılması hukuka aykırı olup, hükmün bozulması sebebi oluşturmaktadır.

2) Kanunda tanığın tanımı yapılmamakla birlikte doktrinde ve mahkeme kararlarında tanık, kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza muhakemesinde, olayla ilgili algıladıkları hakkında bilgi veren kişi olarak tanımlanmaktadır. Bir soruşturma veya kovuşturmada suça fail, azmettiren veya yardım eden

¹⁶³ ÜNVER, s. 215; İNCE TUNCER, s. 157; GÖKTÜRK, s. 371, 378, 379. Bu konuda farklı görüşler için bkz. GÖKTÜRK, s. 379 dipnot 105. Alman hukukunda ise yemin altında gerçeğe aykırı beyanda bulunulması yalan tanıklık suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır: bkz. GÖKTÜRK, s. 377, dipnot 99.

¹⁶⁴ GÖKTÜRK, s. 408.

¹⁶⁵ Bkz. CENTEL/ZAHER, s. 906; ŞAHİN/GÖKTÜRK, II, s. 309; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 951. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.799.

olarak katıldığı iddia edilen şüpheli veya sanığın, aynı soruşturma veya kovuşturmada kendisine tanıklık sıfatı atfedilmesi ve tanık olarak dinlenmesi ceza muhakemesinin temel ilkelerine uygun değildir. Tanık ile şüpheli veya sanığın hukuki statüleri farklı ve buna bağlı olarak da yükümlülük ve hakları da farklı olduğu için aynı soruşturma veya kovuşturmada her iki sıfatın aynı kişiye yüklenmesi mümkün görünmemektedir. Hakkında suçlama yapılmış kişinin (Beschuldigter, sanık) kendisine karşı yürütülen bir ceza muhakemesinde tanık olamaması Alman ceza muhakemesinin temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Suça iştirak eden sanığın diğer suç ortağı sanıklar hakkında tanık olarak dinlenmesi kabul edilmemektedir. Bir davada ilgili kişi ya sanık olarak ya da tanık olarak rol alabilir. Bu kişinin duruşma boyunca bazen sanık, bazen de tanık olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

3) CMK md. 50/1-c'deki, "Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık" olanların tanık olarak dinlenmesine ilişkin düzenleme, ceza muhakemesindeki tanıklık kurumu ve CMK'daki şüpheli ve sanık kavramları ile bağdaşmamaktadır. Bu kişilerin yemin verilmeden tanık olarak dinlenmesi ve kendilerinin de suçlanması sonucunu doğurabilecek sorulara md. 48 uyarınca cevap vermekten çekinebilmesi şüpheli veya sanığın hak ve yükümlülükleri açısından ortaya çıkabilecek çelişkileri ortadan kaldırmamaktadır. Madde md. 50/1-c hükmü şüpheli veya sanığın tanıklığına ilişkin yönü bakımından kaldırılmalıdır.

4) Md. 51 hükmü ile md. 45/1'de sayılan şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan yakınları bu haklarını kullanmayıp tanıklık yapmak istemeleri halinde kendilerine yeminden çekinme hakkı verilmiştir. Bu düzenleme ile tanığın karar verme özgürlüğü güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

5) CMK sisteminde tanıkların yemin etmesi kural (md. 53, 54), yeminsiz dinlenmesi istisna (md. 50, 51) olduğu için mercinin tanığa yemin verip vermeme konusundaki kararının gerekçeli olması gerekir. Madde metninde "yemin verip vermemek hakim veya mahkemenin takdirine bağlıdır" demekle birlikte bu takdir yetkisinin ölçütüne ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Md. 51'de "hakim veya mahkeme"ye tanınan takdir yetkisinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Madde metnindeki çelişkileri ortadan kaldırmak ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları gidermek açısından md. 51'in mercie takdir yetkisi vermeden, yeminden çekinme hakkı olarak yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

6) Md. 51/1, cümle 1’de, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup çekinmeyenlere “yemin verip vermemek hâkim veya mahkemenin takdirine bağlıdır” denilerek, yetkili merciin hakim veya mahkeme odluğu ifade edilmiştir. Madde metninde sadece “hakim veya mahkemeden” bahsedilmesi, tanıklıktan çekinme hakkı olanların Cumhuriyet savcısı tarafından dinlemesi sırasında yeminden çekinme haklarının olup olmadığı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Kanaatimizce tanıklıktan çekinmeyen tanıkları yeminli veya yeminsiz olarak dinlemek konusunda Cumhuriyet savcısının da takdir yetkisi vardır. Madde metninde Cumhuriyet savcısından bahsedilmemiş olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihindendir ziyade bir unutmadan kaynaklanmış olsa gerektir.

7) Md. 60’a göre, yasal bir neden olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilecektir. Ayrıca tanıklığa ve yemine zorlamak için tanık hakkında üç aya kadar disiplin hapsine karar verilebilecektir. Kanun, tanıklık görevinin ülkemizde zahmetli bir iş olduğunu da dikkate alarak, tanıklıktan veya yeminden çekinmenin yaptırımı olarak çekinmenin sebep olduğu masraflara hükmedilmesini yeterli bulmuş ve çekinme nedeniyle ayrıca cezalandırma niteliğinde bir para cezasını öngörmemiş olması yerinde bir düzenlemedir.

8) Tanıklıktan ve yeminden çekinmenin yasal bir nedene dayanmadığının kabulü için çekinmenin kusurlu olması gerekir. Bu nedenle ceza sorumluluğu olmayan çocuk (TCK md. 31/1) tanıklar ile akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği olmayan (md. 32/1) tanıklar hakkında çekinme nedeniyle giderlere ve disiplin hapsine karar verilmemesi gerekir. Yine kendilerine ve yakınlarına yönelik bir tehlike halinde gerekli tedbirler alınmadığı için beyanda bulunmayan veya yemin etmeyen tanığın çekinmesi de yasal bir sebebe dayanan çekinme olarak kabul edilebilir.

9) Tanıklıktan veya yeminden kaçınan tanığı, buna zorlamak amacıyla disiplin hapsi uygulandıktan sonra tekrar uygulanıp uygulanamayacağı konusu, md. 60/3’te oldukça karmaşık bir şekilde düzenlenmiştir. Madde metninde düzenlenmek isten husus, tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında aynı soruşturma veya kovuşturmada ya da konusu aynı suç oluşturulan başka bir davada aynı tanık hakkında toplamda en fazla üç ay süre ile disiplin hapsine hükmedilebilecek olmasıdır. Söz konusu 3. fıkra hükmü, bu hususu ifade edecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

10) Md. 60/2’de, “Bu tedbirleri almaya naip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi yetkilidir.” denilerek,

tanıklıktan veya yeminden kaçınan tanık hakkında giderlere ve disiplin hapsine karar vermeye sadece naiip hakim, istinabe olunan mahkeme ve soruşturma evresinde sulh ceza hakimi yetkiliymiş gibi bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükmün amacı, duruşmada tanığı dinleyecek olan mahkeme yanında sayılan bu mercilerin de yetkili olduğunu göstermektir. Md. 60/2'nin, "Bu tedbirleri almaya naiip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi *de* yetkilidir." şeklinde olması gerekirdi. Diğer taraftan haklı bir neden olmaksızın çekinen tanık hakkında çekinmenin neden olduğu masraflara hükmetme konusunda Cumhuriyet savcısına yetki verilmemesinin haklı bir nedeni bulunmamaktadır.

11) Kanunda, "Disiplin hapsi kararına karşı itiraz edilebilir." demekle birlikte, kimlerin itiraz edebileceği belirtilmemiştir. Md. 60/4'te sadece disiplin hapsine karşı itiraz hakkı tanınıp, giderlere hükmedilmesine karşı itiraz hakkının verilmemiş olması yerinde değildir. Tanığın özgürlüğüne, malvarlığına veya diğer haklarına müdahale teşkil eden savcı, hakim veya mahkeme kararlarına karşı açıkça itiraz hakkı veren bir düzenleme zaman geçirmeksizin yapılmalıdır.

12) CMK'daki tanık dinleme ile ilgili Cumhuriyet savcısının yetkilerine ilişkin düzenlemeler sorunludur. Tanıkların çağırılması, yemini ve dinlenmesine ilişkin her maddeye Cumhuriyet savcısının yetkisine ilişkin hükümler koymak yerine Alman CMK'daki gibi tanıklığa ilişkin kanundaki hükümlerin Cumhuriyet savcısı tarafından tanık dinlemede de uygulanacağı, ancak disiplin hapsine hükmetme konusunda sulh ceza hakimine başvurulması gerekeceğiyle ilişkin bir düzenleme isabetli olacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ARSLAN, Mehmet: "Sanığın İddia Tanığının Sınama Hakkı – Özellikle Tehlike Altındaki Gizli Tanık Meselesi", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan**, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 813-860.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **6. Madde Rehberi, Adil Yargılanma Hakkı**

(**Ceza Hukuku Yönü**), 2014, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf (Erişim Tarihi, 08.07.2020)

BİRTEK, Fatih: **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Ankara 2015.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018.

DEMİRBAŞ, Timur: **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, İzmir 1996.

GÜNGÖR, Devrim: “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl 2015, s. 307-317

EREM, Faruk: **Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 1986.

ERKAN, Vehbi Umut/YÜCER, İpek: “Ayırt Etme Gücü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, 60 (3) 2011, s. 485-522.

FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996

GÖKÇEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2020.

GÖKTÜRK, Neslihan: “Yalan Tanıklık Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, Yıl. 2016, Sayı: 1, s. 363-364.

GRIESBAUM, Rainer, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019 (Atıf: KK-StPO/GRIESBAUM, StPO §)

KÜHNE, Hans-Heiner: **Strafprozessrecht**, 8. Bası, Heidelberg, Münih 2010.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2006.

IGNOR, Alexander/BERTHEAU, Camilla in: **LÖWE/ROSENBERG StPO, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Cilt II: §§ 48-93**, 27. Bası, 2017.

İNCE TUNCER, Asuman: **Yalan Tanıklık Suçu**, Ankara 2020.

- MEYER-GOSSNER, Lutz: **Strafprozessordnung StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen**, 56. Bası, 2013.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Ankara 2019.
- ÖZEN, Mustafa: **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Ankara 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet: “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukukî Sonuçları”, **Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1995, Cilt 19, Sayı 1-3, s. 129 - 142.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Esfer/ALTINOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Ankara 2019 (Atıf: ÖZTÜRK, Editör).
- ROGALL, Klaus in: **Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Cilt I**, 4. Bası 2013 (Atıf: SK-StPO/ROGALL, Cilt I, StPO §).
- ROGALL, Klaus in: **Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Cilt II**, 5. Bası 2016 (Atıf: SK-StPO/ROGALL, Cilt II, StPO §).
- ROXIN, Klaus/SCHÜNEMANN, Bernd: **Strafverfahrensrecht**, 27. Bası, Münih 2012.
- SLAWIK, Sabine in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019 (Atıf: KK-StPO/SLAWIK, StPO, §).
- SOYASLAN, Doğan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 2016.
- ŞAHİN, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005 (Atıf: ŞAHİN, Gazi Şerhi).
- ŞAHİN, Cumhur: **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara 1994: (Atıf: ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması).
- ŞAHİN, Cumhur: **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)**, Ankara 2001 (Atıf: Ceza Muhakemesinde İspat).

- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt I**, 10. Bası, Ankara 2019 (Atıf: ŞAHİN/GÖKTÜRK, I).
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt II**, 10. Bası, Ankara 2020 (Atıf: ŞAHİN/GÖKTÜRK, II).
- TANER, Fahri Gökçen: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, Ankara 2019.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM/Mustafa Ruhan, ÖNOK/R. Murat: **Ceza Özel Hukuku**, 17. Bası, Ankara 2019.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, Ankara 2018.
- TOSUN, Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1**, Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul 1984.
- TURHAN, Faruk: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006.
- TURHAN, Faruk: **Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması**, Ankara 2009.
- TÜRK HUKUK LÜGATI**, 3. Bası, Ankara 1991.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Ankara 2019.
- ÜNVER, Yener: **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma**, 5. Baskı, İstanbul 2019.
- YAŞAR, Osman: **Açıklamalı – İctihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt 1**, Ankara 1998.
- YENİSEY, Feridun: **Hazırlık Soruşturması ve Polis**, İstanbul 1993
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Ankara 2019.
- YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih: **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu/ Strafprozessordnung (StPO)**, 2. Bası, İstanbul 2015.
- YURTCAN, Erdener: **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12. Bası, İstanbul 2007.

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ İTİRAZI (CMK m.308/A)

Seydi KAYMAZ*

ÖZ

5271 sayılı CMK'nın ilk halinde yer almayan bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı, 20.7.2017 tarihinde kabul edilen 7035 sayılı Kanun ile CMK'na 308/A maddesi olarak ilave edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, bölge adliye mahkemelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı yine ilgili daireye itiraz edilmesi öngörülmüştü. 17.10.2019 tarihinde kabul edilen 7188 sayılı Kanun ile CMK'nın 308/A maddesinde yapılan değişiklikle, madde günümüzdeki halini almıştır. CMK'nın 308/A maddesine göre, kararına itiraz edilen daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceleyecek, itirazı yerinde görürse kararını düzeltecek, aksi halde itirazı incelemek üzere dosyayı ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderecektir. Sanığın aleyhine itiraz için otuz günlük bir süre kabul edilmekle beraber, sanık lehine itiraz bakımından azami bir süre öngörülmemiştir. CMK'nın 308/A maddesinde düzenlenen bölge adliye mahkemesi ceza dairesi başkanlar kurulunun oluşumu sorunlu olduğu gibi, ceza daireleri başkanlar kurulunun çalışma usul ve esaslarının belirlendiği HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih ve 2019/410 sayılı kararı da isabetsiz ve hukuka aykırıdır. Bu çalışmada, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı çeşitli yönleriyle etraflı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, olağanüstü kanun yolu, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu

OBJECTION OF THE CHIEF PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF REGIONAL COURT OF JUSTICE (Code of Criminal Procedure Clause 308/A)

ABSTRACT

Objection of the Chief Public Prosecutor's Office of the regional court of justice, which is not written in the original version of the Code of Criminal Procedure no. 5271, was added into the Code of Criminal Procedure as clause 308/A in accordance

* **Doç.Dr.**, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi **e-posta:** seydikaymaz@gmail.com

ORCID ID: 0000-0003-0427-9814

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813018

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 03/10/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/10/2020

with the Law no. 7035 adopted on 20.7.2017. According to this regulation, it was provided that objection would be made to the relevant department against final decisions of the regional courts of justice. The clause reached its current version with the amendment made in clause 308/A of the Code of Criminal Procedure no. 7188 adopted on 17.10.2019. According to clause 308/A of the Code of Criminal Procedure, the department whose verdict is objected will review the objection within the shortest period of time possible, correct its verdict if it sees the objection fit, or send the file to the board of presidents of criminal chambers to assess the objection. Although a period of 30 days is accepted for objection against the defendant, no maximum period is provided in case of objection in favour of the defendant. As establishment of the board of presidents of criminal chambers regulated in clause 308/A of the Code of Criminal Procedure is problematic, verdict of the General Board of Council of Judges and Prosecutors of 12.12.2019 no. 2019/410, where working principals and procedures of board of presidents of criminal chambers is also inappropriate and unlawful. In this study, the objection of the prosecutor's office of the regional court of justice was tried to be explained in detail and with various aspects.

Keywords: *Appeal, extraordinary remedy, objection of the chief public prosecutor's office of regional court of justice, board of presidents of criminal chambers of the regional court of justice*

I. GİRİŞ

Mahkeme kararlarında her zaman hukuka aykırılık bulunabilir. Mahkeme hüküm vermekle işten elini çeker; vermiş olduğu kararda bir hukuka aykırılık bulunduğunu tespit etse bile kararını düzeltemez. Bunu başka bir yargılama makamı yapmalıdır. Mahkeme kararlarındaki hataların ve hukuka aykırılıkların giderilmesi için bazı hukuksal yolların kabul edilmesi gerekir. İşte bu amaçla kabul edilen hukuksal yollara, hukuksal çareler veya kanun yolları denilmektedir.¹

¹ YENİSEY, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu*, İstanbul 1979, s. 49-51. ERSOY, Uğur, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtirazı", *Ceza Hukuku Dergisi*, C.10, Sa.29, (Aralık 2015), s. 68 vd.

Bir başka tanıma göre, kanun yolu, bir hâkim veya mahkeme kararının, bu karardan mağdur olan kimsenin başvurması üzerine kural olarak kesinleşmesini önleyen ve daha yüksek bir yargı merciinde yeniden incelenmesini sağlayan bir yasal imkan ve bir yoldur. YÜCE, Turhan Tufan, *Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları*, Ankara 1967, s. 7.

İlk derece mahkemesinin kararı isabetsiz ve hukuka aykırı olabileceği gibi, kanun yolu denetimi yapan makamların kararları da isabetsiz ve hukuka aykırı olabilir. İsabetsiz ve hukuka aykırı olduğu düşünülen kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu varsa, kanun yoluna başvurularak karardaki hata ve hukuka aykırılıkların giderilmesi mümkündür. Bu bağlamda, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin vermiş olduğu kararın hukuka aykırı olduğunu düşünen taraflar veya C.Savcısı, eğer karar CMK'nın 286/2. maddesinde gösterilen temyizi mümkün olmayan kararlar kapsamında değilse temyiz kanun yoluna başvurabilirler.

Eğer bölge adliye mahkemesinin kararı kesin nitelikte ise ne yapılmalıdır? 5271 sayılı CMK'na esin kaynağı olduğunu düşündüğümüz Alman Ceza Muhakemesi Kanununda bölge adliye mahkemesinin kesin nitelikteki kararlarına karşı başvurulacak bir kanun yolu mevcut değildir. 5271 sayılı CMK'nın ilk halinde, bölge Adliye mahkemesince verilen kesin nitelikteki kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu öngörülmemiştir. Ancak, bölge adliye mahkemelerinin bir yıllık uygulaması, bu mahkemelerin kesin nitelikteki kararlarına karşı bir kanun yolu kabul edilmesinin ihtiyaç olduğunu ortaya koymuştur. 7035 sayılı Kanun ile CMK'na eklenen 308/A maddesi ile bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı ilgili daireye itiraz edilmesi imkanı getirilmiş; 7188 sayılı Kanun ile CMK'nın 308/A maddesinde yapılan değişiklikle, ilgili daire tarafından yerinde bulunmayan itirazların ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından incelenmesi kabul edilmiştir.

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ C.BAŞSAVCILIĞI İTİRAZININ AMACI VE GEREKLİ OLUP OLMADIĞI

A. AMACI

Diğer kanun yollarında olduğu gibi bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı itirazında amaç, mahkemelerin vermiş olduğu kararların isabetli ve hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesidir. Böylece diğer kanun yolları gibi, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet edecektir. Amacı aynı olmakla birlikte, aşağıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı çeşitli açılardan diğer kanun yollarından farklılıklar arz etmektedir.

B. GEREKLİ OLUP OLMADIĞI

Kamu düzeninin korunması ihtiyacı ve kamu yararı, her uyuşmazlığın bir aşamada sonuçlanmasını ve tekrar yargılama konusu yapılmamasını gerektirir.

Kesin hüküm, doğruluğu hukuken kabul edilen ve artık tartışılmayan bir mahkeme kararıdır.² Bir uyuşmazlık ilânihiye devam edemez. Hukuk güvenliği ancak kesin hüküm ile sağlanabilir.³ Kesin hükme saygı gösterilmemesi, cezanın caydırıcılığı fonksiyonunu olumsuz etkileyecektir. O nedenle, yabancı bir mahkeme kararında da ifade edildiği üzere; kanun yoluna başvuru süreci, hiç kapanmayan ve ilgililerin istediği zaman gelip geçebileceği dönel bir kapıya dönüşmemelidir.⁴ Bu açıklamalardan, kesin hüküm otoritesinin, kanun yoluna başvuru hakkını sınırlayıcı bir işlev gördüğü de anlaşılmaktadır.⁵ Belirtmek gerekir ki, kesin hüküm kavramı, hatalı kararın mevcudiyetinin sebebi değildir; gereksiz ve başarı şansı olmayan kanun yolu başvurularını engelleyici kurumsal bir kültür yaratma işlevi görmektedir.⁶

Öte yandan, hükmün kesin olması onun kusursuz olduğu anlamına gelmez; kesin kararlarda da hata olma ihtimali her zaman mevcuttur. Hukuk barışının ve hukuki güvenliğin sağlanması ne kadar önemli ise, hukuka olan güvenin sağlanması da en az bu kadar önemlidir. Temelleri olmayan bir hüküm hukuk düzeni tarafından kabul edilemez.⁷

CMK'nın ilk halinde bölge adliye mahkemelerinin kesin kararlarına karşı başvurulabilecek bir kanun yolu öngörülmemiştir. Ağır bir iş yükü altında bulunan bölge adliye mahkemelerinin verdikleri kararlarda hataların bulunması beklenebilir bir durum idi. Kararı veren bölge adliye mahkemesi tarafından sonradan fark edilse bile işten el çektiği için bölge adliye mahkemesi, kararını düzeltme imkânından yoksundu.

Bölge adliye mahkemesi C.Savcılarını da, hukuka aykırı olduğunu fark etmelerine rağmen kararlardaki hukuka aykırılıkları gidermek için başvurabilecekleri bir kanun yolu veya başkaca bir hukuksal çareden yoksun idiler. Bu dönemde C.Savcılarını, hatalı olduğunu tespit ettikleri kesin nitelikteki

² YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 937

³ EREM, Faruk, "Ceza Usulünde Kesin Hüküm" AÜHFD, C.20, Sa.1, (1963), s. 38.

⁴ Ontario (Kanada) İstinaf Mahkemesinin, davanın yeniden görülmesi talebinin reddine ilişkin 1997 tarihinde verdiği bir kararın gerekçesi. SAGUIL, Paul Jonathan, Improving Wrongful Conviction Review: Lessons from a Comparative Analysis of Continental Criminal Procedure (August 2007). Alberta Law Review, Vol. 45, (2007), s.122. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1724322> .Erişim Tarihi: 4.9.2020).

⁵ SAGUIL, s.122.

⁶ SAGUIL,s. 123.

⁷ YENİSEY/NUHOĞLU,s.937.

kararlara görüldü şerhi düşerken, ilgili kararın hangi sebeple hatalı olduğuna dair görüşlerini yazmakla yetinmekteydiler. Hukuka aykırı olduğu anlaşılan bir kararın hukuksal değer ifade etmesi ve karardaki hukuka aykırılıkların düzeltilmesi olanağının bulunmaması, gerek davanın tarafları gerekse bölge adliye mahkemeleri bakımından bir rahatsızlık kaynağıydı.⁸ O nedenle, özellikle de uygulayıcıların talebi üzerine, 2017 yılında kabul edilen 7035 sayılı Kanun ile bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itiraz yoluna başvurulmasını öngören 308/A maddesi CMK'na ilave edildi.7035 sayılı Kanun ile CMK'na eklenen 308/A maddesinde, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kesin nitelikteki kararlarına karşı ilgili ceza dairesine başvurulması ve itirazın ilgili daire tarafından karara bağlanması öngörülmüştü. 7188 sayılı Kanun ile CMK'nın 308/A maddesinde yapılan değişiklikle, ilgili daire tarafından yerinde görülmeyen itirazların 7188 sayılı kanun ile kurulan ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından incelenmesi öngörülmüştür. Bir yandan kesin hükmün otoritesinin korunması ihtiyacı, öte yandan hükümdeki hukuka aykırılıkların düzeltilmesi ihtiyacından *“birinin tamamen gözardı edilmesi mümkün olmadığından kanun koyucu maddi temelleri sarsılmış kesin hükümden fedakarlık yapmak zorunda kalmış”*⁹ ve kesin nitelikteki kararlara karşı itiraz yoluna başvurulmasını kabul etmiştir. Kesin hükmün dokunulmazlığını ortadan kaldırdığı için, kesin nitelikteki hükümlere karşı kanun yoluna başvuru koşullarının olağan kanun yollarına göre daha sıkı belirlenmesi ve böylece bir dengenin sağlanmasına dikkat edilmesi gerekir.

Dünya'da, özellikle, kesin nitelikteki haksız mahkûmiyet kararlarının ortadan kaldırılması için çeşitli mekanizmaların kabul edilmesi yönünde bir eğilimin olduğu görülmektedir. Örneğin, maddi mesele konusunda jürinin karar verdiği Anglosakson hukuk sistemine sahip olup, kesin hükme karşı başvurulacak bir kanun yoluna sahip bulunmayan ülkelerde dahi, hatalı olduğu anlaşılan mahkûmiyet kararlarının¹⁰ düzeltilmesi veya ortadan kaldırılmasına yönelik mekanizmaların oluşturulduğu gözlenmektedir.¹¹ Kısaca belirtmek

⁸ Hakimler ne kadar dikkatli olursu olsun hatalı kararlar verebilirler. Bölge adliye mahkemelerindeki dosya sayısının çokluğu ve dosya başına düşen inceleme süresi dikkate alındığında bu ihtimal daha da artmaktadır.

⁹ CGK, 11.03.2014, 2012/3-909 E, 2014/121 K.

¹⁰ Anglosakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde, savcının beraat kararlarına karşı kanun yoluna başvurulması mümkün değildir.

¹¹ 2002 yılında Kanada Ceza Kanununda yapılan değişiklikle, haksız mahkûmiyet kararlarına karşı adalet bakanına başvurulabilmesi kabul edilmiştir. İngiltere'de 1997 yılında kabul

edilen bir kanun ile haksız mahkûmiyet kararlarına ilişkin başvuruları değerlendirmek üzere bağımsız bir kurul oluşturulmuştur. Yeni Zelanda’da yapılan yasal bir düzenlemeyle İngiltere’dekine benzer bir kurul oluşturulmuş olup Temmuz 2020 tarihi itibarıyla faaliyete başlamıştır. (<https://www.justice.govt.nz/justice-sector-policy/key-initiatives/criminal-cases-review-commission/>. Erişim Tarihi: 2.9.2020) Kanada’da kesinleşen ve haksız olduğu iddia edilen mahkûmiyet kararlarına karşı yeniden yargılanma taleplerinin yerinde olup olmadığına karar verme yetkisi adalet bakanına aittir. Adalet bakanının olağanüstü nitelikteki yetkisine ilişkin düzenlemeler Kanada Ceza Kanunu’nun 696.1-6 maddelerinde yapılmıştır. Kanada Ceza Kanunu’nun 696/3. maddesine göre; eğer adalet bakanı adil bir karar verilmediğine ilişkin makul nedenlerin bulunduğu sonucuna ulaşırsa; uygun göreceği herhangi bir mahkeme veya bir istinaf mahkemesine yazılı olarak başvurarak davanın yeniden görülmesini talep eder. Adil olmayan bir karar verildiğine dair bir kanaate ulaşmayan adalet bakanı yeniden yargılama talebini reddeder. Bu karara karşı başvurulabilecek herhangi bir kanun yolu yoktur.(Kanada Ceza Kanunu m.696.4) Adalet bakanı yeniden yargılama konusunda bir karar verirken, Kanada Ceza Kanunu’nun 696/3-6. maddesine göre yapılan başvurunun olağan nitelikteki ilave bir kanun yolu veya hukuksal çare olmayıp, olağanüstü bir hukuksal çare olduğunu gözetmek zorundadır. (ANDERSON, Andrea S, “Wrongful Convictions and the Avenues of Redress: The Post-Conviction Review Process in Canada”, **Appeal: Review of Current Law and Law Reform**, Volume.20, (2015), s.9. <https://journals.uvic.ca/index.php/appeal/issue/view/785>. Erişim Tarihi: 2.9.2020. ROACH, Kent, Wrongful Convictions in Canada, **University of Cincinnati Law Review**, Volume.80, (2012), s.1497; Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1887889>. Ayrıca Kanada Ceza Kanunu’nun 696.1-6 maddesi için bkz.<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/>. Erişim Tarihi:1.9.2020)

İngiltere’de, 1997 yılında kabul edilen bir kanun ile haksız mahkûmiyet kararlarına ilişkin başvuruları incelemek üzere, Ceza Davalarını Değerlendirme Komisyonu (*Criminal Cases Review Commission*) kurulmuştur. Ceza Davalarını Değerlendirme Komisyonu, mahkemelerin vermiş olduğu mahkûmiyet kararların haksız olup olmadığını araştıran ve haksız bir karar verildiğine dair bir kanaatin oluşması halinde davanın yeniden görülmesi için istinaf mahkemesine gönderme yetkisi bulunan bağımsız bir kuruldur. Komisyon, gerek sübut konusunda gerekse haksız olarak ağır bir cezaya hükümlenmesi nedeniyle davanın yeniden görülmesi hususunda karar verebilir. (GRIFFIN, Lissa, “Correcting Injustice: Studying How the United Kingdom and the United States Review Claims of Innocence”, **41 U. Tol. L. Rev.** 107 (2009), s. 108 vd.<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/653/>. Erişim Tarihi:1.9.2020). Söz konusu Komisyon ve faaliyetleri hakkında özet bilgi için Komisyonun resmi internet sitesine bakınız. <https://ccrc.gov.uk/>)

1997 tarihinden Temmuz 2020 yılına kadar Kurula 26.535 başvuru yapılmış, 676 davanın yeniden görülmesine karar verilmiş; bunlardan 455 tanesinden yeni bir hüküm kurulmuş, 208 adedinde yeni bir hüküm verilmesi talebi yerinde görülmemiştir. (<https://ccrc.gov.uk/>. Erişim Tarihi: 1.9.2020)

İngiltere’nin aksine ABD’de yeniden yargılanma taleplerini değerlendiren bağımsız bir kurul mevcut değildir. Bu da eleştirilere neden olmaktadır. ABD’de, sanık, suçsuzluğunu gösteren yeni delillere dayalı olarak yeniden yargılanma talebinde bulunabilir. Ancak İngiltere’den farklı olarak bu başvuru daha önce mahkûmiyet kararı veren mahkemeye yapılmalıdır. Ayrıca, çeşitli usul zorlukları yanında yeni delillerin ispat değerine ilişkin yüksek standartlar aranmaktadır. Yeniden yargılanma talebinin duruşma yapılmaksızın reddedilmesi de mümkündür. (GRIFFIN, s. 134)

Kıta Avrupası’nda Almanya ve Fransa’da, farklı usul ve koşullara tabi olmakla beraber, olağanüstü nitelikteki yargılanmanın yenilenmesi kanun yoluna başvurulması mümkündür. Ancak bu ülkelerde Yargıtay C.Başsavcısının itirazı veya bölge adliye mahkemesi

gerekirse, özellikle haksız mahkûmiyet kararlarına hiçbir devletin kayıtsız kalması mümkün değildir. Hatalı mahkûmiyet kararlarını ortadan kaldırmaya yönelik olup; çeşitli yönleriyle birbirinden farklı olan bu yol ve yöntemler “*olağanüstü yol*” (*extraordinary avenue*), olarak kabul edilmektedir.¹²

III. NİTELİĞİ

Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazının niteliğini belirlemek önemlidir. Çünkü itiraz kanun yoluna başvurma etkileri, itiraza başvurulmasının cezanın infazına engel olup olmayacağı ve benzeri sorunların çözümünde bu kanun yolunun olağan bir kanun yolu mu yoksa olağanüstü bir kanun yolu mu¹³ olduğunun tespiti büyük öneme sahiptir.

Kanun yolunun niteliğinin belirlenmesinde kanunun sistematiği kuşkusuz ki önemlidir. Ancak bu, tek başına yeterli değildir; aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kararın niteliği, kanun yoluna başvurma sürecine tabi olup olmadığı, kimlerin kanun yoluna başvurma hakkına sahip olduğu, kanun yoluna başvurma ve kanun yolu incelemesi sonucu verilen kararın etkileri gibi değişik hususlar dikkate alınarak bir sonuca ulaşmak gerekir.¹⁴

Eğer bir karar aleyhine ilgili herkes kanun yoluna başvurma hakkına sahip ise bu kanun yolu olağan bir kanun yoludur ve hüküm de kesinleşmemiştir. Örneğin, aleyhine itiraz, istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün kararlar, kesinleşmemiş kararlardır ve bu kanun yolları da olağan kanun yollarıdır. Yargıtay’ın uygulaması ve öğretideki baskın görüş de, kesinleşmemiş kararlara karşı başvurulabilen kanun yolunun olağan; kesin

C.Başsavcılığının itirazına benzer bir kanun yolu mevcut değildir. SAGUIL, s.123-127.

¹² ROACH, Kent, Roach, Kent, “Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes” (June 1, 2010). **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Volume. 35, (2010), s. 435-437. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1619124>. Erişim Tarihi: 1.9.2020); SAGUIL, s.123.

¹³ Kıta Avrupa’sı ülkelerinde de, olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımı mevcuttur; ancak olağan ve olağanüstü kanun yoluna verilen anlamlar farklıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.TOSUN, Öztekin, “Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Kanun Yollarının Çeşitleri”, **İÜHFİM, Ord. Prof.Kemalettin Birsen’e Hatıra Sayısı**, C.35, Sa.1-4, 1969, s.15 vd.

¹⁴ TOSUN, Kanun Yollarının Çeşitleri, s.15. İstinaf mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı ile Yargıtay C.Başsavcılığının itirazına ilişkin hükümler benzerdir. Yargıtay C.Başsavcılığının itirazının niteliğine ilişkin öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve konu çeşitli yönleriyle tartışılmıştır. İleri sürülen görüşler ve yapılan tartışmalar bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı bakımından yol göstericidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının niteliğine ilişkin ileri sürülen görüşlere bakılmalıdır. Bu çalışmamızda bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı itirazının niteliğine ilişkin temel bilgilere yer vermekle yetinilecektir.

nitelikteki kararlara karşı başvurulabilen kanun yolunun ise olağanüstü kanun yolu olduğu şeklindedir.¹⁵

Görüldüğü üzere, olağan ve olağanüstü kanun yolu ayırımı konusundaki kriter kesinliktir. O nedenle, haklı olarak burada bir kısır döngünün varlığından söz edilmiş ise de,¹⁶ olağan ve olağanüstü kanun yolu ayırımı bakımından kesinlik, önemli bir kriterdir.¹⁷

Öğretide, Yargıtay C. Başsavcısının, Yargıtay özel dairelerinin bozma kararlarına, yani kesin olmayan kararlara karşı da itiraz yoluna başvurmasından

¹⁵ “Bölge Adliye Mahkemeleri ile kanunda açık hüküm bulunması durumunda ilk derece mahkemeleri kararlarının temyizi sonucu Yargıtay ilgili Ceza Dairesi’nce incelenmesi ile olağan kanun yolları sona ermektedir. Bu aşamadan sonra 5271 sayılı CMK’nun 308. maddesi uyarınca olağanüstü kanun yolu olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın itirazı gündeme gelebilecektir. Olağanüstü olmak, kesinleşmiş kararlara karşı istisnai bir denetim yolu sağlamak demektir. Başsavcının itirazı yolunun “istisnai” nitelikte olması, eğer başka denetim yolu varsa, onun kullanılmasını gerektirir. “(CGK, 15.04.2014, 2013/12-338 E, 2014/183 K).

¹⁶ TOSUN, Kanun yollarının Çeşitleri, s. 16.

¹⁷ “Yargılama Yasasında olağan ve olağanüstü olmak üzere iki tür kanun yolu düzenlenmiştir. Bunlardan olağan kanun yolları, kuralı; olağanüstü kanun yolları ise istisnayı oluşturur. Bir kanun yolunun olağan mı, olağanüstü mü olduğunu belirlemek için, verilen kararın kesin olup olmadığına bakmak gerekir. Kararın kesin olmaması bir başka makamca denetlenmesi öngörüülüyorsa, olağan kanun yolu, kararın isin sonuçlanması, uyumsuzluğun çözümlenmesi benimseniyorsa, yani denetim olanağı kapatılıyor, ancak yine de hata olasılığına karşı bazı makam veya kişilere kanun yoluna başvurabilmek olanağı tanınıyorsa olağanüstü kanun yolu söz konusudur. Yargıtay Ceza Dairelerinin temyiz yargılaması sonunda verdikleri kararların kesinliği evrensel bir ilkedir. Ancak; kanun koyucu, hukuka aykırı gördüğü özel Daire kararlarına karşı Yargıtay C. Başsavcılığı’na itiraz yetkisi tanıyarak, Ceza Genel Kurulu’nun hakemliğine başvuru yolunu açmıştır. Sadece Yargıtay C. Başsavcısı için açılmış olan ve Yargıtay C. Başsavcısı’nın itirazı denile gelmekte olan bu yol, kesin bir karara karşı tanındığından olağanüstü sayılmalıdır.” (CGK, 10.5.1993, 993/4-11 E, 993/151 K. SAVAŞ,Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Ceza Muhakemeleri Kanunu Yorumu, C.II, Ankara 1995, s.1767-1768)

Kunter’e göre, “neyin olağan, neyin olağanüstü olduğu, yolunda herkesin oybirliği ile kabul edebileceği bir ölçü henüz bulunmamıştır. Olağanlar kaideyi, olağanüstüler istisnayı teşkil edenler olmalıdır. Hangileri kaide hangileri istisna olmalıdır meselesi ise bir başlangıç noktası, bir aksiyom olarak şunlar olağan. Bunlar olağanüstü diye bir kabule bağlıdır. Bu kabul için de karara bakarız. ‘Aman kesin olmasın, bir kere daha kontrol esilsin’ diyorsak olağan yol var demektir. Yok ‘bu kararlar iş bitmiş, uyumsuzluk kesilip atılmış olsun’ diyor ve buna rağmen yine bir kanun yolu kabul ediyorsak, onu olağanüstü saymamız gerekir.” (KUNTER, Nurullah, “Olağanüstü Temyiz Kanun yolunda Reform”, Ceza Adaleti Reformunun İlkeleri Sempozyumu II, Kanun Yolları (26-28 Nisan 1978), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayın No.17, İstanbul 1973, s. 111.

yola çıkılarak Yargıtay C.Başsavcısının bozma kararlarına yönelik itirazının olağan bir kanun yolu olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁸ Belirtelim ki aynı şey, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı¹⁹ bakımından geçerli değildir; çünkü bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulması mümkün değildir. Dolayısıyla, bölge adliye mahkemesi C. Başsavcılığının itirazı kanun yolunun saf bir olağanüstü kanun yolu olduğunu söylemek gerekir.

Kanun yolunun niteliğinin belirlenmesinde önemli bir kriter, bu kanun yoluna başvurma süresiyle sınırlı olup olmadığıdır. Bilindiği üzere olağan kanun yolları belli bir süreye tabidir; o süre geçtikten sonra kanun yoluna başvurulamaz. Olağanüstü kanun yollarına başvurmak ise kural olarak süreye tabi değildir. Örneğin, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması için azami bir süre öngörülmemiştir. Sanık lehine itirazı yoluna başvurulması süreye tabi değildir. Ancak sanık aleyhine itiraz yoluna başvurulması otuz günlük bir süreye tabidir.

İşte aleyhe itiraz için otuz günlük bir süre öngörülmüş olmasından yola çıkılarak benzer bir düzenlemeye sahip Yargıtay C Yargıtay C.Başsavcılığının itirazının olağan kanun yolu olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşün kabulü halinde, ilamın bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına verilmesinden itibaren otuz gün geçmeden karar kesinleşmeyecek²⁰ ve infaz edilemeyecektir.

¹⁸ Tosun, bozma kararlarına karşı yapılan itirazın olağan, onama kararlarına karşı yapılan itirazın ise olağanüstü kanun yolu niteliğinde olduğu görüşündedir. (TOSUN, Kanun yollarının Çeşitleri, s.1-20); Talas da, bu kanun yolunun aleyhe itiraz bakımından olağan, lehe itirazda ise süre öngörülmemesi sebebiyle olağanüstü nitelikte olan karma bir yapıya sahip olduğunu belirtmektedir. (TALAS, Serdar, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı”, İÜHFİM, C.LXX, Sa.1, (2012) s.164.) Şahin/Göktürk ve Centel/Zafer, Kesinleşmiş bir karardan söz edilemeyeceğinden, bozma kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulmasının mümkün olmadığını savunmaktadırlar. ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C.II, Ankara 2020, s. 298 vd; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul 2018, s.893-894.

¹⁹ 5271 sayılı CMK’de olağanüstü kanun yolları başlığı altında CMK’nın 308. maddesinde düzenlenmesine rağmen, Yargıtay C.Başsavcısının itirazı kanun yolunun olağan bir kanun yolu mu yoksa olağanüstü bir kanun yolu mu olduğuna ilişkin tartışmalar ve görüş ayrılıkları devam etmektedir. Bu konuda ileri sürülen görüşler ve yapılan tartışmalar benzer hükümlere sahip olan bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı (CMK m.308/A) bakımından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir. O nedenle, bu çalışmada Yargıtay C.Başsavcısının itirazına ilişkin görüşlere geniş yer verilmesi ihtiyacı duyulmuştur.

²⁰ Ünver/Hakeri’ye göre, Yargıtay C.Başsavcısının itirazı kesinleşmemiş bir karara karşı gidilen bir yol olduğu için olağan bir kanun yoludur. Ancak yazarlar, itiraz kanun yoluna başvurulmasının cezanın infazına engel olmayacağını savunmaktadırlar. (ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Baskı, Ankara 2020, s. 791-792).

Kanımızca, gerek Yargıtay C.Başsavcısının gerekse bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının aleyhe itirazının azami bir süreye tabi tutulmasının nedeni, beraat eden sanığın uzun süre ceza tehdidi altında bulunmasını önlemeye yöneliktir. Aynı şekilde, mahkûmiyetine karar verilen sanığın daha fazla ceza alması tehdidi altında bulunmasının ve böylece bu konudaki belirsizliğin ortadan kaldırılması amacına yöneliktir.²¹Kanun koyucunun, bu sebeple aleyhe olağanüstü itiraza başvurulmasını süreye tabi tuttuğu görüşünderiz ve yalnızca bu hususun bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazını olağan olarak nitelemek için yeterli olmadığını düşünmekteyiz.²² Erdem/Şentürk'e göre de; aleyhe itiraz için otuz günlük süre

Yargıtay C.Başsavcısının itirazının olağan bir kanun yolu niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılama Hukuku** 15. Baskı, Ankara 2018, s. 595) Benimsemiş olduğu sistemde olağan ve olağanüstü kanun yolu ayırımına başvuranın gereksiz olduğunu savunan Ersoy, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kanun yolu olduğunu belirtmektedir. (ERSOY, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtirazı, s. 93. Bu konuda ayrıca bkz. **ERSOY**, Uğur, "Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları", **ABD**, S.2, (2016), s. 145). Öğretide baskın görüş ise, Yargıtay C.Başsavcısının itirazının olağanüstü kanun yolu olduğu şeklindedir. (KUNTER, Nurullah, "Olağanüstü İtirazda Yargılama İle İlgili Sorunlar", **YD**, C.9, S.4, (Ekim 1983) s.592; KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2006, s. 1449; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, M.Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin/ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ALTINOK WILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Ankara 2019.s. 735-736; **TOROSLU**, Nevzat/**FEYZİOĞLU**, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2019, s. 438; **SELÇUK**, Sami, "İtiraz Üzerine Verilen Ceza Genel Kurulu Kararına Karşı Direnme"; **Yasa Hukuk Dergisi**, C.III, Sa.2, (Şubat 1980), s. 213; **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, s. 298; **ARSLAN**, Çetin, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı", **Ceza Hukuku Dergisi**, C.2, Sa.5, (Aralık 2007), s. 113). Yargıtay C.Başsavcısının itirazının olağanüstü bir kanun yolu niteliğinde olduğuna ilişkin gösterilen gerekçeler bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı bakımından da geçerlidir. Gerek 5271 sayılı CMK'da kanun yolunun niteliğini açıkça olağanüstü olarak gösterilmesi, böylece kanun koyucunun bu konudaki tercihini ortaya koyması, gerekse konunun Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından da olsa yeterince tartışılmış olması bakımından, bu konuda daha fazla açıklama yapmaya gerek görmemekteyiz.

²¹ Başvurunun süreye tabi tutulmasının kesin hükmün otoritesini korumaya yönelik olduğu ileri sürülebilirse de, lehe itirazda bir süre öngörülmediği dikkate alındığında bu görüşe itibar etmek mümkün değildir.

²² İstinaf başvurusunun ilk derece mahkemesince reddine karar verilmesi halinde, istinaf başvurusunda bulunan Cumhuriyet savcısı veya ilgililer, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde bölge adliye mahkemesinden bu hususta bir karar vermesini isteyebilirler. Bu takdirde dosya bölge adliye mahkemesine gönderilir. Ancak, bu nedenle hükmün infazı ertelenemez (CMK m.276/2). Bölge adliye mahkemesinden, istinaf başvurusunun reddi hususunda bir karar verilmesinin talep edilmesi infazı engellemediğine göre hükmün kesinleştiği kabul edilmelidir. Zira kesinleşmeyen hüküm infaz edilemez.

öngörülmesi bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazını olağan hale getirmez.²³

Olağan kanun yoluna, uyuşmazlığın tarafları ve C.Savcısı başvurabildiği halde (CMK m.260), olağanüstü kanun yoluna başvurma yetkisi belli kişi ve makamlara verilmiştir. Örneğin, Yargıtay C.Başsavcısının itiraz yoluna Yargıtay C.Başsavcısı başvurabilir. Kanun yararına bozma kanun yoluna başvurma yetkisi Adalet Bakanlığına aittir. CMK'nın 308/A maddesine göre itiraz yoluna başvurma yetkisi bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına aittir. Bu itibarla CMK'nın 308/A maddesinde düzenlenen itiraz kanun yolunun olağanüstü bir kanun yolu olduğunu kabul etmek gerekir.²⁴

Kanun yararına bozmanın düzenlendiği CMK'nın 309. maddesi ile yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun düzenlendiği CMK'nın 311 ve devamı maddelerinde "*hükümlü*"den söz edildiği halde, CMK'nın 308/A. maddesinde, "*sanık*"tan söz edilmesi de bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazının olağan bir kanun yolu olarak kabul edildiğine dair bir argüman olarak ileri sürülebilir.²⁵Gerçekten, "*sanık*"lık statüsü devam etmekte ise, kovuşturma aşaması henüz sona ermemiş demektir. Bu durumda hükmün kesinleşmesinden ve infazından söz edilemez (CMK m.2/b-f). Ancak, CMK'nın başka maddelerinde de kavramların pek özenli kullanılmadığı dikkate²⁶alındığında CMK'nın 308/A maddesinde yer alan "*sanık*" teriminden yola çıkılarak, bu kanun yolunun niteliği konusunda bir belirlemede bulunmanın isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

Böylece kesin nitelikteki veya kesinleşen bir karara karşı yapılacak başvuru süreye tabi tutulmuş olmaktadır. Görüldüğü üzere, kesin kararlara karşı bir kanun yoluna veya hukuksal çareye başvurulabilmesi o hükmün kesin olmadığı veya kesinleşmediği anlamına gelmemektedir.

²³ ERDEM, M.Ruhan/ŞENTÜRK, Candide, **Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları**, Ankara 2018, s. 173.

²⁴ İstisna olarak yargılamanın yenilenmesine, taraflar ve C.Savcısı başvurabilmektedir.

²⁵ Benzer bir düzenlemeye sahip olan Yargıtay Başsavcılığının itirazı bakımından da bu yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. ÜNVER/HAKERİ, s. 994

²⁶ Örneğin CMK'nın 286/1. maddesinde, "*bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir*" denilerek, bölge adliye mahkemesinin bozma kararı "*hüküm*" olarak kabul edilmiştir. Yine bozma dışındaki kararlar da hüküm kabul edilmiştir ki, bilindiği üzere, bölge adliye mahkemelerinin duruşma açarak verdikleri son karar dışındaki kararları "*hüküm*" değil, "*karar*"dır. Bu kararlar, CMK'nın 286/2. maddesinde gösterilen istisnalar arasında gösterilmemiş ise temyize tabidir.

Öğretide konuya değinen yazarların bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazını olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirdikleri veya olağanüstü kanun yolları başlığı altında inceledikleri görülmektedir.²⁷

Bilindiği üzere, bireysel başvuru için olağan kanun yollarının tüketilmesi şarttır. Anayasa mahkemesi, bireysel başvuru için bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı yoluna başvuru yolunun da tüketilmesini bir koşul olarak aramamakta, böylece bu kanun yolunu olağan bir kanun yolu olarak kabul etmemektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, Yargıtay C.Başsavcısının itiraz yoluna başvurması halinde, bu kanun yolunun olağan bir kanun yolu olduğu gerekçesiyle değil, etkili bir kanun yolu olduğu ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Yargıtay özel dairesinin kararını kaldırma ihtimalini dikkate alarak itirazın sonucunun beklenmesi gerektiğine karar vermektedir. Bu halde bireysel başvuru süresinin itiraza ilişkin verilen karar tarihinden itibaren başlayacağı kabul edilmektedir.²⁸ Bu da, Yargıtay C.Başsavcısının itirazının olağanüstü bir kanun yolu olarak kabul edildiğini göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı bakımından da aynı sonuca ulaşması beklenir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus da şudur: Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı üzerine yapılan yargılama teknik anlamda bir itiraz yargılaması mıdır, yoksa istinaf yargılamasının devamı niteliğinde midir? Olağanüstü itiraz kanun yoluna ilişkin ortaya çıkabilecek sorunların çözümü bakımından bu konunun açıklığa kavuşturulması büyük önem taşımaktadır. Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, temyiz yargılaması, Yargıtay özel dairesinin kararını vermesi ile sona ermiştir, Yargıtay C.Başsavcısının itirazı, teknik anlamda bir itiraz niteliğindedir. ²⁹ Aksi görüşte olan yazarlardan Tosun, her ne kadar kurumun adı itiraz ise de, incelemenin maddi ve hukuki

²⁷ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 787; ÖZEN, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Ankara 2019, s.927; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 937; CENTEL/ZAFER, s. 897; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 300; ERDEM/ŞENTÜRK, s. 172 vd.; Yurtcan ise, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazını Yargıtay C.Başsavcısının itirazı ile birlikte olağanüstü kanun yolları başlığı altında incelemekle birlikte her iki kanun yolunun da olağan kanun yolu olduğunu savunmaktadır. YURTCAN, s.595-599.

²⁸ AYM, Birinci Bölüm, Fuat Karaosmanoğlu, Başvuru No. 2013/9044, 05.11.2014, pg.46. AYM, ikinci Bölüm, Fahamettin Onur Saçar, Başvuru No.2014/4081, 21.6.2017, pg.21-22.

²⁹ KUNTER, Olağanüstü İtirazda Yargılama İle İlgili Sorunlar, s. 597. Aynı yönde bkz. ARSLAN, s.150.

bakımından olmayacağını ve yalnızca hükmün hukuki yönüne ilişkin bir inceleme yapılması gerektiğini belirtmiştir.³⁰ Yenisey/Nuhoğlu'na göre de, her ne kadar isminde itiraz kelimesi bulunsa da, aslında Yargıtay C.Başsavcısının itirazı temyiz niteliğindedir. O nedenle, CMK'nın temyiz için kabul ettiği kurallar, Yargıtay C.Başsavcısının itirazı için de uygulanmalıdır.³¹ Talas da, itiraz olarak adlandırılrsa da Yargıtay C.Başsavcısının itirazının teknik anlamda itiraz niteliğinde olmadığını ve bu kanun yolu üzerine yapılan yargılamanın temyiz yargılaması içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.³²

Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı üzerine yapılan yargılamanın teknik anlamda bir itiraz yargılaması mı yoksa istinaf yargılaması mı olduğu sorusuna hemen cevap vermek kolay değildir. Çünkü bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı teknik anlamda itiraz kabul edildiğinde, itiraz merciinin, mümkün olan hallerde ilk derece mahkemesi gibi uyumsuzluğun esası bakımından da bir karar vermesi gerekir. Oysa CMK'nın 308/A maddesine göre, itirazı inceleyecek ceza daireleri başkanlar kurulu itirazı yerinde gördüğünde itirazın kabulüne karar vererek yeniden bir karar verilmesi için dosyayı ilgili bölge adliye mahkemesi ceza dairesine gönderecektir. O nedenle, CMK'nın 308/A maddesinde sözü edilen itiraz teknik anlamda bir itiraz değildir. Kişisel kanaatimiz, CMK'nın 308/A maddesinde düzenlenen itiraz üzerine yapılan yargılama esas itibarıyla bir istinaf yargılaması niteliğindedir. Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinden farklı olarak kurul, davanın yeniden görülmesine karar vermeksizin, dosya üzerinden inceleme yapmaktadır.

IV. İTİRAZIN KONUSU, SEBEPLERİ VE ETKİLERİ

A. İTİRAZIN KONUSU

Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazına konu olan kararlar, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarıdır. Diğer bir ifadeyle, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından verildiğinde kesin nitelikte olan kararlardır. Kanun yoluna başvurulması mümkün olduğu halde kanun yoluna başvurulmaması veya süresinde başvurulmaması sebebiyle kesinleşen kararlara karşı bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı

³⁰ TOSUN, Öztekin, "Temyiz Kararlarına Karşı Kanun Yolları", Cumhuriyetin Ellinci Yılında Ceza Adaletinde Reformun İlkeleri Sempozyumu, İstanbul 1973, s. 190.

³¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 941.

³² TALAS, s. 173.

yoluna gidilemez. Kesin olan bölge adliye mahkemesi kararları CMK'nın 286/2. maddesinde tek tek gösterilmiştir.

İtiraza tabi olan kararlar, bölge adliye mahkemesinin istinaf kanun yoluna başvuru üzerine, istinaf muhakemesi sonucu vermiş olduğu kesin nitelikteki kararlardır. Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla vermiş olduğu kesin nitelikteki kararlara karşı koşulları varsa, kanun yararına bozma (CMK m.309) yoluna başvurulabilir. Yine ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kesin nitelikteki kararlarına karşı da bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı yoluna gidilemez.

İtiraza konu kararlar, bölge adliye mahkemesi ceza dairesiyle ilişkisini kesen kararlardır.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin, istinaf üzerine dosya üzerinde inceleme sonucu vermiş oldukları kesin nitelikteki kararlar aleyhine itiraz yoluna başvurulabileceği gibi, bölge adliye mahkemesinin davanın yeniden görülmesine karar verip, yaptığı duruşma sonunda kurmuş olduğu kesin nitelikteki hükümlere karşı da itiraz yoluna başvurulabilir. Zira bu durumda bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesi sıfatıyla değil, denetim yapan mahkeme sıfatıyla duruşmalı inceleme sonucu bir karar vermektedir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 331 ve devamı maddelerinde düzenlenen suçlardan kurulan hükümlere karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır (İİK m.352/-2). Buna göre, İİK'nın 331 ile 345/b maddeleri arasında düzenlenen suçlardan kurulan hükümlere karşı kesinlik sınırında olmamak koşuluyla istinaf kanun yoluna; bölge adliye mahkemesinin istinaf üzerine verdiği kesin nitelikteki kararlara karşı da olağanüstü itiraz yoluna başvurulabilecektir.

7188 sayılı Kanunla CMK'nın 286. maddesine eklenen 3. fıkrada tek tek gösterilip, ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi muhtemel suçlardan dolayı verilen karar veya hükümler ise temyiz edilebilirlik sınırına bakılmaksızın temyize tabidir ve dolayısıyla bu tür kararlara karşı itiraz yoluna başvurulamaz.

Öğretide, bölge adliye mahkemesinin bozma kararlarına karşı da C.Başsavcılığının itirazı yoluna gidilebileceği ileri sürülmüştür.³³Hemen

³³ KARAKEHYA; Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2016, s. 628; BİRTEK, Fatih, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Ankara 2019, s.351.

belirtelim ki, CMK'nın 308/A maddesinin lafzından yola çıkılarak bölge adliye mahkemesinin kesin nitelikteki bütün karar ve hükümlerine karşı olağanüstü itiraz yoluna gidilebileceğini ileri sürmek hatalı bir yaklaşım olur. Erdem/Şentürk ise, bölge adliye mahkemelerinin CMK'nın 280/1-d maddesinde belirtilen durumlar dışında verdiği bozma kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği gibi, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı yoluna da gidilebileceğini belirtmektedirler.³⁴ Bu görüşe katılmanın mümkün olmadığını belirtmek gerekir. CMK'nın 284/1. maddesinde, bölge adliye mahkemesi karar ve hükümlerine karşı direnilemeyeceği, bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna gidilemeyeceği belirtilmekte; CMK'nın 286/1. maddesinde ise, *“bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir”* denilmektedir. Her iki madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin vermiş olduğu bozma kararlarına karşı C.Başsavcılığının itirazı yoluna gidilemeyeceği sonucu çıkmaktadır.³⁵CMK'nın 284. maddesinin gerekçesinde yer alan, *“bölge adliye mahkemelerince yalnızca... hukuka kesin aykırılık hallerinde bozma kararı verilebileceğinden, bu bozma kararlarına karşı ilk derece mahkemelerine direnme hakkı tanınmamış, bunlara karşı herhangi bir kanun yolu da öngörülmemiştir”* şeklindeki ifade de bu görüşümüzü doğrulamaktadır. Kısaca belirtmek gerekirse, CMK'nın 284 ve 286/1. maddesi ile CMK'nın 284. maddesinin gerekçesi ve bölge adliye mahkemesinin yalnızca CMK'nın 289. maddesinde gösterilen (g) ve (h) bendi dışındaki mutlak hukuka aykırılık hallerinde bozma kararı verebileceği de³⁶ dikkate alınarak, bozma kararlarına karşı direnilmesi istenmemiştir.³⁷ Kanun, bozma

³⁴ ERDEM/ŞENTÜRK, s. 149,

³⁵ Aynı yönde bkz. BALCI, Fidan/ÖZTÜRK, Seyithan, **Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz**, Ankara 2019, s. 259 vd.

³⁶ CMK'nın 308/A maddesinin ilk halinde, bölge adliye mahkemelerine CMK'nın 289. maddesinde gösterilen bütün hukuka aykırılık hallerinde bozma kararı verme yetkisi tanınmıştı. Ancak, 696 sayılı KHK (7079 sayılı Kanun ile kanunlaşmıştır) ile bölge adliye mahkemelerinin CMK'nın 289/1-g maddesinde yer alan gerekçesizlik veya yetersiz gerekçe ile 289/1-h bendinde yer alan savunma hakkının kısıtlanması sebebiyle bozma kararı verme yetkisi kaldırılmıştır.

³⁷ Kanunda yasaklayıcı bir hüküm bulunmamasına rağmen, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kesinleşmiş kararlara başvurulabilen olağanüstü bir kanun yolu olduğu ileri sürülerek, Yargıtay özel dairelerinin bozma kararlarına karşı CMK'nın 308. maddesine göre itiraz yoluna başvurusu haklı olarak eleştirilmiştir. Açıkça zikredilirse de CMK'nın 284 ve 286/1. maddesi hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulamayacağı sonucu çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bozma kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı yoluna başvurulamayacağına ilişkin yasal

kararlarının haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını ve dolayısıyla direnmeye konu olup olamayacağı hususunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek bakımından herhangi bir ayırım yapmadan bölge adliye mahkemesinin bozma kararlarına karşı direnilmesini yasaklamıştır. Kanunun, direnilmesini dahi arzu etmediği bölge adliye mahkemesi bozma kararlarına karşı olağanüstü bir kanun yoluna başvurulmasını kabul ettiği söylenemez.³⁸

Kaldı ki CMK'nın 308/A maddesine göre, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı itirazına konu olacak kararlar kesin nitelikteki kararlar olup, bozma kararı üzerine yeniden yargılama yapılacağından hükmün kesinleşmesinden söz edilemez.

Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri, itiraz üzerine de kesin kararlar vermektedir. Örneğin, kabule şayan olmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun reddine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararına yapılan itirazın reddine ilişkin karar kesindir. İlk derece mahkemesinin kabule şayan bulmayarak verdiği istinaf başvurusunun reddine ilişkin karara karşı yapılan başvurunun reddine ilişkin karar da kesindir. İlk ihtimal bakımından bölge adliye mahkemesi itiraz üzerine, ikinci ihtimalde ise kendisine özgü bir hukuksal çare olan başvuru üzerine karar vermektedir. Ancak hem itiraz hem de başvuru, verilen bir hükmün istinaf kanun yolunda incelenmesi talebine ilişkindir. İtiraz ve başvurunun reddedilmesiyle kararın bölge adliye mahkemesinde incelenmesinin önü kapanmaktadır. O nedenle, her iki halde de bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu kararın bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazına konu olabileceğini düşünmekteyiz.³⁹ Yargıtay C.Başsavcılığının bu konudaki itirazları Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından incelenmektedir.⁴⁰

bir düzenleme mevcuttur. O nedenle, Yargıtay C.Başsavcısının itirazına ilişkin uygulamanın bölge adliye mahkemeleri bakımından emsal teşkil etmesi mümkün değildir.

³⁸ KAYMAZ, Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 335. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin vermiş olduğu bozma kararına karşı yapılan bir itirazı esastan görüşmüş ve böylece bozma kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceğini kabul etmiştir. (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi Başkanlar Kurulu, 12/06/2020, İtiraz No: 2020/142, Karar No:2020/16)

³⁹ KAYMAZ, Ceza Muhakemesinde İstinaf, s. 335

⁴⁰ “Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık müdafisinin temyiz talebinin süresinde olup olmadığının belirlenmesine yöneliktir....

Hükmün verildiği 12.07.2012 tarihli karar oturumuna katılıp kısa kararın verildiği

Koruma tedbirlerine ilişkin kesin nitelikteki bölge adliye mahkemesi kararları da olağanüstü nitelikteki bu kanun yolunun konusu değildir. Bu itibarla, bölge adliye mahkemesinin koruma tedbirlerine ilişkin vermiş olduğu kesin nitelikteki kararlara karşı CMK'nın 308/A. maddesinde düzenlenen olağanüstü itiraz kanun yoluna başvurulamaz.

Yargıtay daireleri arasında olduğu gibi, bölge adliye mahkemesinin daireleri arasındaki ilişki gerçek anlamda bir görev değil, işbölümü ilişkisi olup esas itibarıyla bölge adliye mahkemelerinin iç düzenini ilgilendirir. Daireler arasında çıkan işbölümü (görev) uyuşmazlığı ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından kesin olarak karara bağlanır (5235-35/1). İşbölümü uyuşmazlıkları olağan itiraza tabi bulunmadığı gibi bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının olağanüstü itirazına da tabi değildir.⁴¹

Eleştiriye ilişkin düşüncelerin reddine dair kararlar da itiraza konu olamaz.⁴²

Verilen kararın hatalı olarak kesin olduğunun belirtilmesi halinde karar aleyhine CMK'nın 308/A maddesine göre itiraz yoluna başvurulamaz; yapılan itiraz temyiz başvurusu kabul edilerek, temyiz incelemesi için Yargıtay'a gönderilmelidir.⁴³

B.İTİRAZ SEBEPLERİ

İtiraz sebebi, kararın hangi yönüne itiraz edildiğini gösterir. Buna itiraz noktası da denilir. Örneğin, hırsızlık suçundan kurulan hükümde suçun niteliğinin isabetli tespit edilmediğine ilişkin itirazda itiraz sebebi nitelemeye

sırada hazır bulunmadığı duruşma tutanağından anlaşılan sanık... müdafisi için temyiz süresinin gerekçeli kararın tebliğ tarihinden başlayacağı, dosya içerisinde yer alan tebliğat parçasından gerekçeli kararın sanık müdafisine 03.10.2012 tarihinde tebliğ edildiği, sanık müdafisinin ise 10.10.2012 havale tarihli dilekçesi ile sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünü temyiz ettiği anlaşıldığından, sanık müdafisinin temyiz talebinin süresinde olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir.” (CGK, 11.10.2018, 2018/373 E, 2018/426 K)

⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, Yargıtay daireleri arasında çıkan işbölümü uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin verilen kararlara karşı Yargıtay C.Başsavcısının CMK'nın 308. maddesi uyarınca itiraz yoluna başvuramayacağına hükmetmiştir. (CGK, 20.02.2007, 2007/38 E, 2007/44 K).

⁴² CGK, 16.01.2020, 2017/38 E, 2020/9 K.

⁴³ Konya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 4.2.2020, 2020/6 E, 2020/6 K.

yöneliktir. Diğer bir ifadeyle, nitelme noktasında hükme karşı itiraz kanun yoluna başvurulmuştur. Gerekçe ise, hükmün neden hukuka aykırı olduğunun gösterilmesidir.⁴⁴ Örneğin, sanığın mağdurun elindeki telefonu zor kullanarak alması sebebiyle fiilin yağma suçunu oluşturduğunun belirtilmesi gibi. Temyiz kanun yolunda temyiz sebebi, yani nokta gösterilmesi zorunlu olduğu gibi, gerekçenin de belli bir süre içinde gösterilmesi gerekir (CMK m.295). İstinaf kanun yolunda ise taraflar sebep ve gerekçe göstermek zorunda değildir. C.Savcısı sebep göstermek zorunda ise de inceleme sebebe bağlı olmaksızın yapılır.

Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazına gelince, hangi sebeplerle itiraz kanun yoluna başvurulabileceği hususunda CMK'nın 308/A maddesinde bir açıklık yoktur. İstisnai nitelikte olan bu kanun yoluna ancak hukuksal sebeplere dayalı olarak başvurulabileceği iddia olunabilir. Nitekim Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından bu yönde görüşler ileri sürülmüştür.⁴⁵ Bilindiği üzere, yalnızca hukuksal sebeplere dayalı olarak temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Yargıtay'ın da hükmü yalnızca hukuksal yönden denetlenmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında temyiz mahkemesinin kararına karşı yapılan itirazın da hukuksal meseleye ilişkin olması ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yalnızca hükmün hukuksal yönüne ilişkin bir inceleme yapması beklenir. Ancak uygulamada, Yargıtay C.Başsavcılığı hem hukuksal mesele hem de maddi meseleye ilişkin sebeplerle itiraz yoluna başvurmakta; Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, itiraza konu kararı hem hukuksal hem de maddi mesele yönünden incelemektedir.⁴⁶

⁴⁴ KUNTER, Olağanüstü İtirazda Yargılama ile İlgili Sorunlar, s.592; YENİSEY/NUHOĞLU, s.897. TALAS, s. 172.

⁴⁵ TOSUN, Temyiz Kararlarına Karşı Kanunyolları, s. 190; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1450; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 940; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 438.

⁴⁶ *“Türk Ceza Muhakemesine istinaf kanun yolunun getirilmiş olması, temyiz mahkemesinin önceden olduğu gibi somut temyiz denetiminin elverdiği ölçüde maddi soruna girmesine engel oluşturmayacak, temyiz kanun yolunda somut dava üzerinden içtihatlarla birliği sağlayacak olan Yargıtay, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinin, sözlülük, doğrudan doğruyalık ve yüz yüzelik ilkeleri uyarınca elde edilen delilleri vicdani kanaatleri ile serbestçe takdir etme yetkilerini de dikkate alarak bu delillerle varılan sonucun hukuk kurallarına, akla, mantığa, genel hayat tecrübelerine ve bilimsel görüşlere uygun olup olmadığının tespiti bakımından somut dosya üzerinden görebileceği ve inceleyebileceği maddi sorunla ilgili vaka değerlendirmelerindeki hukuka aykırılıklar üzerinden bozma kararı verebilecektir (...) Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması sonucunda maddi sorunun da hatalı şekilde belirlendiği hâllerde dosyaya yansıyan tüm delillerle birlikte maddi sorun irdelenmeksizin hükmün hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki, Kanun'da Yargıtay'ın temyiz denetimi sırasında maddi sorunu inceleyemeyeceğine ilişkin bir hüküm de mevcut değildir.”* (CGK, 28.05.2019, 2018/297)

İstinaf kanun yolunda ise, hüküm hem maddi mesele hem de hukuksal yönden incelemeye tabi tutulduğuna ve gerektiğinde davanın yeniden görülmesi suretiyle yeniden yargılama yapılmak suretiyle bir hüküm verilebildiğine göre, itiraz üzerine yapılan yargılamada da hem hukuksal mesele hem de maddi meseleye ilişkin hata ve hukuka aykırılıkların incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.⁴⁷ Bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri başkanlar kurulları da itiraz üzerine hükmü hem hukuksal mesele⁴⁸ hem de maddi mesele yönünden incelemektedirler.⁴⁹

İtiraz başvurusunun esastan reddedilmesinden sonra başka bir sebeple tekrar itiraz kanun yoluna başvurulması mümkündür. Otuz günlük aleyhe itiraz süresi genellikle dolmuş olacağından, yalnızca sanık lehine tekrar itiraz kanun yoluna başvurulması söz konusu olabilir.

İstinaf kanun yoluna başvuruda bile C.Savcısı istinaf sebeplerini göstermek zorunda olduğuna göre istisnai nitelikteki itiraz kanun yoluna başvuruda evleviyetle itiraz sebeplerini göstermesi gerekir. İncelemenin itiraz sebepleriyle sınırlı olup olmadığı ayrı bir mesele olup aşağıda bu konuya değinilecektir.

Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazında itiraz sebeplerinin gösterilmemesi ihtimali hemen yok gibidir. Gösterilen sebeplerin sanık

E, 2019/461 K.)

⁴⁷ Aynı yönde bkz. ERDEM/ŞENTÜRK, s. 174.

⁴⁸ Maddi mesele, geçmişte yaşanmış olan ve hakimlerin öğrenme yargılaması yapıp vasıtasızlık ilkesi uyarınca delillerle doğrudan temasa geçerek beş duyuları aracılığıyla öğrendikleri olaydır. Hukuki mesele ise, bu olayın hukuk kuralları karşısındaki durumu, bu olaya hukuk kurallarının bağladığı sonuçtur. (YENİSEY, Feridun, “Cezada İstinaf ve 1979 da Hazırlanan ‘üst Mahkemeler Kanunu Tasarısı’ **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C.1, Sa.2 (1979), s.58. Bu konuda ayrıca bkz. KESKİN, Serap, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, İstanbul 1997, s. 48). Muhakeme kurallarına uyulup uyulmadığının denetimi de hukuksal bir meseledir. Konuya ilişkin şu CGK kararı da aydınlatıcı niteliktedir. “*Fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği maddi sorunu oluştururken sanık tarafından gerçekleştirilmiş fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, suç oluşturduğu kabul edilen fiile hangi cezanın verilmesi gerektiği, delillerin nasıl değerlendirildiği, nasıl yargılama yapıldığı, gerekçenin dosya kapsamına uygun olup olmadığı, hükmün doğru oluşturulup oluşturulmadığı gibi hususlar ise hukuki sorunu oluşturur. Sübut da denilen maddi mesele, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinin sözlülük ve doğrudan doğruyalık ilkelerini uygulayarak eylemi öğrenmesidir. Hukuki mesele ise olayın hukuk karşısındaki durumunu tespit etmek anlamına gelir.*” (CGK, 28.05.2019, 2018/297 E, 2019/461 K.)

⁴⁹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 12/06/2020, İtiraz No: 2020/335 , Karar No:2020/12; Adana Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 26/12/2019, 2019/5 Karar.

lehine mi yoksa sanık aleyhine mi olduğu hususunda tereddütler oluşması mümkündür. Böyle bir ihtimalde C.Başsavcılığından bu hususun açıklığa kavuşturulması istenmelidir. Tereddüt halinde itirazın lehe olduğu kabul edilmelidir.⁵⁰

Öğretide olağanüstü nitelikteki kanun yollarına ancak önemli bazı hukuka aykırılıklar sebebiyle başvurulabileceği belirtilmektedir. Gerçekten, kesin hükmün otoritesini ihlal ettiğinden, bu kanun yoluna başvurunun olağan kanun yollarına başvuruya göre daha sıkı kayıtlara tabi tutulması beklenir. Bu, başvuru kanun yolunun istisnai niteliğinin bir gereğidir. Ancak bu konuda bir kriter ortaya konulması çok güçtür; olağanüstü itiraz yoluna önemli bazı hukuka aykırılıklar sebebiyle başvurulmasını savunan yazarlar da bu konuda bir kriter ortaya koymamaktadırlar.⁵¹Buna karşılık, kanunda açıkça

⁵⁰ 17.05.1939 gün 1938/25 E, 1939/45 K sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da, gerekçeli temyiz dilekçesi verilmemiş ise, süre tutum dilekçesinde de bir açıklık yoksa beraat hükümlerine karşı verilen süre tutumları hariç, C.Savcısının başvurusunun sanık lehine olduğu kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. ŞENER, Esat, **Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk-Ceza**, Ankara 1997 s. 955.

⁵¹ BİRTEK, s. 351. Öztürk ve diğerlerine göre, istisnai bir kanun yolu olduğu dikkate alınarak sonuca etkili olmayan hukuka aykırılıklara karşı itiraz yoluna başvurulmamalıdır. (ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT /ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ /ALTINOK VILLEMİN/TOK, s. 749). Yenisey/Nuhoğlu, önemli hukuka aykırılıkların giderilmesi ihtiyacı halinde kesin hükmün otoritesini ihlal eden olağanüstü kanun yoluna başvurulması gerektiğini belirtmektedirler. (YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 937.) Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, olağanüstü nitelikteki Yargıtay C.Başsavcısının itirazı yoluna önemli hukuka aykırılıklar sebebiyle başvurulabileceğini belirtmekle birlikte, CGK'nın önemsiz hukuka aykırılık gerekçesiyle itirazın reddine ilişkin kararları çok sınırlıdır. Bu kararlardan biri şu şekildedir: “*Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk, sonucu itibarıyla doğru olan temyiz isteminin reddine ilişkin kararın, red gerekçesi yönünden isabetli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. 5271 sayılı CYY'nın 308 ila 323. maddelerinde, olağanüstü yasa yolları olarak, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazı, yasa yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi düzenlenmiş olup, 308. maddesinde; “Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz” hükmü ile Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının koşulları belirtilmiştir. Görüldüğü gibi bu yol, Yargıtay Ceza Dairelerine karşı başvuru olan olağanüstü bir yasa yolu olup, bu yetki Yargıtay C.Başsavcısına aittir. Yasa metninde hangi hukuka aykırılıkların bu yolla denetleneceği yönünde bir açıklık bulunmamakta ise de, olağanüstü bir yasa yolu olan, itiraz yasa yoluna başvurabilmek için hukuka aykırılık halinin ciddi boyutlara ulaşması gerekmektedir. Ciddi boyutlara ulaşmayan veya sonuca etkili olmayan yasaya aykırılıkların, bu yöntemle denetlenmesi, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının amaç ve kapsamıyla bağdaşmaz.(...) 3- Bu Kanun ile sair kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler, Kesin olup, bu hükümler hakkında temyiz yasa yoluna başvurulamaz. Bu nitelikteki bir hükmün, hükme temyiz edilebilirlik vasfını kazandıran nedenler*

bir sınırlama olmadıkça hukuka aykırılığın önemli olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılarak, itiraz yoluna başvurulmasının sınırlamayacağı da ileri sürülmüştür.⁵²

Kanımızca bu konudaki tek kriter, hukuka aykırılığın hükmün sonucunu etkileyip etkilemediğidir. Eğer, hukuka aykırılık hükmün sonucuna etkili değilse, zaten olağan kanun yolunda da hükmün bozulmasına veya yeniden bir hüküm verilmesine neden olmayacaktır. Maddi hukuka ilişkin hukuka ilişkin hususlarda, örneğin, suçun yanlış nitelendirilmesi, artırım veya indirim öngören nitelikli hallerin uygulanmaması gibi hata halleri, itiraz yoluna başvurulması için yeterlidir. Bu halde hukuka aykırılığın önemli veya önemsiz olduğu şeklinde bir ayırım yapılması ve yalnızca önemli olduğu değerlendirilen hukuka aykırılıklar sebebiyle itiraz yoluna başvurulabileceği şeklinde bir görüşün kabulü mümkün değildir. Ancak muhakeme hukukuna ilişkin aykırılıklarda, itiraz ve hükmün bozma nedeni olabilmesi için, söz konusu hukuka aykırılığın hükme etki edecek nitelikte olması gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından uygulaması da bu yöndedir.⁵³İstinaf kanun yolunda hukukun yeknesak bir

bulunmaksızın temyiz edilmesi halinde yerel mahkemece, 1412 sayılı CYUY'nun 315., Özel Dairece de, 317. maddeler uyarınca yapılan değerlendirmede, temyiz isteminin süresi içinde olmadığı, hükmün temyiz yeteneğinin bulunmadığı veya temyiz edenin buna hak ve yetki-sinin bulunmadığının saptanması durumunda, temyiz isteminin reddine karar verilecektir. İnceleme konusu somut olayda; Köyceğiz Sulh Ceza Mahkemesince 03.04.2008 gün ve 64-89 sayı ile 25 gün karşılığı doğrudan hükmedilen 500 Lira adli para cezasından ibaret mahkûmiyet, 1412 sayılı CYUY'nun 305. maddesi uyarınca kesin nitelikte bulunduğundan, Özel Dairece hükmün kesin nitelikte bulunması nedeniyle 1412 sayılı CYUY'nun 317. maddesi uyarınca reddine karar verilmesi gerekmektedir. Ancak Özel Dairece, yanlış bir değerlendirme ile temyiz isteminin süresinde yapılmadığı gerekçesiyle red kararı verilmiştir. Bu nedenle Yargıtay C.Başsavcılığınca ileri sürülen neden dosya içeriği itibariyle yerinde ise de, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazı olağanüstü bir yasa yolu olduğundan, sonuca etkili olmayacak bu tür hukuka aykırılıklar, bu yasa yoluna konu olamayacağı gibi söz konusu itirazın kabul edilerek, red nedeninin değiştirilmesinde, her iki nedenle de sonuçta 1412 sayılı CYUY'nun 317. maddesi uyarınca temyiz isteminin reddine karar verilmesi gerektiğinden, hukuki yarar da bulunmamaktadır. Bu itibarla Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” (CGK, 30.11.2010, 2010/2-233 E. , 2010/241 K)

⁵² TOSUN, Temyiz Kararlarına Karşı Kanun Yolları, s.190; TALAS, s. 172. Selçuk; hükmün sonucuna etkili olmadığı gerekçesi ile usul hukukuna ilişkin itirazın reddine karar verilmesini de isabetsiz görmektedir. SELÇUK, Sami. **Karşıoylarımız, Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar**, Ankara 2001, s. 245.

⁵³ “Maddi hukuk normunun ihlâli hâlinde temyiz edenin sıfatı da dikkate alınarak kararın bozulması gerekmekte ise de muhakeme hukukuna ilişkin ihlâllerde, ihlâlin hükmü etkileyip etkilemediği gözetilmelidir.Bu kapsamda muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının temyiz nedeni olarak açıkça ileri sürülmesi gerekmektedir. Muhakeme hukukuna aykırılık

şekilde uygulanması ve içtihat birliği sağlanması amaçlanmadığı da dikkate alındığında, hükmün sonucunu değiştirmeyecek, yalnızca hukuka aykırılığın tespiti niteliğindeki bir sebeple itiraz kanun yoluna başvurulması mümkün olmamalıdır.

İleri sürülen bir istinaf nedeninin cevaplandırılmamasının da itiraz sebebi olduğu belirtilmiştir.⁵⁴ Kanımızca bizatihi bu husus itiraz sebebi teşkil etmez. İstinaf kanun yoluna başvurulduğunda hüküm tüm yönleriyle incelendiğinden, istinaf başvurusunun esasın reddine karar verilmesi, hükmün hukuka aykırı olduğu iddia edilen noktalara yönelik istinaf nedenlerinin yerinde olmadığı ve ileri sürülmeyen noktalarda da hükümde herhangi bir isabetsizlik ve hukuka aykırılık bulunmadığı anlamına gelir. O nedenle, bölge adliye mahkemesi kararında sırf istinaf nedenine açıkça değinilmemiş olması itiraz sebebi olamaz. Ancak bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kararından, istinaf edilen bir noktanın incelenmediği sonucuna ulaşabiliyorsa, ilgili daireye başvurularak bu hususta bir karar verilmesi istenmelidir. Özellikle infaz aşamasında C.Savcısının hükmün bazı yönlerinin incelenmediğini tespit etmesi halinde, ilgili bölge adliye mahkemesi ceza dairesine başvurarak incelenmeyen noktaların da incelenerek bu hususta bir karar verilmesini talep etmesi gerekir. Bu durumun itiraz aşamasında anlaşılması halinde ise kanımızca bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu, dosyayı ilgili bölge adliye mahkemesi ceza dairesine göndererek bu hususta bir karar verilmesini istemelidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun uygulaması da, özel daire tarafından, temyiz edilen bir nokta bakımından inceleme yapılmadığının anlaşılması halinde, dosyanın Yargıtay ilgili dairesine gönderilerek bu hususta

iddiasına dayanan temyiz taleplerinde Yargıtay hem muhakeme normunun doğru uygulanıp uygulanmadığını hem de ilk derece veya bölge adliye mahkemelerince muhakeme normunun uygulandığı olayın doğru tespit edilip edilmediğini denetleyecektir. Temyiz dilekçesinde muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının temyiz sebebi olarak gösterilmemesi ya da gösterilmekle birlikte hükme etki edecek nitelikte olmadığına anlaşılması durumunda usul hükümlerine uygunluk bakımından sadece 5271 sayılı CMK'nın 289. maddesi kapsamında hukuka kesin aykırılık hâllerıyla sınırlı bir temyiz incelemesi yapılacak, inceleme sırasında tespit edilen ancak hükmü etkilemeyen muhakeme hukukuna aykırılıklar Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılmayarak kararda işaret edilmekle yetinilecektir.

Temyiz nedeninin, maddi hukuka aykırılık iddiasına dayanması hâlinde ise maddi hukuka aykırılık nedeniyle hükmün temyiz edilmesi yeterli olup cezaî yaptırımların kişiler üzerindeki telafisi mümkün olmayan ağır sonuçları da gözetilerek somut olayda adaleti gerçekleştirme ve doğru bir hüküm oluşturma ile yükümlü olan Yargıtayca dosyaya yansayan tüm maddi hukuka aykırılıklar tespit edilip temyiz edenin sıfatı da dikkate alınmak suretiyle bozma nedeni yapılması gerekecektir.”(CGK, 28.05.2019, 2018/297 E, 2019/461 K)

⁵⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU,s.1450;CENTEL/ZAFER,s.895.

bir karar verilmesinin istenmesi şeklindedir.⁵⁵

Kararın birkaç noktasına itiraz edilip de bunlardan bir kısmının daire tarafından yerine görülerek düzeltilmesi, diğeri veya diğerlerinin yerinde görülmemesi halinde bu noktalara ilişkin itiraz konusunda bir karar verilmek üzere dosya ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderilecektir.

Uyarıcı ve yol gösterici nitelikteki eleştirinin isabetsiz olduğu gerekçesiyle itiraz kanun yoluna başvurulamaz.⁵⁶

İtirazın reddi halinde, başka bir sebebe dayalı olarak itiraz kanun yoluna başvurmak mümkündür.

Kanımızca vekalet ücretine ilişkin bir uyuşmazlık sebebiyle olağanüstü nitelikteki itiraz yoluna başvurulması mümkün olmamalıdır. Ancak gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu gerekse bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu vekalet ücretine ilişkin itirazlar üzerine de inceleme yapmaktadırlar.⁵⁷

C. İTİRAZIN ETKİLERİ

1. Aktarma Etkisi

7188 sayılı Kanunla CMK'nın 308/A maddesinde yapılan değişiklikle, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazının incelenmesi usulü Yargıtay C.Başsavcılığının itirazına benzer bir şekilde düzenlenmiştir. 7188 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 308/A maddesine göre, itiraz, kararı veren ilgili daireye yapılacaktır. İlgili daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceleyecek, itirazı yerinde görürse kararını düzelterek, yerinde görmez ise

⁵⁵ CMK'nın "308/2. maddesi uyarınca itirazın gönderildiği Özel Daire tarafından itiraz konusunda bir karar verilmeden Ceza Genel Kurulunca değerlendirme yapılmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesine gelince; 5271 sayılı CMK'nun 308. maddesine 6352 sayılı Kanunla eklenen fıkralar birlikte değerlendirildiğinde; Özel Daire kararlarına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz edildiğinde dosyanın itiraz konusunda bir karar verilmek üzere öncelikle Özel Daireye gönderilmesi gerekmekte olup, en kısa sürede itirazı inceleyecek olan Özel Dairenin itirazı yerinde gördüğü takdirde kararını düzeltmesi, aksi takdirde itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle itiraz konusunda bir karar verilmek üzere dosyayı Ceza Genel Kuruluna göndermesi gerekmektedir." (CGK, 03.12.2013,2013/8-210 E, 2013/588 K.)

⁵⁶ CGK, 16.1.2020, 2017/38 E, 2020/9 K.

⁵⁷ CGK, 19.12.2019, 2017/170 E, 2019/709 K; Konya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 10.3.2020, 2020/8 E, 2020/8 K.

dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderecektir.

Kararına itiraz edilen dairenin, “*en kısa sürede*” itirazı inceleyeceği belirtilmekte, itirazı incelemek için azami bir süre öngörülmemiştir. Bu husus eleştiri konusu olmuş ise de,⁵⁸ itirazın niteliği itibariyle inceleme süresi farklı olabilir. Kanımızca itiraz üzerine ilgili daire tarafından duruşma açılması da mümkündür. O nedenle, itirazın incelenmesi bakımından önceden soyut olarak belli bir süre öngörülmemesi isabetli olmuştur.

2. Durdurma Etkisi

Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazının durdurma etkisi bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla hükmün infazına engel olup olmadığı konusunda değişik görüşler ileri sürülebilir. Benzer düzenlemeye sahip Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından da tartışmalı olan bu konuyla ilgili ileri sürülen görüşler inceleme konumuz bakımından da yol gösterici niteliktedir.

Bu noktada, özellikle bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının aleyhe itiraz süresi olan otuz günlük süre içinde hükmün infazının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bir görüşe göre, kanun yoluna başvuru için bir süre öngörülmüş ise, bu süre dolmadan hüküm kesinleşmez ve dolayısıyla infazı mümkün olmaz. Belirlenen sürede kanun yoluna başvuru halinde de ise artık kesinleşmeden ve hükmün infaz edilmesi gerektiğinden söz edilemez⁵⁹. Buna göre, sanık aleyhine itiraz için öngörülen otuz günlük itiraz süresi

⁵⁸ YURTCAN, s.588-589; ÜNVER/HAKERİ, s. 876.

⁵⁹ Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcısının itiraz yoluna başvurusunun cezanın infazına engel olmayacağına dair bkz. ERDEM/ŞENTÜRK, s.177.

Yargıtay C.Başsavcısının itiraz kanun yoluna başvurusu halinde hükmün infazının mümkün olmadığına dair bkz. ALACAKAPTAN, Uğur, Temyiz Mahkemesi Başsavcılığının Yaptığı İtiraz Hükmün Kesinleşmesine Mani Olur mu? AÜHFĐ, C.24, Sa.1-4, (1967), s.289 vd. TOSUN, Temyiz Kararlarına Karşı Kanunyolları, s. 190; ERSOY, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı, s.111; TALAS, s.164. YURTCAN, s.595. Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından konuyu ele alan Yurtcan'a göre, olağan oluş ya da olmayış bakımından önemli kriter, bu yola başvurunun bir süre ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığıdır. İtiraz yoluna otuz günlük süre içinde başvurma imkânı tanındığına göre hüküm bu sürenin geçmesiyle kesinleşir. İtiraz yoluna başvurunun yalnızca başsavcıya tanınması bu yolu olağanüstü bir kanun yolu haline getirmez (YURTCAN, s. 595). Yenisey/Nuhoğlu'na göre, verilen karar niteliği bakımından kesin olmasına karşın, itiraz için otuz günlük bir sürenin tanınması, sürenin ve açılmışsa itiraz davasının sonuna kadar yerine getirmenin geri bırakıldığı kanun tarafından kabul edildiği anlamına gelir. Yazarlara göre bunun için hakim kararı alınmasına da gerek yoktur. (YENİSEY/NUHOĞLU, s. 942). Öztürk ve diğerleri ise, itiraz yoluna başvurusunun infaza engel olmadığını, ancak itiraz mercii tarafından bu konuda bir karar verilebileceğini belirtmektedirler. (ÖZTÜRK/TEZCAN/

içinde bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin verdiği karar kesinleşmeyecek ve infaz edilemeyecektir.

Sanığın lehine mi yoksa aleyhine mi itiraz yoluna başvurulacağı henüz bilinmediği otuz günlük süre içinde hükmün kesinleşmeyeceği ve infaz edilemeyeceği, ancak otuz günlük süre dolduktan sonra sanık lehine başvuru yapılsa bile bunun hükmün kesinleşmesini ve infazını engellemeyeceği de ileri sürülmüştür.⁶⁰

Bir diğer görüşe göre ise, itirazın belli bir süreye tabi tutulması kesinleşmeyi engellemez; ancak hükmün yerine getirilmesini geri bırakır. Bu görüş sahiplerine göre, karar niteliği itibariyle kesin olmasına rağmen, itiraz için otuz günlük bir süre tanınmasından, kanunun, otuz günlük süre boyunca, eğer itiraz kanun yoluna başvurulmuş ise davanın sonuna kadar infazın geri bırakılmasını kabul ettiği anlamına gelir.⁶¹

Esasında otuz günlük süre dolmadan hükmün kesinleşmeyeceği ve infaz edilemeyeceği şeklindeki görüşün altında yatan neden, karara itiraz edilmesinin mümkün olduğu aşamada kesinleşmenin ve dolayısıyla infazın mümkün olmayacağı düşüncesidir. Sanık lehine itirazın bir süre ile sınırlandırılmadığına ve otuz günlük süreden sonra da her an itiraz edilmesi muhtemel ve mümkün olduğuna göre, bölge adliye mahkemesinin kesin nitelikteki kararlarının infaz edilmesi de mümkün olmayacaktır. Kanun koyucunun bu sonucu istediği söylenemez.

Bizimde katıldığımız görüşe göre, verilen karar veya hükme itiraz edilmesinin süreye tabi tutulması kesinleşme ve infaza engel olmaz.⁶²Gerçekten, aleyhine olağan kanun yoluna başvurulamayan hüküm artık kesinleşmiş demektir. Kesinleşen hükmün infaz edilebilir olması kuraldır; ancak kanunda açık hüküm öngörülmek suretiyle infazın yerine getirilmesi geri bırakılabilir veya durdurulabilir. Örneğin olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi bakımından CMK'nın 312/1. maddesinin ilk

ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT /ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ /ALTINOK VILLEMIN/TOK, s751.

⁶⁰ TOSUN, Kanunyollarının Çeşitleri, s.22.

⁶¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1451. TALAS, s. 170. Ünver/Hakeri, Yargıtay C.Başsavcısının itirazını olağan bir kanun yolu olarak kabul etmelerine rağmen, itiraz kanun yoluna başvurulmasının infaza engel olmayacağını savunmaktadırlar. ÜNVER/HAKERİ, s. 792.

⁶² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s.790; CENTEL/ZAFER, s.895; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.297; ÜNVER/HAKERİ, s. 875, ARSLAN, s.143; ÖZEN, s. 923.

cümlesinde; “*yargılamanın yenilenmesi istemi hükmün infazını ertelemez*” denilerek, bu konudaki kural vurgulanmıştır. Maddenin ikinci cümlesinde ise, “*ancak mahkeme, infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir*” denilerek istisnaya yer verilmiştir. Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı kanun yoluna başvurulduğunda hükmün infazının geri bırakılabileceğine veya infazın durdurulabileceğine ilişkin kanunda açık bir hüküm yer almadığına göre, itiraz yoluna başvurulması hükmün kesinleşmesini ve infazını etkilemeyecektir. Bu konuda görüş açıklayan yazarlardan Erdem/Şentürk de, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazının infaza engel olmayacağını savunmaktadırlar.⁶³ Kanunda buna olanak tanıyan bir hüküm bulunmadığından, itiraz merciinin resen veya talep üzerine infazı erteleme veya durdurma yetkisi de bulunmamaktadır.⁶⁴ 5275 sayılı 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda da, itiraz halinde infazın erteleneceği veya durdurulacağına dair bir hüküm de yer almamaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, olası tereddütleri gidermek bakımından olağan nitelikteki istinafkanun yoluna başvurulmasının hükmün kesinleşmesini engelleyeceğine dair hüküm öngörme ihtiyacı duyan kanun koyucu, eğer istisnai nitelikte olan ve yalnızca bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına tanınan itiraz kanun yoluna başvuru halinde, hükmün kesinleşmemesini arzu etseydi buna ilişkin açık bir düzenleme yapma yoluna giderdi.

Hükmün kesinleşmesi ile hükmün infazı ilişkili olmakla beraber farklı hususlardır. İnfaz için hükmün kesinleşmesi zorunludur; ancak infaz edilebilmesi için hükmü veren mahkeme tarafından hükmün hangi tarihte ve ne şekilde kesinleştiğine dair bir şerh verilmesi ve daha sonra da infaz için ilgili C.Başsavcılığına gönderilmesi gerekir (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 4-5, CMK m.36). Kesinleşme şerhi taşımayan hükmün infazı mümkün değildir. Bu süreç, genellikle otuz günlük süreyi aştığından, bu süre içinde infaz pek gündeme gelmemektedir. Hatta aynı karar ile birden fazla sanık hakkında hüküm kurulup da diğer sanıklar hakkında kurulan hükümlere yönelik itiraz yoluna başvurulmadığında da, gerek Yargıtay gerekse bölge adliye mahkemesi ceza daireleri ayırma kararı verme yoluna gitmediklerinde-ki genellikle bu yola başvurulmamaktadır.

⁶³ ERDEM/ŞENTÜRK, s. 177.

⁶⁴ Erdem/Şentürk ve Birtek, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazının kendiliğinden infazı durdurmayacağını, ancak itiraz merciinin infazın durdurulmasına karar verebileceğini belirtmektedir. ERDEM/ŞENTÜRK, s. 177; BİRTEK, s. 355.

hakkındaki hükme karşı itiraz yoluna başvurulmayan sanıkların hükümleri de infaz edilememektedir.

İtiraz için öngörülen otuz günlük sürede cezanın infazına başlanması çok zor ise de imkânsız değildir. Gerçekten, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ve otuz günlük süre içinde kesinleşme ve infaz işlemlerine başlanmasından sonra sanık aleyhine itiraz yoluna başvurulması muhtemeldir. İşte bu ihtimalde, gerek sanık aleyhine gerekse sanık lehine yapılacak itiraz infazı durdurmayacaktır.⁶⁵Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da benzer bir düzenlemeye sahip Yargıtay C.Başsavcısının itirazına ilişkin dosyalarda infazın durdurulmasına veya ertelenmesine ilişkin bir kararına tesadüf etmedik.⁶⁶

c. Bireysel Başvuru Bakımından Etkisi

Anayasa'nın 148/3. maddesine göre, bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olmasının şarttır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Kanun'un 45/2. maddesinde, bireysel başvuruda bulunabilmek için "*kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir*" denilmektedir. Kanımızca, 6216 sayılı Kanunun 45/2. maddesinde sözü edilen "*yargısal başvuru yolları*"ndan olağan kanun yolları anlaşılmalıdır. Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı, kesin nitelikteki kararlara karşı başvurulabilen olağanüstü bir kanun yolu olduğundan, bireysel başvuruda bulunmak için bu yolun tüketilmesi gerekli değildir.⁶⁷ Dolayısıyla inceleme konumuz bakımından kesin nitelikteki

⁶⁵ Bu durumu bilen sanık ve müdafileri, genellikle dosya henüz ilk derece mahkemesine gönderilmeden önce bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına başvurarak, itiraz yoluna başvurulmasını talep etmektedirler. Öyle ki, hükmün infazını mümkün oldukça erteletmek için sanık ve müdafilerinin, taleplerinin reddedilmesinden hemen sonra yeni bir talepte bulunma yoluna gittikleri gözlenmektedir.

⁶⁶ Ögretide, olağan itiraz yoluna başvurulmasının cezanın infazını engellemeyeceği ancak CGK'nın bu konuda bir karar verebileceği belirtilmekteyse de (ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/ SAYGILARKIRIT/ALANAKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ /ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.751), kanunda CGK'na infazı durdurma veya erteleme yetkisi verilmiş olmadığından, CGK'nın bu yönde bir karar vermesinin mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Aynı şey, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu bakımından da geçerlidir.

⁶⁷ Bu konudaki değişik görüşler bakımından bkz. TURABİ, Selami, "Bireysel Başvuruda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı", **Akademik Teklif**, Sa.1, (Temmuz 2013); ERSOY, Uğur, "Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları", ABD, Sa.2, (2016).

bir karara karşı, bölge adliye mahkemesi C. Başsavcılığının otuz günlük aleyhe itiraz yoluna başvurma süresi dolmadan da bireysel başvuruda bulunabilmek mümkündür.⁶⁸ Tarafların “*itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.*”⁶⁹

AİHM de, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’na tanınmış bu yetkinin, Yargıtay ceza dairesinin kararını ortadan kaldırmayı amaçlayan olağanüstü bir kanun yolu olduğunu, bu yola gidilmesi yetkisinin Başsavcıya ait olduğunu ve bundan dolayı bu kanun yolunun bireylerin doğrudan kullanabilecekleri bir kanun yolu olmadığını belirtmiş; bundan dolayı da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın itirazının, AİHS m.35/1 anlamında tüketilmesi gereken iç hukuk yollarından birisi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.⁷⁰

Burada üzerinde durulması gereken husus şudur: Acaba bölge adliye mahkemesi Başsavcılığı itiraz yoluna başvurmuş ise, bu durum bireysel başvuruda bulunmaya engel teşkil eder mi? Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru için tüketilmesi gereken kanun yollarının olağan kanun yolları olduğunu kabul etmekle beraber, benzer nitelikteki Yargıtay C. Başsavcısının itirazı üzerine daire kararının kaldırılmasının muhtemel olduğunu, dolayısıyla, etkili olduğu açık olan bu kanun yolunun sonucunun beklenmesi gerektiğine karar vermiştir. AYM, bu sonuca ulaşırken, aynı dava sürecinin farklı düzlemlerde hem Anayasa Mahkemesince hem de Yargıtay Ceza Genel Kurulunca yargısal incelemeye tabi tutulması, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurudaki ikincil nitelikteki rolüne uygun olmayacağı şeklindeki gerekçeye de dayanmıştır.⁷¹ AYM tarafından ulaşılan sonucun isabetli olduğunu düşünmekte ve bölge adliye mahkemesi C. Başsavcılığının itirazı bakımından da aynı yönde karar verilmesini beklemekteyiz.

⁶⁸ Aksi yöndeki görüş için bkz. TURABİ, s.118-119.

⁶⁹ AYM, İkinci Bölüm, Mehmet Mercan, Başvuru No: 2013/2001, 16/5/2013, pg.18.

⁷⁰ AİHM, Başvuru No: 40965/10, 18.10.2011.

⁷¹ AYM, Birinci Bölüm, Fuat Karaosmanoğlu, Başvuru No: 2013/9044, 05.11.2014, pg.46.

V. İTİRAZ YETKİSİ, USULÜ, SÜRESİ VE İTİRAZIN GERİ ALINMASI

A.İTİRAZ YETKİSİ

1. Genel Olarak

CMK'nın 308. maddesine göre, itiraz yoluna başvurma yetkisi yalnızca Yargıtay C.Başsavcısına aittir. Buna karşılık, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı itiraz yoluna başvurma yetkisi bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına verilmiştir. Belirtelim ki bu farklılık bir dikkatsizlik sonucu oluşmuş değildir. CMK'nın 308/A maddesinde de değişiklik yapan 7035 sayılı Kanunun Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında bu satırların yazarı tarafından her iki düzenleme arasındaki farklılığa ve muhtemel sorunlara dikkat çekilmiş, ancak 7035 sayılı Kanun Tasarısında yer alan "bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı" ifadesinin değiştirilmesi uygun görülmemiştir.⁷²

Kanunda, itiraz yetkisi bölge adliye mahkemesi C.Başsavcısına değil de bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına verildiğinden, bölge adliye mahkemesi C.Savcılarında birinin C.Başsavcısından habersiz olarak yaptığı itiraz hukuken geçerli bir itiraz olacaktır. Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri veya ceza daireleri başkanlar kurulu, C.Başsavcısının onayı olmadan yapıldığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar veremez.⁷³ Elbette ki, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcısı yapılan itirazı geri alabilir.

Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı resen veya yapılan başvurular üzerine itiraz kanun yoluna başvurabilir. Kişilerin itiraz yoluna başvurma talebi, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığını itiraz yoluna başvurmaya tahrik etmek amacını taşır ve bu işlevi görür. Bu talep, esas itibarıyla bölge adliye mahkemesi ceza daireleri kararının hatalı ve hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir ihbar niteliğindedir. CMK'nın 260. maddesinde gösterilip karardan etkilenen kişilerin itiraz yoluna başvurma talebinde bulunmakta hukuksal

⁷² Adalet Komisyonunun 19.06.2017 tarihli oturumuna ilişkin tutanak için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1927.

⁷³ KAYMAZ, Ceza Muhakemesinde İstinaf, s.336. Yurtcan, CMK'nın 308/A maddesindeki bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Yazar'a göre, nasıl ki CMK'nın 308. maddesi ile itiraz kanun yoluna başvurma yetkisi Yargıtay C.Başsavcısına verilmiş ise, CMK'nın 308/A maddesinde düzenlenen olağanüstü itiraz yoluna başvurma yetkisinin de bölge adliye mahkemesi C.Başsavcısına tanınması gerekir. Yazar, bu yetkinin bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına tanınmasının sisteme aykırı olduğunu ve mutlaka değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. YURTCAN, s. 598.

menfaatlerinin bulunduğu kuşku yoktur. Bu talebin kabul edilmemesi, ilgilerin tekrar talepte bulunmasına engel değildir. İtiraz yoluna başvurma talebinin reddine ilişkin karara karşı başvurulacak bir kanun yolu mevcut değildir.

Acaba CMK'nın 260.maddesinde gösterilenler dışında bir kişi, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına başvurarak itiraz yoluna gidilmesi talebinde bulunamaz mı? Bu şekilde bir talep üzerine bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı ne şekilde hareket etmelidir? Yukarıda, kişilerin, ceza daireleri kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulmasını talep etmelerinin ihbar niteliğinde olduğunu belirtmiştik. Bu açıdan bakıldığında, pek olası olmamakla beraber, CMK'nın 260. maddesi dışındaki kişilerin de itiraz talebinde bulunmalarına bir engel olmadığını düşünmekteyiz. Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı bu gibi talepler üzerine de itiraz kanun yoluna başvurulmasına gerek bulunup bulunmadığı hususunu değerlendirmelidir.

İtiraz kanun yoluna başvurulması uygun görülmediğinde, itiraz yoluna başvurulmasında hukuksal bir menfaati bulunmayan kişilere bir bildirimde bulunulmasına gerek bulunmadığını düşünmekteyiz.

2. İtiraz Yetkisinin Yalnızca C.Başsavcılığına Tanınmasının Silahların Eşitliği İlkesine Aykırı Olup Olmadığı

Bölge adliye mahkemesinin kesin nitelikteki kararlarına karşı yalnızca bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itiraz yoluna başvurabilmesi, sanığa itiraz yetkisi tanınmaması silahların eşitliği ilkesine aykırıdır, denebilir.⁷⁴ Ancak, itiraz kanun yolunun olağanüstü nitelikte olmasından kaynaklanan bu durum silahların eşitliği ilkesini zedelemeyiz.⁷⁵ Kaldı ki silahların eşitliği ilkesi bakımından önemli olan, sanığın yapılan işlemlerden haberdar olması, davayı kendi açısından ortaya koyma ve kendi lehine olabilecek argümanları ileri sürmesine olanak tanınmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, bölge adliye mahkemesinin kesin nitelikteki kararlarına karşı itiraz etme yetkisinin yalnızca bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına tanınması silahların eşitliği ilkesini zedelemeyiz.⁷⁶

⁷⁴ CENTEL/ZAFER,s.894

⁷⁵ Olağanüstü nitelikte bir itiraz yolu öngörüldüğünde, bu kanun yoluna başvurma yetkisinin sınırlandırılması zorunludur. Bu yetkinin, yalnızca kamu adına iddia faaliyetinde bulunan ve kamu yararının bekçisi durumundaki C.Savcısına tanınması gerekli ve yararlıdır. CMK'nın 260. maddesinde gösterilen kişilerin hepsine itiraz kanun yoluna başvurma hakkının verilmesi, gereksiz başvurulara ve itirazı inceleyecek ceza dairesi başkanlar kurulunun etkili denetim yapamaması ve karar kalitesinin düşmesine neden olur.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. ERSOY, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı, s. 97.

Bununla birlikte, özellikle aleyhe itiraz halinde, itirazın sanığa da tebliğ edilmesi ve itiraza karşı kendi görüşlerini sunma imkânı verilmemesi, hem silahların eşitliği ilkesine hem de çelişme ilkesine aykırıdır. Silahların eşitliği ilkesi uyarınca, kural olarak sanığın bütün deliller hakkında bilgi sahibi olması yanında iddia makamının iddiaları ve görüşleri hakkında da bilgi sahibi olması ve bunlara ilişkin kendi görüşlerini sunma imkânına sahip bulunması lazımdır. AİHM'e göre, silahların eşitliği ilkesi uyarınca, tarafsız ve bağımsız görevliler ve hatta mahkemelerin görüş veya kararlarına karşı da sanığın görüşünü bildirme hakkı bulunmaktadır;⁷⁷ sanığa bu imkânının

⁷⁷ İNCEOĞLU, Sibel, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ankara 2013, s. 239. İsviçre aleyhine yapılan başvuruya konu olayda, yerel mahkeme bir hukuksal uyumsuzlukta başvurucu aleyhine karar vermiştir. Yasa yoluna başvuran başvurucunun talebi, kanton mahkemesince yerinde görülmemiş, başvurucunun temyizi üzerine dosya Federal Mahkemeye gönderilmiştir. Kanton Mahkemesi, Federal Yargılama Kanunu'nun 56. maddesinin vermiş olduğu yetkiye dayalı olarak, kararını savunmak ve yargılamayı hızlandırmak amacıyla yazdığı notta, başvurucunun haksız ve yerel mahkeme kararının doğru olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, bu notun kendisine gönderilmemesi nedeniyle notu inceleme ve kendi görüşlerini sunma imkânı bulmadığını ve bu sebeple silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hükümet, Kanton Mahkemesinin, Federal Yargılama Kanunu'nun 56. maddesinin vermiş olduğu yetkiye dayalı olarak vermiş olduğu kararı savunmak ve yargılamayı hızlandırmak amacıyla yazmış olduğu notun içeriğinde, kararda yazılı hususların dışında yeni bir bilgi ve argüman olmadığını, kararın içeriğinin genişletilmesi niteliğinde bir hususun notta yer almadığını savunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, davaya konu olayda silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğini, ancak tarafların karşı görüşlerini sunma ve ileri sürülen görüşler konusunda yorumda bulunma imkânına sahip olmamaları nedeniyle AİHS'in 6/1 maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kanton Mahkemesinin görüş ve gözlemlerini içeren not yazması şeklindeki bir uygulamanın, Avrupa Konseyine üye ülkelerde nadiren rastlanan bir durum olduğunu belirtmekle beraber, yalnızca bu şekilde bir not yazılmasının adil yargılama ilkesini ihlal etmeyeceğini belirtmiştir.

AİHM, öncelikle silahların eşitliği ilkesi uyarınca, davanın taraflarına, kendi iddia ve savunmalarını yapma imkânının verilmesi, taraflardan birinin diğeri veya diğeri karşısında dezavantajlı bir konuma düşürülmemesi gerektiğine vurgu yapmıştır. AİHM devamla, inceleme konusu davada Kanton Mahkemesinin düzenlemiş olduğu notla ilgili taraflarla bir görüşme yapılmadığını ve bilgi vermediğini, bağımsız olan Kanton Mahkemesinin davacı veya davalının karşısında yer alan bir taraf olmadığını, dolayısıyla Kanton Mahkemesinin bizatihi not düzenlemiş olmasının silahların eşitliği ilkesini ihlal etmediğini tespit etmiştir.

Bununla birlikte, adil yargılanma kavramının; dosyaya sunulan deliller ile görüşler hakkında uyumsuzluğun taraflarının bilgi sahibi olmasını ve bu deliller ile görüşler konusunda yorum yapmasını da içerdiğini belirten AİHM'e göre, tarafsız bir mahkemenin gözlem ve görüşlerini de içerse, tarafların bu konuda bilgi sahibi olmaları ve buna ilişkin yorum yapma ve görüşmelerini sunma olanağına sahip olmaları lazımdır.

Bu sebeplerle AİHM, Kanton Mahkemesi tarafından düzenlenen notun başvurucuya gönderilmemesi ve başvurucuya bu notla ilgili görüşlerini sunma imkânı verilmemesi

tanınmaması silahların eşitliği ilkesi, çelişme ilkesi dolayısıyla adil yargılama ilkesinin ihlali niteliğindedir. O nedenle, nasıl ki Yargıtay C.Savcısının tebliğnamesinin aleyhe görüş içermesi halinde sanığa tebliği zorunlu ise, (CMK m.297/1) bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı itirazının sanığın aleyhine olması halinde sanığa tebliğ edilip itiraza karşı görüşlerini bildirme imkânı verilmelidir.⁷⁸ Gerek çelişme ilkesi gerekse silahların eşitliği ilkesine

nedeniyle Sözleşmenin 6/1. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. *Nideröst-Huber/ İsviçre*, Başvuru No: 18990/91, 18/02/1997.

⁷⁸ ERSOY, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı, s. 97-98.Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından aynı yöndeki görüş için bkz. TALAS, s. 158.

Bilindiği üzere, AİHM, 2002 yılında vermiş olduğu Göç/Türkiye kararında, aleyhe görüş içeren Yargıtay C.Başsavcılığı tebliğnamesinin sanığa tebliğ edilmemesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiş;(Göç/Türkiye, Başvuru No. 36590/97, 11.7.2002. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60597>.(Erişim Tarihi:24.8.2020).bunun üzerine yasal düzenleme yapılarak aleyhe görüş içeren tebliğnamenin taraflara tebliğ edilmesi öngörülmüştür (CMK m.297/3). Ancak, CMK'da Yargıtay C.Başsavcısının itiraznamesinin taraflara tebliğini öngören bir hüküm bulunmamaktadır.

Bireysel başvuruya konu olan bir davada, ilk derece mahkemesince sanığın mahkûmiyetine karar verilmiş; temyiz üzerine dosyanın gönderildiği Yargıtay C.Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamede gerekçe içermeksizin hükmün onanması yönünde görüş bildirilmiştir. Yargıtay özel dairesi tarafından, sanığın beraati yerine mahkûmiyet kararı verilmesinin isabetsiz olduğu gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay C.Başsavcılığı, bozma kararının isabetsiz olduğu gerekçesiyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur. Sanığa tebliğ edilen tebliğnamede herhangi bir gerekçe bulunmaması, ayrıntılı açıklama ve gerekçe içeren itiraznamenin ise sanığa tebliğ edilmemesi AYM tarafından, adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunmuştur.

“37. İtirazname, Dairenin kararını yeniden gözden geçirmesi sürecini başlatan ve sonuçları itibarıyla esaslı nitelikte bir usul işlemidir. Bu işlem üzerine Dairenin itiraznameye konu talep yönünde kararını değiştirme veya istemi yerinde görmediği takdirde dosyayı Ceza Genel Kuruluna gönderme mecburiyeti ve sonuçta başvuru aleyhine bir karar verilmesi ihtimali doğmaktadır. Dolayısıyla başvuru Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraznamesinde haberdar edilmesi, itirazname içeriğindeki iddialara karşı savunmalarda bulunabilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Aksi takdirde başvuru Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iddialarına karşı görüş bildirme imkânı elinden alınarak anılan merci karşısında zayıf ve dezavantajlı bir konuma düşebileceği açıktır.

38. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraznamesi başvuru aleyhine tebliğ edilmemiş, başvuru bu itiraznameden bozma kararının kendisine tebliğiyle birlikte haberdar olmuştur. Başvurucunun çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı bir uygulamaya maruz kaldığı açıktır. Ancak bu aykırılığın adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlale yol açtığı söylenmesi için bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediği değerlendirilmelidir. Bu sebeple itiraznamede dile getirilen görüşlerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yargılama sürecinde daha önce dile getirilip getirilmediği, bir başka deyişle başvuru Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraznamede belirttiği görüşlerine daha önce vakıf olup olmadığı, karşı beyanda bulunma imkânı elde edip etmediği önemlidir.

aykırı olan mevcut durumun düzeltilmesi açısından kanunda bu yönde bir değişiklik yapılmalıdır.

B. İTİRAZ USULÜ

CMK'nın 308/A maddesinde itirazın şekli ve usulü konusunda bir hüküm mevcut değilse de, itirazın yazılı olması ve itiraz yazısında sebep gösterilmesi şarttır. Zira olağan bir kanun yolu olan istinaf başvurusunda C.Savcısının istinaf sebeplerini göstermesi arandığına göre, olağanüstü nitelikteki itiraz başvurusunda itiraz sebeplerinin gösterilmemesi düşünülemez.

CMK'nın 273/1. maddesinde, zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle istinaf kanun yoluna başvurulması kabul edilmiş ise de bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı bakımından bu yönde bir hüküm öngörülmediğine göre itiraz yazılı olmalıdır.⁷⁹

Sanık aleyhine yapılacak itirazda sürenin kaçırılmaması için uygulamada süre tutum dilekçesi olarak da adlandırılan sebep içermeyen bir dilekçe ile başvuru yapıp daha sonra itiraz sebeplerinin bildirilmesi mümkün müdür? Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından öğretide, bütün itiraz nedenlerinin otuz günlük sürede bildirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁸⁰

39. Öte yandan başvurunun Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraznamesindeki görüşlerinden yargılama sürecinin önceki safhalarında da haberdar olmadığı anlaşılmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı daha önce başvurucunun temiz talebine karşılık olarak Daireye tebliğname sunmuş ise de bu tebliğnamede detaylı gerekçeye yer verilmeksizin ilk derece mahkemesi kararının onanması yolunda görüş bildirilmiştir. Başvurucunun Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraznamede yer alan görüşüne karşı yargılamanın önceki safhalarında beyanda bulunma imkânı elde edemediği görülmektedir. Sonuç olarak Daire tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraznamesi başvuruca tebliğ edilmeksizin başvuruca aleyhine karar verilmesinin bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği anlaşılmaktadır.

40. Açıklanan gerekçelerle başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır." (AYM, Birinci Bölüm, Hacı Karabulut, Başvuru No:2017/14871, 9.10.2019, pg.37-40).

⁷⁹ Yargıtay C.Başsavcısının itirazının düzenlendiği CMK'nın 308.maddesinin gerekçesinde; "... İtiraz nedenlerinin açık ve gerekçeleriyle yazılı olarak bildirilmesi gerekir" denilerek itirazın yazılı olması ve itiraz sebeplerinin gösterilmesi gerektiği açıkça belirtilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre de; "itiraz, daire kararında gerek maddi ve gerek usul hukukuna aykırı olduğu saptanan hususlara yönelik olabilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı itiraz yasa yoluna başvurusunu "itirazname" denilen belgeyi düzenleyerek yapar. İtiraz başvurusunda itiraz nedenlerinin açık ve gerekçesiyle birlikte yazılı olarak bildirilmesi gerekir." (CGK, 28.05.2019, 2018/297 E, 2019/461 K)

⁸⁰ KUNTER, Olağanüstü İtirazda Yargılama ile İlgili Sorunlar, s. 591; ERDEM/ŞENTÜRK, s. 246; TALAS, s. 170-171. Aksi görüş için bkz. ARSLAN, s.136-137.

Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından uygulama da bu yöndedir.⁸¹ Ancak bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu sebebe bağlı olmaksızın inceleme yaptığına göre, otuz günlük süreden sonra verilen ek itiraz yazısındaki sebepler yerinde ve haklı ise, ceza daireleri başkanlar kurulunun bu sebeplerin geç ileri sürüldüğü gerekçesiyle göz ardı etmesi söz konusu olamaz. Özellikle, bölge adliye mahkemesinin duruşmalı inceleme sonucu hüküm kurduğu ve gerekçeli kararın da otuz günden sonra yazılması halinde, ilave itiraz sebeplerine yer verme ihtiyacı ortaya çıkabilecektir.

C. İTİRAZ SÜRESİ

Sanık lehine yapılacak itiraz herhangi bir süreye tabi değildir. Ancak sanık aleyhine yapılacak itirazda süre, kararın bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına verildiği tarihten itibaren otuz gündür.

Cumhuriyet Başsavcılığına yapılacak tebligat, tebliği gereken evrakın aslının verilmesi suretiyle olur (CMK m.38). 6352 sayılı Kanunla CMK'na eklenen 38/A maddesine göre, her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde UYAP'ın kullanılacağı ve güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararların elektronik ortamda gönderileceği belirtilmektedir. Buna göre, UYAP üzerinden elektronik ortamda gönderilen kararın ilgili C.Savcısının UYAP ekranına düştüğü anda kararın C.Başsavcılığına verildiği kabul edilmelidir.⁸² Gün ile belirlenen süreler, tebligatın yapıldığının ertesi günü

⁸¹ İBK, 9.5.1956, 1956/6 E, 1956/4 K. ŞENER, s. 1054. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun uygulaması da, itiraz bakımından, otuz günlük süre içinde süre tutum dilekçesi verilmesi, daha sonra ise ayrıntılı sebeplerin ileri sürülmesinin mümkün olmadığı şeklindedir. "Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının en belirgin özelliği süreye bağlı olmasıdır. Her ne kadar Ceza Genel Kurulu itiraz sebeplerine, bağlı olarak inceleme yapmak zorunda değilse de, Yargıtayca C. Başsavcılığı itiraza ilişkin yazısında itirazın nedenlerini açıkça belirtmek durumundadır. Yoksa bir yazı ile süreyi saklı tutup, ilerde gerekçeli itirazını sunmasına yasal açıdan olanak yoktur. Bu da göstermektedir ki, Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazında, yasada öngörülen otuz günlük süreye uyulmasında mutlak zorunluluk bulunmaktadır." (CGK, 14.10.1997, 1997/6-175 E, 1997/196 K) 1956 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı ve bu yöndeki CGK kararlarına göre, Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından, aleyhe itirazda, bütün itiraz sebeplerinin 30 günlük süre içinde bildirilmesi gerekir. Ancak, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun sebebe bağlı olmaksızın inceleme yaptığı o dönemde bu şekilde bir sınırlama yapmanın mantığı yoktu; ileri sürülen sebepler incelemeyi yapan CGK'nı bağlamadığından yalnızca CGK'nı uyarma ve bilgilendirme işlevi görmekteydi. Aynı şey, 5271 sayılı CMK döneminde de, kabul edilebilir bir başvuruda sebebe bağlı olmaksızın inceleme yapan CGK bakımından da geçerlidir.

⁸² Kanun yollarına ilişkin sürenin, kararın UYAP ortamında ilgili C.Savcısının ekranına düştüğü anda başlayıp başlamayacağı hususunda uygulamada tereddütler yaşanmış ve farklı uygulamalar yapılmıştır. Yargıtay, CMK'nın 38/A maddesine göre, UYAP ortamında gönderilen kararın ilgili C.Savcısının ekranına düştüğü tarihte tebliğ edilmiş sayılacağına karar

işlemeye başlayacağından, kararın fiziken C.Başsavcılığına verilmesi veya UYAP ortamında elektronik olarak gönderilen kararın ilgili C.Savcısının ekranına düştüğü günün ertesi günü otuz günlük süre başlamış olacaktır.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerindeki duruşmalara C.Savcısı da katılmakta ve karar C.Savcısının huzurunda verilmektedir. Olağan kanun yolları bakımından yüze karşı tefhim edilen kararlarda, kanun yoluna başvurma süresi kararın duruşmada açıklandığı tarihten itibaren başlamaktadır (CMK m.273). Ancak CMK'nın 308/A maddesinde, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde itiraz yoluna başvurabileceği belirtilmektedir. O nedenle, duruşmada C.Savcısının huzurunda açıklanan kararlar bakımından da itiraz süresi gerekçeli kararın bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına verildiği tarihten itibaren başlayacaktır.

İtiraz, hem sanığın lehine hem de aleyhine olabilir. Bu durumda, eğer kararın bölge adliye mahkemesi C.Savcılığına tebliğinden itibaren otuz gün geçmemiş ise bir sorun çıkmaz. Ancak, kararın bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına tebliğinden itibaren otuz gün geçtikten sonra itiraz yoluna gidilmiş ise, lehe itiraz incelenmeli aleyhe itiraz ise reddedilmelidir.

Sanık lehine itirazda süre bakımından bir üst sınır öngörülmemiştir. Kanımızca bu durumda, itiraz yoluna başvurmakta hukuksal bir menfaatin mevcut olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmalı, eğer itiraz yoluna başvurmakta hukuksal bir menfaat mevcut değilse itiraz yoluna başvurulması kabul edilmemelidir. Cezanın infaz edilmiş olması tek başına hükümlü lehine itiraz yoluna başvurulmasına engel değildir; ceza infaz edilmekle birlikte, tekerrür süresi dolmamış veya mahkûmiyete bağlı hak yoksunlukları devam etmekte ise itiraz yoluna başvurmakta bir menfaat var demektir. Ancak, tekerrür süresi dolmuş ve mahkûmiyete bağlı hak yoksunlukları da sona ermiş ise artık itiraz yoluna başvurmakta hükümlünün bir menfaati olmadığını kabul etmek gerekir.⁸³ Bu noktada, hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasında ve hukuka aykırı kararın ortadan kaldırılmasında kamu yararı bulunduğu, o

vermiştir.

“Gereği görüşülüp düşünüldü: (.....) Elektronik imza ile imzalanarak elektronik ortamda gönderilen kararlar yönünden Cumhuriyet Savcısının İstinaf kanun yoluna başvuru süresinin özel ve sonraki düzenleme olması sebebiyle CMK.nun 38/A maddesi gereğince kararın Cumhuriyet Savcısının UYAP ekranına düştüğü tarihte tebliğ edilmiş sayılacağından...”, (Yargıtay 8.CD, 15.10.2018, 2018/6108 E, 2018/10951 K)

⁸³ ARSLAN, s.140.

nedenle hüküm infaz edilmiş ve mahkûmiyetin sonuçları ortadan kalkmış bulunsa bile bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının hukuka aykırı karar aleyhine itiraz yoluna başvurması gerektiği düşünülebilir. Ancak bilindiği üzere, istinaf kanun yolunun amacı içtihat birliği sağlanması değildir; bu görev Yargıtay'a aittir. O nedenle, eğer ceza ve cezanın sonuçları bakımından hükümlü lehine bir sonuç ortaya çıkmayacaksa olağanüstü nitelikteki bu kanun yoluna başvurulamazdır.

Yargıtay, haksız uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarında “sanık” değil, “davacı” sıfatını taşıyan bir kişinin sözkonusu olması, CMK’nın 308. maddesinde ise “sanık”tan söz edilmesi nedeniyle, haksız uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası açan kişiler hakkında verilen karara karşı davacı lehine yapılan başvurunun otuz günlük süre ile sınırlı olduğuna karar vermektedir.⁸⁴ Ulaşılan sonuç doğrudur; ancak bu sonuca tazminat davasının niteliğinden yola çıkarak ulaşmak daha isabetlidir. Davacı ve davalının söz konusu olduğu tazminat davası, ceza davasıyla ilişkili olmakla beraber ondan bağımsız bir davadır; ceza davasının sanığı olan davacı lehine itiraz kanun yoluna başvurulmasının süre ile sınırlı olmadığı ileri sürülemez. Aynı şey, tazminat davasının davalısı konumundaki idare bakımından da geçerlidir. Davacı veya davalı lehine yapılacak itiraz, diğer tarafın malvarlığı bakımından bir artışa veya azalmaya neden olacaktır. Konusu parasal bir değer olan bu davayla ilgili verilen hükme karşı itiraz yoluna başvurulduğunda, süre bakımından davacı veya davalı lehine bir durum yaratmanın haklı bir nedeni yoktur; CMK’nın 308/A maddesi hükümleri de bu şekilde bir yoruma elverişli değildir. O nedenle, gerek davalı gerekse davacı lehine yapılacak itiraz otuz günlük süreye tabi olmalıdır.

⁸⁴ “Sanık kavramı, CMY’nin 2. maddesinin, 1. fıkranın, (b) bendinde, “Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar; suç şüphesi altında bulunan kişi” olarak tanımlanmıştır.

Somut olayda, lehine itiraz yasa yoluna başvuru yapan kişi, “sanık” sıfatında bir kimse değildir. Hakkındaki ceza yargılamasının beraat hükmü ile sonlanması nedeniyle sanıklık sıfatı kalkmış, Anayasa ve 466 sayılı Yasa hükümleri gereğince, haksız tutuklanma nedeniyle tazminat isteyen, “davacı” konumu gerçekleştirmiştir. Bu nedenle, “sanık” sıfatını taşıyanlar için geçerli bulunan “lehe itiraz yasa yoluna başvurulduğunda süre koşulu aranmayacağı” yönündeki usul kuralının bu sıfatı taşımayan haksız tutuklama tazminatı davacısı yönünden geçerli sayılabilmesi olanaklı değildir. Yargıtay C.Başsavcılığı bu konulardaki itirazların ilamın kendisine tevdiinden itibaren 30 günlük yasal sürede yapılmadıkça itirazın Ceza Genel Kurulu’na görüşülmesi olanağı kalmayacaktır.

Bu itibarla Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının süre yönünden reddine karar verilmelidir.” (CGK, 2006/8-329 E, 2007/66 K)

Bazen yapılan itirazın sanık lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunu tespit etmek ve dolayısıyla itiraz süresinin dolmuş olup olmadığını belirlemek güç olabilir. Bu hususta sanığın iradesinden bağımsız olarak objektif kriterden hareket etmek gerekir. Hapis cezasının adli para cezasına göre lehe olduğundan kuşku yoktur. Ertenilmiş de olsa hapis cezasının, adli para cezasına göre aleyhe olduğunu kabul etmek ve itiraz süresini de buna göre tayin etmek gerekir.⁸⁵

D. İTİRAZIN GERİ ALINMASI

Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı yaptığı itirazı geri alabilir. Benzer nitelikteki Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından da itirazın geri alınabileceği kabul edilmektedir. Uygulamada Yargıtay C.Başsavcısı çeşitli sebeplerle, itiraz başvurusunu geri aldığı belirtilmiş, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da geri alma üzerine itiraz üzerine bir karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.⁸⁶

Başvurunun geri alınması çeşitli sebeplere dayanabilir. Örneğin, yapılan bir kanun değişikliği ile itirazdan beklenen hukuksal yarar ortadan kalkmış olabilir. Süreç içinde, ceza daireleri başkanlar kurulunun konuya ilişkin görüşü belli olmuş ve itirazda bir yarar kalmamış olabilir. İşte bu ve benzeri hallerde itirazın geri alınması gerekebilir.

C.Savcısının sanık lehine yapmış olduğu kanun yolu başvurusunu geri alması sanığın onayına bağlıdır (CMK m.266/1). Bu hükmün sebebi, sanığın, C.Savcısının lehine yaptığı başvuruya güvenerek ayrıca kanun yoluna başvurmadığıdır. Aksine görüşler bulunsa da,⁸⁷ olağanüstü nitelikteki itiraz yoluna başvurma yetkisi yalnızca bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına

⁸⁵ Lehe hükmü tespit etmek her zaman kolay olmayabilir. Lehe hükmün tespitindeki güçlükler, kanun yoluna başvuru süresinin belirlenmesini de güçleştirecektir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, TCK'nın 51.maddesinde düzenlenen erteleme kurumu ile TCK'nın 50. maddesindeki seçenek tedbirlere dönüştürme kurumlarından hangisinin daha lehe olduğunu önceden soyut olarak belirlemenin mümkün olmadığına, her somut olaydaki koşullar dikkate alınarak lehe hükmün tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. (Yargıtay 12.CD, 2011/12504 E, 2012/7305 K).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun CGK, 23.11.2010 tarih, 2010/2-180 E, 2010/233 K. sayılı kararında, adli para cezasının ertelenmiş hapis cezasına göre daha lehe kabul edildiği anlaşılmaktadır.

⁸⁶ CGK, 20.11.2019, 2016/1393 E, 2019/664 K.

⁸⁷ EREM, Faruk, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara tarihsiz, s. 596; ÖZEN, s. 932; TOSUN, Temyiz Kararlarına Karşı Kanun Yolları, s.183; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 439; CENTEL/ZAFER, s. 896; ARSLAN, s. 137-138; TALAS, s.165; ERSOY, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı, s. 99.

ait olduğuna göre, itirazın geri alınmasını sanığın onayına tabi tutmanın bir mantığı yoktur.⁸⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'da Yargıtay C.Başsavcısının itirazını geri alma talebinin sonuç doğurması bakımından sanığın onayını aramamıştır.⁸⁹

Kanımızca, itirazdan kısmi olarak vazgeçilemez.⁹⁰ Kaldı ki kısmi vazgeçme olsa bile bunun sonuç doğurması mümkün değildir. Ceza daireleri başkanlar kurulu, itiraznamede yer alan sebeplere bağlı olmaksızın inceleme yapmalıdır. Günümüze kadar ki uygulama da bu yöndedir.⁹¹ O nedenle, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının kısmi vazgeçmesi sonuç doğurmaz. Örneğin, fiilin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturmadığı ve haksız tahrik hükümlerine göre sanık hakkında indirim yapılması gerektiği

⁸⁸ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 297; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1451; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 941, ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ /ALTINOK VILLEMIN/TOK, s. 750; ERDEM/ŞENTÜRK, s. 175.

⁸⁹ "...olağanüstü kanun yollarından biri olarak kabul edilen itiraza başvurma yetkisi sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmış olup, Başsavcı dışındaki tarafların bu kanun yoluna başvurma imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanunen tek başına kullanmaya yetkili kılındığı bu olağanüstü kanun yolundan, itiraz ister aleyhe, isterse lehe olsun herhangi bir tarafın onayına gerek olmaksızın vazgeçebileceğinin kabulü gerekmektedir. Yalnızca olağan bir kanun yolu olan temyiz kanun yolunda, Cumhuriyet savcısının sanık lehine yaptığı başvuru için kabul edilen bu istisnai düzenlemenin kanun koyucunun amacına aykırı şekilde genişletilmesi doğru değildir." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 06.12.2016, 2016/609 E, 2016/468 K).

⁹⁰ Kısmen geri almanın mümkün olduğu hususunda bkz. AŞKIN, Uğur, **Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu**, Ankara 2018, s. 158; ERDEM/ŞENTÜRK, s. 55.

⁹¹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu'nun kararına konu bir olayda, Kayseri ili merkezinde astığı afişte bankaya yönelik bazı sözler nedeniyle bankanın itibarını zedelediği gerekçesiyle 5411 sayılı Kanununun 74. maddesi yollamasıyla aynı kanununun 158. maddesi uyarınca sanığın mahkûmiyetine karar verilmiş ve bu karara yönelik istinaf başvurusu da Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin ilgili dairesince esastan reddedilmiştir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi C.Başsavcılığı, esas itibarıyla, sanığın hukuken kanıtlanmış olan haklılığını kamuoyu ile yasal çerçevede paylaşmaktan ibaret eyleminde 5411 sayılı yasadaki düzenlenen bankanın saygınlığını zedelemek suçunun oluşmayacağını iddia etmiştir. Ancak, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, fiilin yayın araçlarından biriyle gerçekleştirilmemesi sebebiyle, yani başka bir sebeple suçun oluşmayacağına ve itirazın kabulüne karar vermiştir.

Kararın gerekçesi şu şekildedir: "*bir tehlike suçu olan banka itibarının zedelenmesi suçunun oluşabilmesi için eylemin yayın araçlarından biri vasıtasıyla islenmesi gerekmektedir. Sönmüt olayda hazırlanan afişin belirtilen yerde asılmasının anılan kapsamda bulunmadığı anlaşılınca Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itirazın yerinde olduğu ve bu yönüyle itirazın kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.*" (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 26.06.2020, Karar No : 2020/17, İtiraz No : 2019/346)

gerekçesiyle itiraz yoluna başvuran bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı, suçun nitelendirilmesine ilişkin sebebi geri aldığına dair başvuruda bulunsa bile ceza daireleri başkanlar kurulu sebebe bağlı olmaksızın inceleme yapacağından ve dolayısıyla suçun nitelendirilmesini de değerlendireceğinden itirazın kısmen geri alınması bir sonuç doğurmayacaktır.

Bu noktada, hangi aşamaya kadar itirazın geri alınabileceği üzerinde durulmalıdır. Bir görüşe göre karar kesinleşinceye kadar geri alma mümkündür.⁹² Kanımızca, itirazın geri alınması, itiraz konusunda karar verilinceye kadar mümkündür. Esasen itiraz konusunda bir karar verdikten ve dosyada elini çektikten sonra, itiraz mercii dosyayı ele alıp itirazla ilgili yeni bir karar veremez.⁹³

VI. İTİRAZI İNCELEYECEK MAKAM

A. KARARI VEREN BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CEZA DAİRESİ

CMK'nın 308/A maddesinin ilk halinde itirazın kararın verildiği daire tarafından incelenerek karara bağlanması öngörülmüştü. 7188 sayılı Kanunla CMK'nın 308/A maddesinde değişiklik yapılarak, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazının incelenmesi bakımından Yargıtay C.Başsavcısının itirazı (CMK m.308) ile paralellik sağlanmıştır. Buna göre, itiraza ilişkin başvuru, kararı veren bölge adliye mahkemesi ceza dairesi başkanlığına yapılır. İlgili daire yapacağı inceleme sonucunda itirazı yerinde görürse kararını düzeltir, itirazı yerinde dosyayı en kısa zamanda itiraz mercii olan bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderir.

B. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CEZA DAİRELERİ BAŞKANLAR KURULU

1. Genel Olarak

7188 sayılı Kanunla değişik CMK'nın 308/A maddesiyle itiraz mercii olarak bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu oluşturulmuştur. Buna göre, itirazın ilgili ceza dairesi tarafından yerinde görülmemesi halinde, dosyanın gönderildiği ceza dairesi başkanlar kurulu

⁹² ERDEM/ŞENTÜRK, s. 247; TALAS, s. 165; ARSLAN, s.138,

⁹³ Bu görüşümüz olağan kanun yolları bakımından da geçerlidir. Kesinleşme anına kadar kanun yolu başvurusunun geri alınmasının kabul edilmesi, gereksiz kanun yolu başvurularına bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'ın iş yükünün artmasına neden olur.

itirazı inceleyecektir. Böylece kanun koyucu, bölge adliye mahkemelerinin kesin nitelikteki kararlarının hukuka aykırı olup olmadığı hususunda ortaya çıkan uyuşmazlığın yine bölge adliye mahkemesi bünyesinde çözülmesini tercih etmiştir.⁹⁴

2. Ceza Daireleri Başkanlar Kurulunun Oluşumu ve Çalışma Şekline İlişkin Sorunlar ve Hukuku Aykırılıklar

a.Genel Olarak

7188 sayılı Kanunla değişik CMK'nın 308/A maddesinin son cümlesine göre, “*dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar*”. Maddede, ceza daireleri başkanlar kurulunun dört üyesinin HSK tarafından belirleneceği belirtilmektedir. CMK'nın 308/A maddesinin ifadesinden ceza daireleri başkanlar kurulunun dört kişiden oluşacağı sonucunu çıkarmak mümkündür. Ancak 7188 sayılı Kanunun gerekçesi ile HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih, 2019/410 sayılı Kararından, ceza daireleri başkanlar kuruluna, bölge adliye mahkemesi başkanının başkanlık etmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Yine söz konusu karara göre, kurulun üç üyesi HSK 1. Dairesi tarafından belirlenecek, kararına itiraz edilen daire başkanı ise dördüncü üye olarak kurula iştirak edecektir.

Ceza daireleri başkanlar kurulunun çalışma usul ve esasları da HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih, 2019/410 sayılı Kararı ile belirlenmiştir.

b. Ceza Daireleri Başkanlar Kurulunun Oluşumuna İlişkin Sorunlar ve Hukuka Aykırılar

Öncelikle belirtelim ki, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35. maddesinde idari görev yapmak üzere kurulan başkanlar kurulu ile olağanüstü itirazları incelemek üzere 7188 sayılı Kanunla değiştirilen

⁹⁴ Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı yapılacak itirazların ilgili daire dışında başka bir makam tarafından incelenmesine yönelik yasal bir düzenleme yapılması fikrinin ortaya çıktığı dönemde, yargı çevrelerinde itirazların bölge adliye mahkemesi bünyesinde oluşturulacak bir kurul tarafından mı, yoksa ilgili suçta bakmakla görevli Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından mı incelenmesi gerektiği konusu tartışılmıştı. Kanun koyucu, istinaf kanun yolunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların yine istinaf aşamasında çözülmesini tercih ederek, itirazların bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından incelenmesini uygun görmüştür.

CMK'nın 308/A. maddesinde düzenlenen başkanlar kurulu aynı nitelikte değildir. Kanun koyucunun temel yanlışlığı da budur. Esasen 7188 sayılı Kanun Tasarısının da bölge adliye C.Başsavcılığının itirazını inceleyecek olan ceza daireleri başkanlar kurulunun 5235 sayılı Kanununun 35. maddesindeki kurul olduğu varsayımına dayanmamaktadır. Kurulun oluşumuna ilişkin CMK'nın 308/A maddesinde yer alan “*dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar*” şeklindeki hüküm, Adalet Komisyonunda Tasarıya eklenmiştir. “*Bölge adliye mahkemesi başkanı aynı zamanda 5235 sayılı Kanununun 34'üncü maddesi gereğince bu kurula başkanlık edecektir*” şeklindeki gerekçe ile CMK'nın 308/A maddesinde HSK'nın kurulun dört üyesini seçmesi öngörülmüştür.⁹⁵

Ancak kanunun bu isabetsiz hükmüne de aykırı olarak HSK Genel Kurulunun, 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararında; itirazları inceleyecek olan ceza daireleri başkanlar kurulunun üç üyesinin HSK 1. Dairesi tarafından belirlenmesi, dördüncü üye olarak ise kararına itiraz edilen daire başkanının kurula katılması kabul edilmiştir. Bu özet bilgilerden sonra ceza daireleri başkanlar kurulunun oluşumundaki hukuka aykırılıklara ilişkin şu tespitlerde bulunmak mümkündür.

1)Yukarıda da belirtildiği üzere, temel yanlışlığı 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35. maddesinde düzenlenen ceza daireleri başkanlar kurulu ile CMK'nın 308/A maddesindeki ceza daireleri başkanlar kurulunun aynı nitelikte görülmesidir. Diğer hatalar ve hukuka aykırılıklar da bu hatalı kabule dayanmaktadır. Bu kabul hatalıdır, çünkü 5235 sayılı Kanununun 35. maddesinde düzenlenen ceza daireleri başkanlar kurulu idari

⁹⁵ 7188 sayılı Kanunun konuya ilişkin gerekçesi şu şekildedir: “*5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 35'inci maddesi gereğince ceza daireleri başkanlar kurulu tüm başkanların ve bölge adliye mahkemesi başkanının eksiksiz katılımıyla toplanmakta ve salt çoğunlukla karar verebilmektedir. Özellikle Ankara ve İstanbul gibi büyük şehirlerdeki bölge adliye mahkemelerinde bulunan ceza dairelerinin sayısının çokluğu dikkate alındığında başkanlar kurulunun aynı anda her zaman toplanmasının güçlük doğurabileceği değerlendirilmektedir. Bu nedenle dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulunun bu incelemeyi yapması hükme bağlanmaktadır. Bölge adliye mahkemesi başkanı aynı zamanda 5235 sayılı Kanununun 34'üncü maddesi gereğince bu kurula başkanlık edecektir.*” 7188 sayılı Kanununun gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>.

kuruldur ve yaptığı görevler de idari niteliktedir. Oysa CMK'nın 308/A maddesinde düzenlenen ceza daireleri başkanlar kurulu, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının olağanüstü itirazlarını incelemekle görevli, yargısal faaliyet yapan bir kuruldur.⁹⁶ Bir kurul veya mahkemede yargısal görev yapmak yetki ve görevi verilmeyen bir kişi, hâkim sıfatına sahip olsa da o mahkeme veya kurulda görev yapamaz. Hâkim, mahkemesi olan kişidir. O nedenledir ki Adalet Bakanlığında idari kadrolarda görev yapanlar hakim sıfatı taşımalarına rağmen aslında “hakimlik” yapmamaktadırlar; yaptıkları iş de yargısal değildir. Bölge adliye mahkemesi başkanının da mahkemesi yoktur; yaptığı görev de yargı görevi değildir. 5235 sayılı Kanununun 35. maddesine dayanılarak bölge adliye mahkemesi başkanının 7188 sayılı yasayla değişik CMK'nın 308/A maddesine göre, itirazları incelemek üzere oluşturulan kurulun başkanı olarak görev yapması mümkün değildir.⁹⁷

Eğer bölge adliye mahkemesi başkanının, olağanüstü itirazları inceleyecek ceza daireleri başkanlar kurulunda görev yapması arzu ediliyorsa⁹⁸ yapılması gereken; bölge adliye mahkemesi başkanının 7188 sayılı yasayla değişik CMK'nın 308/A maddesine göre oluşturulan kurulda görevlendirilmesi idi. CMK'nın 308/A maddesi ve HSK Genel Kurulunun, 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararına göre oluşturulan ceza daireleri başkanlar kurulu, hukuka uygun olarak oluşturulmuş bir “mahkeme” niteliğinde değildir. CMK'nın 289/1-a maddesi uyarınca, bu kurulun vereceği kararlar da mutlak şekilde hukuka aykırıdır.⁹⁹

5235 sayılı Kanununun 35. maddesinde düzenlenen kurulun yargısal görevlerinin de bulunduğu, örneğin, daireler arasında çıkan iş bölümü uyuşmazlıklarını karara bağlamak ve dairelerin kesin kararları arasında uyuşmazlık bulunduğu uyuşmazlığın giderilmesi için talepte bulunma görev ve yetkisinin yargısal nitelikte olduğu iddia olunabilir Ancak istinaf edilen hükme hangi ceza dairesinin bakması gerektiğine ilişkin uyuşmazlık,

⁹⁶ Esasen ceza dairesi başkanlar kurulu yerine itirazları inceleme kurulu veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile paralellik ve benzerliği vurgulamak bakımından Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Genel Kurulu isminin kullanılması çok daha isabetli olurdu.

⁹⁷ KAYMAZ, Seydi, “İtirazları İnceleyen Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunun Oluşumu Hukuka Aykırıdır”, *Independent Türkçe*, 4 Şubat 2020, <https://www.indyuturk.com>.

⁹⁸ İdari ve temsil görevleri bulunan bölge adliye mahkemesi başkanının yargısal bir faaliyette bulunan ceza daireleri başkanlar kurulunda görev yapması uygun değildir.

⁹⁹ KAYMAZ, Seydi, “İtirazları İnceleyen Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunun Oluşumu Hukuka Aykırıdır”, *Independent Türkçe*, 4 Şubat 2020, <https://www.indyuturk.com>.

kamu düzenini ilgilendiren bir görev uyuşmazlığı değil, işbölümünden kaynaklanan bir uyuşmazlıktır. Görevli dairenin belirlenmesi faaliyeti de kanımızca yargısal bir faaliyet değildir. Herhangi bir dairenin işbölümü uyarınca kendisine verilmeyen bir işe bakması da taraflara bu sebeple karara karşı kanun yoluna başvurmak bakımından bir hak vermez.

Dairelerin kararları arasında mevcut olduğu kabul edilen uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla Yargıtay C.Başsavcılığına başvurma şeklindeki görev ve yetki de esas itibarıyla bir talepte bulunma yetki ve görevidir. Dikkate edilmelidir ki bu talep uyuşmazlık konusunda karar verecek merci olan Yargıtay Ceza Genel Kuruluna değil, Yargıtay C.Başsavcılığına yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu talep, uyuşmazlığı giderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığının harekete geçirilmesi işlevini görmektedir. Bu faaliyet, yargıyla ilgili olmakla birlikte yargısal bir faaliyet niteliğinde değildir.¹⁰⁰

2) CMK'nın 308/A maddesinden; dört ceza dairesi bulunan bölgelerde bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun, bu dört ceza dairesi başkanı ile bölge adliye mahkemesi başkanından oluşacağı anlaşılmaktadır. Dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde ise, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazlarını inceleyecek olan kurulun, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen dört üye ile bölge adliye mahkemesi başkanından oluşması öngörülmüştür. Oysa HSK Genel Kurulunun, 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararına göre HSK 1. Dairesi Kurulun dört üyesini değil, üç üyesini belirleyecektir. Nitekim HSK 1. Dairesi her bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunda görev yapmak üzere üç üye belirlemiştir. Kararına itiraz edilen daire başkanı ise kurula dördüncü üye olarak katılacaktır. Dolayısıyla her somut uyuşmazlıkta kurulun oluşumu farklılık taşıyacaktır. Oysa kanun, dört üyenin bizzat HSK tarafından belirlenmesini emretmiştir. Mevcut durumda dördüncü üye HSK tarafından belirlenmiş olmamaktadır. Bu durum kanuna açıkça aykırıdır.¹⁰¹

3) HSK 1. Dairesinin atama kararının isabetsiz olan bir yönü de; kurulda görev yapacak daire başkanlarının isim olarak belirlenmesi yerine ilgili daire adı ile (örneğin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1.Ceza Dairesi Başkanı) görevlendirme yapılmasıdır. Oysa atamalar ve görevlendirmelerin isim olarak yapılması gerekir. “*Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1.Ceza Başkanı'nun*

¹⁰⁰ KAYMAZ, İtirazları İnceleyen Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunun Oluşumu Hukuka Aykırıdır, Independent Türkçe, 4 Şubat 2020, <https://www.indyurk.com>.

¹⁰¹ KAYMAZ, Seydi, “İtirazları İnceleyen Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunun Oluşumu Hukuka Aykırıdır”, Independent Türkçe, 4 Şubat 2020, <https://www.indyurk.com>.

görevlendirilmesine” şeklinde bir görevlendirme yapıldığında; ilgili dairenin başkanının emekli olması-bu satırların yazarının durumu gibi- veya başka bir göreve atanması halinde yerine atanan daire başkanının HSK tarafından herhangi bir görevlendirmeye gerek olmaksızın itirazları inceleyecek başkanlar kurulunda görev yapabileceği sonucuna ulaşılır. Bu da; başkanlar kuruluna fert olarak belli bir hakimin değil, deyim yerinde ise dairenin görevlendirilmesi anlamına gelir ki HSK 1. Dairesinin amacının bu olduğunu düşünmüyoruz. Yapılması gereken, başkanlar kurulunda görev yapacak daire başkanlarının isim olarak belirlenmesidir.

Yine, daire esas alınarak görevlendirme yapıldığına göre, görevli daire başkanının izinli olması veya başka bir mazeretinin bulunması halinde, o dairede görev yapan kıdemli hakimin başkanlar kurulunda görev yapması beklenir. Oysa HSK Genel Kurulu Kararının 4. maddesinde, bu durumda başkanlar kurulu başkanının belirleyeceği yedek üyenin kurulda görev yapacağı belirtilmektedir.

4)CMK'nın 308/A maddesinde, “*dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar*” şeklindeki ifade sorundur. Zira bu hükümde, kurulun dört üyesinin “*ceza daireleri başkanları arasından*” değil, “*daire başkanları arasından*” belirleneceği belirtilmektedir. Gerçi ceza daireleri başkanlar kurulunun oluşumundan söz edildiğine göre, olağan olan, kurulda görev yapacak daire başkanlarının ceza dairesi başkanları arasından belirlenmesidir. Ancak bu hususun maddede yoruma ihtiyaç duymayacak ve tereddüt uyandırmayacak bir şekilde belirtilmesi ve “*daire başkanları arasından belirlenen*” yerine “*ceza dairesi başkanları arasından belirlenen*” ifadesine yer verilmesi daha isabetli olurdu.

c. Ceza Daireleri Başkanlar Kurulunun Çalışma Şekline İlişkin Sorunlar ve Hukuku Aykırılıklar

Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun çalışma şekline ilişkin sorunlar ve hukuka aykırılıklar şu şekilde sıralanabilir.

1) HSK, Anayasanın Yargı bölümünde Yüksek Mahkemelerden sonra düzenlenmiştir. Anayasanın 159. maddesinde; Hâkimler ve Savcılar Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar, denilmektedir. Hemen belirtelim ki HSK yargılama faaliyeti yapan bir mahkeme veya kurul değil, yargısal faaliyetlerde bulunan idari

bir kuruldur.¹⁰² 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nun 4. maddesinde, HSK'nın görevleri tek tek sayılmış olup, doğal olarak bu görevler arasında yargı faaliyeti niteliğinde bir görev bulunmamaktadır. Ve yine doğal olarak, HSK'ya yargı faaliyetiyle ilgili olarak yönetmelik çıkarmak veya karar almak görevi de verilmiş değildir.¹⁰³ O nedenle, bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri başkanlar kurulunun çalışma usul ve esaslarının tespiti, bu bağlamda itiraz edilen karara ilişkin rapor sunulması, toplantı gündemi ve tarihine ilişkin düzenleme yapılması, toplantı ve karar usulü, kabul kararları uyarınca yapılacak işlemlere ilişkin konularda HSK Genel Kurulu tarafından karar alınması mümkün değildir. Dolayısıyla bu konulara ilişkin düzenleme yapan HSK Genel Kurulunun, 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı Kararının hukuka uygun olmadığını düşünmekteyiz. Bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri başkanlar kurulunun çalışma usul ve esasları kanunla düzenlenmelidir. Ayrıca, aşağıda da değinildiği üzere, HSK Genel Kurulunun söz konusu kararı birçok açıdan eksik ve eleştiriye açıktır.

2) HSK Genel Kurulunun, 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararının 1. maddesine göre, kararına itiraz edilen ceza dairesi başkanı, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kuruluna asil üye olarak katılacaktır. Söz konusu kararın 3. maddesinde de, "*Daire başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlanacaktır. Söz konusu rapor ve itiraz edilen karara ilişkin dosya münderecatı kararına itiraz edilen daire başkanı tarafından kurulun bilgisine*" sunulacağı belirtilmektedir.

Böylece, kararı itiraza konu olan, diğer bir ifadeyle kararı yargılanan dairenin başkanı, savunma yapmakla kalmayacak aynı zamanda bu karara yönelik itirazın müzakerelerine ve oylamasına katılacaktır. Bu, savunma ve yargılamanın birleşmesi anlamına gelir ve adil yargılanma ilkesine aykırıdır. Kararına itiraz edilen daire başkanının objektif olması çok zordur; o nedenle

¹⁰² HSK kararları, bir inha ve istişare niteliğinde olmayan, herhangi bir makam ve merciin onayı gerekmeksizin hukuksal sonuç doğuran ve uygulanması gereken işlemler olduğu için idari nitelikte kararlardır. Ayrıca bu Kurul'un yargısal nitelikte sonuç doğuran karar verme yetkisi de yoktur. Dolayısıyla bu Kurul, yargı yetkisinin kullanılması konusunda değil, yargının yönetimi ve denetimi konularında yetkili olan bir kurumdur. Bu özelliği nedeniyle de Hâkimler ve Savcılar Kurulu idari bir kurul ve kararları da şüphesiz idari nitelikte kararlardır. YANIK, Murat, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi," **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.26, Sa.1, (2010), s. 171.

¹⁰³ 6087 sayılı Kanunun 7/2-ı bendinde, yalnızca bu maddede yazılı idari nitelikteki faaliyetlerle ilgili olarak HSK Genel Kuruluna yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir.

kararına itiraz edilen daire başkanının ceza daireleri başkanlar kuruluna katılması isabetli değildir.¹⁰⁴

Kararına itiraz edilen daire başkanı veya görevlendireceği üyenin hazırlayıp, daire başkanının ceza daireleri başkanlar kuruluna sunacağı raporun içeriği hususunda HSK Genel Kurul Kararında bir açıklık mevcut değilse de, davanın süreci, itiraz sebepleri ve üzerinde ihtilaf bulunan hususların yer alacağını tahmin ettiğimiz bu raporun da objektif olarak hazırlanmaması muhtemeldir. O nedenle, kurula sunulacak raporun kararına itiraz edilen daire başkanı veya görevlendireceği üye tarafından hazırlanması da isabetli değildir.

Bu arada belirtelim ki, kararına itiraz edilen daire başkanı kurula asil üye olarak kabul edildiğine göre, itiraz yoluna başvuran bölge adliye mahkemesi C.Başsavcısı veya yetki verdiği bir C.Savcısının da kurula katılarak görüşlerini sunması uygun olurdu.

3) Yukarıda HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı Kararının eleştiriye açık ve birçok açıdan eksik olduğunu belirtmiştik. Gerçekten, söz konusu kararda, ön sorun ve öncelikle karara bağlanacak hususlarda ne şekilde hareket edileceği konusunda bir açıklık yoktur. Yine, ön incelemesinin kim tarafından ve ne zaman yapılacağı, görüşmelere stajyer hâkim veya stajyer avukatların katılmasının mümkün olup olmadığı, raporu heyete sunan ceza dairesi başkanının, uyuşmazlıkla ilgili ilave açıklamalar yapıp yapmayacağı, müzakerede ilk sözün kime verileceği, başkan ve üyelerin raporu sunan ceza dairesi başkanına soru sorma hak ve yetkilerinin bulunup bulunmadığı, varsa bunun ne şekilde gerçekleşeceği, müzakerede son sözün kime verileceği gibi konularda HSK Genel Kurul kararında bir açıklık bulunmamaktadır.

VII. İTİRAZIN İNCELENMESİ

7188 sayılı Kanunla değişik CMK'nın 308/A maddesine göre, itirazın, kararı veren bölge adliye mahkemesi ceza dairesine yapılması gerekir. Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderir.

¹⁰⁴ TOSUN, Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C.II, İstanbul 1976; ŞAHİN/ GÖKTÜRK, 2020, s. 297; YURTCAN, s. 596; ARSLAN, s 145.

A. KARARI VEREN DAİRE TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME

1. Ön İnceleme

Kararına itiraz edilen daire, kararını gözden geçirerek gerektiğinde kararını düzeltebilir. Diğer bir ifadeyle itirazın esası hakkında bir karar verebilir. İtirazın esasına ilişkin bir karar verilebilmesi için de ortada kabul edilebilir bir itiraz bulunmalıdır. O nedenle, ilgili daire öncelikle bir ön inceleme yapmalıdır.

Kararına itiraz edilen daire, süresinden sonra itiraz yoluna başvurulması,¹⁰⁵ kararın olağanüstü itiraz yoluna konu kararlardan olmaması halinde itirazın reddine karar verecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, CMK'nın 308/A maddesine göre, bölge adliye mahkemesinde görevli herhangi bir C.Savcısı tarafından itiraz yoluna başvurulması mümkündür; itiraz yoluna başvuran C.Savcısının yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar verilemez.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus şudur: İlgili daire tarafından yapılan ön inceleme sonucunda itirazın reddine karar verildiğinde bu karara itiraz edilmesi mümkün müdür? Eğer mümkün ise itirazı hangi makam inceleyecektir?

CMK'da, C.Başsavcılığının itirazının reddi kararına karşı başvurulabilecek bir kanun yolu öngörülmemiştir. CMK'nın 276/2. maddesi kıyas yoluyla uygulanarak, itirazın reddi kararına karşı, itiraz merciinin bir karar vermesi gerektiği savunulabilir. Kanun yolu incelemesi yapacak mahkemenin gereksiz başvurularla zaman kaybetmemesi amacıyla başvurunun yapıldığı mahkemeye de ön inceleme yapma görevinin verildiği, ön inceleme görevinin

¹⁰⁵ “Sanık müdafinin istinaf isteminin süresinde olmadığı, ancak ... Ceza Dairesi tarafından sehven süresinde istinaf istemi olarak esastan incelenip sanık müdafinin istinaf isteminin esastan reddine karar verildiği, sonuç olarak istinaf başvurusunun süreden reddi yerine, İstinaf başvurusunun esastan incelenerek başvurunun esas ile ilgili bir karar verildiği anlaşılmıştır. İstinaf isteminin esastan incelenerek istinaf başvurusunun esas ile ilgili bir karar verilmiş olması, istinaf isteminin kanuni sürenin geçmesinden sonra yapılması nedeniyle süreden reddi kararına göre, sanık lehinedir. Somut olayda yanılığlı bir değerlendirme sonucu ortaya çıkmış olsa dahi sanık lehine olan bir hüküm söz konusudur.

Bütün bu açıklamalar ışığında, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının sanık aleyhine olduğu ve 30 günlük yasal süreden sonra yapıldığı anlaşıldığından 7188 sayılı Kanununun 30. Maddesi ile değişik CMK'nın 308/A maddesi uyarınca itirazın reddine karar vermek gerekmiştir.” (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 20/01/2020, İtiraz No: 2019/752, Karar No: 2020/3)

esas itibariyle kanun yolu incelemesini yapacak mahkemeye ait olduğu, o nedenle itirazın reddine ilişkin karara karşı ceza daireleri başkanlar kuruluna başvurulması gerektiği de iddia olunabilir.

Buna karşılık, itirazın reddine ilişkin karar, bir mahkeme kararı olduğundan ve mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulması için bu konuda kanunda açık bir hüküm bulunması gerektiğinden, (CMK m.267) bölge adliye mahkemesi ceza dairelerince verilen itirazın reddi kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulamayacağı da savunulabilir.

Kanımızca burada kanun yolu başvurusunun reddine ilişkin karara karşı öngörülen başvurunun niteliği üzerinde durularak bir çözüm bulunabilir. Kanun yolu başvurusunun reddine ilişkin kararlara karşı başvurulacak yol, itiraz olmayıp kendine özgü bir hukuksal çaredir¹⁰⁶CMK'nın 276/2. maddesinde de, istinaf başvurusunun reddi üzerine istinaf başvurusunda bulunan Cumhuriyet savcısı veya ilgililer, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde bölge adliye mahkemesinden bu hususta bir karar vermesini isteyebilirler, denilmekte, itirazdan söz edilmemektedir.

O nedenle, CMK'nın 267. maddesinde yer alan “ *hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*” şeklindeki hüküm bu konuda kıyas yapılmasına engel değildir. Bu itibarla, istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararlara karşı başvuruyu düzenleyen CMK'nın 276/2.maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanarak ilgili daire tarafından verilen itirazın reddi kararlarına karşı ceza daireleri başkanlar kuruluna başvurulabileceğini düşünmekteyiz. Esasen, kararına itiraz edilen daire tarafından verilen itirazın reddi kararına karşı, itirazı inceleyecek olan ve aynı zamanda kendisi de bir ön inceleme yapmak zorunda olan ceza daireleri başkanlar kuruluna itiraz edilmesi en ideal çözümdür. Ceza daireleri başkanlar kurulu, itirazın reddine ilişkin kararın isabetli olduğu kanaatine ulaştığında başvurunun reddine karar verecek ve işin esasına girmeyecektir. Aksi halde ilgili ceza dairesinin vermiş olduğu itirazın reddine ilişkin kararı kaldırarak dosyayı esastan inceleyecektir¹⁰⁷. Yapılacak başvuru ve başvuru

¹⁰⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.KAYMAZ, Ceza Muhakemesinde İstinaf, s.126.

¹⁰⁷ Bu konuda kıyas yoluna başvurulmasının mümkün olmadığını kabulü halinde, akla gelen tek ihtimal, itirazın reddine ilişkin karar aleyhine de olağanüstü kanun yoluna başvurulmasıdır. Öncelikle olağan kanun yollarına başvurulması gerektiği ileri sürülebilirse de, olağanüstü kanun yoluna başvuru sırasında çıkan uyuşmazlığın tekrar başa dönülerek olağan kanun yoluna ilişkin hükümlere göre çözülmesinin isabetli ve mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

üzerine verilecek kararın olağanüstü kanun yoluna ilişkin inceleme sırasında verilen kararlar olduğu unutulmamalıdır.

2. Esas Bakımından İnceleme

a. İnceleme Usulü

Kararı veren daire, itirazı istinaf başvurusunun incelenmesine benzer bir usul ile incelemelidir. Buna göre, ilgili daire öncelikle dosya üzerinde bir inceleme yapmalıdır. İtiraz konusunda karar verebilmek için davanın yeniden görülmesine ve duruşma açılmasına karar verilebilir. İstinaf başvurusu üzerine duruşma yapılması itirazın duruşmalı olarak incelenmesini gerektirmez. Aynı şey tersi için de geçerlidir. Zira yeni delil toplanması, daha önce dinlenen tanıkların beyanları arasındaki çelişkilerin giderilmesi gibi sebeplerle duruşma açılarak yeniden yargılama yapılabileceği gibi, karardaki hukuka aykırılığın dosya üzerinde inceleme ile giderilmesinin mümkün olmayıp yeni bir hüküm kurulması gereken hallerde itiraz üzerine duruşma açılarak yapılacak yargılama sonucu bir karar verilmelidir.

b. İncelemenin Kapsamı

Kararına itiraz edilen daire itiraz sebepleriyle bağlı olmaksızın hükmü hem maddi mesele hem de hukuksal mesele bakımından inceleyebilir; itirazda ileri sürülmeyen bir sebebe dayalı olarak da daha önce vermiş olduğu hatalı kararı düzeltebilir.¹⁰⁸

3. İnceleme Sonucu Verilebilecek Kararlar

Kararına itiraz edilen daire, yapacağı inceleme sonucu vermiş olduğu kararın isabetli olduğu ve itirazın haklı sebeplere dayanmadığı kanaatine ulaşırsa itiraz konusunda bir karar verilmek üzere dosyayı ceza dairesi başkanlar kuruluna gönderecektir. Eğer daha önce verdiği kararın hatalı ve hukuka olduğu, ilk derece mahkemesi hükmünün bozulması gerektiği kanaatine ulaşırsa bozma kararı vermelidir. Yine hukuka aykırılığın niteliğine göre istinaf başvurusu sonucu verilebilecek kararlardan birini, örneğin, düşme veya düzelterek esastan red kararı verebilir. Karardaki hata veya hukuka aykırılık ancak yeniden yargılama yapılmak suretiyle giderilebilecek türden ise davanın yeniden görülmesine ve duruşma açılmasına karar vererek yeniden yapacağı yargılama sonucunda, yine bölge adliye mahkemesinin duruşma sonunda verebileceği kararlardan birine hükmedebilir.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. BALCI/ÖZTÜRK, s. 266.

¹⁰⁹ Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, duruşma sonunda, itirazı yerinde görmediğinde dosyayı incelenmek üzere, ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderecektir. İtirazı yerinde

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus şudur: Acaba kararına itiraz edilen bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, itiraz sebeplerinden bir kısmını yerinde görerek kararını düzeltme yoluna gidip diğer sebepleri yerinde görmez ise veya bu itiraz sebepleriyle ilgili herhangi bir karar vermez ise ne şekilde hareket edilmelidir? İlk akla gelen fikir, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin yerinde gördüğü itiraz sebebi doğrultusunda kararını düzeltmesi, diğer sebepler bakımından ise, itiraz konusunda bir karar verilmek üzere dosyayı ceza daireleri başkanlar kuruluna göndermesidir.

Ancak, bu durumda da başka sorunlar ortaya çıkar. Gerçekten, her ne kadar, CMK'nın 308/A maddesinde, itirazın yerinde görülmesi halinde kararın düzeltileceği belirtilmekte ise de, aslında itirazın yerinde görülmesi halinde ilk kararın kaldırılması ve yerinde görülen itiraz sebebi doğrultusunda yeni bir karar verilmesi gerekir. Zira kararın hatalı görülen noktasının düzeltilmesi için kararın bozulması ve düzeltilmiş hali ile yeni bir karar verilmesi gerekir. Bu durumda ise ceza dairesi başkanlar kurulunun hangi kararı inceleyeceği sorunu ortaya çıkar. Çünkü itiraz edilen ilk karar ortadan kalkmıştır; yeni olan ikinci karara ise itiraz edilmemiştir.

İtiraz üzerine ilgili ceza dairesinin duruşma açmak suretiyle yaptığı yargılama sonucu itirazı kısmen kabul ederek yeni bir hüküm vermesi halinde, sorun daha da karmaşık hale gelecektir. Çünkü bu halde hem bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin daha önce vermiş olduğu karar hem de ilk derece mahkemesinin kararı ortadan kaldırılmış olacaktır.

Yargıtay C.Başsavcısının itirazını kısmen yerinde gören Yargıtay özel daireleri, kararın hatalı ve hukuka aykırı gördükleri kısımlarının düzeltilmesine, yerinde görülmeyen itiraz nedenleri bakımından ise itirazın reddine karar vererek dosyayı incelenmek üzere Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göndermektedirler. Bölge adliye mahkemelerinin benzer şekilde uygulama yapmaları beklenir. Bu şekildeki uygulama, pratik olmakla beraber yukarıda açıkladığımız nedenlerle hukuka uygun değildir.

Açık hataların, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından düzeltilerek, ceza dairesi başkanlar kurulunun gereksiz iş yükünden kurtarılması elbette ki yararlıdır. Ancak yukarıda aktarılan ve benzeri sorunların önüne geçmek bakımından, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazının yalnızca ceza dairesi başkanlar kurulu tarafından incelenmesi daha yararlı olacaktır. Bu söylenenler Yargıtay C.Başsavcısının itirazı bakımından da geçerlidir.

gördüğünde ise, somut olayın durumuna göre, CMK'nın 223. maddesinde gösterilen kararlardan herhangi birine hükmedebilir.

B. CEZA DAİRELERİ BAŞKANLAR KURULU TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME VE İNCELEME SONUCU VERİLEBİLECEK KARARLAR

1. Ön İnceleme

İtirazın esas bakımından incelenebilmesi için kabul edilebilir bir başvuru mevcut olmalıdır. Bunun tespiti için de bir ön inceleme yapılması gerekir. İtirazın yapıldığı daire tarafından ön inceleme yapılması, ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından ön inceleme yapılmasına engel değildir. Esasen bu görev itiraz merciine aittir.

İtirazın süresinde yapılmaması veya itiraz konusu olmayacak bir karara karşı itiraz yoluna başvurulması halinde itirazın reddine karar verilmelidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bölge adliye mahkemesinde görevli bir C.Savcısının itiraz yoluna başvurması veya C.Başsavcısının yapılan itirazdan habersiz olması veyahut itiraza onay vermemesi itirazın geçerliliğini etkilemez. Ceza daireleri başkanlar kurulu, bu sebeple itirazın reddine karar veremez.

İtirazın reddi kararına karşı başvurulacak bir kanun yolu yoktur. Kabul edilebilir bir itiraz başvurusunun mevcut olduğunun anlaşılması halinde esas bakımından inceleme aşamasına geçilecektir.

2. Esas Bakımından Yapılan İnceleme: İncelemenin Usulü, Kapsamı ve Sebeple Bağlılık Sorunu

a. İncelemenin Usulü

CMK'nın 308/A maddesinde; ceza daireleri başkanlar kurulunun inceleme usulüne ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Bu konuda; HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararı ile düzenleme yapılmıştır. Söz konusu kararın 2. maddesine göre, toplantı gündemini belirleme yetkisine sahip olan başkan, dosyanın başkanlar kuruluna gelmesinden itibaren en geç iki ay içinde dosyayı gündeme alacaktır. Kararına itiraz edilen daire başkanı veya görevlendirileceği üyenin hazırladığı raporun ise en az iki gün önce üyelere dağıtılması öngörülmektedir. İtiraz edilen dosya sayısı fazla olduğunda, itiraz dosyasının iki ay içinde gündeme alınması mümkün olmayabilir. Kaldı ki bu süreye uyulmamasının bir yaptırımı da yoktur. Üyelerin yeterince hazırlanabilmeleri için inceleme raporunun en az bir hafta önce dağıtılması gerekir. İki günlük süre, inceleme raporu ve inceleme raporu içeriğine göre yapılacak araştırma ve inceleme için yeterli olmayacaktır.

HSK Genel Kurulu kararında ön inceleme konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber kurul başkanının önceleme yapmak üzere dosyayı üyelerden birine vermesine bir engel bulunmamaktadır. Aksi halde toplantının başında kurul, önce kabule şayanlık ve yetki konusunda bir inceleme yapacak, kabul edilebilir bir başvuru halinde esas hakkında incelemeye geçecektir.

CMK'nın 308/A maddesinde, incelemenin duruşmalı yapılacağına dair bir hüküm yoktur. CMK'nın 308/A maddesinde, kurulun verebileceği kararlara ilişkin düzenlemeden kurulun duruşmalı inceleme yapmasının öngörülmediği sonucu çıkmaktadır. Gerçekten, CMK'nın 308/A maddesinde yalnızca, itirazın kabulü kararından söz edilmekte, kurulun yeni bir hüküm vermesine ilişkin bir hüküm maddede yer almamaktadır.

HSK Genel Kurulunun kararına göre, düzenlenen inceleme raporu, toplantı günü, kararına itiraz edilen daire başkanı tarafından kurulun bilgisine sunulacaktır. Kurulun üye tam sayısı ile toplanıp salt çoğunluk ile karar vereceği belirtilmekle beraber, görüşmelerin gizli olup olmadığı, raporu heyete sunan ceza dairesi başkanına soru sorulup sorulamayacağı veya ne şekilde sorulacağı, ilk sözün ve son sözün kime verileceği konularında HSK Genel Kurul kararında bir açıklık yoktur. Müzakerenin yönetimi ve oylama usulü konusunda CMK'nın 227 ve devamı maddelerinin kıyas yoluyla uygulanması mümkündür.

b. İncelemenin Kapsamı ve Sebeple Bağlılık Sorunu

CMK'nın 308/A maddesinde, itiraz üzerine, denetim yapacak bölge adliye ceza daireleri başkanlar kurulunun ne tür bir denetim yapacağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Kesinleşen hükümlere karşı başvuru istisnai bir kanun yolu olması sebebiyle itiraz kanun yolunda yalnızca hukuksal yönden inceleme yapılacağı düşünülebilir. Bilindiği üzere, bölge adliye mahkemesi, hükmü hem hukuksal mesele hem de maddi mesele açısından denetime tabi tutmakta ve gerektiğinde davanın yeniden görülmesine karar verip duruşma açmak suretiyle yaptığı yargılama sonucu hüküm vermektedir. Bölge adliye mahkemesi, bu denetimi, kanun yoluna başvuruların istinaf sebepleriyle sınırlı olmaksızın yerine getirmektedir. Bu kadar kapsamlı inceleme yapan ve gerektiğinde duruşma açmak suretiyle yeni bir hüküm kuran bölge adliye mahkemesinin kararlarına yapılan itirazın yalnızca hukuksal sebeplere dayanması ve itiraz makamının da yalnızca gösterilen sebeplerle sınırlı olarak

hukuksal bir denetim yapması düşünülemez.¹¹⁰Böyle bir denetim, etkin ve amaca da uygun olmaz. O nedenle, itiraz üzerine hükmün gerek maddi mesele gerekse hukuksal mesele yönünden denetlenmesi gerekir.

Sebebe bağıllık sorununa gelince, istinaf muhakemesinde sebebe bağılı olmaksızın inceleme yapıldığına göre bu inceleme sonucu verilecek karara yapılan itiraz üzerine de itirazda gösterilen sebeplerle sınırlı olmaksızın inceleme yapılması gerekir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken ve uygulamada sorun yaratmaya aday bir husus şudur: Kararına itiraz edilen bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin itirazı kısmen kabul edip kısmen reddetme yoluna gitmesidir.¹¹¹

¹¹⁰ Bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri başkanlar kurulunun gösterilen sebeplere bağılı olarak inceleme yapması gerektiğine dair bkz. ERDEM/ŞENTÜRK, s. 174.

Yargıtay C.Başsavcısının itirazı üzerine sebebe bağılı olarak inceleme yapılması gerektiği haklı olarak ileri sürülebilir. Zira temyiz, sebebe bağılı olduğuna ve yalnızca hükmün hukuka aykırı olması sebebine dayanabildiğine göre, temyiz mahkemesinin verdiği kararlara karşı başvurulacak itiraz üzerine incelemenin sebebe bağılı olması gerekir. (Aynı yönde bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1450; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.440; ÖZEN, s. 923; YENİSEY/NUHOĞLU;s. s. 941; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ALANAKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.752, Ancak öğretilde, Yargıtay Ceza Genel kurulunun itiraz sebepleri ile sınırlı olmaksızın inceleme yapması gerektiği de savunulmaktadır. (ÜNVER/HAKERİ, s. 876; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.791;TALAS, s.173). Yargıtay Ceza Genel Kurulunun uygulaması da bu yöndedir; CGK, itirazda ileri sürülmeyen sebeplerle de bozma kararı vermektedir. (Bkz.CGK, 14.05.2020, 2019/359 E, 2020/198 K). Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulları da, ileri sürülmeyen bir sebebe dayalı olarak itirazın kabulüne karar vermektedirler. (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 19.6.2020, İtiraz No: 2020/10, Karar No: 2020/11; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 20.6.2020, İtiraz No: 2019/346; Karar No: 2020/17; Konya Bölge Adliye Mahkemesi, Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 4.2.2020, 2020/4 E, 2020/4 K;

¹¹¹ Yargıtay C.Başsavcısının itirazı üzerine Yargıtay ilgili ceza daireleri bu yönde kararlar vermektedirler.

“Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kısmen kabulüne;

1-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının suçun sübutuna ilişkin itiraz gerekçeleri yerinde görülmediğinden REDDİNE, 02.07.2012 gün ve 6352 sayılı Kanununun 99 maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 308. maddesine eklenen (2) ve (3) fıkra hükümleri uyarınca itirazın değerlendirilmek üzere dosyanın Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na TEVDİİNE, 2-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının suçun vasfına ilişkin itirazının KABULÜNE, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 24.10.2016 tarih ve 2015/6991 Esas 2016/5173 karar sayılı onama kararının bu bakımdan KALDIRILMASINA, Sanığın, silahlı terör örgütü mensupları tarafından bedeli verilmek suretiyle istenen malzemeleri temin ederek örgüt mensuplarına teslim etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin silahlı terör

Bu durumda, kabul ettiği itiraz sebebi doğrultusunda kararını düzelttikten sonra yerinde görmediği sebep veya sebepler yönünden inceleme yapmak üzere dosyayı ceza dairesi başkanlar kuruluna gönderecektir. Acaba ceza dairesi başkanlar kurulu, itiraz üzerine kararın ilgili daire tarafından düzeltilen kısmını da inceleyebilecek midir?

İtiraz üzerine ilgili daire tarafından kararın düzeltilen kısmının ceza dairesi başkanlar kurulunun incelemesine tabi olmayacağı ve başkanlar kurulunun buna ilişkin bir karar veremeyeceği ileri sürülebilir. Gerçekten, itiraz üzerine ilgili daire tarafından verilen kararın denetlenmesine imkân veren bir kanun yolu veya buna ilişkin bir hüküm mevzuatımızda yoktur. Hatta itiraz edilen kararın ilgili dairenin verdiği ilk karar olduğu, dairenin itiraz üzerine verdiği kararın itiraza konu olmadığı da iddia olunabilir.

Buna karşılık, ceza dairesi başkanlar kurulunun sebebe bağlı olmaksızın itiraz edilen kararı tüm yönleriyle inceleyebileceği, o nedenle, ceza dairesi başkanlar kurulunun, itiraz üzerine ilgili daire tarafından verilen kararı da denetleme ve hukuka aykırı gördüğünde bozma yetkisine sahip olduğu ileri sürülebilir. Mevcut durumda bu çözümü benimsemek daha uygun görünmektedir. Gerçekten, sebeple bağlı olmaksızın inceleme yapma yetkisine sahip olan ceza dairesi başkanlar kurulunun tüm hukuka aykırılıkları tespit etmesi ve bozma sebebi yapması gerekir. İtiraz mercii olan ceza dairesi başkanlar kurulunun, itiraz üzerine ilgili daire tarafından da verilse hukuka aykırı bir kararı göz ardı etmesi uygun değildir.

Bu sonuçtan kaçınmak için, kararına itiraz edilen ilgili dairenin itirazı kısmen kabul etme yerine, tüm itiraz sebeplerini yerinde görmeyerek dosyayı ceza dairesi başkanlar kuruluna göndermesi gerektiği söylenebilir de bu da itirazın mantığına ters düşer. Çünkü itiraz ile ilgili daireye hatalı olduğu ileri sürülen kararını düzeltme imkânı verilmek istenmektedir. Bu noktada akla gelen bir çözüm, itiraz sebeplerinin bağlantılı olması halinde ilgili dairenin itirazı kısmen kabul etmek yerine itirazı yerinde görmeyerek dosyayı ceza dairesi başkanlar kuruluna göndermesidir.

Kararına itiraz edilen dairenin, itirazı kabul etmesi, ancak itiraz sebeplerini karşılamayan bir karar vermesi de muhtemeldir. Bu ihtimalde,

örgütüne finansman sağlamak astının olmaması nedeniyle silahlı terör örgütüne yardım etme suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanlış olarak yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeple bozulmasına” (Yargıtay 16.CD,09.07.2018, 2018/2174 E, 2018/2421 K).

görünürde de olsa itiraz kabul edilip yeni bir karar verildiğinden, itirazın incelenmesi için dosya ceza dairesi başkanlar kuruluna gönderilmeyecektir. Acaba bu gibi hallerde ne şekilde hareket edilmelidir? İtiraz üzerine verilen karar yeni bir karardır ve CMK'nın 286/2. maddesinde gösterilen istisnalar kapsamında değilse temyiz edilebilir. Daha önce istinaf kanun yoluna başvurup başvurmadığına bakılmaksızın CMK'nın 260. maddesinde gösterilen kişiler bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurabileceklerdir. Bu durumda da aslında istinaf aşamasında çözülmesi gereken bir uyuşmazlık temyiz mahkemesine taşınmış olacaktır.

En isabetli çözüm, bu gibi hallerde bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının, itiraz sebeplerinin karşılanmadığını ileri sürerek tekrar ilgili ceza dairesine başvurarak incelenmeyen itiraz sebepleri konusunda bir karar verilmesini talep etmesidir. İlgili ceza dairesinin bu talebi kabul etmesi, ancak kararında bir değişiklik yapmaması ve itirazın incelenmesi için dosyayı ceza dairesi başkanlar kuruluna göndermesi halinde bir sorun ortaya çıkmaz. Ancak, ilgili ceza dairesinin bütün itiraz sebeplerini değerlendirdiği düşüncesiyle itirazın konusunun bulunmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar vermesi ve bu nedenle de dosyayı ceza daireleri başkanlar kuruluna göndermemesi halinde, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı uyuşmazlığı itirazı asıl incelemekle görevli ceza dairesi başkanlar kuruluna taşıyabilmelidir. Kanımızca, bu halde, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı, ilgili ceza dairesi kararının, esasen olağanüstü itirazın yerinde görülmemesi anlamına geldiği gerekçesiyle dosyayı ceza dairesi başkanlar kuruluna göndererek itiraz konusunda bir karar verilmesini talep etmelidir.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin itirazı kısmen kabul etmesi bakımından ortaya çıkan bir sorun da şudur: Bilindiği üzere, kanunumuzda kısmi kesinleşme söz konusu değildir. Kararda bir hukuka aykırılık tespit edildiğinde hukuka aykırılığın niteliğine göre kararın bozulması veya davanın yeniden görülmesine karar verilerek yapılacak yargılama sonucunda yeni bir hüküm verilmesi gerekir. Her iki halde de hüküm tamamen ortadan kalkar; hükmün bir kısmının bozulması veya bir kısmının ortadan kaldırılması söz konusu olamaz. Örneğin, hem suçun niteliğinin yanlış belirlenmesi hem de sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmamasının isabetsiz olduğu gerekçesi ile bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararına itiraz edildiğini düşünelim. İlgili ceza dairesinin suçun nitelendirilmesine ilişkin itiraz sebebini kabul ettiğini, ancak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin itiraz sebebini ise yerinde görmediğini ve itirazın incelenmesi için

dosyayı ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderdiğini kabul edelim. Suçun nitelendirilmesine yönelik itiraz sebebinin kabulü ile itiraz doğrultusunda bir karar verilebilmesi için önceki kararın ortadan kaldırılması gerekecektir. Bu durumda da, aslında ceza dairesi başkanlar kurulunun incelemesine esas bir hüküm mevcut olmayacaktır. O nedenle, Yargıtay özel dairelerinin itirazın kısmen kabulüne karar vererek önceki kararı ortadan kaldırdıktan sonra kabul edilmeyen itiraz sebebiyle ilgili olarak itirazın incelenmesi için dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göndermeleri şeklindeki uygulamayı isabetli bulmamaktayız. Aynı şekilde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, aslında ortadan kalkmış olan ve hukuken var olmayan kararı denetlemesi de isabetli değildir. Bu söylenenler, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi ve ceza daireleri başkanlar kurulunun benzer şekildeki kararları için de geçerlidir.

3. İnceleme Sonucu Verilebilecek kararlar

a. Genel Olarak

Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurullarının karar formatlarının farklı olduğu görülmektedir. Yine, bazı bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulları, itirazın kabulüne karar vermekle yetindikleri halde, diğerlerinin itirazın kabulünden sonra ilgili daire kararının kaldırılmasına karar verdiklerine tanık olunmaktadır. Örneğin, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, CMK'nın 308/A maddesinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak itirazı yerinde gördüğünde, “*itirazın kabulüne ve müteakip işlemlerin 7188 sayılı kanun ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 308/A maddesi uyarınca dairesince yerine getirilmesine*” karar vermektedir.¹¹² İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu ve Konya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu ise, itirazı yerinde gördüğünde, itirazın kabulüne ve itiraza konu daire kararının kaldırılmasına karar vermektedirler.¹¹³ İtirazın kabulüne karar verilmekle, itiraza konu daire kararının isabetli olmadığı kabul edilmektedir; bunda bir tereddüt yoktur. Ancak, kanımızca itirazın yerinde görülmesi halinde, itirazın

¹¹² Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 12/06/2020. İtiraz No : 2020/10, Karar No : 2020/11.

¹¹³ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 10.1.2020, 2020/6 E, 2020/6 K; Konya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 4.2.2020, 2020/2 E, 2020/2 K. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 10.1.2020, 2020/6 E, 2020/6 K sayılı kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının CMK'nın 308/A maddesi gereğince kabulü ile İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ... Dairesininin ... sayılı esatan red kararının kaldırılmasına... dosyanın kurulumuzun kararı doğrultusunda işlem yapılmak üzere dairesine tevdiine...*”

kabulü ile birlikte, daire kararının kaldırılmasına da karar verilmelidir. Henüz bir yılını doldurmayan kurulların ileride bu farklılıkları en aza indireceğini düşünmekteyiz.

İtirazın kabulü halinde ilk derece mahkemesi hükmünün kaldırılmasının gerekli olup olmadığı hususunda ise farklı görüşler ileri sürülebilir. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

b. İtirazın Reddi Kararı

Sanık aleyhine itirazın otuz günlük süreden sonra yapılması, itiraza konu olmayacak bir karara itiraz edilmesi halinde kabule şayan olmayan itirazın reddine karar verilmelidir. Daha önce belirtildiği üzere, bölge adliye mahkemesinde görevli herhangi bir C.Savcısının yapacağı itiraz geçerli olacaktır, başsavcının bilgisi dâhilinde yapılmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar verilemez.

c. İtirazın Esastan Reddi Kararı

İtirazın yerinde görülmemesi halinde itirazın esastan reddine karar verilmelidir. Bazı bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu kararlarında, itiraz kabule şayan görülerek esastan inceleme yapıldığı halde, itirazın yerinde görülmemesi nedeniyle itirazın reddine karar verildiği görülmektedir.¹¹⁴ Yukarıda da belirtildiği üzere itirazın reddi kararı kabul edilebilir bir başvuru bulunmaması halinde verilmesi gereken bir karardır.

İtirazın esastan reddine ilişkin karara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu mevcut değildir. CMK'nın 308/A maddesinde de itirazın kabulü ve reddine ilişkin kararların kesin olduğu belirtilmektedir. Bu karar üzerine ilgili bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin de yapacağı herhangi bir işlem yoktur. Kararın, bölge adliye mahkemesi aracılığıyla ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir.

d. Hukuka Aykırılığın Düzeltilecek İtirazın Esastan Reddi Kararı

Her ne kadar CMK'nın 308/A maddesinin lafzı, ceza dairesi başkanlar kurulunun yalnızca itirazın kabulü ve reddi kararı verebileceği şeklinde ise de, karardaki hukuka aykırılığın yeniden bir yargılama yapılmaksızın düzeltilmesi

¹¹⁴ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, İtiraz No:2019/844, Karar No: 2020/2; Adana Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 10/07/2020, 2020/16 K. Konya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 4.2.2020, 2020/3 E, 2020/3 K.

mümkün ise söz konusu hata veya hukuka aykırılığın düzeltilerek itirazın esastan reddine karar verilmesi mümkündür.¹¹⁵

CMK'nın 280/1-a maddesine göre, CMK'nın 303. maddesinin 1. fıkrasının (a), (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlaller ile CMK'nın 280/1. maddesinin (b) (c) ve (d) bentlerinde gösterilen hukuka aykırılık hallerinde, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu, hukuka aykırılığı düzelterek itirazın esastan reddine karar vermelidir. Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin verme yetkisine sahip olduğu bu kararı, itiraz mercii olan bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun verebileceğinde kuşku duyulmamalıdır.

e. İtirazın Kabulü Kararı

aa. Genel Olarak

CMK'nın 308/A maddesinde, “*kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gereği için dairesine gönderilir*” denilmektedir. Görüldüğü üzere, CMK'nın 308/A maddesine göre itirazın yerinde görülmesi halinde “*itirazın kabulüne*” karar verilecektir. Kuşkusuz ki, bu karar, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararının isabetli olmadığı anlamına gelmektedir.¹¹⁶

CMK'nın 308 ve 308/A maddelerinde, itirazın kabulü halinde, ilgili daire kararının kaldırılması gerektiğine ilişkin bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, itiraz üzerine verilen kararın gereğinin yerine getirilebilmesi ve bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin yeni bir karar verebilmesi için önceki kararının mevcut olmaması, kaldırılmış olması gerekir. İtirazın kabulü ile ilk derece mahkemesinin kararının bozulması gereken hallerde de, ilgili daire kararı kaldırılmalı, daha sonra ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. Nitekim CMK'nın 308 ve 2797 sayılı Yargıtay Kanununda, itirazı yerinde gören Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, itirazı yerinde görmesi halinde Yargıtay özel daire kararını ortadan kaldıracığına ilişkin bir hüküm yer almamasına rağmen, Yargıtay Ceza Genel Kurulu; itirazın kabulü ile birlikte Yargıtay özel daire kararının kaldırılmasına ve Yargıtay özel

¹¹⁵ ERDEM/ŞENTÜRK, s. 176.

¹¹⁶ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 14. Ceza Dairesi, haklı olarak itirazın kabulüne ilişkin kararın niteliği itibariyle bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararının ortadan kaldırılması niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 14.CD, 6.2.2020, 2020/228 E, 2020/303 K.

dairesinin incelemiş olduğu kararın bozulmasına karar vermektedir.¹¹⁷ Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulları da CMK'nın 308/A maddesinde açıkça yer almasa da, itirazın kabulüyle birlikte itiraza konu kararın kaldırılmasına karar vermelidir.

Eğer hukuka aykırılık aykırılık, bölge adliye mahkemesinin bozma kararı verebileceği türden ise, yani, CMK'nın 289. maddesinin (h) ve (g) bendi hariç bu maddede gösterilen sebepler ile CMK'nın 280/1-f maddesinde gösterilen sebepler mevcut ise, Kurul, itiraz üzerine bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin esastan red kararını kaldırmalı ve ilk derece mahkemesi hükmünü bozmalıdır.¹¹⁸

Yargıtay C.Başsavcılığı, Yargıtay Özel Dairelerinin bozma kararlarına karşı da itiraz yoluna başvurmakta ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu tür itirazları yerinde gördüğünde özel daire kararını kaldırmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere¹¹⁹ bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin

¹¹⁷ CGK, 28.05.2020, 2018/7-163 E, 2020/235 K.

¹¹⁸ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu'nun kararına konu olan bir olayda önodemeye tabi bir suç nedeniyle önodeme hükümleri uygulanmaksızın dava açılmış ve yargılamaya devamlı sanığın mahkûmiyetine karar verilmiştir. İstinaf üzerine dosyayı inceleyen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. Ceza Dairesi istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiş, CMK'nın 308/A maddesi uyarınca yapılan itirazı da yerinde görmüştür. Dosyayı inceleyen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, itirazın kabulü ile ilgili daire kararının kaldırılmasına karar vermiştir. (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 10.1.2020, 2020/6 E, 2020/6 K). Oysa 7188 sayılı Kanunla CMK'nın 280/1 maddesine ilave edilen (f) bendine göre, “*soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin veya önodeme ve uzlaştırma usulünün uygulanmadığının*” anlaşılması halinde kararın bozulması gerekmektedir. Nitekim dosyanın gönderildiği ilgili ceza dairesi, ilk derece mahkemesinin hükmünün bozulmasına karar vererek yeniden hüküm kurulması için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiştir. (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. Ceza Dairesi, 23.1.2020, 2019/311 E, 2019/314 K). Bu arada belirtelim ki, itirazın kabulü üzerine dosyanın gönderildiği İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. Ceza Dairesi, dosyayı yeni bir esasa kayıt etmemiş, eski esas üzerinden, daha önce yapılan istinaf başvurusunu değerlendirerek ek bir karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Başkanlar Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda kurulum 10.1.2020 tarih, 2020/6 Esas ve 2020/6 karar sayılı kararı ile Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı kabul edilerek Dairemizin yukarıda esas ve karar numarası belirtilen kararı bahse konu kararda belirtilen gerekçelerle kaldırılmıştır. Başkanlar Kurulu kararı doğrultusunda tüm dosya kapsamı yeniden incelendiğinde; sanık hakkında 6136 sayılı yasanın 13/4 maddesi gereğince ceza verilerek hüküm tesis edildiği anlaşılmış olup, 6136 sayılı yasanın 13/4 maddesi nde tanzim edilen suçun TCK 75. Maddesi kapsamında kalan ön ödemelik suçlardan olduğu, mahkemece hataya düşülerek sanığa ön ödeme önerisinde bulunulmadığı anlaşıldığından sanık müdafisinin istinaf talebinin kabulü ile hükmün CMK'nın 280/1-e ve 280/1-f maddeleri gereğince bozulmasına.. kesin olarak karar verildi.”*

¹¹⁹ Bu konuda yukarıda “İtirazın Konusu” başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

bozma kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulması mümkün değildir ve dolayısıyla ceza dairesi başkanlar kurulunun benzer bir karar vermesi söz konusu değildir.

bb. İtirazın Kabulü Kararı Üzerine Yeniden Yapılacak Yargılama

İtirazın kabulü kararından sonra ne şekilde hareket edilmesi gerektiği konusunda değişik görüşler ileri sürülebilir. Bu konuda ileri sürülebilecek bir görüş şudur: Denetim makamlarının kanun yolu incelemesi sonucu inceledikleri kararları bozmaları halinde, ne şekilde hareket edileceği CMK'nın 304 ve 307. maddelerinde gösterilmiştir. CMK'da buna ilişkin başkaca herhangi bir hüküm mevcut değildir. İtirazın kabulü veya itirazın kabulüyle birlikte ilgili daire kararının kaldırılmasına karar verilmesi de, istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kararı ile ilk derece mahkemesi hükmünün isabetsiz ve hukuka aykırı olduğu anlamına gelmektedir. Bu durum ise, bölge adliye mahkemesinin esastan red kararının ortadan kaldırılmasını ve ilk derece mahkemesi hükmünün bozulması sonucunu doğurur ve yeniden bir yargılama yapılmasını gerektirir. O nedenle, kararı isabetsiz görülen dairesinin dosyayı yeni bir esasa kayıt ederek duruşma açmak suretiyle uyuşmazlık konusunda bir karar vermesi gerekir.

Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, kanımızca, CMK'nın 308/A maddesi uyarınca itiraz üzerine yapılan yargılama, istinaf yargılaması niteliğindedir. Hukuka aykırılık, bölge adliye mahkemesinin bozma kararı verebileceği türden ise, yani, CMK'nın 289. maddesinin (h) ve (g) bendi hariç bu maddede gösterilen sebepler ile CMK'nın 280/1-f maddesinde gösterilen sebepler mevcut ise, Kurul, itiraz üzerine bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin esastan red kararını kaldırmalı ve ilk derece mahkemesi hükmünü bozmalıdır. Bu durumda, CMK'nın 304 ve 307. maddesi hükümlerine göre yeniden yargılama yapılması için dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Bu halde, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bozma üzerine yargılama yapması gerektiği ileri sürülebilirse de, özellikle, ilk derece mahkemesinin usulüne uygun oluşmadığı veya görevsiz olması halinde, sanık aslında ilk mahkemesinde yargılanma ve sonucunda verilecek hükmü istinaf etme hakkından yoksun olacaktır.

Kararda, CMK'nın 289. maddesinin (h) ve (g) bendi hariç, bu maddede gösterilen sebepler ile CMK'nın 280/1-f maddesinde gösterilenler dışında bir hukuka aykırılık varsa, Kurul, itirazın kabulü ile bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kararının kaldırılmasına karar vermelidir. Kanımızca, açıkça ilgili

daire kararının kaldırılmasına karar verilmese bile, itirazın kabulü kararı bu sonucu doğurur. İtirazın kabulü veya itirazın kabulü ile ilgili daire kararının ortadan kaldırılması üzerine dosyanın gönderildiği bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, uyuşmazlığın niteliğine göre, dosya üzerinde veya duruşma yapmak suretiyle bir karar vermelidir.¹²⁰

Görüldüğü üzere, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazının kabulü üzerine yapılacak yargılama ile temyiz veya Yargıtay C.Başsavcısının itirazının kabulü üzerine yapılan yargılama farklılık arz etmektedir. Bu farklılık, istinaf ve temyiz kanununun yolunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere, Yargıtay bir bozma mahkemesidir, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da itirazı yerinde gördüğünde, Yargıtay ceza dairesinin kararını ortadan kaldırmakta ve ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına karar vermektedir. Yargıtay ceza dairesinin, bozmadan sonra yeni bir yargılama yaparak hüküm verme görevi ve yetkisi bulunmamaktadır. Oysa bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, CMK'nın 289. maddesinin (h) ve (g) bendi hariç bu maddede gösterilen sebepler ile CMK'nın 280/1-f maddesinde gösterilen sebepler dışında bozma kararı veremez. Hukuka aykırılık veya hatanın dosya üzerinden inceleme ile düzeltilmesinin mümkün olmaması halinde bölge adliye mahkemesi ceza dairesi duruşma açıp yargılama yapmak suretiyle yeni bir hüküm vermek zorundadır. İşte bu farklılık nedeniyledir ki, her iki kanun yolundaki itirazın kabulünden sonra yapılacak yargılama farklı olacaktır.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin, çoğunlukla, itirazın kabulü kararı ile yalnızca bölge adliye mahkemesi kararının kaldırıldığı düşüncesinden hareket ettikleri görülmektedir. Örneğin, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesi kararına yapılan itirazın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu tarafından haklı bulunarak itirazın kabulüne karar verilmesinden sonra, ilgili daire bozma kararı vererek yeniden hükmün kurulmak üzere dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiştir.¹²¹ Böylece itirazın kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının bozulmadığı kabul edilmiştir; aksi halde tekrar bozma kararı verilmesine gerek duyulmazdı.

¹²⁰ Eğer karardaki hukuka aykırılığın yeniden yargılama yapılmaksızın düzeltilmesi mümkün ise, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu söz konusu hukuka aykırılığı düzelterek itirazın esastan reddine karar verme imkânına sahiptir. Yeniden yargılama yapılmaksızın karardaki hataların düzeltilmesi imkanı olan hallerde zaten ceza daireleri başkanlar kurulu bu kararları vermesi gerektiğinden, itirazın kabulüne ilişkin kararlar kararlardan sonra dosyanın gönderildiği bölge adliye mahkemesinin duruşma açarak yapacağı yargılama sonucunda bir hüküm kurması beklenir.

¹²¹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesi, 6.2.2020, 2020/428 E, 2020/298 K.

Bazı bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin hukuka aykırılığın niteliğini dikkate alarak itirazın kabulü kararından sonra duruşma açılmasına karar verdikleri görülmektedir.¹²² Dosya üzerinde yapılacak inceleme sonucu verilebilecek bazı kararlar bakımından da duruşma açıldığına tanık olunmaktadır. Örneğin, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi, CMK'nın 308/A maddesine göre yapılan itirazın kabulü kararı üzerine dosya üzerinde de verilebilecek lehe hükmün sırayetine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından davanın yeniden görülmesine ve duruşma açılmasına karar vermiştir.¹²³

f. Düşme Kararı

Ceza muhakemesi şartları, kanun yolu muhakemesinin de yapılmasına engel olan şartlardır; bir ceza muhakemesi şartının gerçekleşmediği anlaşıldığında, kanun yolu muhakemesinde ve bu arada itirazın incelenmesi aşamasında da düşme kararı verilmelidir.¹²⁴ Bu, aynı zamanda, davaların mümkün olan en kısa zamanda ve en az giderle sonuçlandırılmasını öngören Anayasanın 141/son maddesi hükmünün ve usul ekonomisinin bir gereğidir.

Ancak bazı bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulları, bir düşme nedeni tespit ettikleri halde, CMK'nın 308/A maddesinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak itirazın kabulüne veya itirazın kabulüyle ilgili daire kararının kaldırılmasına karar vermekle yetinmektedirler.¹²⁵

¹²² Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 9. Ceza Dairesi, 3.9.2020, 2020/1734 E.

¹²³ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi, 6.7.2020, 2020/838 E.

¹²⁴ Aynı yönde bkz. ERDEM/ŞENTÜRK, s. 176. Yargıtay C.Başsavcısının itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verebileceği kararlar konusunda CMK'nın 308 maddesinde bir hüküm mevcut değildir; ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, itirazın reddine, kararın bozulmasına karar verdiği gibi, koşulları mevcut ise düzelterek esastan red ve düşme kararları da vermektedir.

¹²⁵ Konya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulunun kararına konu olan bir olayda, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmak suçundan sanığa TCK'nın 191. maddesi uyarınca verilen mahkumiyet hükmüne yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Konya Bölge Adliye Mahkemesi C.Başsavcılığı tarafından, dava zaman aşımını dolduğundan düşme kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle CMK'nın 308/A maddesine göre itiraz yoluna başvurulmuştur. İtirazı yerinde görmeyen daire, itirazın görüşülmesi için dosyayı bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kuruluna göndermiştir. Kurul, dava zaman aşımının gerçekleştiği sonucuna ulaşmasına rağmen, kendisi düşme kararı vermemiş, itirazın kabulü ile bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kararının kaldırılmasına ve CMK'nın 308/A maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere dosyanın ilgili daireye gönderilmesine karar vermiştir. (Konya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 4.2.2020, 2020/2 E, 2020/2 K.)

4. İnceleme Sonucu Verilebilecek Kararların Etkileri

a. Genel Olarak

Ceza daireleri başkanlar kurulunun kararları kesindir. Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bu kararlara direnme hakkı yoktur. Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı, sanık lehine sonuç doğurabileceği gibi aleyhine de sonuç doğurabilir.¹²⁶ Kuşkusuz ki sanık lehine yapılan başvuruda suçun niteliği yönünden bozma kararı verildiğinde, aleyhte değiştirme yasağı gözetilecektir.

İtiraz üzerine verilen bozma kararı veya lehe hükmün hakkındaki hüküm itiraza konu edilmeyen sanıklara sirayet edip etmeyeceği ve itirazın bireysel başvuru yoluna başvuru süresi bakımından dikkate alınıp alınmayacağı hususlarının tespiti büyük öneme sahip olup aşağıda bu konulara değinilecektir.

b. Yayılma Etkisi

Yargıtay C.Başsavcılığının itirazının yayılma etkisinin bulunup bulunmadığı, diğer bir ifadeyle itiraz üzerine verilecek lehe kararın hakkındaki hüküm itiraza konu edilmeyen diğer sanık veya sanıklar bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür.¹²⁷ Bu konuda ileri sürülen görüşler, benzer nitelikteki bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı bakımından da geçerlidir.

Bilindiği üzere, kanun yoluna başvurmak bir dava açmak demektir. Denetim muhakemesi yapan mercii de kural olarak, yalnızca aleyhine kanun yolu davası açılan kişi ve kararlar sınırlı olarak inceleme yapar; vereceği karar da yalnızca kanun yolu davası açan kişi ve karar bakımından sonuç doğurur. Ancak kanun koyucu, aynı suçtan cezalandırılan sanıklar hakkında birbirleriyle çelişen sonuçların doğmasının önlenmesi ve adalet düşüncesiyle, olağan kanun yolları bakımından özel bir hüküm sevk etmek suretiyle kanun yolu incelemesi sonucu verilen lehe kararın yayılma etkisini, yani kanun yoluna başvurmayan sanıklar bakımından da uygulanmasını kabul edebilir. Nitekim

¹²⁶ Yargıtay C.Başsavcısının itirazının sanık aleyhine sonuç doğurmaması gerektiği şeklinde görüşler ileri sürülmüştür. (TOSUN, Temyiz Kararlarına Karşı Kanunoyolları, s.191) Yenisey/ Nuhoğlu da Yargıtay C.Başsavcısının itirazına yalnızca sanık lehine başvurulabileceği görüşündedirler. (YENİSEY/NUHOĞLU,s. 941)Temyiz kanun yolunun aksine istinafta içtihat birliği sağlama amacı bulunmayıp, somut olayda adil bir karar verilmesi amaçlandığından, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı itirazının sanık aleyhine de sonuç doğurması mümkündür.

¹²⁷ Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 790; ARSLAN, s.144;

CMK'nın 306. maddesinde temyiz kanun yolu bakımından lehe kararın yayılma etkisi açıkça düzenlenmiştir. CMK'nın ilk halinde istinaf kanun yolu bakımından benzer bir hüküm öngörülmemiştir. Fakat uygulamada bu konuda yaşanan tereddüt ve farklı uygulamalara son vermek amacıyla 5.8.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7035 sayılı kanunla CMK'nın 280. maddesinde yapılan değişiklikle istinaf kanun yolu bakımından da lehe hükmün yayılma etkisi kabul edilmiştir.

Dikkat edilmelidir ki, lehe kararın yayılma etkisi, kanun yollarına ilişkin genel hükümler bölümünde değil, istinaf ve temyiz kanun yolları bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. İstisnai bir kanun yolu olan bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı bakımından benzer bir düzenleme yapılmadığına göre, yine istisnai bir düzenleme olan yayılma etkisi C.Başsavcılığının itirazı bakımından uygulanamayacaktır. Hukuksal durumları aynı olan kişiler bakımından farklı cezaların uygulanmasına neden olacağından bu sonuç eleştirilebilir; ancak lehe kararın haklarında olağanüstü itiraz kanun yolu davası açılmayan sanıklar bakımından da uygulanması isteniyorsa, bunun tek çözümü, kanunda bu konuda açık bir düzenleme yapılmasıdır.

Kıyas yoluna başvurularak, yayılma etkisinin itiraz kanun yolu bakımından da uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere kural; hakkında dava açılan kişi ve kararla sınırlı inceleme yapılıp karar verilmesi; verilen kararın da hakkında dava açılan kişi ve kararla sınırlı sonuç doğurmasıdır. Yayılma etkisi ise istisnadır. Ceza muhakemesinde kıyas serbest ise de istisnai hükümlerde kıyas yapılamaz.¹²⁸ Bununla birlikte, öğretide, itiraz üzerine verilen lehe karardan haklarında olağanüstü kanun yolu davası açılmayan diğer sanıkların da yararlanacağı yönünde görüşler de ileri sürülmüştür.¹²⁹

İstinaf aşamasında sanık lehine karar verilmesi ve söz konusu kararın hükmü istinaf etmeyen sanık veya sanıklara da sirayetine karar verilmesi gerektiği halde, bu yönde karar verilmemesi nedeniyle bölge adliye mahkemesi

¹²⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 790; ARSLAN, s.144.

¹²⁹ Tosun, sanık lehine yorum kuralı uyarınca olağanüstü kanun yoluna başvuru sonucu verilen kararın diğer sanıklara da sirayet edeceği görüşündedir. (TOSUN, Kanunyollarının Çeşitleri, s.12) Öztürk ve diğerleri ise, olağanüstü kanun yoluna başvurma yetkisinin yalnızca Yargıtay C.Başsavcısına ait olduğundan, kendilerini ilgilendirdiği ölçüde diğer sanıkların da bu karardan yararlanacağını belirtmektedirler. (ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT /ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ /ALTINOK VILLEMIN/TOK, s. 753).

ceza dairesi kararının hukuka aykırı olduğunun itiraz aşamasında anlaşılması halinde, ceza daireleri başkanlar kurulu, bu sebeple hükmü bozmalı ve bozma kararının hükmü istinaf etmeyen sanıklara da sirayetine karar vermelidir.¹³⁰ Dikkat edilirse; bu ihtimalde, aslında istinaf aşamasında hükmü istinaf etmeyen sanıklar lehine sirayet hükümlerinin uygulanma koşulları mevcuttur. Buna karşılık, itiraz aşamasında veya itiraz sonrası yapılan yargılama aşamasında ortaya çıkan lehe durumdan haklarındaki karar itiraza konu edilmeyen kişilerin yararlanması mümkün değildir.

c. Aleyhte Değiştirme Yasağı

CMK'nın 283. maddesinde istinaf kanun yolunda aleyhte değiştirme yasağı kabul edilmiş olup, bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı bakımından kanunda bu yönde bir hüküm öngörülmemiştir. Temyiz kanun yolu bakımından da aleyhte değiştirme yasağı öngörüldüğü halde (CMK m.307/5), Yargıtay C.Başsavcılığının itirazı bakımından buna ilişkin bir hüküm CMK'nın 308. maddesinde yer almamaktadır. Bu konuda kıyas yoluna başvurulmasının mümkün olmadığı belirtilerek Yargıtay C.Başsavcılığının itirazı bakımından aleyhte değiştirme yasağının uygulanamayacağı belirtilmiştir.¹³¹ Bir görüşe göre de, sanık lehine temyiz edilen hükümle ilgili olarak sanık aleyhine itiraz yoluna gidilemeyeceğinden aleyhte değiştirme yasağı gündeme gelmez.¹³²

Bilindiği üzere aleyhte değiştirme yasağı, sanığın kanun yolu başvurusu üzerine aleyhine bir sonuç doğacağı endişesi duymadan kanun yoluna başvurularını temin etmektir.¹³³ İtiraz kanun yoluna ise yalnızca

¹³⁰ Ceza Genel Kurulu 23.11.2004, 2004/8-130 E, 2004/206 K; Ceza Genel Kurulu, 21.9.2004, 2004/5-118 E, 2004/168 K. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olan bir olayda, ilk derece mahkemesi sanıkların hırsızlık suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmiştir. Bazı sanıkların temyizi üzerine hüküm eksik soruşturma ve nitelemede hataya düştüğü gerekçesiyle Yargıtay özel dairesi tarafından bozulmuştur. C.Başsavcısının itirazı üzerine, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, suça ilişkin zamanaşımının ilk derece mahkemesinin hüküm kurduğu tarihte dolduğu gerekçesiyle kararı bozmuş ve temyiz kanun yoluna başvuran sanıklar hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar vermiştir. CGK, bozmanın temyiz kanun yoluna başvurmaya sanığa da sirayetine karar vererek bu sanık hakkındaki hükmün de bozulmasına ve hakkındaki davanın da düşmesine hükmetmiştir. (CGK, 27.09.2011, 2011/2-180 E, 2011/189 K)

¹³¹ **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT /ALANAKCAN/ ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ /ALTINOK VILLEMIN/TOK, s. 753;**

¹³² **SOYASLAN, s. 617.**

¹³³ Aleyhte değiştirme yasağı konusunda geniş bilgi için bkz. KAYMAZ, Seydi, "Aleyhte Değiştirme Yasağı (Reformatio in Peius)", **Prof.Dr. Nur Centel Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı,C.19,Sa.2,**

C.Başsavcılığı, hukuk kurallarının doğru bir şekilde uygulanması ve adil bir karar verilmesi için, kamu adına ve kamu yararına başvurmaktadır. Dolayısıyla, aleyhte değiştirme yasağının kabulünü gerektiren sebepler bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı bakımından mevcut değildir.¹³⁴ Bununla birlikte, yalnızca sanık lehine istinaf kanun yoluna başvurulmuş ise itiraz üzerine suçun niteliği değişse bile aleyhte değiştirme yasağı uyarınca sanığın cezası ağırlaştırılmaz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, olağanüstü itiraz üzerine verdiği kararlarda aleyhte değiştirme yasağını kabul etmektedir.¹³⁵

Bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı bakımından aleyhte değiştirme yasağını çeşitli ihtimallere göre ele almaya ve bu yasağın ne tür sonuçlar doğurduğunu tespit etmeye çalışalım. Hüküm, yalnızca sanık lehine istinaf edilmiş ise, bölge adliye mahkemesi suçun niteliğini değiştirse bile aleyhte değiştirme yasağı (CMK m.283) uyarınca sanığa daha fazla bir

İstanbul 2013; ERSOY, Uğur, Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı, Ankara 2018; ÇINAR; Ali Rıza, Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı, **Prof.Dr. Nur Centel Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı,C.19,Sa.2, İstanbul 2013; ÖZBEK, Veli Özer/ TEPE, Serkan, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin Genel Değerlendirmeler”, DEÜHFD, C.16, Özel sayı, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015.

¹³⁴ Erdem/Şentürk, sanık lehine istinaf kanun yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi C.Bassavcılığının itiraz yoluna gidemeyeceğini savunmaktadırlar. ERDEM/ŞENTÜRK, s. 175.

¹³⁵ “Sanığın elinde bıçak olduğu halde, kimliği tespit edilemeyen mağdureyle bir süre boğuşup, devamında vurmak suretiyle onu yere düşürerek çantasını alıp kaçtığı sırada, mağdurenin bağırması üzerine sanığı takibe alan ve 25-30 metre mesafede ona bisikletiyle çarparak yere düşüren mağdur C.T. ile kendisini takip eden diğer mağdurlara bıçak doğrultup onları, “yaklaşmayın sizi vururum” diyerek tehdit ettiği ve çantayı orada bırakarak kaçtığı somut olayda, sanığın eylemlerinin, mağdurenin çantasını almak için ona yönelik cebir kullanıp bıçak göstermesi ve çantayı aldıktan sonra kendisini derhal takibe başlayan ve bu takibi kesintisiz olarak sürdüren mağdurların onu yakalayacağı sırada onlara bıçak doğrultup tehdit etmesi nedeniyle bütün halinde yalnızca yağma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, Özel Daire bozma kararında bir isabetsizlik bulunmadığından, yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 18.06.2010 gün ve 263-218 sayılı direnme hükmünün, sanığın eyleminin bütün halinde yalnızca yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizliğinden BOZULMASINA,

2- Hükümler yalnızca sanık müdafii tarafından temyiz edildiğinden, 1412 sayılı CMUK'nun, 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunana 326/son maddesi gereğince hırsızlık ve tehdit suçlarından verilen toplam ceza miktarı yönünden sanığın kazanılmış hakkının korunmasına” (CGK,29.4.2014,2012/1485 E, 2014/221 K).

ceza tayin edemeyecektir. Gerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararına gerekse bölge adliye mahkemesinin kurduğu ve aleyhte değiştirme yasağını dikkate aldığı karara karşı sanık aleyhine itiraz yoluna başvurulduğunda, ceza daireleri başkanlar kurulu, sanığın eyleminin bölge adliye mahkemesinin niteliğini belirlediği suçtan daha ağır bir suç oluşturduğu kanaatiyle bölge adliye mahkemesinin kararını kaldırsa bile yeniden yapılan yargılama sonucu bölge adliye mahkemesinin tayin ettiği cezadan daha ağır bir ceza veremez. Örneğin, ilk derece mahkemesinin fiili TCK'nın 86/2 ve 86/3. maddesine temas eden kasten yaralama suçunu oluşturduğunu ve sanığa 6 ay hapis cezası verildiğini, bu hükme karşı yalnızca sanık lehine istinaf kanun yoluna başvurulduğunu ve bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin, eylemin TCK'nın 86/1, 86/3, 87/1-c maddesindeki suçu oluşturduğunu kabul ederek bu suçtan 5 yıl hapis cezası tayin ettiğini, ancak aleyhte değiştirme yasağı uyarınca sanığa sonuç olarak 6 ay hapis cezası verildiğini düşünelim. Bu karara karşı bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının eylemin öldürmeye teşebbüs oluşturduğu gerekçesiyle itirazı üzerine inceleme yapan ceza daireleri başkanlar kurulunun da eylemin aslında kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gerekçesiyle itirazı kabul ettiğini varsayalım. İşte itirazın kabulü kararı üzerine yapılan yargılamada kasten öldürme suçundan sanık hakkında hüküm kurulsa bile aleyhte değiştirme yasağı uyarınca sanığın cezası 6 ay hapse indirilecektir. Dolayısıyla aleyhte değiştirme yasağı etkisini bölge adliye mahkemesinin itirazı bakımından da gösterir. Aksi bir uygulama, aleyhte değiştirme yasağını anlamsız hale getirir.

Bu örnekte ilk derece mahkemesi kararı hem lehe hem de aleyhe istinaf edilmiş olsaydı, bölge adliye mahkemesi sanığı TCK'nın 86/1, 86/3, 87/1-c maddesi uyarınca 5 yıl hapis cezası ile cezalandıracaktı. İşte bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının sanık lehine itiraz yoluna başvurması üzerine, ceza daireleri başkanlar kurulu fiilin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gerekçesiyle itirazın kabulüne karar verip, yeniden yapılan yargılama sonucu kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kursa bile, aleyhte değiştirme yasağı uyarınca sanığa 5 yıldan fazla hapis cezası tayin edilemeyecektir.

d. Zamanaşımı Bakımından Etkisi

Öğretide savunulan ve uygulamada da destekçileri bulunan bir görüşe göre, itiraz halinde hüküm kesinleşmez,¹³⁶ dolayısıyla dava zanaşımı

¹³⁶ 1956 yılında verilen 1956/6 E, 1956/4 K sayılı İttihadı Birleştirme Kararında da, Yargıtay

işlemeye başlar. Bu görüş sahiplerine göre, kararın kesinleştiğinin kabul edilmesi halinde ceza zamanaşımının başlaması gerekir; ancak itiraz kanun yoluna başvurulmakla hükmün infazı mümkün olmadığından, itirazın reddine kadar haksız bir şekilde hükümlü lehine zamanaşımı işlemiş olacaktır.¹³⁷ Belirtelim ki, ceza zamanaşımını kesen nedenler kanunda gösterilmiş olup itiraz kanun yoluna başvurma, ceza zamanaşımını kesen bir neden olarak gösterilmemiştir. Hükmün infazına başlanmadan itiraz kanun yoluna başvurulup da itirazın reddine karar verildiğinde, itirazın reddine karar verilene kadar hükümlü lehine ceza zamanaşımı işlemiş olacaktır. Bu durum kanundan değil, uygulamadan doğmaktadır. Esasen itiraz kanun yoluna başvurulması başlı başına infaza engel olan bir husus değildir. Ancak dosya ilk derece mahkemesine gönderilmeden itiraz kanun yoluna başvurulduğunda, hükmün kesinleştirilmesi ve cezanın infazına başlanması mümkün olmayacaktır. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinden ve cezanın infazına başlanmasından sonra itiraz kanun yoluna başvurulması durumunda ise, itiraz, cezanın infazı durdurmuyacak ve yukarıda eleştirilen durum yaşanmayacaktır.

Olağan kanun yollarına başvurulamayan hüküm kesinleşmiş demektir ve hükmün kesinleşmesi ile ceza zamanaşımı başlar (TCK m. 68). O nedenle, kesinleşmiş hükme karşı itiraz yoluna başvurulması dava zamanaşımının işlemeye başlamasına neden olmaz. Dolayısıyla, itirazın incelenmesi aşamasında dava zamanaşımının dolduğu gerekçesiyle düşme kararı verilmesi söz konusu olmaz. Buna karşılık, esasen ilk derece mahkemesinde veya istinaf aşamasında dava zamanaşımını dolduğu halde bu hususun gözden kaçırılması durumunda elbette ki itirazı inceleyen bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu dava zamanaşımının gerçekleşmesi sebebiyle düşme kararı verebilir.¹³⁸ Bu halde verilen düşme kararından hükmü istinaf etmeyen sanık

C.Başsavcısının itiraz kanun yoluna başvurması halinde hükmün kesinleşmeyeceği belirtilmiştir. Ancak, uygulama bu İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda gelişmemiştir.

¹³⁷ ALACAKAPTAN, s. 290. CGK'nın 10.5.1993 tarih, 1993/4-11 E ve 1993/151 K sayılı kararına karşı yazılan karşı oy yazısında da benzer görüşler dile getirilmiştir. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, C.II, s. 1767-1776.

¹³⁸ “*Daha ağır cezayı gerektiren başka bir suçun oluşturma ihtimali bulunmayan ve son suçun 23.03.2007 tarihinde işlendiği iddia edilen eylemlerle ilgili olarak, on iki yıllık kesintili dava zamanaşımı süresinin, Ceza Genel Kurulunun inceleme tarihinden önce 23.03.2019 tarihinde dolduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulü ile Özel Daire kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkemenin fuhuş suçundan verdiği mahkûmiyet hükümlerinin gerçekleşen dava zamanaşımı nedeniyle bozulmasına, ancak yeniden yargılama gerektirmeyen bu konuda, 1412 sayılı CMUK'nın, 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 322. maddesi uyarınca karar verilmesi mümkün bulunduğundan, sanıklar hakkındaki kamu*

veya sanıklar da yararlanır.¹³⁹

İtiraz üzerine kararın bozulması halinde, dava zamanaşımı tekrar işlemeye başlayacaktır. Buna göre, dava zamanaşımı, hükmün kesinleşmesi ile bozma kararı arasında durmuş olacaktır. Bozma kararından sonra yapılan yargılama aşamasında zamanaşımı dolduğunda hakkındaki hükümle ilgili itiraz kanun yoluna başvurulana sanık hakkında düşme kararı verilmelidir. Bu durumda verilen düşme kararının yayılma etkisi olmayacaktır.

e.İnfazın Durdurulması Bakımından Etkisi

Kanunda, ceza dairesi başkanlar kuruluna, itirazın incelenmesi aşamasında, cezanın infazının durdurulmasına ve geri bırakılmasına karar verme yetkisi tanınmamıştır. O nedenle, inceleme sırasında ceza dairesi başkanlar kurulu infazın durdurulmasına veya geri bırakılmasına karar veremez. Bununla birlikte, inceleme sonucunda kararı isabetsiz bularak itirazın kabulüne karar veren ceza daireleri başkanlar kurulu, fiilin niteliği ile sanığın cezaevinde kaldığı süreyi dikkate alarak sanığın tahliyesine karar verebilir. Bu karar, infazın durdurulması niteliğinde değildir; çünkü hüküm bozularak ortadan kalkmıştır ve yeniden bir yargılama yapılarak bir hüküm verilecektir. Bu aşamada hükümlüden değil, sanıktan söz etmek gerekir. Ayrıca, karar bozulduğuna göre, infazın geri bırakılması şeklinde bir karar verilmesi zaten söz konusu olmayacaktır. Bu durumda infazın durdurulmasına ve sanığın tahliyesine karar verilmelidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun uygulaması da bu şekildedir.¹⁴⁰

davasının TCK'nın 66/1-e, 66/6, 67/4 ve CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmelidir." (CGK,12.03.2020, 2018/337 E, 2020/176 K).

¹³⁹ "Yerel mahkemenin hüküm verdiği tarih itibarıyla zamanaşımının gerçekleşmiş olmasına karşın, Özel Dairece yanılığlı olarak zamanaşımının hüküm ve inceleme tarihleri arasında gerçekleştiğinin kabul edilmiş olması da, sonucu itibarıyla isabetli bulunan bozma kararının hükmü temyiz etmeyen sanığa sirayetinde engel olmayacaktır.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının değişik gerekçe ile kabulüne, Özel Dairenin zamanaşımı nedeniyle düşme kararının sanık S. O.'a da sirayetinde, sanık S.hakkındaki yerel mahkeme hükmünün bozulmasına, 765 sayılı TCY'nun 102/4. maddesi uyarınca asli zamanaşımı dolduğundan 765 sayılı TCY'nun 102/4 ve 5271 sayılı CYY'nun 223. maddeleri uyarınca kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmelidir." (CGK, 27.9.2011, 2011/2-180 E, 2011/189 K).

¹⁴⁰ "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabul edilerek Özel Daire onama kararının sanık ... yönünden kaldırılarak Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi nedeniyle, sanığın nitelikli yağma suçuna ilişkin cezasının İNFAZININ DURDURULMASINA ve TAHLİYESİNE," (CGK, 16.01.2020, 2019/223 E, 2020/12 K).

VII. SONUÇ VE ÖNERİLER

5271 sayılı CMK'nın ilk halinde bölge adliye mahkemesinin verdiği kesin nitelikteki kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu öngörülmemiştir. Taraflar, bölge adliye mahkemesi C. Başsavcılığı kararın hatalı olduğunu görmelerine rağmen, başvurabilecekleri bir kanun yolundan yoksun idiler. Bölge adliye mahkemeleri de sonradan hatalı bir karar verdiklerini fark ettikleri halde dosyayı tekrar ele alma ve hatayı düzeltme imkânına sahip değillerdi. Bu durum rahatsızlıklara neden olmuş ve bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden yaklaşık bir yıl sonra özellikle uygulamadan gelen talepler doğrultusunda 7035 sayılı Kanunla bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı (CMK m.308/A) kanun yolu kabul edilmiştir. CMK'nın 308/A maddesinin ilk halinde itirazların kararı veren ilgili daire tarafından incelenip karara bağlanması öngörülmüştü. İtirazın ilgili daire tarafından incelenmesinin etkili bir kanun yolu olmadığı anlaşılarak 7188 sayılı Kanunla CMK'nın 308/A maddesinde değişiklik yapılarak, ilgili daire tarafından kabul edilmeyen itirazların beş kişiden oluşan ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından incelenmesi kabul edilmiştir.

Öncelikle belirtelim ki, olağanüstü nitelikteki bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığının itirazı, uygulamada kendini gösteren gerçek bir ihtiyacın ürünü olarak kabul edilmiştir. İtirazın, bir kurul tarafından incelenmesine ilişkin düzenleme de isabetli olmuştur. İtiraz yetkisinin bölge adliye mahkemesi C.Başsavcısı yerine, C.Başsavcılığına verilmesinin ise isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Yine, ceza daireleri başkanlar kurulunun oluşumuna ilişkin CMK'nın 308/A maddesi ile kurulun oluşumuna, çalışma esas ve usullerinin tespitine ilişkin HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararı çeşitli açılardan sorunludur ve hukuka aykırıdır: Her iki konuda da yasal düzenleme yapılmalıdır.

Bu tespit ve açıklamalardan sonra bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığı itirazına ilişkin önerilerimizi şu şekilde sıralayabiliriz.

1) C.Başsavcılığı bir bütün olup, C.Başsavcısı bütün C.Savcıları üzerinde denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Buna rağmen, bir C.Savcısının C.Başsavcısının bilgisi dışında itiraz yoluna başvurusunun yaratacağı sıkıntıların önüne geçilebilmesi için itiraz yetkisinin bölge adliye mahkemesi C.Başsavcılığına değil, Yargıtay C.Başsavcısının itirazında olduğu gibi bölge adliye mahkemesi C.Başsavcısına verilmesi yararlı olacaktır.

2) 5235 sayılı Kanununun 35. maddesinde düzenlenen bölge adliye

mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu ile CMK'nın 308/A maddesinde düzenlenen kurul aynı nitelikteki kurullar değildir. İlki idari bir görev yapmakta, ikincisi ise yargısal bir görev yapmaktadır. O nedenle, idari nitelikteki kurulun başkanı olan bölge adliye mahkemesi başkanının aynı zamanda CMK'nın 308/A maddesinde düzenlenen ceza daireleri başkanlar kurulunun başkanı olduğu varsayımdan hareket edilmesi ve o nedenle HSK'nın bu kurula dört üye seçmesinin öngörülmesi isabetli olmamıştır. Kanımızca temsil ve idari görevleri bulunan bölge adliye mahkemesi başkanının itirazları inceleyecek kurulda yer alması isabetli değildir. Ancak kanun koyucunun isteği bu doğrultuda ise, bu hususun kanunda açıkça gösterilmesi gerekir. Mevcut haliyle itiraz mercii olan ceza daireleri başkanlar kurulu kanuna göre kurulmuş bir mahkeme niteliğinde değildir ve vermiş olduğu kararlar mutlak olarak hukuka aykırıdır (CMK m.289/1-a).

3) Kurulun oluşumuyla ilgili bir başka hukuka aykırılık ise şudur: CMK'nın 308/A maddesinde, kurulun dört üyesinin HSK tarafından atanması öngörüldüğü halde, HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih, 2019/410 sayılı kararıyla, kararına itiraz edilen daire başkanının kurula dördüncü üye olarak katılması öngörülmüş ve dolayısıyla HSK kurula dört değil, üç üye atamıştır. Böylece idari bir kurul olan HSK'nın kararıyla hukuka aykırı olan kanun (CMK'nın 308/A) hükümleri de ihlal edilerek itiraz mercii olan kurul oluşturulmuştur.

4) Kurulun çalışma usul ve esaslarının kanunla düzenlenmesi yerine idari bir kurul olan HSK kararıyla belirlenmesi bir başka isabetsizliktir. Ayrıca, kurulun çalışma usul ve esaslarına ilişkin düzenleme de yetersizdir.

5) Yukarıda da belirtildiği üzere, HSK Genel Kurulunun, 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararının 1. maddesine göre, kararına itiraz edilen ceza dairesi başkanı, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kuruluna asil üye olarak katılacaktır. Söz konusu kararın 3. maddesinde de, daire başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlanacağı belirtilmektedir. Böylece, kararı itiraza konu olan, diğer bir ifadeyle kararı yargılanan dairenin başkanı, savunma yapmakla kalmayacak aynı zamanda bu karara yönelik itirazın müzakerelerine ve oylamasına katılacaktır. Bu, savunma ve yargılamanın birleşmesi anlamına gelir ve adil yargılanma ilkesine aykırıdır.

Özetlemek gerekirse, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun oluşumu ve çalışma usulü hukuka aykırıdır. Kurulun günümüze

kadar verdiği kararlar hukuka aykırı olup, bundan sonra vereceği kararlar da hukuka aykırı olacaktır. İleride giderilmesi güç zararlara sebebiyet verilmemesi bakımından zaman geçirilmeden bu konularda yasal düzenleme yapılması hayati öneme sahiptir.

6) Bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri başkanlar kurullarının, yalnızca iki tür karar verdikleri gözlenmektedir: itirazın esastan reddi, itirazın kabulü ile bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararının kaldırılması. Bazı bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulları da itirazın kabulüyle birlikte ilgili daire kararının kaldırılmasına karar vermektedirler. Kanımızca, itirazın kabulü kararı veya itirazın kabulü ile ilgili daire kararının kaldırılması kararından sonra ilgili bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, CMK'nın 304 ve 307. maddeleri uyarınca dosyayı yeniden esasa kayıt edip duruşma açmak suretiyle bir yargılama yapmalıdır. Kurulun yalnızca itirazın kabulüne veya itirazın kabulüyle birlikte ilgili daire kararının ortadan kaldırılmasına karar vermesi halinde de CMK'nın 304 ve 307. maddelerine göre, yani bozma üzerine yargılamaya ilişkin hükümler uygulanacağına göre, bu halde de ilk derece mahkemesi kararının ortadan kalktığından kabulünden başka bir çare yoktur.

Ancak bu konudaki tereddütlerin ortadan kaldırılması bakımından, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun, itirazı haklı görmesi ve karardaki hatanın düzeltilmesinin de mümkün olmaması halinde, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun uygulaması gibi, itirazın kabulüne, ilgili daire kararının ortadan kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına karar vermesi gerekir.

7) Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu denetim yapan bir mahkemedir. Bir mahkeme olduğundan, ceza muhakemesi koşulları gerçekleşmediğinde her mahkeme gibi düşme kararı vermesi; yine karardaki hukuka aykırılığın düzeltilerek giderilmesi mümkün ise söz konusu hukuka aykırılığı düzelterek itirazın esastan reddine karar vermesi gerekir.

KAYNAKLAR

- ALACAKAPTAN, Uğur, “Temyiz Mahkemesi Başsavcılığının Yaptığı İtiraz Hükümün Kesinleşmesine Mani Olur mu?”, AÜHFD, C.24, Sa.1-4, (1967).s.287-291.
- ANDERSON, Andrea S, “Wrongful Convictions and the Avenues of Redress: The Post-Conviction Review Process in Canada”, **Appeal: Review of Current Law and Law Reform**, Volume,20, (2015). <https://journals.uvic.ca/index.php/appeal/issue/view/785>. Erişim Tarihi: 2.9.2020).s.5-25.
- ARSLAN, Çetin, ”Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı”, CHD, C.2, Sa.5, (Aralık 2007).s.105-161.
- AŞKIN, Uğur, **Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu**, Ankara 2018.
- BALCI, Fidan/ÖZTÜRK, Seyithan, **Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz**, Ankara 2019.
- BİRTEK, Fatih, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Ankara 2019.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018.
- EREM, Faruk, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara tarihsiz,
- EREM, Faruk, “Ceza Usulünde Kesin Hüküm” AÜHFD, C.20, Sa.1, (1963). S.37-52.
- ERDEM, M.Ruhan/ŞENTÜRK, Candide, **Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları**, Ankara 2018.
- ERSOY, Uğur, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtirazı”, CHD, C.10, Sa.29, (Aralık 2015). S.67-124.
- ERSOY, Uğur, “Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları”, ABD, Sa.2, (2016).s.123-153.
- ERSOY, Uğur, **Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı**, Ankara 2018.
- ÇINAR, Ali Rıza, “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, **Prof.Dr. Nur Centel Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk**

Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı,Cilt.19,Sa.2, İstanbul (2013).s.603-666.

GRIFFIN, Lissa, “Correcting Injustice: Studying How the United Kingdom and the United States Review Claims of Innocence” 41 U. Tol. L. Rev. Volume.107 (2009).s.107-152.

İNCEOĞLU, Sibel, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ankara 2013.

KARAKEHYA, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2016.

KAYMAZ, Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, 2. Baskı, Ankara 2020.

KAYMAZ, Seydi, “İtirazları İnceleyen Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunun Oluşumu Hukuka Aykırıdır”, İndependent Türkçe, 4 Şubat 2020, <https://www.indyuturk.com>.

KAYMAZ, Seydi, “Aleyhte Değişirme Yasağı (Reformatio in Peius)”, **Prof. Dr. Nur Centel Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı, C.19,Sa.2, İstanbul (2013). s.1397-1451.

KESKİN, Serap, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, İstanbul 1997.

KUNTER, Nurullah, “Olağanüstü İtirazda Yargılama İle İlgili Sorunlar”, YD, C.9, Sa.4, (Ekim 1983).s.568-598.

KUNTER, Nurullah, “Olağanüstü Temyiz Kanun yolunda Reform”, Ceza Adaleti Reformunun İlkeleri Sempozyumu II, Kanun Yolları (26-28 Nisan 1978), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayın No.17, İstanbul 1973.s.110-122.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2006.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Ankara 2019.

ÖZBEK, Veli Özer/ TEPE, Serkan, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin Genel Değerlendirmeler”, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı, Prof.Dr. Hakan

Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015. s.3759-3797.

ÖZEN, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Ankara 2019.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, M.Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin/ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ ERDEN

TÜTÜNCÜ, Efser/ ALTINOK WILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Ankara 2019.

ROACH, Kent, "Wrongful Convictions in Canada", **University of Cincinnati Law Review**, Volume.80, (2012). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1887889>. Erişim Tarihi:2.9.2020).s.1465-1526.

ROACH, Kent, Roach, Kent, "Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes" (June 1, 2010). **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Volume. 35, (2010). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1619124>. Erişim Tarihi:2.9.2020). s.387-466.

SAGUIL, Paul Jonathan, "Improving Wrongful Conviction Review: Lessons from a Comparative Analysis of Continental Criminal Procedure" (August 2007). **Alberta Law**

Review, Volume. 45, (2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1724322> Erişim Tarihi: 4.9.2020). s.117-136.

SAVAŞ,Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, **Ceza Muhakemeleri Kanunu Yorumu**, C.II, Ankara 1995.

SELÇUK, Sami, "İtiraz Üzerine Verilen Ceza Genel Kurulu Kararına Karşı Direnme", **Yasa Hukuk Dergisi**, C.III, Sa.2, (Şubat 1980).

SELÇUK, Sami. **Karşıoylarım, Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar**, Ankara 2001.

ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C.II, 10. Baskı, Ankara 2020.

ŞENER, Esat, **Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk-Ceza**, Ankara 1997.

TALAS, Serdar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı", **İÜHFİM**, C.LXX, Sa.1, (2012)s.153-176.

TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2019

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Baskı, Ankara 2020. (2012).

TOSUN, Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C.II, İstanbul 1976.

TOSUN, Öztekin, “Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Kanunyonlarının Çeşitleri”, İÜHFİM, Ord. Prof.Kemalettin Birsen’e Hatıra Sayısı, C.35, Sa.1-4, (1969).s.8-48.

TOSUN, Öztekin, “Temyiz Kararlarına Karşı Kanunyonları”, Cumhuriyetin Ellinci Yılında Ceza Adaletinde Reformun İlkeleri Sempozyumu, İstanbul 1973.s.177-205.

TURABİ, Selami, “Bireysel Başvuruda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı”, **Akademik Teklif**, Sa:1, (Temmuz 2013).s.100-121.

YANIK, Murat, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK’nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi,” **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.26, S.1, (2010).s.161-216.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2019.

YENİSEY, Feridun, “Cezada İstinaf ve 1979 da Hazırlanan ‘Üst Mahkemeler Kanunu Tasarısı’” **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C.1, Sa.2 (1979).s.57-66.

YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılama Hukuku** 15. Baskı, Ankara 2018.

YÜCE, Turhan Tufan, **Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları**, Ankara 1967.

İnternet Adresi

portal.uyap.gov.tr.

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	Bölge Adliye mahkemesi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz	Bakınız
C	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CİK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CGK	Ceza Genel Kurulu
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E	Esas
HSK	Hakimler ve Savcılar Kurulu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m	Madde
Pg	Paragraf
s	Sayfa
S.	Sayı
Vd	Ve devamı
YD	Yargıtay Dergisi

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

Muhammed DEMİREL*

ÖZ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, Türk Ceza Kanunu'nda tehdit, şantaj, cebir suçlarıyla birlikte “Hürriyete Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Düzenlemenin ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiştir. Dördüncü fıkra ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ihdas edilmiştir. Son fıkra ise içtimaya ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Nihayet bir sonraki madde hükmünde etkin pişmanlık düzenlemesi yer almaktadır. Bu çalışmada tüm bu hususlar incelenecek, bu yapılırken Alman doktrininden ve mahkeme kararlarından da faydalanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hürriyetten yoksun bırakma, kesintisiz suç, tehdit, cebir, hile, etkin pişmanlık.

THE CRIME OF DEPRIVATION OF LIBERTY

Abstract

The crime of the deprivation of liberty is regulated in the Turkish Penal Code under the heading “Crimes Against Freedom” along with the crimes threat, extortion and algebra. According to this regulation, any person who unlawfully restricts the freedom of a person to move or to remain in a particular place, shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of one to five years. The qualifications of the offense are contained in paragraphs 2, 3 and 5 of the regulation. In the fourth paragraph, the aggravation of this crime due to its consequences is regulated. In the last paragraph there is a special regulation regarding the aggregation. According to this regulation, where an aggravated injury on account of its consequences is

* Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, muhammedemirel@gmail.com,

ORCID: 0000-0001-9162-1459

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813016

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14/06/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/10/2020

committed in order to commit this offence (or during the commission of this offence), then the provision relating to intentional injury shall be additionally applied. Finally, the next article regulates the effective remorse. This study examines all of these topics using German doctrine and court decisions.

Keywords: *Deprivation of liberty, continuing crime, threat, force, fraud, effective remorse.*

A. Genel Olarak

Kişilerin temel hakları arasında kişi hürriyeti ve güvenliği ile yerleşme ve seyahat hürriyeti yer almaktadır. Bu çerçevede her iki hak da anayasal anlamda güvence altına alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın "*Kişi hürriyeti ve güvenliği*" başlıklı 19'uncu maddesinde açıkça herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte düzenlemedeki bu ifadenin ardından bu temel hakkın bazı hallerde sınırlandırılabilmesi hükmüne yer verilmiştir. Esasen bu sınırlandırma durumlarıyla birlikte en *temel haklardan* biri olarak kişinin seyahat etme özgürlüğü, en başta devlete ve topluma karşı korunan bir hak olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede bu hakkın hukuki bir temeli olmaksızın kısıtlanmasına yönelik davranışlar da suç olarak düzenlenip ceza yaptırımına altına alınmıştır¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*" başlıklı 109'uncu maddesine göre *bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.* 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179'uncu maddesinde, "*Bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin liradan az olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır.*" şeklinde tanımlanan bu suçun, mevcut düzenlemeyle birlikte unsurlarının daha açık hale getirildiği ifade edilebilir. Zira suçun önceki kanun döneminde kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasından söz edilmekteyken mevcut halinde kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasından ne anlaşılması gerektiği ortaya

¹ SONNEN, § 239 kn. 1; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 8; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 1; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 1; ÜZÜLMEZ, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları; KESKİN KIZIROĞLU, s. 73. Bu suçun tarihsel gelişim süreci için bakınız KAFES, s. 22 vd.

konmuştur. Bu nedenle de mevcut düzenlemenin belirlilik ilkesine daha uygun olduğu belirtilebilir².

Düzenlemenin ikinci ve üçüncü fıkralarında suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. Buna göre fiilin işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması (fıkra 2), yine suçun silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi halinde (fıkra 3) faile daha ağır ceza yaptırımı uygulanacaktır. Aynı şekilde suçun beşinci fıkrasında özel bir amaç içeren nitelikli hale yer verilmiştir. Bu kapsamda suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır (fıkra 5). Dördüncü fıkroda ise suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması şeklindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir (fıkra 4). Nihayet son fıkroda suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair özel bir hüküm ihdas edilmiştir.

Alman Ceza Kanunu'nda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tanımı ise, “*Bir kimseyi bir yere kapatan veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılan bir kimse, beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindedir. Bu suç, 26 Ocak 1998 tarihli 6. ceza reformu sonrasında ait olup temeli 1871 tarihli Alman Krallık Ceza Kanununa dayanmaktadır. Suçun tanımında “*bir yere kapatma*” ve “*başka şekilde hürriyetinden yoksun kılma*” şeklinde iki hareket bulunmaktadır. Bu tanımın en azından ikinci hareket açısından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede yer alan tanımla aralarında bir benzerlik olduğu göze çarpmaktadır. Zaten Alman düzenlenmesindeki “*başka şekilde hürriyetinden yoksun kılma*” yönündeki ifade, incelememizde de görüleceği üzere birçok tartışmayı beraberinde getirebilecek niteliktedir. 6. ceza reformuyla birlikte düzenlemenin ilk fıkrasında yer alan ifade değiştirilmiş, ikinci fıkrasında teşebbüs cezalandırılabilir hale gelmiş, nitelikli hallerin ifadeleri ve sistematik düzeni yeni bir kapsama sahip olmuş ve

² ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1184; KOCA/ÜZÜLMEZ s. 442; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 512; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; KAFES, s. 13. ÖNDER, 765 sayılı TCK'daki tanımı yalın olarak nitelendirmiştir. Bakınız ÖNDER, s. 26. Bununla birlikte mülga Kanun'da yer alan düzenlemeyi, mevcut düzenlemeye göre daha eksiksiz gören görüş için bakınız HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188.

cezalar yükseltilmiştir³. Bu çerçevede suçun üçüncü paragrafında mağdurun bir haftadan fazla hürriyetinden yoksun kalması, yoksun kılma fiili ile veya bu fiil esnasında mağdurun sağlığının ağır şekilde bozulması (fıkra 3) yahut da mağdurun hayatını kaybetmesi (fıkra 4) şeklinde suçun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerine yer verilmiştir.

B. Korunan Hukuki Değer

Özgürlükten yoksun kılma yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (madde 5) ve Anayasa (madde 19) ile güvence altına alınmış olup kişinin hareket edebilme hürriyetinin, bulunduğu yeri değiştirme *imkanının* korunmasına hizmet eder. Esasen bu suçla korunan hukuki değer, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kişilerin kendi arzu ve iradeleri çerçevesinde hareket edebilme hürriyetleridir. Buna göre kısaca bu suçla insanların kişisel özgürlükleri korunmaktadır. Bundan anlaşılması gereken ise irade hürriyeti gibi geniş bir kavram olmayıp yalnızca hareket edebilme hürriyetleridir. Bu suçla bu suçla kişinin kendi kararıyla mevcut durumda bulunduğu yeri terk edebilme, yer değiştirebilme hürriyeti korunmaktadır⁴. Yani bu suçla fiziksel, bedensel anlamda hareket özgürlüğünün korunduğunu, fikirsel özgürlük ya da ekonomik gelişim özgürlüğünün korunmadığını belirtmek gerekir⁵. Bununla birlikte hareket edebilme hürriyetinden genel anlamda irade hürriyeti de anlaşılabilir⁶ ki zaten bu suçta cebir suçundan ayıran en temel husus da

³ EIDAM, (2013), § 239 kn. 1; FISCHER, § 239 kn. 1; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 13; WIECK-NOODT, § 239 kn. 11; SONNEN, § 239 kn. 3.

⁴ GEPPERT/BARTL, s. 221-223; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 286; EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; FISCHER, § 239 kn. 2; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 1; WIECK-NOODT, § 239 kn. 1; SONNEN, § 239 kn. 4; PARK/SCHWARZ, s. 294; EIDAM, (2010), s. 870; EISELE, (2015), kn. 424; KINDHÄUSER, § 15 kn. 1; FISCHER, § 239 kn. 2; WIECK-NOODT, § 239 kn. 1; CİHAN, s. 50; ÖNDER, s. 26; GÜLŞEN, s. 39; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1186; KESKİN KIZIROĞLU, s. 73; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 424; YILDIZ, s. 234; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 424; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 509; YENERER ÇAKMUT, s. 589; KAFES, s. 75; TOROSLU, s. 86; YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3724; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188. Bu noktada bazı görüşler, bedensel hareket hürriyetinin korunduğunu belirtmektedir. Bakınız ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 8.

⁵ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 12; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 424; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 424; SOYASLAN, s. 262. Buna rağmen Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bazen bu özgürlük kavramını kıyas yaparak oldukça geniş yorumladığı, buna göre fikirsel anlamda özgürlükten yoksun kılmayı da bu kapsamda telakki ettiği hususlarına vurgu yapılarak bu durumun ceza hukukunda kıyas yasağına aykırı olduğunun altı çizilmektedir. Bakınız ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 12.

⁶ EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; FISCHER, § 239 kn. 2; WIECK-NOODT, § 239 kn. 2; KES-

budur⁷. Elbette bu suçun işlenmesinde cebir kullanılması halinde kişilerin vücut dokunulmazlıklarının ihlal edilmesinden de söz edilebileceği ifade edilmektedir⁸.

Alman doktrininde yaygınlaşan ve **aktüel teori** adı verilen görüşe göre⁹ bu suçla sadece aktüel hareket özgürlüğü korunmaktadır. Buna uygun olarak tipikliğin gerçekleşmesi, mağdurun bulunduğu yeri fiilen de terk etme isteğinin bulunmasına ve mağdurun bu aktüel iradesinin önlenmesine bağlıdır. Bu öğreti, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu tehdit suçuna yakın olarak görür¹⁰ ve kişinin hürriyetinin tamamen ortadan kalkması halinde, tehdit suçunun özel bir hali olarak bağımsız bir suç olarak tezahür ettiği savından hareket eder¹¹. Bu görüş esas alınacak olursa, bir kimsenin bir odada uyumakta olan bir başka kişiyi odaya kilitlemesi olayında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmadığı kabul edilecektir. Zira odada uyuyan kişi, bu zaman aralığında zaten uyuduğundan başka bir yere gitmek istemeyecektir¹². Benzer şekilde A'nın, B'nin eşiyile eğlenceye gitmek için büroda çalışan B'nin üzerine kapıyı kilitlemesi, fakat B'nin bu durumun farkına varmayarak büroda çalışması halinde, B'nin aktüel anlamda hareket hürriyeti ihlal edilmiş olmayacağından A, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsten cezalandırılacaktır. Bu görüşe göre suçun tamamlanması, yalnızca mağdurun büroyu terk etmek istemesi ve kapının kilitli olduğunu fark etmesi halinde söz konusu olacaktır¹³.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi¹⁴ ile birlikte Alman doktrinindeki¹⁵

KİN KİZİROĞLU, 73.

⁷ Bakınız ÜZÜLMEZ, s. 33,46; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510; SOYASLAN, s. 262.

⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425.

⁹ EISELE, (2015), kn. 425, 428; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 13; PARK/SCHWARZ, s. 295; FISCHER, § 239 kn. 3; SONNEN, § 239 kn. 4. Krallık Yüksek Mahkemesinin de bu yönde kararları bulunmaktadır. Bakınız PARK/SCHWARZ, s. 294.

¹⁰ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, 9/13.

¹¹ WIECK-NOODT, § 239 kn. 5; FAHL, s. 460.

¹² KINDHÄUSER, § 15 kn. 3.

¹³ EISELE, (2015), kn. 428.

¹⁴ BGH 06.12.1983 – 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183 (WIECK-NOODT, § 239 kn. 3); BGHSt 14, 314 (LACKNER/KÜHL, § 239 kn. 1; EIDAM, (2013), § 239 kn. 2); RGSt 61, 239, 241 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 2; FISCHER, § 239 kn. 3).

¹⁵ SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 1; KRETSCHMER, s. 591; HECKER, s. 947; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 1; WIECK-NOODT, kn. 7; RENGIER, 22/19; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 2. Bu görüşe göre mağdurun her bakış altında bulunduğu yeri değiştirebilecek konumda olması esas alınır ve buna göre de mutlaka o anda yerini değiştirmek

ve madde gerekçesinde yer alan ifadelerden hareket eden Türk doktrinindeki¹⁶ hâkim görüşe göre bu suç tipiyle sadece aktüel hareket özgürlüğü değil, potansiyel hareket özgürlüğü *de*¹⁷ korunmaktadır. Yani **potansiyel teori** adı verilen bu görüşte, hareket özgürlüğü oldukça kapsamlı bir şekilde korunmaktadır. Tipiklik, yer değiştirmeye yönelmiş iradenin fiilen gerçekleşmiş olmasına dayalı değildir. Mağdurun bulunduğu yeri kendi isteğine göre değiştirmesi imkânsız hale getirilen kişi, tipe uygun hareket etmiş sayılır. Bu noktada da ilgili kişinin mutlaka hareket etmek isteyip istemediğinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁸. Zira her kişi, istediği takdirde bulunduğu yeri değiştirme imkanına sahiptir¹⁹. Dolayısıyla mağdurun kendisini özgürlüğünden yoksun kılan durumu bilip bilmemesinin ya da bu durum süresince fiilen bulunduğu yeri değiştirme iradesine sahip olup olmadığına bir önemi bulunmamaktadır. Bu çerçevede mağdur, yer değiştirmek istemese bile kendisinden bağımsız olarak yer değiştirme imkanının ortadan kaldırılmış olması halinde de bu suç tamamlanmış olacaktır²⁰.

istememesi gerekli görülmez. Bakınız KARGL, s. 74.

¹⁶ CİHAN, s. 52; GÜLŞEN, s. 43; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1186; YILDIZ, s. 235; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 429; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510; KESKİN KIZIROĞLU, s. 73; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443; SOYASLAN, s. 262; YENERER ÇAKMUT, s. 589. KOCA/ÜZÜLMEZ'e göre aktüel teorinin kabul edilmesi, fail tarafından gerçekleştirilen fiile değil de mağdurla ilgili bir duruma bağlı hale gelmesi nedeniyle potansiyel teorinin benimsenmesi gerekmektedir. Bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 445; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, 1188. 765 sayılı TCK döneminde ÖNDER, her ne kadar potansiyel teoriden yana görüş beyan etmiş olsa da (ÖNDER, s. 28) eserinde mağdurun da hürriyetinden yoksun bırakıldığını bilmesi gerektiği yönünde bir ifadeye yer vererek (ÖNDER, s. 30) çelişki içerisine düşmüştür.

¹⁷ Bu ekin **bold ve italik** yapılması, bu teoriyi benimseyenlerin esasen bu suçla aktüel hareket özgürlüğünün de korunduğunu kabul ediyor olmalarından, zaten potansiyel teorinin bir şema olarak aktüel teoriyi bünyesinde barındırdığına özel olarak işaret etme isteğimize kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla KAFES'in çalışmasında bu suç düzenlemesinin formülasyonundan hareketle, bu suçla aktüel hareket özgürlüğünün de korunduğunun belirtildiği yönündeki görüşünü (KAFES, s. 76) yerinde bulmuyoruz. Aktüel hareket özgürlüğü zaten korunmakta, potansiyel hareket özgürlüğü de korunmaktadır.

¹⁸ KRETSCHMER, s. 591; RENGIER, § 22 kn. 2; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 2; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 1; GÜLŞEN, s. 43; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1187; KAFES, s. 115; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 429; YENERER ÇAKMUT, s. 589.

¹⁹ SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 1; KRETSCHMER, s. 591.

²⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 2; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 1; KRETSCHMER, s. 591.

Bu noktada bu teori kapsamında bir görüş, bu suç tipinin koruma amacını *esaslı hareket alanının kullanılabilirlik garantisi* içerisinde görür²¹. Esaslı hareket alanı üzerindeki bu hak, bu hakkın ilgili kişi tarafından fiilen ya da varsayımsal olarak kullanılmak istenip istenmemesinden bağımsız olarak garanti altına alınmıştır. Bu suçla bireyin bu hakkını kullanmak isteyip istemediğinden bağımsız olarak kişiye temel hareket özgürlüğünden tasarruf edebilirliğinin garanti edilmesi korunmaktadır ki bu nedenle de potansiyel teori kabul edilmelidir. Dolayısıyla da bu görüşe göre pekâlâ odada uyumakta olan kişinin de özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkün olacaktır²². Yine aynı evde yaşayan öğrencilerden biri, çok sesli müzik dinlemesi nedeniyle arkadaşına kızar ve evi terk ederse, terk ederken de evin kapısını arkadaşının üzerine kilitlerse ve fakat yarım saat sonra pişman olup eve gelerek kapıyı açarsa, evdeki arkadaşı kilitli kaldığı esnada evi terk etmek istemese bile bu suçun tamamlandığı kabul edilecektir²³. Mağdurun yer değiştirme özgürlüğünü kullanma yönündeki aktüel iradesindense özgürlüğün objektif durumuna odaklanan bu görüşe göre mağdurun belirli bir bilince sahip olmasının önemsiz addedilmesi doktrinde eleştirilmekte ve mantıklı görülmemektedir. Zira bu görüş, uyanık kişiyle aslında iradesi mevcut olmayan uyuyan kişi arasındaki ayrımı yapma ihtiyacının ortadan kalkması suretiyle ispat kolaylığı sağlama ihtiyacıyla meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır²⁴.

Bu görüş, yeterli bir neden olmaksızın suçun tamamlanma anının öne çekilmesi ve esasen teşebbüs aşamasında kalmasına rağmen mağdurun hürriyetinin kısıtlandığını bilmediği durumların da tamamlanmış gibi cezalandırılması, keza konu itibarıyla elverişsiz durumdaki kişilere karşı dahi suçun elverişsiz teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması şeklindeki sonuçların ortaya çıkması dolayısıyla cezalandırılabilirliğin fazla genişleyeceği, suçun bir tehlike suçu haline geleceği ve bunun genişletici yorum suretiyle kıyas yasağını ihlal edeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir²⁵. Alman doktrininde

²¹ KINDHÄUSER, § 15 kn. 5; Bilgi için bakınız KARGL, s. 74.

²² KINDHÄUSER, § 15 kn. 2, 5; KRETSCHMER, s. 591; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 287.

²³ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 287.

²⁴ FISCHER, § 239 kn. 4. Nitekim potansiyel teörinin savunucularından biri olan *WIECK-NOODT*, aktüel teörinin esas alınması halinde mağdurun iradesinin tespitinin nadiren zor olmadığını, mağdurun sübjektif iradesinin ortaya konulması suretiyle objektif tipiklik tanımının belirlenmesinin konuyu oldukça karmaşık hale getireceğine dikkat çekmiştir. Bakınız *WIECK-NOODT*, § 239 kn. 7.

²⁵ EISELE, (2015), kn. 428; PARK/SCHWARZ, s. 295; EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; RENGI-

kanunda bu suça teşebbüsün cezalandırılmaması gerekçe gösterilerek bu teoriyle cezalandırmanın sınırlarının yorum yoluyla genişletilmesinin kanuni düzenlemeyle uyuşmadığı eleştirisi yöneltilmekteydi²⁶. Yani esasen bu teoriyi kabul edenler, suçun teşebbüs aşamasında kalmış halinin cezasız kalmasının önüne geçilmesi amacını taşımaktaydılar²⁷. Ancak Alman Ceza Kanunu'nda 1998 yılında yapılan değişiklikle bu suça teşebbüs cezalandırılabilir hale gelmiştir. Böylelikle kanunda yapılan bu değişiklikle birlikte artık bu teorinin kabul edilmesinin bir anlamının kalmadığına işaret edilmektedir²⁸. Tüm bu eleştirilere karşılık bu teori kapsamında anayasal anlamda güvence altına alınmış olan seyahat özgürlüğü gibi temel haklardan biri olarak kişi hürriyetinin kapsamının daraltılması ve bu suretle sınırlandırılarak korunmaya çalışılmasının hakkın temeline uygun olmadığına vurgu yapılmıştır²⁹. Keza hürriyetten yoksun kılmayı iradeye aykırı bir suç olarak anlayan kimsenin, objektif tipik haksızlık üzerindeki kanun koyucunun kontrolünün bireysel mağdur iradesi lehine askıya almış olacağı hususuna dikkat çekilerek potansiyel teorinin önemine işaret edilmiştir³⁰.

Bu teoriler noktasında en azından Türk hukuku açısından **kanaatimiz**, gerek madde gerekçesinde yer alan “*Bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir.*” şeklindeki ifade gerekse suçun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesinin bir nitelikli hal olarak öngörülmesi hususları dikkate alındığında potansiyel teorinin benimsenmesi gerektiği yönündedir. Yani Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemeler, zaten Türk hukukunda hangi teorinin benimsenmesi gerektiği yönündeki tartışmayı

ER, § 22 kn. 3; FISCHER, § 239 kn. 4; WIECK-NOODT, § 239 kn. 4.

²⁶ KARGL, s. 74.

²⁷ Bakınız PARK/SCHWARZ, s. 295.

²⁸ FISCHER, § 239 kn. 4a; KRETSCHMER, s. 591; RENGIER, § 22 kn. 3; EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; EISELE, (2015), kn. 430. Bununla birlikte Alman Ceza Kanunu'nda yapılan bu değişiklikle birlikte Krallık Yüksek Mahkemesi'nin kanun koyucunun bu suça teşebbüsü cezalandırmayarak aktüel teoriden yana olduğu yönündeki kararının da esasen bir anlamının kalmadığına işaret edilmiştir. Bakınız RGSt 33, 235 (KARGL, s. 73).

²⁹ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 8; WIECK-NOODT, § 239 kn. 7. Bununla birlikte *WIECK-NOODT*, Alman Ceza Kanunu'nda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni tanımında kullanılan “*yoksun kılma*” ifadesinin kanun koyucunun iradesinin aktüel teoridense potansiyel teoriye daha yakın durduğunun bir göstergesi olduğuna işaret etmiştir (WIECK-NOODT, § 239 kn. 7).

³⁰ KARGL, s. 73; SONNEN, § 239 kn. 4;

anlamsız hale getirmektedir³¹. Esasen kanun koyucunun bizzat kendisi, suçun akıllı hastalarına ve çocuklara karşı da işlenebileceğini kabul etmiş ve hatta bunu daha ağır bir cezaya layık görmüştür (TCK md. 109/3-f). Zaten gerek Türk doktrini gerekse Türk mahkeme kararları bu minvalde gelişim göstermiştir. Bu açıdan incelememizin bundan sonraki kısımlarındaki açıklamalar, *potansiyel teori temel alınarak* yapılacaktır. Bununla birlikte elbette aktüel teorinin benimsenmesinin ne tür olası sonuçları olacağına önem arz eden durumlarda yer yer değinilecektir.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fail, Mağdur ve Konu

Bu suçun **faili** herkes olabilir³². Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'nda suçun bir kamu görevlisi tarafından yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde daha ağır cezaı gerektiren bir nitelikli hale yer verilmiştir (madde 109/3-c).

Suçun **mağduru** ve **konusu** noktasında ilk dikkat çeken husus, doktrinde köleliğin kaldırılmış ve yasaklanmış olması anlamında suçun topluma ve devlete karşı işlendiğini ifade eden bir görüşün³³ varlığıdır. Bu görüşe göre suçun mağduru toplum olarak kabul edilmek durumundadır. Ancak bu istisnai görüşe karşılık doktrinindeki hâkim görüşe göre suçun hem mağduru hem de konusu, ancak bulunduğu yeri değiştirmeye yönelik doğal iradesini şekillendirebilme konumunda bulunan gerçek kişiler, yani herkes olabilir³⁴. Bu bağlamda suçun konusu doktrinde mağdurun serbestçe hareket edebilme

³¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 445; KAFES, s. 77.

³² CİHAN, s. 51; ÖNDER, s. 28; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1186; GÜLŞEN, s. 40; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 427; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425; YENERER ÇAKMUT, s. 589; KAFES, s. 105; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3724; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 187.

³³ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 8.

³⁴ BGHSt 32, 183, 187 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 4; EISELE, (2015), kn. 429; EISELE, (2019), § 239 kn. 2; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3); EIDAM, (2013), § 239 kn. 5; KINDHÄUSER, § 15 kn. 6; GEPPERT/BARTL, s. 222; WIECK/NOODT, kn. 12; SONNEN, § 239 kn. 6; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 2; EIDAM, (2010), s. 870; EISELE, kn. 2; CİHAN, s. 51; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1187; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 444; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 429; KESKİN KIZIROĞLU, s. 75; YENERER ÇAKMUT, s. 589; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3725; GÜLŞEN, s. 41; KAFES, s. 111; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 187.

hürriyeti olduğu ifade edilmişse de³⁵ kanaatimize göre özgürlüğünden yoksun kılınan kişinin kendisidir³⁶.

Tam bu noktada suçun mağdurunun kim(ler) olabileceği de korunan hukuki değer kapsamında yer verilen farklı teorik görüşlere göre değişiklik gösterecektir. Zira daha önce de belirtildiği üzere aktüel teoriye göre kişinin belirli bir yerde kalma ya da bir yere gitme isteğinde bulunması gerekirken potansiyel teoriye göre kişinin böyle bir istekte bulunması şart değildir. Dolayısıyla aktüel teorinin benimsenmesi halinde doğal olarak suçun mağduru ve konusu açısından da bir sınırlandırma söz konusu olacaktır. Bu kapsamda alkol ya da uyuşturucu madde yahut da geçici neden etkisiyle bilincini kaybetmiş kişilerle uyuyakalmış kişilerin hareket etme, yer değiştirme iradeleri yalnızca geçici olarak bulunmadığından bu suçun mağduru olup olamayacaklarına ilişkin olarak yapılan tartışmada aktüel teoriye göre bu kişilerle birlikte işlediği fiilin sonuçlarını algılama yeteneği önemli derecede azalmış durumdaki kişiler ve uyuyakalmış kimseler, bu suçun mağduru ve konusu olamazlar³⁷ ve bu durumda yalnızca suça teşebbüsten söz edilebilir³⁸. Buna karşılık bizim de kabul ettiğimiz potansiyel teorinin benimsenmesi durumunda bu kişiler de mağdur olarak nitelendirilebilecektir³⁹. Benzer durum hipnoz altındaki kişiler açısından da geçerli olup bu kimseler, aktüel teoriye göre⁴⁰ suçun konusu olamazlarken potansiyel teoriye göre⁴¹ suçun konusu olabilirler.

³⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 430; KAFES, s. 119.

³⁶ KESKİN KIZIROĞLU, s. 74. Mağdurun bedeninin suçun konusu olduğunu belirten bir görüş de bulunmaktadır. Bakınız YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726

³⁷ EISELE, (2015), kn. 430; EIDAM, (2013), § 239 kn. 5; Bilgi için bakınız GEPPERT/BARTL, s. 222.

³⁸ EISELE, (2015), kn. 430; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3.

³⁹ BGHSt 14, 314 (SONNEN, § 239 kn. 14); DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 2; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 6; KRETSCHEMER, s. 591; ÖNDER, s. 28; GÜLŞEN, s. 43; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 512; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 444; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425; KESKİN KIZIROĞLU, s. 75; YENERER ÇAKMUT, s. 590; YILDIZ, s. 235; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3725. Bilgi için bakınız GEPPERT/BARTL, s. 222. İtalyan Yargıtay'ının da bu görüşten yana olduğuna vurgu yapılmaktadır. Buna göre insanın özgür sayılmasının nedeni hareket etme yeteneğinin bulunmasına bağlı değildir. Bakınız TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 511.

⁴⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 5.

⁴¹ RGSt 61, 239 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 17; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 5); WIECK/NOODT, kn. 27; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; KAFES, s. 115.

Tam bu çerçevede potansiyel teoriyi benimseyen bazı yazarlar, alkol, uyuşturucu madde etkisiyle yahut da uyku nedeniyle bilinci geçici de olsa tamamen ortadan kalkmış kişilerin bu bilinçsizlik süresince hürriyetlerinden yoksun bırakılmayacaklarına vurgu yapmışlardır⁴². Ancak özellikle eklemek gerekir ki bu kişilerin bilinçsiz kaldıkları durumun süresinin uzamasına neden olabilecek davranışlarla da bu suç işlenebilir ve dolayısıyla bilinçsiz konumda bulunan kişi bu suçun mağduru olabilir⁴³. Potansiyel teori kapsamında bir görüş de bilinçsizlik ya da uyku gibi durumlara failin kendisinin neden olması halinde bu suçun işlenebileceğini belirtmektedir⁴⁴.

Bir yaştan altındaki çocuklar, tüm bu görüşlere göre buldukları yeri iradi olarak değiştirebilme ehliyetinden yoksun olduklarından bu suçun elverişli konusu ve dolayısıyla da mağduru olamazlar⁴⁵. Yani bu çocuklara bakmakla yükümlü olan kişilerin iradeleri esas alınarak bu çocukların da suçun konusu olabilecekleri ifade edilemeyecektir⁴⁶. Bununla birlikte küçük çocuklar açısından sürünerek de olsa yer değiştirmeye yönelik *basit iradelerini şekillendirip gerçekleştirebilme durumlarına bağlı olarak* gelişimleri dikkate alınarak her bir somut olayın koşullarına göre farklı bir sonuca da ulaşılabilir, bu çocukların da suçun konusu olabilecekleri belirtilebilir⁴⁷. Nitekim daha

⁴² KRETSCHMER, s. 591; WIECK/NOODT, kn. 16; CİHAN, s. 52.

⁴³ SONNEN, § 239 kn. 6; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 7.

⁴⁴ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 7; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 3.

⁴⁵ EISELE, (2015), kn. 429; GEPPERT/BARTL, s. 222; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3; EIDAM, (2013), § 239 kn. 5; KINDHÄUSER, § 15 kn. 7; FISCHER, § 239 kn. 3; RENGIER, § 22 kn. 5; WIECK/NOODT, kn. 14; SONNEN, § 239 kn. 6, 13; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 3; EIDAM, (2010), s. 870; CİHAN, s. 52; GÜLŞEN, s. 43; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1188; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 511, 512; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 429. Bizim kanaatimiz bu yönde olsa da Türk kanun koyucu, kanunda yer alan düzenleme gereğince çocuklar arasında yaş itibariyle hiçbir ayrım gözetmemiş gibi görünmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (f) bendine göre suçun çocuklara karşı işlenmesi halinde cezanın artırılacağı öngörülmüştür. Türk doktrininde *KESKİN KIZIROĞLU* da belirli yaştan altındaki çocukların mağdur olamayacaklarının kabulü halinde bu çocukların velayet hakkı bulunmayan kişiler tarafından kaçırılmaları durumunda bu defa herhangi bir suçun oluşmayacak olmasına dikkat çekmiş ve yaş ayrımı gözetmeksizin bütün çocukların mağdur olabileceğini ifade etmiştir. *KESKİN KIZIROĞLU*, s. 75, 76. Benzer görüş için bakınız YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3725; KAFES, s. 117.

⁴⁶ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 6.

⁴⁷ EIDAM, (2013), § 239 kn. 5; WIECK/NOODT, kn. 12, 14; EIDAM, (2010), s. 870. Zira belirli bir yaştan itibaren çocukların da doğal irade yeteneğine sahip oldukları belirtilebilir. Bakınız GEPPERT/BARTL, s. 222. Bu noktada çocukların yürüme yeteneğine sahip olup olmadıklarından ziyade bu konuda bir irade ortaya koyup koyamadıkları önem arz

önce de yer verildiği üzere Türk Ceza Kanunu'nda suçun akıl hastalarına ve çocuklara karşı işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülerek (TCK md. 109/3-f) en azından belirli yaşın altındakiler hariç olmak üzere çocukların ve keza akıl hastalarının suçun mağduru ve konusu olabilecekleri kabul edilmiştir⁴⁸.

Bulunduğu yeri sadece başkasının yardımı ya da bir hayvanla yahut da koltuk değnekleri gibi teknik araç yardımıyla değiştirebilir durumda olan kişi de bu suçun konusu olabilir⁴⁹. Nitekim felçli olan bir kimsenin tekerlekli sandalyesi alınarak söz konusu sandalyeyi kullanmaktan mahrum bırakılması suretiyle de bu suç işlenebilir⁵⁰. Şu hâlde yüksek dereceli gözlük kullanan ve gözlüğü alındığı takdirde hareket edemeyecek durumda olan bir kimsenin gözlüğünün alınması halinde de bu suçun oluşmasından bahsedilebilecektir⁵¹.

b. Fiil

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, **seçimlik hareketli** bir suçtur. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan tanıma göre suç kapsamında “*bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetlerinden yoksun bırakma*” şeklinde iki

etmektedir. Bakınız ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425. Yargıtay, 2 yaşındaki bir mağduru gezdireceğim diyerek annesinden alıp uygun bir yere götüren ve mağduru teyzesinin oğlu olan sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünü 31.01.2013 tarih ve 11176/955 sayılı kararıyla onamıştır. Bakınız YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3725, dipnot 1725.

⁴⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun 234'üncü maddesine 5560 sayılı Kanunla eklenen “*Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki üçüncü fıkra ile kanuni temsilcinin bilgi ve rızası dışında evi terk eden bir çocuğu, bu çocuk rızasıyla terk etmiş olsa bile, çocuğun ailesini ve yetkili makamları haberdar etmeksizin yanında tutan kişinin cezalandırılması kabul edilmiştir. Dolayısıyla algılama yeteneğine sahip olan bir çocuğu zorla değil de çocuğun rızasıyla yanında bulundurmamak, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu değil, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturur. Bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 453.

⁴⁹ BGHSt 32, 183 (SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 2); SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 11; EIDAM, (2010), s. 870; EISELE, (2019), § 239 kn. 2; ÖNDER, s. 28; GÜLŞEN, s. 53; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 511; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426.

⁵⁰ KINDHÄUSER, § 15 kn. 7; EIDAM, (2013), § 239 kn. 6; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3; WIECK/NOODT, kn. 13; EISELE, (2019), § 239 kn. 2; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; CİHAN, s. 52; GÜLŞEN, s. 53; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1190; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 447; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 427; YENERER ÇAKMUT, s. 591; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3731; KAFES, s. 87.

⁵¹ WIECK/NOODT, kn. 27; CİHAN, s. 52.

seçimlik hareket bulunmaktadır⁵². Benzer husus, Alman Ceza Kanunu'nda yer alan düzenleme bakımından da ifade edilebilir. Zira söz konusu hükme göre suçun tanımında “*bir yere kapatma veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılma*” şeklinde iki seçimlik harekete yer verilmiştir. Esasen Türk Ceza Kanunu'ndaki (TCK'daki) düzenlemenin Alman Ceza Kanunu'ndaki (Alm.CK'daki) düzenleme karşısında çok daha makul olduğunu da ifade etmek gerekir. Zira “*bir yere kapatma veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılma*” şeklindeki ifade, bir anlamda hürriyetten yoksun kılmanın nasıl gerçekleştirileceği üzerinde dururken “*bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetlerinden yoksun bırakma*” şeklindeki TCK'daki düzenlemede yer alan ifadede hürriyetten yoksun kılmanın nasıl olacağından ziyade suç kapsamında cezalandırılan kişi hürriyetinin kapsamı belirli hale getirilmiştir. Zaten Alm. CK'daki düzenlemede kişinin hürriyetinin kapatma ya da başka şekillerde gerçekleştirileceğine işaret edilmiştir ki bu düzenleme, “*bir yere kapatma*” ifadesi olmadan da aynı anlamı verecek şekilde pekâlâ ihdas edilebilirdi. Dolayısıyla TCK'daki düzenlemede yer alan kelimelerin her birinin bir anlamı olup dava evvel de işaret ettiğimiz üzere bu düzenlemeyle birlikte açık ve net bir şekilde belirlilik sağlanmıştır⁵³.

Ayrıca suçun kanuni tanımında yer alan ifadelerle göre hareket açısından bir sınırlandırma yapılmamış olup doktrinde aksi görüş bulursa da⁵⁴ bu suç **serbest hareketli** bir suçtur⁵⁵. Bu minvalde hareket etme özgürlüğünü objektif olarak ortadan kaldıran her türlü araçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma mümkündür⁵⁶. Bir kimsenin, bulunduğu odanın kapısının kilitlemesi

⁵² ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1190; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 509; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 426; YENERER ÇAKMUT, s. 588; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726.

⁵³ Doktrinde bir görüş tarafından mevcut düzenlemeyle birlikte belirliliğin sağlanmış olması eleştirilmekte, mülga Kanun'daki düzenlemenin daha eksiksiz olduğu ileri sürülmektedir. Bakınız HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188.

⁵⁴ YENERER ÇAKMUT, kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun kılınması suretiyle işlenebileceği yasa metninde açıkça düzenlenmiş bulunduğundan bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu belirtmiştir. Bakınız YENERER ÇAKMUT, s. 588.

⁵⁵ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; PARK/SCHWARZ, s. 296; EIDAM, (2010), s. 871; CİHAN, s. 56; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; GÜLŞEN, s. 47; KESKİN KİZİROĞLU, s. 76; YILDIZ, s. 235; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726; KAFES, s. 86.

⁵⁶ KINDHÄUSER, § 15 kn. 12; FISCHER, § 239 kn. 8; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 288; WIECK/NOODT, kn. 26; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 26; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 4; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; GEPPERT/BARTL, s. 222; PARK/SCHWARZ, s. 296; EIDAM, (2010), 871; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER,

suretiyle de kollarının tutulması ile de özgürlüğünün ortadan kaldırılması mümkündür.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya yönelik olarak gerçekleştirilen hareketler, objektif olarak aşılamaz nitelikte değildir⁵⁷. Bunlar mağdurun giriş mekanizmasını kullanamaması şeklinde olabileceği gibi⁵⁸ gözcülük suretiyle belirli bir yerden çıkışının önlenmesi şeklinde de olabilir⁵⁹. Yine bu hareketin mutlaka mekanik araçlarla gerçekleşmesi şart değildir. Buna göre kişinin bulunduğu odanın kapısına bekçi dikilmesi yahut da odanın dışını tamamen gazla doldurup odadan çıkmasının engellenmesi suretiyle de bu suçun işlenmesi mümkündür⁶⁰. Keza kapalı bir yere bırakılan mağdurun, çıkış yerini bilmemesi halinde de alıkoymadan söz edilebilecektir⁶¹.

Özgürlükten yoksun bırakılan yerin bir önemi yoktur. Bu yer, kişinin kendi evi olabileceği gibi dar veya geniş de olabilir ve hatta bir şehir meydanı yahut doğrudan şehir de olabilir⁶². Suçun işlendiği yer bir gemide olabileceği gibi bir uçakta veya trende de olabilir⁶³. Nitekim uçağın teröristler tarafından inişinin ya da kalkışının engellenmesi suretiyle uçakta bulunan kişilerin özgürlüklerinden alıkonulmaları da hürriyetten yoksun kılma suçu olarak nitelendirilebilecektir⁶⁴. Keza kişiye dar da olsa belirli bir alanda hareket

kn. 7; ÖNDER, s. 29; GÜLŞEN, s. 47.

⁵⁷ BGH NStZ 2001, 420 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 11); HOFFMANN-HOLLAND, kn. 288; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 6; EISELE, (2019), § 239 kn. 5; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446.

⁵⁸ KINDHÄUSER, § 15 kn. 11; FISCHER, § 239 kn. 7; EISELE, (2019), § 239 kn. 5; ÖNDER, s. 29; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446.

⁵⁹ FISCHER, § 239 kn. 7.

⁶⁰ PARK/SCHWARZ, s. 296.

⁶¹ RG JW 1929, 2729 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 15); KINDHÄUSER, § 15 kn. 11; EIDAM, (2013), § 239 kn. 9; FISCHER, § 239 kn. 7; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 6; PARK/SCHWARZ, 296; WIECK/NOODT, kn. 24; EISELE, (2019), § 239 kn. 5; ÖNDER, s. 29; GÜLŞEN, s. 56; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1190; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446.

⁶² FISCHER, § 239 kn. 2; RENGIER, § 22 kn. 15; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 6; WIECK/NOODT, kn. 22; GÜLŞEN, s. 60.

⁶³ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 13; WIECK/NOODT, kn. 22; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 3; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 11; ÖNDER, s. 29; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3729; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426, dipnot 21.

⁶⁴ PARK/SCHWARZ, 296; WIECK/NOODT, kn. 27; EISELE, (2019), § 239 kn. 6b.

imkanının tanınmış olması, bu suçun oluşacağı gerçeğini değiştirmez⁶⁵, yeter ki kişinin arzu ettiğinde buradan ayrılmasına ya da belirli bir yere gitmesine engel olunmuş olsun. Buna göre tutuklu bir kimsenin hukuka aykırı şekilde zincire bağlanması ve hareket özgürlüğünün hücre içerisinde dahi olsa sınırlandırılması, bu suç açısından tipiktir⁶⁶. Bu çerçevede kişiyi istemediği halde zorla bir aracı sürmeye ve belli bir yere gitmeye zorlama, hatta her ne kadar Yargıtay hatalı şekilde aksi yönde karar vermiş olsa da bir motorla kendisini gezdirmeye zorlama bu suçun oluşturacaktır⁶⁷.

Bununla birlikte kişinin, bir devletin sınırlarından başka bir ülkeye geçmesinin engellenmesinin bu suçu oluşturmayacağı, mutlaka mağdurun kendiliğinden iradi olarak uzaklaşabileceği bir yerin bulunması gerektiği yönünde bir görüş ileri sürülmekteyse de⁶⁸ havaalanında pasaport kontrolünden geçerek yurt dışına gitme düşüncesinde olan bir kimsenin yurt dışına gitmesine engel olma amacıyla olan bir kimse tarafından pasaportunun alınması halinde bu suçun işlenmesinden söz edilebilecektir⁶⁹.

Hareketin **salt zorlaştırılmasının** bu suç açısından tipe uygun olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu sorunun yanıtı, her bir somut olaya göre değişecek olup mağdurdan hareket etmesinin **beklenebilir olmasına göre** bir karara varılacaktır⁷⁰. Bu çerçevede mağdurun hareket etme iradesinin yalnızca zahmetli veya tuhaf hareketlerle bertaraf edilmesi halinde mağdurun hareket etmesi beklenebilir olacaktır. Nitekim doktrinde aksi görüşler bulunmakla birlikte⁷¹ çıplak denize giren kimsenin elbisesinin alınması bu türden bir

⁶⁵ EISELE, (2019), § 239 kn. 6.

⁶⁶ WIECK/NOODT, kn. 25; GÜLŞEN, s. 41; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1189; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726; TOROSLU, s. 87.

⁶⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 06.02.2007 tarih ve 2006/8912-2007/1212 sayılı kararı şu şekildedir: “*Sanığın yakınanın yanına giderek yakından kendisini mobiletle gezdirmesini istemesi, yakınanın kabul etmemesi üzerine bıçak çekerek ‘Beni mobiletle gezdir, yoksa mobiletinin lastiklerini keserim, mobiletine zarar veririm. ‘Diye söyleyerek yakınanın kendisini mobiletle fuar içinde gezdirmesini sağlamak biçimindeki eyleminin, yakınanın sanığın hakimiyet alanına girmemesi, umuma açık yerde üstü açık mobiletle gezdirmesi nedenleriyle tehdit suçunu oluşturur.’*” Yargıtay’ın bu kararı, doktrinde de eleştirilmiştir. Eleştiri için bakınız ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 427.

⁶⁸ BGH NStZ 2015, 338, 339 (RENGIER, § 22 kn. 15).

⁶⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 427.

⁷⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 11; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; WIECK/NOODT, kn. 30; SONNEN, § 239 kn. 17; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a.

⁷¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; KA-

hareket olup bu suç açısından tipe uygun olmayacağı ifade edilmektedir⁷². Keza kızına aile üyelerine söylemeden evden ayrılmayı yasaklayan aile efradından birinin hareket özgürlüğünü tam anlamıyla ortadan kaldırmadığı, yalnızca zorlaştırdığına dikkat çekilmiştir⁷³. Buna karşılık kapısı açık bırakılan bir evde hapsedilen kişinin kaçmasını engellemek amacıyla çıkış kapısına bekçi konmuş olması durumunda salt zorlaştırmanın ötesine geçilmiş olacak ve hürriyetten yoksun kılmadan söz edilebilecektir⁷⁴.

Kişinin hareket hürriyetinin salt zorlaştırılması, mağdurun yaşamı ve vücudu açısından bir tehlike altında kalmasına neden olabileceksen bu defa mağdurdan hareket etmesi beklenebilir olmayacak ve bu suç açısından tipiklikten söz edilebilecektir⁷⁵. Söz gelimi mağdurun bir odada kilitli olması ve aynı zamanda odanın penceresinin açık olması, buna rağmen bulunduğu

FES, s. 87; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3728.

⁷² RGSt 6, 231 (EISELE, (2015), kn. 438; EIDAM, (2013), § 239 kn. 11; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 6); DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7. Doktrindeki tüm bu tartışmalara rağmen bu türden yorumların hayali olduğunu, bu hayalin de denize çıplak giren kişinin kıyafetlerinin alınması örneği ile gösterilmeye çalışıldığını belirten ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, kişinin hareket hürriyetinin salt zorlaştırılması nedeniyle meydana gelen fiillerin, kısmi olarak yoksun bırakılan kişinin şahsi sorumluluğu altında olduğuna dikkat çekmişlerdir. Bakınız ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 21, 22. Kişinin elbiselerinin saklanması nedeniyle çıplak kalması olayında kanaatimiz, somut olayın şartlarının dikkate alınması gerektiği yönündedir. Zira kişinin elbiselerinin saklandığı her olayda kişinin yüzdüğü yerden çıkması zor olmayabilir. Nitekim bu durum, olayın gerçekleştiği yer ve zamana, yaşanan yerdeki anlayışa göre değişiklik gösterebilecektir. Bu kapsamda olayın geçtiği an yaşanan yerdeki örf-adet ve ahlak anlayışının etkili olacağı ve bu ölçütlerin dikkate alınması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Bakınız ÖNDER, s. 29.

⁷³ BGH 22.1.2015 – 3 StR 410/14, NStZ 2015, 338 (WIECK/NOODT, kn. 26; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 6). Söz konusu kararda şu ifadeler yer verilmiştir: “...§ 239 mağdurun kişisel özgürlüğünden yoksun kılınması suretiyle kişisel hareket özgürlüğüne saldırıyı cezalandırmaktadır... § 239 StGB anlamında tipik olan sadece -öncelikle mevcut olan- kişinin iradesine göre yer değiştirebilme hürriyetini yok eden, bulunduğu yeri terk etmekten onu alıkoyan harekettir... Bu, hareket hürriyetinin tamamen ortadan kaldırılmasını şart koşar. Zira 239 I StGB yalnızca belirli bir yeri terk edebilme yeteneğini korur, ancak belirli bir şekilde ayrılma hürriyetini değil. Dolayısıyla -zorlaştırıcı koşullar altında bile olsa- hareket imkânı kalırsa hürriyetten yoksun kılma nedeniyle cezalandırma söz konusu olmaz... Bu ölçütlere göre sanık, yaşlı aile üyelerinin izni olmaksızın kızının evi terk etmesini yasaklaması durumunda kızının hareket hürriyetini tamamen kaldırmamış, yalnızca zorlaştırmıştır.” Bakınız HECKER, s. 948. Burada fiilin neticesi olmadığını belirten görüş için bakınız EISELE, (2019), § 239 kn. 6.

⁷⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513.

⁷⁵ EISELE, (2015), kn. 435; EIDAM, (2013), § 239 kn. 11; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 4; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 6; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 14; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a; ÖNDER, s. 29.

dairenin oldukça yüksek olması ya da hızla gitmekte olan araçtan inmek isteyen mağdurun inmesine müsaade edilmemesi hallerinde mağdur açısından hareket, beklenebilir olmayacak ve mağdurun hareket hürriyeti tamamen ortadan kaldırılmamış olsa da bu suçun oluştuğundan söz edilebilecektir⁷⁶. Bununla birlikte bazen mağdur çıkış yerini bilmesine ve bu çıkış yeri kullanılabilir olmasına rağmen bu yer, sadece mağdurun kendisi açısından kullanılabilir durumda olmayabilir. Örneğin yangın merdiveninin aşırı rüzgârın da etkili olduğu bir durumda mağdurun yükseklik korkusu nedeniyle merdivenleri kullanamaması ve somut olayda özgürlüğüne kavuşamaması halinde tipiklik dar yorumlanmalı ve **beklenebilirlik kriteri** bu çerçevede ele alınmalıdır⁷⁷.

Hürriyetten yoksun kılma için failin mağdurdan ayrılmış olması şart değildir. Buna göre failin, kendisi de evin içinde bulunurken evin kapısını kilitlemiş olması ve mağdurun evden ayrılmasına engel olması halinde de hürriyetten yoksun kılma söz konusu olabilir⁷⁸. Tabi ki failin mağdura temas halinde olması gibi şart da aranmaz⁷⁹.

Fail konumundaki kişinin garantör konumunda olması kaydıyla bu suçun **ihmali hareketle** de işlenebileceği kabul edilmektedir⁸⁰. Buna göre yanlışlıkla bir kimseyi kilitlediğini fark eden kişinin bu durumu fark ettikten sonra mağduru kurtarmaması, ihmalde bulunması ve mağdurun orada kilitli kalmaya devam etmesine neden olması durumunda suçun ihmali hareketle işlenmiş olacağı ifade edilmektedir⁸¹. Keza tutuklu kalan yahut da gözaltına

⁷⁶ BGH NStZ 2005, 507 (KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 5); EIDAM, (2013), § 239 kn. 11; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; WIECK/NOODT, kn. 32; SONNEN, § 239 kn. 16; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 14; HECKER, s. 948; EIDAM, (2010), s. 871; ÖNDER, s. 29.

⁷⁷ PARK/SCHWARZ, s. 296.

⁷⁸ EIDAM, (2013), § 239 kn. 9; KINDHÄUSER, § 15 kn. 14; WIECK-NOODT, § 239 kn. 21; EISELE, (2019), § 239 kn. 5; GÜLŞEN, s. 60.

⁷⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513.

⁸⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 21; EISELE, (2015), kn. 433; FISCHER, § 239 kn. 10; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 9; WIECK/NOODT, kn. 33; SONNEN, § 239 kn. 17; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 5; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 7; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 19; HECKER, s. 948; PARK/SCHWARZ, s. 297; EISELE, (2019), § 239 kn. 7; CİHAN, s. 66; ÖNDER, s. 29; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1191; GÜLŞEN, s. 49; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 447; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; KESKİN KIZIROĞLU, s. 77; SOYASLAN, 262; YENERER ÇAKMUT, s. 590; YILDIZ, s. 235; TOROSLU, s. 87; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3727; KAFES, s. 89; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188.

⁸¹ RGSt 24, 339 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 19); EISELE, (2015), kn. 433;

alınan kişinin serbest bırakılması gerektiği andan itibaren bunun hukuka aykırı şekilde geciktirilmesi durumunda da ihmali hareketle bu suçun işlenmesinden söz edileceğine işaret edilmektedir⁸². Kişinin ihmali hareketle bu suçu işleyebilmesi için icrai davranışın kendisinden beklenebilir olması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁸³. Elbette Alman doktrininde bu suçun ihmali hareketle işlenebileceği yönündeki bu görüşün benimsenmesinin nedeni, ceza kanununda § 13 I şeklinde genel bir düzenlemenin varlığıdır. Türk Ceza Kanunu'nda bu türden bir genel düzenlemenin bulunmuyor olması karşısında Türk hukukunda bu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceği görüşü ileri sürülmektedir⁸⁴. Ancak kanaatimiz, hürriyeti kısıtlanan kişinin kurtarılmasına dair yükümlülük bulunmak kaydıyla ihmali hareketle de bu suçun işlenebileceği yönündedir. Nitekim ihmali hareketle bu suçu işlenmeyeceğinin iddia edilmesi, tutuklu bir kimsenin tahliyesine karar verilmiş olmasına rağmen kişiyi serbest bırakmayan memurun bu suç nedeniyle sorumlu tutulamaması şeklinde bir riski beraberinde getirecektir⁸⁵.

KINDHÄUSER, § 15 kn. 16; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 9; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 7; CİHAN, s. 66; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1191; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 447; TOROSLU, s. 87; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; YILDIZ, s. 235; KAFES, s. 93.

⁸² FISCHER, § 239 kn. 10; WIECK/NOODT, kn. 34; EISELE, (2019), § 239 kn. 7. “155 polis imdat telefonuna yapılan isimsiz ihbarda ruhsatsız silah bulundurduğu bildirilen ve yakalandığında üzerinde yapılan aramada herhangi bir suç unsuru ele geçirilemeyen katılanın 05.09.2002 tarihinde gözlem altına alındığı ve gözlem altında bulunduğu sırada Çine Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen arama kararının 05.09.2002 günlü olmasına karşın evindeki aramanın bir gün sonra yapıldığı, katılan gözlem altında iken yapılan ikinci bir şikayet nedeniyle gözaltı süresinin uzatılmasının talep edildiği, bu talep 06.09.2002 günü Cumhuriyet Savcısı tarafından reddedildiği halde ikinci şikayet gerekçe gösterilerek katılanın bir gün daha gözaltında tutulduğu olayda; İsimsiz ve asılsız ihbar dışında suç işlediğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmayan katılanı 05.09.2002 günü yasal hiçbir gerekçe göstermeden gözaltına aldırın ve Cumhuriyet Savcısının yazılı talimatının aksine yasal olmayan bu gözaltı süresini ikinci şikayet gerekçesiyle uzatan üst dereceli kolluk amiri sanığın eyleminin kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu oluşturduğu gözetilmeden atılı suçtan mahkumiyeti yerine dosya içeriğine uymayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi...” Y. 8. CD., 02.06.2010, 2008/6771-2010/7810 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3727, dipnot 1733.

⁸³ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 19; PARK/SCHWARZ, s. 297.

⁸⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 514; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1191.

⁸⁵ KAFES, örneğin gözaltı süresinin sona ermesine rağmen serbest bırakılmayan kişiye karşı bu suçun ihmali hareketle işlenmiş olacağı yönündeki görüşlere katılmadığını, burada zaten kişinin icrai hareketle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin bulunduğunu, hareketin mütemadi olduğunu, niteliğinin değişmediğini belirtmiştir (KAFES, s. 93). Oysa ki KAFES, yine aynı eserinde failin bir kimseyi yanlışlıkla odaya kilitlediğini fark etmesine rağmen

Tam bu noktada kişinin yanlışlıkla kilitlediği kişiyi kurtarma yükümlülüğü, esasen hürriyetinden yoksun bıraktığı kişiyi serbest bırakmak, mağdurun hürriyetinden yoksun kalma neticesine son vermektir. Buradan hareketle kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun bir neticesinin olduğu belirtilebilir. Bu çerçevede **kesintisiz suç** niteliğini haiz olan bu suçta mütemadi olanın genellikle hürriyetten yoksunluk olduğu, diğer bir deyişle neticenin sürdüğü ifade edilebilir. Gerçi kişinin kolundan tutulması suretiyle özgürlüğünün alıkonulması örneğinde olduğu gibi bazı hallerde hareket de kesintisiz bir şekilde sürebilirken kişinin hürriyetinden yoksun kalması, hareket edebilme özgürlüğünün kalkması şeklindeki netice, kişi özgürlüğüne kavuşana kadar her halde devam etmektedir⁸⁶. Bu suç, özgürlükten yoksun kalmayla, mağdurun kendi isteğine göre bulunduğu yeri değiştirmesinin imkânsız hale getirilmesiyle tamamlanır ve özgürlükten yoksunluğun ortadan kalkmasıyla birlikte sona erer⁸⁷. Elbette bu suçun kesintisiz olmasının hukuka aykırılık, teşebbüs, iştirak ve içtima bağlamında bazı sonuçları olacaktır. Bu konulara ilgili başlıklar altında yer verilecektir.

Bu suç kapsamında hareketin varlığından söz edilebilmesi için mutlaka mağdurun iradesine aykırı hareket edilmiş olmalıdır⁸⁸. Mağdur, failin hareketine rıza gösterirse hürriyetten yoksun kılma kavramsal olarak ortadan kalkar. Zira bu suç tipinde hareketin gerçekleştirilmesi, yapısal olarak mağdurun iradesine aykırılığı kapsamında bulundurur ki bu da rızanın tipikliğe engel olan bir nitelik kazanmasına neden olur. Bu durumda **rıza, tipikliğe engel bir neden**

kapıyı açmadığı olayda farklı bir yaklaşım sergilemiş, kapatma şeklindeki icrai hareketin devam ettiğini, dolayısıyla hareketin nitelik itibariyle değişmediğini belirtmek yerine kapının açılmadığını ve bu suretle suçun ihmali hareketle işlenmiş sayılacağını ifade etmiştir (KAFES, s. 93).

⁸⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446. *TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, bu suçun neticesi bakımından kesintisiz bir suç olduğunu ifade etmişler ve süreklilik arz eden hareket değil netice olduğunu belirtmişlerdir (*TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, s. 509).

⁸⁷ BGHSt 20, 227 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 18); EIDAM, (2013), § 239 kn. 3; EISELE, (2015), kn. 425, 449; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 2; WIECK-NOODT, § 239 kn. 8; SONNEN, § 239 kn. 23; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 8; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 20; GEPPERT/BARTL, s. 221; CİHAN, s. 58; ÖNDER, s. 26; GÜLŞEN, s. 58; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 509; ÜZÜLMEZ, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1191; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 447; KESKİN KIZIROĞLU, s. 77; YILDIZ, s. 235; SOYASLAN, s. 263; TOROSLU, s. 88; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426; YENERER ÇAKMUT, s. 591; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3729; KAFES, s. 94; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188.

⁸⁸ GEPPERT/BARTL, s. 222; PARK/SCHWARZ, s. 297; EISELE, (2019), § 239 kn. 3; ÖNDER, s. 28; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 427.

olarak gündeme gelir⁸⁹. Rıza geri alınabilir veya sözgelimi belirli bir süreyle sınırlandırılabilir. Buna göre izinsiz şekilde sefer değişiklikleri ya da seferin devam ettirilmesi veya uzatılması da tipikliği gerçekleştirecektir⁹⁰.

c. Netice

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun **neticesinin** bulunup bulunmadığı konusu, Türk doktrininde oldukça tartışmalı olmakla birlikte⁹¹ en nihayetinde yukarıda da işaret edildiği üzere bu suçun neticeli bir suç olduğu belirtilebilir. Bu suçta netice, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması, hareket özgürlüğünün ortadan kaldırılmasıdır. Kişinin bir yere gitme ya da kalma hürriyetinden yoksun bırakılması kapsamında ele alınması gereken ilk husus, kişinin bir yere gitme ya da bir yerden ayrılma hürriyetinin dışsal etkilerle engellenmesidir⁹². Bu kapsamda özgürlüğün engellenmesi, mağdurun belirli bir yere girmesinin ya da bir yeri terk etmesinin önüne geçilmesini şart koşar⁹³. Kişinin bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetinden yoksun

⁸⁹ RENGIER, § 22 kn. 16; EISELE, (2015), kn. 436; EIDAM, (2013), § 239 kn. 14; KINDHÄUSER, § 15 kn. 27; FISCHER, § 239 kn. 12; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 8; WIECK/NOODT, kn. 36, 40; SONNEN, § 239 kn. 20; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 27; GEPPERT/BARTL, s. 222; PARK/SCHWARZ, s. 297; EIDAM, (2010), 871; EISELE, (2019), § 239 kn. 3, 8; ÖNDER, s. 28.

⁹⁰ BGH NSTz 1992, 33, 34 (RENGIER, § 22 kn. 17).

⁹¹ KAFES, s. 102, 103. *TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, her ne kadar açıkça suçu sırf hareket suçu olduğunu belirtmiş olsalar da (*TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, s. 530) suça ilişkin diğer konularda yaptıkları açıklamalarda kullandıkları ifadeler, bu suç çerçevesinde neticenin varlığını kabul ettiklerine dair bazı emareler ortaya koymaktadır. Nitekim bu suçun neticesi bakımından kesintisiz bir suç olduğunu ifade etmişler ve süreklilik arz eden hareket değil netice olduğunu belirtmişlerdir (*TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, s. 509). Her ne kadar *ÜZÜLMEZ*, bu suçun sırf hareket suçu olduğunu belirtmiş olsa da (*ÜZÜLMEZ*, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1191) ortak müelliflerinden olduğu bir eserde açıkça bu suçun neticesinin bulunduğunu, kişinin bir yere gitme ya da bir yerde kalmasının engellenmesinin netice olduğunu ifade etmişlerdir (*KOCA/ÜZÜLMEZ*, s. 446). *GÜLŞEN*, bu suçun bir zarar suçu olduğunu ifade ederek zararın, maddi netice ile korunan yarar arasındaki ilişki hakkında verilen değer hükmü olduğunu belirtmiştir (*GÜLŞEN*, s. 61). *KESKİN KIZIROĞLU*, bu suçun neticesi harekete bitişik suç olduğunu, neticenin ise kişi özgürlüğünün ortadan kalkması olduğunu, kişinin özgürce hareket edebilme olanağının elinden alınmış olmasının bu suçun neticesi olduğunu ifade etmiştir. Bakınız *KESKİN KIZIROĞLU*, s. 77. Yine neticesi harekete bitişik suç görüşü için bakınız *SOYASLAN*, s. 264.

⁹² RGSt 7, 259 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 10; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 288; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 4); FISCHER, § 239 kn. 7; EISELE, (2015), kn. 431; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 6; EIDAM, (2013), § 239 kn. 9; RENGIER, § 22 kn. 6. SONNEN, § 239 kn. 16; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 13. Kapatma konusunda detaylı bilgi için bakınız *PARK/SCHWARZ*, s. 296; *KOCA/ÜZÜLMEZ*, s. 446.

⁹³ KINDHÄUSER, § 15 kn. 9; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 3; *PARK/SCHWARZ*, s.

bırakılması kapsamında ele alınması gereken ikinci husus ise, bulunduğu yerde kalmaya devam etme hürriyetidir. Bu durumda da kişinin hukuka aykırı bir şekilde, yani meşru bir sebep olmaksızın bir yere girmek istememesine rağmen zorla girdirilmesi ya da bir yerden çıkmak istememesine rağmen yine zorla çıkartılması söz konusudur.

Hem Türk hem de Alman hukukunda özgürlükten yoksun kalma için **belirli bir süre şartı** öngörülmemiştir. Bu çerçevede özgürlüğü sınırlandırma hukuken önem taşımalı⁹⁴, asgari süre sınırı açıkça aşılmış olmalıdır⁹⁵. Bu açıdan her ne kadar özgürlükten yoksun kılmanın sadece geçici olarak kısıtlandığı durumlarda da suçun olduğundan söz edilebilirse de⁹⁶ özgürlükten yoksun kılmaya yönelik zamansal açıdan önemsiz, kısa süreli ihlaller tipiklik kapsamındaki koruma alanının dışında kalacaktır⁹⁷. Bu çerçevede örneğin kişiyi anlık şekilde elinden veya kolundan tutmak, bu suçu oluşturmaz⁹⁸. Nitekim mağduru, dirsekleriyle ellerini bağlayıp yere fırlatan, üç defa kafasını yere çarpan ve kısa bir ağız dalaşından sonra salan kişinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemediği sonucuna ulaşılmıştır⁹⁹. Yargıtay 2. Ceza Dairesi de 16.12.2015 tarih ve 17172/23326 sayılı kararında cinsel amaçla peşinden gittiği ve katılanın bağırmasına başlaması üzerine katılanın ağızını kapattığı, bu sırada katılanın yere düşmesi ile sanığın katılanın direncini kırmaya yönelik olarak yerden kaldırarak dere yatağına doğru fırlatması şeklinde gelişen olayda olayın oluş şekli ve geçen sürenin kısa olması göz önünde bulundurulduğunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun

296; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446.

⁹⁴ GÜLŞEN, s. 57; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 515; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3728; KAFES, s. 94.

⁹⁵ KINDHÄUSER, § 15 kn. 17; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 289; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 20; SONNEN, § 239 kn. 18; PARK/SCHWARZ, 297; EISELE, (2019), § 239 kn. 4; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426.

⁹⁶ RGSt 7, 259; BGHSt 14, 314 (EIDAM, (2013), § 239 kn. 13).

⁹⁷ RENGIER, § 22 kn. 13; FISCHER, § 239 kn. 6; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 289; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3728; ÖNDER, s. 30; KINDHÄUSER, § 15 kn. 8; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 20; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426.

⁹⁸ ÖNDER, s. 30; GÜLŞEN, s. 58; KESKİN KIZIROĞLU, s. 78; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426; YENERER ÇAKMUT, s. 590; YILDIZ, s. 235; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3728; KAFES, s. 95.

⁹⁹ BGH NStZ 2003, 371 (RENGIER, § 22 kn. 10; EIDAM, (2013), § 239 kn. 13).

oluşmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁰.

Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından “Babamız” başlıklı Hristiyan duasının bitiş süresi esas alınmıştır ki bunun da en fazla üç dakikaya kadarlık bir süreye tekabül ettiği ifade edilmektedir¹⁰¹. Bu noktada Alman Yüksek Mahkemesinin farklı tarihlerde farklı yönde kararları olmakla birlikte genel itibariyle bu sürenin bir dakikadan fazla olduğunun açık olduğu belirtilebilir¹⁰². Buna karşılık Türk Yargıtay’ı bir kararında “...*fiil ile sonucun hukuken kabul edilebilecek bir zaman müddetince sürmesi...*” gerektiğine işaret ederken¹⁰³ bir başka kararında suçun oluşması için on dakikayı yeterli görmüştür¹⁰⁴.

Elbette bu suç için sadece süre değil, aynı zamanda özgürlüğü sınırlandıran etkenin yoğunluğu da önem arz etmektedir¹⁰⁵. Yani esas itibariyle tek başına sürenin dikkate alınmaması, yoksun kılmanın yoğun olması halinde bir dakikalık özgürlükten yoksun bırakıcı hareketlerin de bu suç kapsamında tipik olabileceğine vurgu yapılmalıdır¹⁰⁶. Tüm bu hususların takdiri, sınırlandıran etkenin yoğunluğunun değerlendirmesi mahkeme hakimine aittir¹⁰⁷.

2. Manevi Unsur

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kasten işlenir ve kast dışında failde herhangi bir amacın bulunmasına gerek yoktur¹⁰⁸. Failin kastı, başarılı

¹⁰⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 514, dipnot 301.

¹⁰¹ RGSt 7, 259; RGSt 33, 234 (SONNEN, § 239 kn. 18).

¹⁰² Bu noktada Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bu suç için birkaç saniyenin yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır (BGH 15.5.1975-4 StR 147/75). (WIECK-NOODT, § 239 kn. 19; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 20). Bu sürenin iki üç dakikaya kadar sürmesi gerektiğini belirten Krallık Mahkemesinin bir kararı (RG 9.4.1900 – 1064/00, RGSt 33, 234) karşısında bir dakika olmasını da yeterli gören Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kararının (BGH 14.12.1966 – 2 StR 346/66, NJW 1967, 941) daha güncel olduğu ifade edilebilir. Bilgiler için bakınız WIECK-NOODT, § 239 kn. 19; SONNEN, § 239 kn. 18; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 78; PARK/SCHWARZ, 297; EIDAM, (2010), 871.

¹⁰³ YCGK, 29.06.2010, 8-110/161 (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 515).

¹⁰⁴ YCGK, 02.10.2012, 2011/8-778, 2012/1795 (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 514; KESKİN KİZİROĞLU, s. 78).

¹⁰⁵ BGH NStZ 2005, 507, 508 (RENGIER, § 22 kn. 14); DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 4; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 10; EISELE, (2019), § 239 kn. 4.

¹⁰⁶ WIECK-NOODT, § 239 kn. 19; SONNEN, § 239 kn. 18.

¹⁰⁷ ÖNDER, s. 30; GÜLŞEN, s. 58; YENERER ÇAKMUT, s. 590; ARTUK/GÖKCEN/AL-ŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 426; YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3728.

¹⁰⁸ FISCHER, § 239 kn. 13; RENGIER, § 22 kn. 18; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 11; WIECK/NOODT, kn. 41; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 9; SCHLUCKEBIER,

olamasa bile mağdurun hareket hürriyetini *tamamen* ortadan kaldırmaya yönelik olmalıdır¹⁰⁹. Doktrinde aksi görüş ileri sürülmüş olsa da¹¹⁰ bu suç olası kastla da işlenebilir¹¹¹. Kapıyı kilitleyen kişinin kastı, yalnızca üçüncü kişinin girişine engel olma amacına yönelikse ve içerideki kişi her zaman bulunduğu yeri terk edebilir durumdaysa, yani kapıyı kilitleyen kişi kapı kilidini kapının üzerinde bırakırsa bu durumda tipikliğin gerçekleşmesinden söz edilemez¹¹².

Suçun cinsel amaç çerçevesinde işlenmesi, suçun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (TCK md. 109/5). Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için kastın yanı sıra failde cinsel amacın da mutlaka tespit edilmiş olması, kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ispatlanmış olması gerekir¹¹³.

(2010), § 239 kn. 32; GÜLŞEN, s. 85; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 522; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198; GÜLŞEN, s. 51; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 448; SOYASLAN, s. 265; KESKİN KIZIROĞLU, s. 79; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 434; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 434; YENERER ÇAKMUT, s. 592; TOROSLU, s. 88; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3733; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 190; KAFES, s. 124. 765 sayılı TCK döneminde suçun kanuni tanımda bulunmamasına rağmen doktrinde bir kısım yazar tarafından (CİHAN, s. 68) ve Yargıtay kararlarında suç için belirli bir amacın arandığı hususuna dikkat çekilmiş ve bu görüş eleştirilmiştir. Bakınız ÖNDER, s. 27; YILDIZ, s. 239. Mevcut Kanun döneminde Yargıtay'ın, yerel mahkemelerin kastın dışında amaç ya da saik aradıkları kararlara ilişkin bozma kararı verdikleri görülmektedir: “Mağdur Ahmet’in aşamalarındaki istikrar arz eden ifadelerinden mağdur kaldığı yetiştirme yurduna geri dönmek istemesine rağmen sanığın kendisine para bulmasını isteyerek mağdurun gitmesini engellediği, ayrıca kolundan tutarak zorla tuvalete soktuğu, bıçaklamakla tehdit ettiği, daha sonra mağdurun cep telefonuna el koyarak kendisine para getirmesi halinde telefonu iade edeceğini belirttiği, mağdurun da 50 TL para bulup sanığa getirdiği olayda; sanığın, mağduru yağma amaçlı olarak hukuka aykırı şekilde hürriyetinden yoksun kıldığıının sübut bulunduğu ve suçun oluşumu açısından genel kastın yeterli olduğu düşünülmeyen yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” Y. 14. CD., 10.04.2013, 2012/12304-2013/4264 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3733, dipnot 1759.

¹⁰⁹ RGSt 6, 231, 232 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 32); BGH 32, 183, 187 (FISCHER, § 239 kn. 13); WIECK/NOODT, kn. 41; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 11; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 9; EISELE, (2019), § 239 kn. 9.

¹¹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 190.

¹¹¹ EISELE, (2015), kn. 443; KINDHÄUSER, § 15 kn. 19; WIECK/NOODT, kn. 41; EIDAM, (2013), § 239 kn. 15; FISCHER, § 239 kn. 13; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 11; SONNEN, § 239 kn. 19; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 9; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 32; EIDAM, (2010), 871; EISELE, (2019), § 239 kn. 9; CİHAN, s. 68; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 523; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198; KESKİN KIZIROĞLU, s. 81; YENERER ÇAKMUT, s. 592; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3734; KAFES, s. 128.

¹¹² WIECK/NOODT, kn. 42; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 33.

¹¹³ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 448; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 434; YENERER ÇAKMUT, s. 598.

Suçun, **mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması durumunda** daha ağır bir ceza yaptırımını öngörülmüştür (TCK md. 109/4). Bu, madde gerekçesinde yer alan “...*Bu durumda, suçun netice nedeniyle bir ağırlaşmış hâli söz konusudur. Bu nedenle, failde bu neticeye yönelik kastın bulunması gerekmez. Bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdurun ekonomik kaybının önemli miktarda olması gerekir...*” şeklindeki ifadelerden de açıkça anlaşılacağı üzere suçun **neticesi sebebiyle ağırlaşmış halidir**. Dolayısıyla ilk olarak hürriyetinden yoksun kılınan mağdurun ekonomik bir kayba uğramış olması gerekir. Hürriyetinden yoksun kılınan kişinin, örneğin ihaleye girememiş olması halinde bu halin uygulanması söz konusu olabilir¹¹⁴. Buna karşılık failin bizzat kendisinin kaçırıldığı mağdurdan senedi imzalamasını istemesi ya da para istemesi ve yine mağdurun kaçırıldığını öğrenen annesinin kalp krizi geçirerek hayatını kaybetmesi hallerinde suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir¹¹⁵. Ayrıca ekonomik kaybın önemli olması gerekir ki bu duruma ilişkin tespit, somut olayda hâkim tarafından mağdurun konumu, geliri, mesleği ve benzeri şahsi özellikleri dikkate alınarak yapılacaktır¹¹⁶.

Şayet suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleştiği yönünde bir tespit yapılmışsa, bu defa manevi unsur altında bir inceleme yapılabilecektir. Bu noktada mağdur, hürriyetinden yoksun kaldığı için önemli bir ekonomik kayba maruz kalırsa failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için Türk Ceza Kanunu’nun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi gereğince (TCK md. 23) ağır netice olan önemli ekonomik kayıp açısından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir¹¹⁷. Elbette fail ağır netice bakımından olası kastla ya da doğrudan kastla da hareket etmiş olabilir¹¹⁸. Failin ağır netice açısından kasten ya da taksirle hareket etmiş olması, cezanın belirlenmesinde

¹¹⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 438; SOYASLAN, s. 267.

¹¹⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3752.

¹¹⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 520; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1208; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 459; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 431; KESKİN KİZİROĞLU, s. 92; YILDIZ, s. 240; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3752; KAFES, s. 137.

¹¹⁷ KINDHÄUSER, § 15 kn. 20; PARK/SCHWARZ, s. 298; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 40; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 30; EIDAM, (2010), s. 871; EISELE, (2019), § 239 kn. 12; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1208; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 459; YILDIZ, s. 241; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 431.

¹¹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 459.

dikkate alınır¹¹⁹.

Alman Ceza Kanunu'nda bu türden bir ağır neticeye yer verilmiş değilse de başka ağır neticeler öngörülmüştür. Şöyle ki Alman Ceza Kanunu § 239 hükmüne göre mağdurun bir haftadan fazla hürriyetinde yoksun kalması, yoksun kılma fiili ile veya bu fiil esnasında mağdurun sağlığının ağır şekilde bozulması (fıkra 3) yahut da mağdurun hayatını kaybetmesi (fıkra 4) şeklinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir¹²⁰.

Tüm bunların yanında hürriyetten yoksun kılma ile ağır neticeye neden olan hareket arasında nedensel bir bağlantı olmalıdır¹²¹. Bu bağlantı mağduru ölüme sürükleyen yalnızca failin hareketi olabileceği gibi ölüme etki eden mağdurun kendi hareketi yahut da tamamen bağımsız üçüncü bir kişinin hareketi de olabilir. Buna göre hürriyetten yoksun kalan kişinin kaçma teşebbüsü esnasında hayatını kaybetmesi, buna örnek olarak gösterilmektedir¹²². Tabi ki Türk Ceza Kanunu'nda böyle bir ağır netice öngörülmediğinden bu husus, ayrıca öldürme suçu bakımından değerlendirilmelidir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru altında evvela kanuni tanımda yer alan “**hukuka aykırı olarak**” ifadesi üzerinde durulmalıdır. Zira kanuni düzenlemede bir kimsenin *hukuka aykırı olarak* bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasından söz edilmiştir. Aslında bu ifade, bir kimsenin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden *hukuka aykırı olarak* yoksun bırakılması şeklinde anlaşılmalıdır. Bu anlamda tipiklik kapsamındaki bu ifade, haksızlık bilincine özel olarak vurgu yapıldığını göstermektedir¹²³. Nitekim madde gerekçesinde yer alan, “*Maddede geçen*

¹¹⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 438.

¹²⁰ KINDHÄUSER, § 15 kn. 20; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 40; EIDAM, (2013), § 239 kn. 3; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 30; WIECK/NOODT, kn. 44-52; FISCHER, § 239 kn. 15; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 16; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 11, 14; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 12, 13; EISELE, (2019), § 239 kn. 12.

¹²¹ BGHSt 18, 18 (DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 18); PARK/SCHWARZ, s. 298.

¹²² BGHSt 19, 382, 387 (DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 18).

¹²³ PARK/SCHWARZ, s. 297; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198, 1199; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 449; YENERER ÇAKMUT, s. 592; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 434; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 432; SOYASLAN, s. 264; YILDIZ, s. 236; KAFES, s. 128. Doktrinde kanuni tanımda yer alan bu unsur nedeniyle hukuka aykırılığın da kast kapsamında yer aldığı, bu açıdan bu suçun olası kastla

hukuka aykırı olarak ibaresi, hukukun izin vermediği hâlleri ifade eder. Örneğin bir suça ilişkin soruşturma kapsamında suç şüphesi altında bulunan kişinin ceza muhakemesi hukukunun gereklerine uygun olarak tutulması, gözaltına alınması veya tutuklanması hâllerinde, fiil hukuka uygundur ve bu suç oluşmaz.” şeklindeki ifadeler de bu durumu ortaya koymaktadır. Böylelikle dosya konusu suç teşkil eden fiil bakımından inceleme yapan hâkimin, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığı konusunda daha dikkatli bir değerlendirme yapması gerekmektedir¹²⁴.

Doktrinde bu ifadeyle birlikte kişinin bir kimseyi hürriyetinden yoksun kılarken hukuka aykırılık bilincinin de bulunması gerektiği, yani hukuka aykırılığın da kast kapsamında yer aldığı, bu bakımdan bu tür suçların olası kastla işlenemeyeceği, ancak doğrudan kastla işlenebileceği hususuna işaret edildiği belirtilmiştir¹²⁵. Ancak kanaatimizce suçun kanuni tanımında “*hukuka aykırı olarak*” şeklinde bir ifadeye yer verilmesiyle yer verilmemesi arasında gerek teorik gerekse pratik anlamda bir fark bulunmamaktadır. Nitekim Alman düzenlemesinde de olan bu ifade, kanuni tanımdan gereksiz olduğu düşüncesiyle 6. ceza reform paketi ile birlikte çıkartılmıştır¹²⁶. Öyle ki bu ifadenin düzenlemeden çıkartılmasıyla maddenin koruma alanına yönelik olarak içerik anlamında bir değişikliğin amaçlanmadığına işaret edilmiştir¹²⁷. Doktrinde de yakalama, gözaltı gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçta olduğu gibi kasten yaralama gibi suçlar açısından da söz konusu olabileceği ve

işlenemeyeceği, yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği ileri sürülmektedir. Bakınız ÖZGENÇ, s. 320; GÜLŞEN, s. 89; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3734. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.11.2013 tarih ve 2013/14-511 Esas, 2013/449 Karar sayılı kararında da bu görüşe yer verilmiştir: “5237 sayılı kanunda bazı suç tanımlarında “*hukuka aykırı olarak*”, “*hukuka aykırı başka bir davranışla*”, “*hukuka aykırı diğer davranışlarla*”, “*hukuka aykırı yolla*”, “*hukuka aykırı yollarla*” gibi ifadelerle yer verilmiştir. **Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir.**” Oysaki bizim de katıldığımız diğer bir görüş, suçun kanuni tanımındaki bu ifadenin, herhangi bir unsuru nitelendirmeyip genel bir nitelik arz ettiğini, yani suç tipinin bütününe yönelik olduğundan failin işlediği tipik fiil açısından herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığı konusundaki bilincinin incelemesine işaret ettiğini vurgulamıştır. Bu görüş ve detaylı açıklamaları için bakınız ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1199. Suçun kanuni tanımında yer alan hukuka aykırılık ifadesinin işlevine ilişkin detaylı açıklama ve değerlendirmeler için bakınız GÖKTÜRK, s. 424 vd.

¹²⁴ ÖNDER, s. 30; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 526; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 434.

¹²⁵ ÖZGENÇ, s. 288, 289. Bilgi için bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 449.

¹²⁶ KARGL, s. 72-80; WIECK/NOODT, kn. 37.

¹²⁷ KARGL, s. 73. Ayrıca bilgi için bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 449, dipnot 286.

bu düşünceyle bu ibareye söz konusu suçlar açısından da gerek duyulabileceği, oysaki kanunda hata düzenlemelerinin bulunması karşısında bu yönde bir ibareye gerek olmadığı vurgulanmıştır¹²⁸.

Bu çerçevede bu suç bakımından da genel olarak hukuka uygunluk nedenleri uygulama alanı bulabilir. Buna göre ilk olarak görevin ifası kapsamında kanun hükmünü yerine getirme (TCK md. 24/1) ve amirin emri (TCK md. 24/2) gündeme gelebilir¹²⁹. Yakalamanın, gözaltına almanın ve tutuklamanın kanunda öngörülen koşullara uygun şekilde gerçekleştirilmiş olması halinde **kanun hükmünü yerine getirme ya da hakkın kullanılması** hukuka uygunluk nedenlerinden biri söz konusu olacak ve bu suçun işlenmiş olmasından bahsedilemeyecektir¹³⁰. Keza denizde yüzmekte olan mültecilerin kurtarılması ve sonrasında iradelerine aykırı olarak nezarete tutulmaları da hukuka uygun olabilir¹³¹. Günümüzde fazlaca gündemde olan kendisinde yeni koronavirüs hastalığı tespit edilen kişilerin karantina altına alınmaları suretiyle hareket edebilme özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ve bu karara aykırı davranmaları halinde yaptırıma maruz bırakılmaları açısından da kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni gündeme gelir. Resmi işlemler açısından bu işlem tesis edildiğinde hürriyetten yoksun kılmanın fiili, esaslı unsurlarının bulunması koşuluyla işlemdeki salt şekli ya da usulü eksiklik, işlemin hukuka aykırı olmasına neden olmaz¹³². Ancak şekli yöntemlerin büyük önem arz ettiği, işlemin önemli unsurlarından biri olduğu durumlarda bu görüş kabul edilmemektedir¹³³.

Bununla birlikte hukuka uygun olarak hürriyetinden yoksun bırakılan bir kimseye karşı da bu suç işlenebilir. Şöyle ki serbest bırakılması gerekirken

¹²⁸ Bu ibareye gerek olmadığına dair detaylı açıklamalar için bakınız YILDIZ, s. 236, 237. Benzer görüş için bakınız ÖNDER, s. 30.

¹²⁹ GÜLŞEN, s. 77; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 524; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 448; KESKİN KIZIROĞLU, s. 81.

¹³⁰ DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 12; EIDAM, (2013), § 239 kn. 19; WIECK/NOODT, kn. 39; PARK/SCHWARZ, s. 297; EIDAM, (2010), s. 871; EISELE, (2019), § 239 kn. 8; CİHAN, s. 61; GÜLŞEN, s. 79 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 450; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 432; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3737.

¹³¹ EIDAM, (2013), § 239 kn. 19; SONNEN, § 239 kn. 20; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 7.

¹³² OLG Schleswig NStZ 1985, 74 (EIDAM, (2013), § 239 kn. 19); SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 23; WIECK-NOODT, kn. 39.

¹³³ EIDAM, (2013), § 239 kn. 19.

geciktirilen¹³⁴ yahut da koşulları olduğundan ceza evinde bahçeye çıkarılabilecek mahkûmun çıkmasına hukuka aykırı olarak izin verilmemesi durumunda yine bu suç oluşacaktır. Dolayısıyla hürriyetten yoksunluğu sonuçlayan davranış bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olsa da sınırın kasten ya taksirle aşılması gündeme gelebilir. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, daha ziyade **meşru savunma** kapsamında gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılma suçunda mevzu bahis olabilir. Yani kendisine saldıran bir kişiyi saldırıyı bertaraf etmek amacıyla bir süre tutmak her ne kadar meşru savunma çerçevesinde meşru olacaksa da bu alikoymanın süresi önem arz etmektedir¹³⁵. Şayet kişi, meşru savunma amacıyla muhatabını hürriyetinden yoksun bırakmış ve fakat gerekli süreyi aşmışsa bu noktada meşru savunmada sınırın aşılması -ki bu TCK md. 27/2 hükmüne binaen korku, telaş ve heyecanla da olabilir- tartışılacaktır¹³⁶. Bununla birlikte doktrinde intihar etmeyi düşünen bir kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda meşru savunma olacağı ve bu kişinin işlediği fiilin suç teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir¹³⁷ ki biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira burada intihar etmeyi düşünen kişiye yönelmiş *haksız bir saldırıdan* söz edilmesi mümkün değildir.

Nihayet bu suç kapsamında **ilgilinin rızası** konusu da özellikle irdelenmesi gereken bir husustur. Zira bu suç bakımından rızanın tipikliğe engel olan bir nitelik mi taşıdığı yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu özellikle tartışılmalıdır. Alman doktrininde hâkim görüş¹³⁸ tarafından bu suçun kanuni tanımında yer alan “*kapatma*” ve “*yoksun bırakma*” hareketlerinin kendi yapılarının mağdurun iradesine aykırı olmalarını ya da iradesi olmaksızın gerçekleştirilmelerini şart koşması nedeniyle bu suç kapsamında mağdurun rızasının, tipikliğe engel olduğu, yani hukuka uygunluk nedeni olmadığı kabul edilmektedir.

¹³⁴ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 12.

¹³⁵ GÜLŞEN, s. 84; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 435; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 433.

¹³⁶ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1199; KAFES, s. 178, 179.

¹³⁷ GÜLŞEN, s. 84.

¹³⁸ WESSELS/HETTINGER, kn 374; KINDHÄUSER, § 15 kn 27; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 14 kn 12; SONNEN, § 239 kn 20; KÜHL, § 239 kn 5; WIECK-NOODT, § 239 kn 36; FISCHER, § 239 kn 12. Bu çerçevede ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDOF, görüş beyan etmekten imtina etmişler, rızanın niteliğine ilişkin farklı görüşlerin bulunduğunu belirtmekle yetinmişlerdir. Bakınız ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDOF, § 9 kn 27. Ancak “kapatmak” ve diğer “yoksun bırakma”ya yönelik hareketlere dair açıklamaları dikkate alındığında (ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDOF, § 9 kn 26) kendilerinin de rızayı tipikliğe engel olucu nitelikte kabul etmeye yönelik bir eğilim gösterdikleri anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda ise gerek doktrinde¹³⁹ gerekse mahkeme kararlarında¹⁴⁰ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rıza, tipikliğe engel olan bir neden olarak değil, hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmektedir. Oysaki **kanaatimize göre** Alman doktrinindeki hâkim görüş, Türk hukukunda da geçerli kabul edilmelidir¹⁴¹. Zira Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenleme, Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeden “*kapatma*” ifadesine yer verilmemesi ve fakat “*hukuka aykırı olarak*” ifadesinin özel olarak belirtilmesi şeklinde olmak üzere iki açıdan farklılık arz etmekte olup bu iki farklılık da Türk hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun rızasının tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyecektir. En nihayetinde kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması da kişinin rızası bulunmadan olabilecek bir durum olarak nitelendirilecektir.

Elbette rızanın niteliğine ilişkin bu ayrımın bazı önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlardan konumuz bağlamında en fazla öne çıkanı, kişilerin *rıza gösterebilme yeteneklerine* ilişkindir. Buna göre rızanın bu suç açısından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde rıza gösteren kişinin, davranışının etkisi ve fiilin haksızlığına ilişkin olarak somut olayda belirli bir olgunluk ve anlayışa sahip olması gerekir¹⁴². Rıza gösteren kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalması halinde rızanın hukuka uygunluk etkisinden söz edilemeyecektir¹⁴³. Bu bakımdan hukuki değer sahibinin yaş küçüklüğü ya da akıl hastalığı gibi nedenlerle rıza gösterme yeteneğine sahip olmaması durumunda başka bir kişinin daha rızasının gerekliliğinden söz edilmelidir¹⁴⁴. Bu çerçevede üç yaşındaki çocuğun apandis ameliyatına yönelik rıza, mutlaka çocuğun ebeveynleri tarafından açıklanmalıdır¹⁴⁵.

¹³⁹ TOROSLU, s. 89; CİHAN, s. 63; GÜLŞEN, s. 69; SOYASLAN, 264; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 2734; ÖZEN, 368; YENERER ÇAKMUT, s. 592; YILDIZ, s. 237; ÜZÜLMEZ, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1201; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3735; KAFES, s. 148.

¹⁴⁰ Y. 14. CD., E. 2016/3510, K. 2016/8162, T. 30.11.2016.

¹⁴¹ Türk doktrininde *ÖNDER*, bu görüşten yanadır. Bakınız *ÖNDER*, s. 31.

¹⁴² GEERDS, s. 44; EXNER, s. 104; BICHLEIER, s. 54; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 496; EKİCİ ŞAHİN, s. 73.

¹⁴³ AMELUNG/EYMANN, s. 943.

¹⁴⁴ BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 15 kn 131; AMELUNG/EYMANN, s. 940; GÜLŞEN, s. 70.

¹⁴⁵ BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 15 kn 131.

Tipikliği kaldıran rıza için ise ilgili kişinin *doğal irade yeteneğine* sahip olması yeterlidir¹⁴⁶. Bu, tamamen hukuka uygunluk nedeni olan rızanın hukuki bir yapısının bulunmasından, yani norma dayalı bir yapıya sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim aynı durumun, tipikliğe engel olan rızada varlığından söz edilemez. Buna göre tipikliğe engel olan rızanın hukuki değil, fiili bir yapısı göze çarpmaktadır¹⁴⁷. Bunun beraberinde getirdiği sonuçlardan biri, tipikliğe engel olan rızada hukuka uygunluk nedeni olan rızada olduğu gibi anlayış gösterme konusunda belirli bir olgunlukta olunmasının ya da belirli bir algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olunmasının bir şart olarak görülmemesidir¹⁴⁸. Bu bakımdan kanaatimize göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda rıza gösterme açısından cinsel suçlarda olduğu gibi belirli bir yaş kriterinin bulunduğu ifade edilemez¹⁴⁹. Nitekim on yaşında bir çocuk da kendi iradesiyle bir başkasının evine gidebilecek ve çocuğun bu rızası da geçerli olacaktır. Bunun Türk hukukunda ne derece önemli sonuçları beraberinde getirdiği nitelikli haller başlığı altında detaylı olarak incelenecektir.

Elbette rızanın tipikliğe engel bir nitelik taşıdığı kabul edilmesinin önemli sonuçlarından biri de rızanın varlığı konusunda hataya düşülmesi halinde söz konusu olacaktır. Zira rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi durumunda rızaya ilişkin hata durumunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata söz konusu olacakken tipikliğe engel olan bir nitelik taşıdığı kabul edildiğinde maddi unsurlarda hata olacak ve kastı kaldıran hata şeklinde telakki edilecektir. Bu bakımdan failin, mağdurun rızasının bulunduğu konusunda hataya düşmüş olması halinde kastı kaldıran hatadan bahsedilir¹⁵⁰. Bu suçun taksirli hali de bulunmadığından fail cezalandırılmayacaktır. Tabi ki fail, rıza dışında diğer hukuka uygunluk nedenlerine dayanarak kişiyi meşru şekilde hürriyetinden yoksun bıraktığını da düşünebilir. Elbette bu türden bir hata, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata olarak nitelendirilecektir. Bu durumda doktrinde bir görüşe göre yine kastı kaldıran hatadan söz edilecek ve bu suçun taksirli hali

¹⁴⁶ WELZEL, s. 95; SCHMIDT, kn 431; BECKERT, s. 510; AMELUNG, s. 542; GEERDS, s. 45; EKİCİ ŞAHİN, s. 73.

¹⁴⁷ BECKERT, s. 510; AMELUNG, s. 542.

¹⁴⁸ ROXIN, § 13 kn 6; MURMANN, § 25 kn 119; GROPP, § 5 kn 118; HEINRICH, kn 445.

¹⁴⁹ Bakınız ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1201, 1202.

¹⁵⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 15 WIECK/NOODT, kn. 43; SONNEN, § 239 kn. 19.

öngörülmediğinden suç oluşmayacakken¹⁵¹ diğer görüşe göre ise bu hata kusuru etkileyecek ve kaçınılmaz olması halinde suç işlenmiş sayılmasına rağmen cezalandırma gündeme gelmeyecektir.

Bununla birlikte ilk merci olarak konuyla ilgilenen hâkimin hukuki hatası da verilen kararın otomatik olarak hukuka aykırı olması gibi bir sonucu ortaya çıkarmayacaktır. İlk merciin kararı, hukuken hatalı olsa bile bu kararın da ortadan kaldırılması, başka hukuki araçlara başvurmayı gerekli kılar. Elbette söz gelimi tutuklama kararını veren hâkimin tutuklamaya itiraz dilekçesini tutuklu olan kişinin daha erken serbest bırakılmasını önlemek amacıyla konuyla ilgisi olmayan gerekçelerden bahisle ilgili mercie iletmeyi geciktirirse durum değişir ve bu defa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hâkimin görevinden kaynaklı başka suçlarla birlikte işlenmiş olur¹⁵².

Tüm bu hukuka uygunluk nedenlerinin yanında psikiyatrik hastaların olduğu poliklinikte söz konusu hastaların yataklara sabitlenmesi, kendilerine ve başkalarına zarar verme ihtimallerinin ortadan kaldırılması adına somut olay açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir¹⁵³. Bununla birlikte bunun her bir hasta açısından ne derece gereklilik arz ettiğinin ayrıca incelenmesi gerekir. Yani böyle bir yöntem genel teşhis ya da bakım gerekçesiyle başvurulması bu suç açısından doğrudan bir hukuka uygunluk teşkil etmeyecektir¹⁵⁴. Bu bakımdan her bir hasta nezdinde somut olayın koşulları dikkate alınmalıdır. Bu durum, aile üyelerinin aile içerisindeki hasta ya da yaşlılara karşı kendi kararlarıyla hürriyetten yoksun kılma yönündeki bazı davranışlara yeltenmeleri açısından da geçerlidir.

Elbette bu kapsamda **disiplin hakkının** kullanımından doğacak şekilde sınırının aşılması kaydıyla kişilerin hürriyetlerinden yoksun bırakılması söz konusu olabilir¹⁵⁵. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 232'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü

¹⁵¹ WIECK/NOODT, kn. 43; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 34.

¹⁵² WIECK/NOODT, kn. 39.

¹⁵³ SONNEN, § 239 kn. 20.

¹⁵⁴ FISCHER, § 239 kn. 8a.

¹⁵⁵ CİHAN, s. 61; ÖNDER, s. 30; GÜLŞEN, s. 67; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200; YENERER ÇAKMUT, s. 592; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 450; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 435; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 434; KESKİN KİZİROĞLU, s. 82; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3737; KAFES, s. 159.

olduğu kişi üzerinde sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye bir yıla kadar hapis cezası verileceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede söz gelimi aile içerisinde ebeveynlerin çocukları ve yine öğretmenlerin öğrencileri üzerinde terbiye hakları kapsamında disiplin yetkilerinden söz edilebilir¹⁵⁶. Dolayısıyla bu kimseler şayet bu haklarını kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmışlarsa ve sınırı aşmamışlarsa bu defa hukuka uygunluk nedeninden dolayı suçun oluşmasından bahsedilemeyecektir¹⁵⁷. Kısa süreli olarak çocukların bir odaya kilitlenmeleri ölçülü görülebilecekken zincire vurulmaları, bodrum, mahzen, soğuk hava deposu gibi karanlık ya da sağlık açısından riskli yerlerde kapatılmaları, ölçülü olmayacak¹⁵⁸, bu defa sınırın kasten aşılması söz konusu olacak, bu nedenle de bu suçun oluşması gündeme gelebilecektir. Benzer şekilde sınıf disiplinin bozan ve bu davranışlarında ısrar eden bir öğrenci karşısında öğretmenin öğrenciden sınıftan dışarı çıkmasını istemesi ve öğrencinin sınıf dışına çıkmış olması durumunda disiplin hakkının kullanımı söz konusu olabilecektir. Ancak aynı öğretmenin, öğrencinin sınıftan çıkmamakta ısrarcı olması karşısında öğrenciyi cebir kullanarak çıkarması halinde artık disiplin hakkının kullanılmasında sınırın kasten aşılmasından söz edilecek ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu oluşacaktır.

Bununla birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından disiplin yetkisi bulunan kişinin sınırı taksirle aşmış olması halinde bu suçun taksirli hali öngörülmediğinden yalnızca TCK md. 232 hükmünden bahisle bir sorumluluk yoluna gidilebilecektir¹⁵⁹. Zaten TCK md. 232 hükmü kapsamındaki kötü muamele suçu da bu türden önemli bir işlevi haiz bulunmaktadır. Buna karşılık sınırın kasıtlı şekilde aşılması durumunda hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK md. 109) hem de kötü muamele suçunun (TCK md. 232) işlenmesinden bahsedilebilecektir. Bu durumda da tek fiille iki suç birden işlenmiş olacağından farklı neviden fikri içtima kuralı (TCK md. 44) gereğince yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK md. 109) gündeme gelecektir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ GÜLŞEN, s. 68; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 435; KAFES, s. 161.

¹⁵⁷ CİHAN, s. 61; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 450, 451; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 435; KAFES, s. 162.

¹⁵⁸ KAFES, s. 162.

¹⁵⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 526; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 434; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200.

¹⁶⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 451.

D. Suçun Nitelikli Halleri

1. Fiili İşlemek İçin veya İşlediği Sırada Failin Cebir, Tehdit veya Hile Kullanması (TCK md. 109/2)

Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinin ikinci fıkrasında fiilin işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması cezayı artıran bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu çerçevede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cebir, tehdit yahut da hile yoluyla da işlenebilir¹⁶¹. Bununla birlikte düzenlemede failin cebir, tehdit ya da hileyi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak için kullanması ya da kişiyi hürriyetinden yoksun bıraktığı esnada kullanması halleri nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede söz gelimi failin kişiyi odaya kapatmak için bu araçlara başvurması söz konusu olabileceği gibi odaya kapattıktan sonra da başvurması mevzu bahis olabilir. Her iki durumda da bu nitelikli halin uygulanması gündeme gelecektir¹⁶².

Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç olarak da düzenlenen (TCK md. 108) **cebir**, burada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali durumundadır. Dolayısıyla bu hüküm, bileşik suç niteliğini haizdir¹⁶³. Zira biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir (TCK md. 42). TCK md. 108'de düzenlenen cebir suçunun madde gerekçesinde cebrin tanımına yer verilmiştir. Buna göre Latince karşılığı “vis compulsiva” olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Yine gerekçede, “*Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir*

¹⁶¹ RGSt 17, 127 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 13); EISELE, (2015), kn. 437; RENGIER, § 22 kn. 6, 7; FISCHER, § 239 kn. 8; WIECK/NOODT, kn. 26; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 13; SONNEN, § 239 kn. 17 SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 4; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 5; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; PARK/SCHWARZ, s. 296; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a; ÖNDER, s. 29; GÜLŞEN, s. 48, 49; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1193; TOROSLU, s. 90; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 454; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 428; KESKİN KIZIROĞLU, s. 85; SOYASLAN, s. 262; YENERER ÇAKMUT, s. 591; KAFES, s. 184; HAFIZOĞLULLARI/ÖZEN, s. 190. Kanun koyucunun cebir, tehdit ve hilenin yanı sıra neden şantajı da dahil etmediğine dair bir eleştiri yöneltilmiştir. Bakınız HAFIZOĞLULLARI/ÖZEN, s. 190. Açıklama için bakınız KAFES, s. 195.

¹⁶² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 430; YENERER ÇAKMUT, s. 593; KAFES, s. 185.

¹⁶³ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1193; HAFIZOĞLULLARI/ÖZEN, s. 190; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 454; KAFES, s. 184.

halinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır.” ifadelerine yer verilerek cebrin içeriği iyice belirginleştirilmeye çalışılmış, esasen manevi cebirle bu suçun işlenmesi halinde bu nitelikli halin uygulanamayacağına vurgu yapılmıştır¹⁶⁴.

Elbette bu hükmün bileşik suç olmasının önemli bir sonucu da kişiye karşı hürriyetten yoksun kılmayı gerçekleştirmek amacıyla ya da yoksun kılma esnasında cebir kullanılması durumunda failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yanı sıra ayrıca cebir suçundan da cezalandırılması yoluna gidilmeyecek olmasıdır. Fail, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun fiilin işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması şeklindeki nitelikli halinden (TCK md. 109/2) cezalandırılacaktır¹⁶⁵. Bununla birlikte şayet kişiyi hürriyetinden yoksun kılma için ya da bu esnada kullanılan cebrin şiddet derecesi fazla olur ve yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri gerçekleşirse bu durumda TCK md. 109/6 hükmünde yer alan *“Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”* şeklindeki hüküm gereğince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yanı sıra neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı da ceza verilecektir¹⁶⁶.

Kişi, tehdit edilerek hürriyetinden yoksun bırakılabilir yahut da hürriyetinden yoksun bırakıldığı esnada tehdide maruz bırakılabilir¹⁶⁷. **Tehdit**, Türk Ceza Kanunu’nun 106’ncı maddesinde düzenlenmiştir. Bu suçun

¹⁶⁴ *“Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan eyleminin manevi cebirle işlendiğinden bahisle temel ceza TCK.nın 109/2 maddesine göre tayin edilmiş ise de dosya kapsamına göre sanığın mağdura maddi cebir tehdit veya hile uyguladığına ilişkin delil bulunmadığı, manevi cebrin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, sabit olan eylemin TCK.nın 109/1 maddesine uygun olduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...”* Y. 14. CD., 08.04.2013, 2013/118-2013/4046 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3741, dipnot 1779.

¹⁶⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516; KAFES, s. 184. *“Sanıkların katılanı rızası dışında evde tuttıkları sırada sistematik ve süreklilik arz etmeyecek şekilde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralama eylemi küll halinde hürriyeti tahdit suçunun unsurunu oluşturduğu gözetilmeksizin ayrıca eziyet suçundan da hüküm kurulması...”* Y. 8. CD., 17.06.2010, 2010/1434-2010/8857 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3742, dipnot 1781.

¹⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516; KESKİN KİZİROĞLU, s. 86; SOYASLAN, s. 266; KAFES, s. 191; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3742.

¹⁶⁷ ÜZÜLMEZ, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1193; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455; KESKİN KİZİROĞLU, s. 86; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3743.

madde gerekçesinde yer alan “*Tehdit, çoğu zaman başka bir suçun unsurunu oluşturmaktadır. Ancak, bu suç tanımında, tehdidin kendisi bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan tehdit suçu, genel ve tamamlayıcı bir suçtur.*” şeklindeki ifadelerden de anlaşılacağı üzere bu suç, genel norm niteliği taşımaktadır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bu nitelikli halinde olduğu gibi tehdidin ayrı bir unsur olması durumunda bileşik suç düzenlemesi gereğince artık yalnızca bu nitelikli halden cezalandırma yoluna gidilecek, tehdit suçundan cezalandırma olmayacaktır¹⁶⁸.

Tehdit suçunun madde gerekçesinde de belirtildiği üzere *tehdit hâlinde, gerçekleşmesi failin isteğinin yerine getirilmemesi kaydına bağlı bir tecavüz, kötülük mağdura bildirilmektedir. Tehdidin konusunu, kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağı, suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin, genel olarak kuvvet kullanılacağı veya herhangi bir kötülüğün, haksızlığın gerçekleştirileceğinin bildirilmesi oluşturmaktadır.* Bununla birlikte yine madde gerekçesinde belirtildiği üzere bu suçun oluşması için korkutmaya yönelik her türlü davranışın yeterli olmayacağı vurgulanmalıdır¹⁶⁹. Nitekim madde gerekçesinde yer alan şu ifadeler de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır: “*Suçun oluşması bakımından tehdit konusu kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmemesi, önemli değildir. Tehdidin objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmesi gerekir. Yani, istenilenin yerine getirilmemesi hâlinde tehdit konusu kötülüğün gerçekleşeceği ihtimali objektif olarak mevcut olmalıdır. Sarf edilen sözler, gerçekleştirilen davranış muhatap alınan kişi üzerinde ciddi bir korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun değilse, tehdidin oluştuğu ileri sürülemez.*” Buna göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tehditle işlenip işlenemeyeceği noktasında yapılan tehdidin ağırlığı dikkate alınmalıdır. Şayet tehdit belirli bir ağırlığa ulaşmış ise bu defa tehdit yoluyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmiş olmasından bahsedilebilecektir¹⁷⁰.

Türk doktrininde tehdit suçunun (TCK md. 106) aksine tehdidin yöneldiği hukuki değer bakımından bir ayırım yapılmazken ve objektif olarak korkutmaya elverişli olmak kaydıyla herhangi bir hukuki değere

¹⁶⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516, 517; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3743.

¹⁶⁹ BGH NJW 1993, 1807 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 13).

¹⁷⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 12; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; SÖZÜER, s. 129, 130; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455.

yönelik her türlü davranış yeterli görülürken¹⁷¹ Alman doktrininde tehdidin kişinin yaşamı ve vücudu üzerinde mevcut bir tehlike oluşturuyor olması aranmaktadır¹⁷². Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından da vücut veya yaşam için mevcut bir tehlikeye erişmesi halinde suçun tipikliğinin olduğu kabul edilirken kişinin yer değiştirebilme imkanının bulunması halinde aksi sonuca ulaşılmaktadır¹⁷³. Bu çerçevede mahkeme, caddeye sürüklenen kişi¹⁷⁴ ve araçtan inmek istemesine rağmen aracın hızlı olması nedeniyle araçtan inemeyen kişi¹⁷⁵ bakımından bu suçun işlendiğini kabul etmiştir.

Tüm bunlara karşılık kişinin sadece duygusal anlamda fenalaşmasına yol açacak nitelikteki tehdit içerikli söz ve davranışlarla kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması halinde bu nitelikli halden söz edilemeyecektir. Hatta bu davranışlar, Alman doktrininde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli açısından dahi yeterli görülmemektedir¹⁷⁶. Kanaatimize göre de bu tür duygusal yoğunluğu olan basit davranışlar üzerine muhatap etkilenmiş ve bir yerde kalıyor ya da bir yere gitmek durumunda kalıyorsa burada bir alıkoymadan söz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla da böyle durumlarda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tipik hareketinden dahi bahsedilemeyecektir. Keza mağdur açısından rahatsız edici ya da müstehcen durumlar oluşturarak mağdur için uzaklaşmaya neden olma da tipiklik açısından yeterli değildir¹⁷⁷. Bu bakımdan kendisine küfür edilen kişinin dayanamayarak oradan uzaklaşması, hakaret suçu olsa da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olmayacaktır. Bununla birlikte elbiselerini nehrin kenarına bırakan ve çıplak bir şekilde nehre giren kişinin elbiselerinin alınması nedeniyle giyinmemesi ve çıplak olduğundan sudan çıkmaya cesaret edememesi durumunda Alman doktrininde suçun tipiklik unsurunun oluşmadığı görüşü benimsense de¹⁷⁸ kanaatimiz bu tür bir olayda zamana ve yere göre bir değerlendirme yapılması gerektiği yönündedir. Zira bir köyde

¹⁷¹ SÖZÜER, s. 130; KAFES, s. 193; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516.

¹⁷² SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7.

¹⁷³ BGH NJW 1993, 1807 (RENGIER, § 22 kn. 10).

¹⁷⁴ BGH 21 Dezember 1956 – 1 StR 207/56 (Aktaran SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 17).

¹⁷⁵ NStZ 1992, 34 (FISCHER, § 239 kn. 8; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 288); GÜLŞEN, s. 52; KAFES, s. 87.

¹⁷⁶ EISELE, (2015), kn. 437; FISCHER, § 239 kn. 8; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a.

¹⁷⁷ KINDHÄUSER, § 15 kn. 13.

¹⁷⁸ EISELE, (2015), kn. 438; KINDHÄUSER, § 15 kn. 13.

nehir kenarında kimsenin olmadığı bir vakitte kişinin nehirden çıkması mümkün olabileceken şehir içinde insanların olduğu bir yerde kişi açısından bu pek mümkün olmayabilecektir.

Son olarak kişinin yanılıya sevk edilmesi anlamına gelen¹⁷⁹ **hile** yoluyla da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenebilir¹⁸⁰. Kişide yanlış bir kanaat oluşturarak kişinin özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik olarak rızasının alınması halinde bu nitelik hal gündeme gelebilecektir. Bunun en basit örneği mağdura kapının kilitli olduğunu söyleyerek dışarı çıkmasını, bulunduğu yeri değiştirmesini imkânsız hale getirmedir¹⁸¹. Yani çıkış kapısını bilen kişinin burada kilitli olduğunu düşünerek çıkamayacağını zannetmesi de suç kapsamında tipik olabilecektir¹⁸². Yine sahte raporla mağdurun akıl hastanesinde tutulmasına neden olunması da buna örnek olarak gösterilebilir¹⁸³. Bu türden bir hile, bu suç kapsamında korunan hukuki değeri ihlal etmiş olur, zira bu hile ile birlikte hataya düşürülen mağdurun hareket etme hürriyeti üzerinde kendi kararını verebilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır¹⁸⁴. Yine bir çocuğun babasının yanına götürüleceği söylenerek kaçırılması durumunda da hile yoluyla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu işlenmiş olacaktır.

2. Suçun Silahla İşlenmesi (TCK md. 109/3-a)

Suçun işleniş tarzına ilişkin olan bu nitelikli hal kapsamında madde gerekçesinde de belirttiği üzere esasen silah, korkutucu veya zorlayıcı etkisi nedeniyle suçun işlenmesini kolaylaştırdığından suçun silahla işlenmesinin daha ağır cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir¹⁸⁵.

¹⁷⁹ SÖZÜER, s. 126; KAFES, s. 198.

¹⁸⁰ KINDHÄUSER, § 15 kn. 13; EISELE, (2015), kn. 439; EIDAM, (2013), § 239 kn. 10; RENGIER, § 22 kn. 7; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; WIECK/NOODT, kn. 36; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 5; ÖNDER, s. 35; GÜLŞEN, s. 101; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1194; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 431; KESKİN KİZİROĞLU, s. 86. “*Sanığın baldızı olan mağdureye ‘anneme gidelim çocuğu annem görsün daha sonra çocuğu siz alırsınız’ deyip hileli yollarla alıkoymuş olması karşısında TCK’nın 109/2 maddesinin uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.*” Y. 14. CD., 24.09.2012, 5635/8803 - Artuk/Gökçen/Alşahin/ Çakır, 426, dipnot 20.

¹⁸¹ RENGIER, § 22 kn. 8; EISELE, (2015), kn. 439; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; PARK/SCHWARZ, s. 297; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; KESKİN KİZİROĞLU, s. 87.

¹⁸² PARK/SCHWARZ, s. 296.

¹⁸³ ÖNDER, s. 35; GÜLŞEN, s. 49, 102; TOROSLU, s. 90.

¹⁸⁴ RENGIER, § 22 kn. 8.

¹⁸⁵ GÜLŞEN, s. 104; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 517; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden

Silahın tanımı, Türk Ceza Kanunu'nun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre silah deyiminden, ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılacaktır.

Suçun silahla işlenmesi, silahın mutlaka suçun işlenmesi esnasında kullanılması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle kişinin belinde bulunan silah, bu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli olmayacaktır¹⁸⁶. Bu çerçevede doktrinde bu nitelikli halin uygulanması için silahın salt görünür şekilde olmasını yeterli gören görüşler bulunmaktaysa da¹⁸⁷ bizim de katıldığımız görüşe göre her ne kadar silahın mutlaka elde olması gerekmeseydi¹⁸⁸ failin bu suçu işlerken mutlaka silahtan faydalanması gerekir¹⁸⁹. Yani failin, silahı bu suçun işlenmesinde kullanması, kullanmaya yönelik kastının bulunması gerekir ve bu kast aynı zamanda ispatlanmalıdır. Bu çerçevede failden habersiz şekilde mağdur, failin cebindeki silahı görüp failin istediği şekilde hareket edip özgürlüğünün sınırlandırılmasına rıza gösterse bile failin silahı kullanmaya yönelik kastı açıkça tespit edilmediğinden bu nitelikli halin uygulanmasından söz edilemeyecektir¹⁹⁰. Dolayısıyla silahın salt görünür olması bu nitelikli hal için yeterli olmayacaktır. Belindeki silahı mağdura göstererek mağduru iradesine aykırı şekilde belirli bir yere gitmeye ya da bir yerde kalmaya zorlayan fail hakkında bu nitelikli hal uygulanabilecektir¹⁹¹. Ayrıca bu silahın boş, bozuk veya oyuncak olmasının

Yoksun Kılma Suçu, s. 1194; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455; YENERER ÇAKMUT, s. 594; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3746; KAFES, s. 201.

¹⁸⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 517.

¹⁸⁷ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 431; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 428.

¹⁸⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3746.

¹⁸⁹ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1195; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 456; KESKİN KIZIROĞLU, s. 88.

¹⁹⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3746.

¹⁹¹ “Suç tarihinde katılanın, sanığın kullandığı araca silah gösterilmek suretiyle bindirilmesi ekinde gerçekleşen eylemin tehditle işlenmesi nedeniyle TCK.nın 109/2 maddesi yerine aynı Kanunun 109/1. Maddesinden uygulama yapılması...” Y. 14. CD., 13.05.2013, 2011/15473-2013/5795 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3746, dipnot 1804.

bir önemi yoktur¹⁹², yeter ki suçun işlenmesinde kullanılan silah, mağdur üzerinde bir etki oluşturmuş olsun.

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi ve fakat silahın bu kişilerden yalnızca birisi tarafından kullanılması halinde bu nitelikli halin silahın kullanılacağını bilen ya da ilk defa kullanıldığı anda haberdar olup da buna engel olmayan bütün suç ortakları bakımından da uygulanması gündeme gelebilecektir¹⁹³.

3. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi (TCK md. 109/3-b)

Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendine göre suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi de cezayı artıran bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu noktada yanıtlanması gereken husus, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Zira failin yanında bulunan kişilerin yalnızca azmettiren ya da yardım eden olmaları halinde de bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu cevaplandırılmalıdır.

Esasında bu sorunun yanıtı açıkça madde gerekçesindeki “*Suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Yani suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı hâlinde, bu nitelikli unsur oluşur. Ancak, suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde, bu fıkraya göre ceza artırılamaz.*” şeklindeki ifadelerle verilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun iştirak üst başlığında yer alan “faillik” düzenlemesinde de suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirenlerden her birinin fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilerek esasen müşterek faillığe işaret edilmiştir. Yani bir fiilin birlikte işlenmiş sayılabilmesi için müşterek faillik bulunmalıdır. Bunun için azmettirme ya da yardım etme şeklinde failin işlediği fiile katkı sağlamış olmak yeterli olmayacaktır¹⁹⁴. Şu hâlde bir fail ve iki şerikle birlikte suçun işlenmesi

¹⁹² GÜLŞEN, s. 104; KAFES, s. 204.

¹⁹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518; KAFES, s. 205.

¹⁹⁴ GÜLŞEN, s. 106; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1195; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 456; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 431; KESKİN KİZİROĞLU, s. 88; SOYASLAN, s. 267; YENERER ÇAKMUT, s. 595; KAFES, s. 208. “TCK'nın 109/3-b bendinde belirtilen “suçun birlikte işlenmesi” halinin ancak sanıkların eylemlerinden dolayı aynı kanunun 37/1. Maddesine göre “müşterek fail” olarak sorumlu tutulmaları

durumunda bu nitelikli uygulanamayacaktır. Keza iki failin birlikte işlediği suç bakımından bu nitelikli hal uygulanacak, faillerin birlikte işledikleri bu suça katkı sağlayan azmettiren ya da yardım eden bakımından ise bu nitelikli hal bağlılık kuralı gereğince (TCK md. 40) ancak kastlarının bulunması halinde uygulanabilecektir¹⁹⁵. Bir kamu görevlisinin, kamu görevi nedeniyle değil de kişisel husumet veya borcunu ifa etmemesi dolayısıyla bir odaya kapatılması durumunda bu suçun nitelikli halinden değil, temel şeklinden söz edilecektir¹⁹⁶.

4. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi (TCK md. 109/3-c)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi durumunda da (TCK md. 109/3-c) cezayı artıran nitelikli hal gündeme gelecektir. Bu nitelikli hal düzenlemesiyle birlikte görevini yerine getiren kamu görevlisinin korunması gerektiği, böylelikle devlet idare ve mekanizmasının tehlikeye düşmesinin önüne geçilmesi düşüncesi ön plana çıkmaktadır¹⁹⁷. Burada halen görevine devam etsin ya da etmesin bir kamu görevlisinin kamu görevini yerine getirmesi nedeniyle özgürlüğünden alıkonulması söz konusudur. Yani bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yerine getirdiği kamu görevi dolayısıyla gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle mağdurun yalnızca kamu görevlisi sıfatını haiz olması yeterli değildir¹⁹⁸.

Burada önem arz eden husus, failin saikidir. Nitekim bu husus, madde gerekçesinde, “*Suçun bu seçimlik nitelikli unsuru için, failin saiki önem taşımaktadır. Suçun işlendiği sırada kişi kamu görevlisi sıfatını taşımayabilir; örneğin emekliye ayrılmış olabilir.*” şeklindeki ifadelerle ortaya konmuştur.

durumunda söz konusu olacağı dikkate alınmadan yardım eden konumundaki sanığa tayin olunan cezanın 109/3-b maddesi uyarınca artırılması...” Y. 5. CD., 25.04.2011, 2011/1665-2011-3401 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3747, dipnot 1806.

¹⁹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518. Nitekim bu çerçevede eylemlerin sanık tarafından azmettirilen birden fazla kişi tarafından işlendiği anlaşıldığı halde sanığın cezasının bu nitelikli halden bahisle artırılmamış olması Yargıtay tarafından esasen bir bozma gerekçesi olarak görülmüşse de karşı temyiz bulunmadığından karar bozulmamıştır. Y. 14. CD., 26.04.2012, 15213/4810 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3747, dipnot 1806.

¹⁹⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 432.

¹⁹⁷ GÜLŞEN, s. 115; KAFES, s. 212.

¹⁹⁸ GÜLŞEN, s. 116; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1196; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 457; YENERER ÇAKMUT, s. 595.

Bu çerçevede düzenleme kapsamında esasen fiilin işlendiği esnada mağdurun kamu görevlisi olması da şart değildir. Görevi sona ermiş olsa bile mağdurun görev başındayken yaptığı kamu görevi sebebiyle özgürlüğünün kısıtlanması, bu nitelikli halin uygulanmasını gerekli kılacaktır¹⁹⁹, yeter ki failin fiili işlemesi bakımından bu saiki ispatlanabilsin. Hatta o kadar ki bu nitelikli halin uygulanması için fiilin kamu görevlisinin kendisine karşı da işlenmiş olması şart değildir. Zira madde gerekçesinde açıkça suçun, kamu görevlisinin yakınına karşı da işlenebileceği ifade edilmiş ve hatta bu husus, bir hâkimin verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması örneğiyle de pekiştirilmiştir.

5. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK md. 109/3-d)

Suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (TCK md. 109/3-d) halinde de suç için verilecek cezada bir artırma gidilecektir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin hem kamu görevlisi olması hem de suçu kamu görevinin sağladığı nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle işlemiş olması gerekir. Madde gerekçesindeki, “*Bu nitelikli hâllerden bir kısmı, suçun işleniş tarzına ilişkindir. Söz konusu suçun işlenmesi bakımından, silâhli olunması veya kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması, bir kolaylık sağlamaktadır.*” yönündeki ifadelerden de anlaşılacağı üzere bu nitelikli hale, kişinin kamu görevini yerine getirirken bu görevin muhatabını hürriyetinden yoksun kılma noktasında önemli kolaylıklar sağlayabilecek durumda olması nedeniyle yer verilmiştir.

Elbette bu nitelikli halin uygulanabilmesi için kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan kimsenin gerçekten kamu görevlisi olması gerekmektedir. Şayet fail, kamu görevlisi olmamasına rağmen kendisini kamu görevlisi gibi tanıtır kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmışsa bu durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hile yoluyla işlenmesinden (TCK md. 109/2) söz edilecek²⁰⁰, ayrıca kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu (TCK md. 262) işlenmiş olacaktır.

¹⁹⁹ GÜLŞEN, s. 117; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 457; KESKİN KİZİROĞLU, s. 89; YENERER ÇAKMUT, s. 596; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3748. Nitekim Yargıtay, belediyenin taraf olduğu davalarda belediye aleyhine tavır aldığı saplantısına kapılarak bir hâkimi bodruma kapatan sanıkların bu davranışlarını kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bağlamında bu nitelikli hal kapsamında telakki etmiştir. Bakınız Y. 8. CD., 28.03.1996, 1853/4516 - GÜLŞEN, s. 116.

²⁰⁰ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1197; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3748; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519.

Suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmiş sayılabilmesi için failin gerçek anlamda kamu görevlisi olması tek başına yeterli olmayıp kamu görevlisi olan kişi, mutlaka suçun işlenmesi bakımından görevinden kaynaklı nüfuzunu kullanmış olmalı, mağdur üzerinde görevi nedeniyle bir hakimiyet elde etmiş, otoritesini kötüye kullanmış olmalıdır²⁰¹. Kanuni şartları yerine gelmemesine rağmen bir kolluk görevlisi tarafından bir vatandaşın karakola götürülmesi buna örnek gösterilebilir²⁰². Kolluk görevlisi, şartları gerçekleşmiş olmamasına rağmen bu yönde bir talimat alarak da bu görevi gerçekleştirebilir. Bu durumda amirin konusu suç teşkil eden hukuka aykırı emrinden söz edilecek ve talimatı veren üst konumundaki kişiyle koşulların gerçekleşmediğini biliyorsa kolluk görevlisi birlikte suçun bu nitelikli halinden sorumlu tutulurlar²⁰³.

6. Suçun Üstsoy, Altsoy veya Eşe Karşı İşlenmesi (TCK md. 109/3-e)

Suçun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi halinde de cezayı artıran nitelikli halden söz edilecektir. Bu şekilde bir nitelikli hale yer verilmiş olmasının altında yatan en önemli nedenlerden biri, öldürme suçunda da benzer bir nitelikli hale yerilmesinden hareketle suçun yakın akrabalık ilişkisinden yararlanmak suretiyle bu kişilere karşı işlenmesindeki kolaylık olarak gösterilebilir²⁰⁴. Elbette bu yorumun doğal bir sonucu olarak bu nitelikli halin uygulanabilmesi, failin mağdurla aralarındaki üstsoy, altsoy veya eş olmaktan kaynaklı ilişkiyi bilmesine, yani kastının bulunmasına bağlıdır²⁰⁵. Aksi takdirde suçun yalnızca temel şeklinin olduğundan söz edilebilecektir.

Üstsoy ve altsoydan, faile kan bağı ile bağlı olacak şekilde akrabalık ilişkisi bulunan kişiler anlaşılmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 17'nci

²⁰¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519; ÜZÜLMEZ, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1197; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 458; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 432; YENERER ÇAKMUT, s. 596.

²⁰² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519; KAFES, s. 215.

²⁰³ “Görevli C. Savcısı olan sanığın, otomobil ile giderken yol verip vermeme konusunda tartıştığı yakınlar Recep ve Ömer'in memuriyet nüfuz ve yetkisini kullanarak görevli polis memurlarına talimat verip karakola aldırması ve burada kötü muamelede bulunması biçimindeki eyleminin, 765 sayılı Yasanın özel hüküm niteliğindeki 181/1-2 ve 5237 sayılı TCY'nin 109/1-3 madde ve fıkralarına uyan suçu oluşturduğu gözetilerek 5237 sayılı Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı TCY'lerinin anılan hükümlerinin karşılaştırılıp sanık yararına olan yasa hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi...” Y. 4. CD., 08.10.2007, 4074/8017. Karar için bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 458, dipnot 312.

²⁰⁴ GÜLŞEN, s. 113; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 158.

²⁰⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 158; KESKİN KIZIROĞLU, s. 90.

maddesine göre biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır. Bu bakımdan anne, baba ve çocukların yanı sıra büyükanne, büyükbaba ve torunlar da bu kapsamda görülebilir. Çocukların ya da torunların on sekiz yaşın altında olmaları şart değildir. Diğer bir ifadeyle on sekiz yaşından büyük olan çocuklar ve torunlar bakımından da bu nitelikli hal uygulanabilecektir²⁰⁶. Bununla birlikte hala, teyze, dayı ve amca gibi ikinci derece akrabalar buna dahil olmadığı gibi eşten kaynaklı olarak sıhri hısımlar da bu çerçevede görülmemektedir. Yine kan bağı ile bağlılık arandığından üvey baba, üvey anne ve üvey çocuk açısından da bu nitelikli hal uygulanamayacaktır²⁰⁷. Ayrıca bu nitelikli hal için doğan çocuğun mutlaka evlilik içi olması şart değildir²⁰⁸.

Eş, Türk Medeni Kanunu'na göre evlenme ile kurulan bir ilişkidir. Buna göre Türk Medeni Kanunu kapsamında kurulan bir evlilik ilişkisi olmaksızın söz konusu olan birliktelikler durumunda bu nitelikli halin uygulanması mümkün olmayacaktır. Yani evlenmeden aynı evde yaşayanlar yahut dini nikahla birlikte olanlar hakkında bu nitelikli hal uygulanmayacaktır²⁰⁹. Bununla birlikte evliliğin fiilin işlendiği esnada devam ediyor olması gerekir. Eşler arasında fiilin işlenmesinden evvel ayrılık kararı verilmiş olsa bile fiilin işlendiği esnada henüz boşanma kararı verilmiş değilse bu durumda bu nitelikli hal uygulanma alanı bulacaktır. Dolayısıyla bu nitelikli hal nedeniyle cezalandırma için fiilin işlendiği esnada evlilik bağının bulunması yeterli olup ayrıca birlikte yaşıyor olmaları şart değildir²¹⁰.

7. Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi (TCK md. 109/3-f)

Bu nitelikli hal kapsamında iki durum, cezayı artıran bir hal olarak düzenlenmiştir. Bunlardan ilki mağdurun çocuk olmasıyken diğeri mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan bir

²⁰⁶ GÜLŞEN, s. 114; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1196; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 457; KESKİN KIZIROĞLU, s. 90.

²⁰⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 159, 160.

²⁰⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 433; KAFES, s. 217.

²⁰⁹ GÜLŞEN, s. 115; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 433; KESKİN KIZIROĞLU, s. 90; SOYASLAN, s. 269; YENERER ÇAKMUT, s. 597; YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3749; KAFES, s. 217.

²¹⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 160.

kişi olmasıdır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bunlar, mağdurun şahsı itibarıyla seçimlik nitelikli unsurlar olarak kabul edilmiştir. Bunlardan birinin mağdurun şahsında bulunması halinde suçun cezasında bir artırıma gidilecektir.

Çocuk, Türk Ceza Kanunu'nun 6'ncı maddesinde açıkça tanımlanmıştır. Buna göre çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak anlaşılmalıdır (madde 6/1-b). Bu nitelikli halin uygulanması için mağdurun fiilin işlendiği esnada on sekiz yaşın altında bulunması yeterlidir. Bu çerçevede çocuğun beş yaşında olması ile on yedi yaşında olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu şekilde bir nitelikli hale yer verilmesinin nedenlerinin çocuğun işlenen fiilden daha çok etkilenebilecek ve bu türden bir fiile karşı daha savunmasız durumda olması dikkate alındığında hiçbir ayırım yapılmaksızın bütün çocukların bu kapsama dahil edilmesi, beş yaşındaki çocukla on yedi yaşındaki çocuğun aynı kabul edilmesi doktrinde eleştirilmiş ve suçun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesinin nitelikli olarak düzenlenmesinin yeterli olabileceği, dolayısıyla çocuğa karşı işlenmesi şeklinde bir nitelikli hal düzenlemesine ayrıca yer verilmesine gerek bulunmadığı ifade edilmiştir²¹¹. Kanaatimize göre belirli yaşın altındaki çocukların da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişi olarak kabulü mümkün olduğundan ve yine on beş yaş ve üzeri çocuklar açısından bu suçun nitelikli hal olarak düzenlenmesinin makul bir gerekçesi bulunmadığından bu düzenlemede yer alan "çocuğa" ifadesinin çıkartılması daha uygun olacaktır.

Mağdurun çocuk olup olmadığına bakılmaksızın beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olması halinde de suçun cezasında artırıma gidilecektir. İster beden isterse ruhsal sebeplerle kendini savunamayacak durumda olan kişinin bu durumundan yararlanılarak hürriyetinden yoksun kılınması durumunda bu nitelikli uygulanacaktır. Bu durum, ağır hastalık hali, akıl zayıflığı, ruh hastalığı gibi nedenlerden kaynaklanabileceği gibi yaşından dolayı da ortaya çıkabilir²¹². Bununla birlikte mağdurun kendi sebep olduğu durum dolayısıyla kendini savunamayacak hale gelmesi, bu nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla mağdurun bizzat kendi isteğiyle alkol alıp sarhoş olarak kendini savunamayacak duruma gelmesi halinde de bu nitelikli hal uygulanabilecektir²¹³.

²¹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519; KESKİN KİZİROĞLU, s. 91.

²¹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3751.

²¹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3751.

8. Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi (TCK md. 109/5)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi, cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal kapsamında mağduru hürriyetinden yoksun kılan failde suçu işlerken cinsel amacın bulunduğuna yönelik bir tespit yapılacak olursa failin cezasında bu nitelikli hal çerçevesinde bir artırım yapılacaktır. Yine bu nitelikli hal için failin bu amaca ulaşmış olması şart değildir²¹⁴.

Bu nitelikli halin uygulanması açısından mahkeme kararlarında önemli bir soruna işaret etmekte yarar görüyoruz. Bu sorun, esasen gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin rıza yeteneği konusunda bir değerlendirme yapılırken cinsel suçların ölçüt alınması noktasında ortaya çıkmaktadır²¹⁵. Zira kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil de tipikliğe engel bir neden olarak görülmesi, rıza yeteneği başta olmak üzere birçok konuda farklı sonuçları beraberinde getirebilir. Bu çerçevede hukuka uygunluk nedeni olan rızada kişinin ayırt etme gücünün varlığı aranırken tipikliğe engel olan rızada doğal irade yeteneği yeterli olduğundan çok küçük yaştaki çocukların dahi bir yerde bulunma ya da bir yere gitme konusunda gösterdikleri rıza açıklaması geçerli kabul edilecektir²¹⁶.

İşte bu fark, Türk hukukunda gözden kaçırılmakta ve bu minvalde hatalı mahkeme kararları verilmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında çocukların cinsel istismarı suçu üzerinden bir yorum yapılarak, hem de kıyasa varacak şekilde geniş yorum yapılarak²¹⁷ on beş yaşından küçük çocukların başkasının yanında kalma konusunda rızaları geçersiz sayılmış, böylelikle bu çocukları rızaları olsa bile yanında bulunduran kişilerin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiş olacakları ifade edilmiştir. Halbuki Yargıtay kararlarındaki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamındaki rızanın çocukların cinsel istismar suçu üzerinden belirlenmesi şeklindeki değerlendirmeler²¹⁸

²¹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 521; KESKİN KIZIROĞLU, s. 92.

²¹⁵ Bu konuda açıklama için bakınız DEMİREL, s. 289-313.

²¹⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 451, 453.

²¹⁷ Yargıtay'ın bu şekildeki uygulamasına yönelik eleştiriler için bakınız ÖZGENÇ, s. 372, dipnot 536; EKİCİ ŞAHİN, s. 136. Benzer durum, TCK md. 243/1 hükmünde yer alan çocuklar açısından "on altı yaş" sınırının bu suç tipi bakımından uygulanması noktasında da geçerlidir. Yargıtay'ın ilgili kararları ve bu kararlarla ilgili açıklamalar için bakınız ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425.

²¹⁸ Bakınız YCGK, E. 2007/5-253, K. 2008/52 T. 11.03.2008.

yerinde değildir²¹⁹. Esasen Yargıtay, bu şekildeki değerlendirme ve tespitlerini çocuğun evlenme amacıyla bulundurulduğunun anlaşıldığı hallerde cinsel amacın varlığından bahisle yapmakta ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki suçun bu nitelikli halini uygulama yoluna gitmektedir. Yani çocuğun, bir yerde bulunurken hangi amaçla orada bulunduğunu dikkate alarak rızanın geçerli olup olmadığını değerlendirmektedir²²⁰.

Halbuki bir suç bakımından amaç, ancak suç tanımında belirli bir amaç veya saikin arandığı hallerde gerekli görülebilir. Bunun dışında suçun oluşması için bu amacın varlığı gerekli görülmecektir. Şu hâlde suçun temel şeklinde olmayan ve fakat nitelikli halinde yer verilen bir amaç, suçun temel şeklinin oluşması için gerekli görülemez. Zira bu durumlarda amaç, suçun temel şekli için gerçekleşmesi gereken bir unsur olmayıp suçun nitelikli hali için gerekli kılınan bir unsurdur. Dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli karşısında (TCK md. 109/1) cinsel amacın bulunması halinde cezanın artırılmasını öngören nitelikli hal (TCK md. 109/5) kapsamındaki cinsel amaç, suçun temel şeklinin oluştuğu tespiti yapıldıktan sonra sadece nitelikli hal bakımından gerekli görülebilir. Bu anlamda suçun temel şeklinin oluşup oluşmadığı yönündeki tespit, suçun nitelikli halinde yer alan amacın varlığına göre belirlenemez. Suçun nitelikli halinde yer alan amaç var olsa bile suçun temel şekli gerçekleşmediği sürece nitelikli halin işlendiğinden bahisle failin cezalandırılması yoluna gidilemez²²¹.

E. Kusurluluk ve Cezalandırılabilirliğin Diğer Şartları

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, bir tehlikeden korunmak amacıyla işlenmiş olabilir ki bu durumda pekâlâ zorunluluk hali gündeme

²¹⁹ Aynı yönde görüş için bakınız ÖZGENÇ, s. s. 372, dipnot 536; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1201, 1202; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 452, 453; KESKİN KİZİROĞLU, s. 83, 84; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3737.

²²⁰ Benzer görüş, ÖZGENÇ ve YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ tarafından da ileri sürülmektedir. Yazarlara göre amacın meşru olması durumunda 13 yaşında bir çocuk da rıza gösterebilir. Yani değerlendirmenin temel ölçütü, tamamen amaçtır. Bakınız Özgenç, s. 372, dipnot 536; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3737.

²²¹ YILDIZ'a göre de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda failde buna ilişkin bir amaç ya da saikin aranmasına kanunda yer verilmediğinden uygulamada böyle bir unsurun aranması mümkün değildir (YILDIZ, s. 240). Buna karşılık ÖZGENÇ, cinsel amacın bulunması durumunda kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından çocuğun rızasının hiçbir şekilde muteber kabul edilmemesine, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki suçun nitelikli halini de (TCK md. 109/5) gerekçe olarak sunmuştur (ÖZGENÇ, s. 374, dipnot 536).

gelebilir. Dolayısıyla kusuru kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali açısından bir değerlendirme yapılabilir²²².

Bu suç açısından Türk Ceza Kanunu'nun 110'uncu maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmü değerlendirilmelidir²²³. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hemen devamında yer alan bu hüküm, “*Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.*” şeklindedir. Burada etkin pişmanlık, cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak düzenlenmiş olup haksızlık ve kusurluluk dışında cezalandırılabilirliğin bir şartı olarak gündeme gelebilir²²⁴. Bu düzenleme gereğince failin etkin pişmanlıktan yararlanıp cezasında indirim yapılabilmesinin koşulları şu şekilde ortaya konulabilir:

i. Bu hüküm gereğince failin, mağduru kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakmış olması gerekir. Burada fail üzerinde herhangi bir dışsal anlamda zorlama bulunmamalıdır. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus, “*Bunun, kendiliğinden olması, yani herhangi bir zorlama olmadan gerçekleşmesi gerekir.*” şeklindeki ifadelerle açıkça belirtilmiştir. Ancak tabii ki gönüllü vazgeçmede olduğu gibi tam anlamıyla gönüllülüğün varlığı da aranmaz²²⁵. Buna rağmen yakalanma endişesiyle mağduru serbest bırakan failin bu koşulu gerçekleştirdiği kabul edilmemektedir²²⁶.

ii. Etkin pişmanlıktan söz edilebilmesi için mutlaka suçun tamamlanmış olması gerekir²²⁷. Nitekim düzenlemede yer alan, “*...tanımlanan suçu*

²²² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 524.

²²³ Bu suç kapsamında etkin pişmanlık düzenlemesi hakkında detaylı bilgi için bakınız İÇER, s. 773-792.

²²⁴ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1203; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 460; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 435.

²²⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 527.

²²⁶ “5237 s. TCK'nın 110. Maddesi uyarınca, cezada indirim uygulanabilmesi için mağdurun, zorlama olmaksızın, kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakılması gerekir. Zorla kaçırıp alıkoyma suçundan yargılanan sanıklar tarafından tutulduğu evde gizlice ailesi ile telefonla görüşüp yerini bildiren mağdurenin kolluk kuvvetleri tarafından bulunması nedeniyle 5237 s. TCK'nın 110. Maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığı sonucuna varılır.” Y. 5. CD., 13.11.2006, 2006/10552-2006/8856- ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 435, 436, dipnot 169. Doktrinde soruşturma makamlarının baskısı nedeniyle kişinin mağduru serbest bırakmış olması halinde de etkin pişmanlığın kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Bakınız İÇER, s. 777.

²²⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 527; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 460.

işleyen...” şeklindeki ifade bunu açıkça göstermektedir. Madde gerekçesinde de etkin pişmanlık için suç tamamlandıktan sonra mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılması gerektiği belirtilmiştir. Bu suçun tamamlanması, icra hareketlerinin sona ermesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bir kimsenin bir yere kapatıldığı anda icra hareketleri sona ereceğinden suç da tamamlanacaktır. Bu andan sonra kişinin serbest bırakılması, etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilecektir²²⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus, failin kendiliğinden, kendi isteğiyle mağduru serbest bırakmasının icra hareketleri tamamlanmadan önce mi yoksa tamamlandıktan sonra mı gerçekleştiğidir. Şayet bu serbest bırakma, henüz icra hareketleri tamamlanmadan önce gerçekleşmiş ise bu defa etkin pişmanlıktan değil, diğer şartları da varsa gönüllü vazgeçmeden söz edilebilecektir²²⁹.

iii. Etkin pişmanlıktan yararlanabilmenin bir diğer koşulu, mağdurun soruşturma başlamadan serbest bırakılmış olmasıdır. Soruşturma makamlarının işe el koymasından sonra serbest bırakma hâlinde etkin pişmanlık hükmünden yararlanılamayacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu madde 2/1-e hükmüne göre soruşturma yetkili merciler tarafından suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren başlayacağından kolluk makamlarının işlenmekte olan suçtan haberdar edildikleri andan itibaren failin mağduru serbest bırakmış olması etkin pişmanlık açısından bir anlam ifade etmemektedir²³⁰. Buna rağmen uygulamada soruşturmanın başladığı an olarak Cumhuriyet savcısının suç şüphesini öğrenmesinin esas alındığı ve suç şüphesi henüz Cumhuriyet savcısına intikal ettirilmeden önceki aşamada bu madde kapsamında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğinin kabul edilmediği hususuna dikkat çekilmiştir. Bu bakımdan yerel mahkemelerin bu hatalı uygulamalarının Yargıtay kararlarıyla düzeltilmesi yoluna gidilmiştir²³¹.

²²⁸ Doktrinde “*etkin pişmanlık için suç tamamlandıktan sonra mağdurun güvenli bir yere serbest bırakılması*” şeklindeki ifadenin yanlış olduğu, kesintisiz suç olan bu suçun failin iradesi dışında kesintiye uğradığında tamamlanmış olduğu belirtilmiştir (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 193). Halbuki bu suç bakımından mağdurun özgürlüğünden yoksun kaldığı anda tamamlanma gerçekleşmekte, mağdurun özgürlüğüne kavuştuğu anda da suç sona ermiş olmaktadır. Dolayısıyla bu eleştirinin yerinde olduğundan söz edilemez.

²²⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 460; KESKİN KİZİROĞLU, s. 93; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 439; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 435; İÇER, s. 776.

²³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 529; KESKİN KİZİROĞLU, s. 95; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 439; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 435; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1204; İÇER, s. 779.

²³¹ “*Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 17.10.2006 gün ve 165-213 sayılı Kararında da vurgulandığı üzere, soruşturma evresinin, suç şüphesinin Cumhuriyet*

iv. Mağdurun şahsına herhangi bir zarar verilmemiş olması gerekir. Bu çerçevede açıkça mağdurun şahsından söz edildiğinden mağdurun hayatı, vücut bütünlüğü, cinsel dokunulmazlığı ve malvarlığı haklarına yönelik olarak gerçekleştirilen kasıtlı ya da taksirli saldırılar sonucunda mağdurun zarar görmesi halinde failin etkin pişmanlıktan yararlanmasından bahsedilemeyecektir²³². Doktrinde bir görüş tarafından ve Yargıtay kararlarında Kanuni düzenlemede “mağdura” değil de “mağdurun şahsına” ifadesine yer verildiğinden mağdurun bedenine dokunularak gerçekleştirilen ihlallerin bu kapsamda olduğuna dikkat çekilmiş²³³, böylelikle malvarlığına yönelik ihlaller bu çerçevede sayılmamıştır. Bu zararın sınırlarının ne olacağı konusunda farklı yönde kararlar veren²³⁴ Yargıtay, genel anlamda failin lehine olacak şekilde oldukça dar bir yorum yapmış ve zararın mutlaka belli bir ağırlığa ulaşmasını gerekli görmüştür. Nitekim Yargıtay, suçun işlenmesi esnasında cebir kullanılmış olmasına rağmen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın gerçekleşmemiş olması kaydıyla etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir²³⁵.

v. Son olarak serbest bırakılan mağdurun bırakıldığı yerin güvenli bir yer olması gerekir. Bu husus, hem madde metninde hem de gerekçede açıkça belirtilmiştir. Buna göre serbest bırakılan mağdurun fiziksel ve manevi anlamda zarar görmeyeceği, yeni tehlikelere maruz kalmayacağı bir yere

savcısı tarafından öğrenilmesiyle başlayacağını ve dosya içeriğine göre suçun Cumhuriyet savcısına intikal ettirilmesinden önce mağdurenin şahsına zarar verilmeksizin sanıklar tarafından polis merkezine getirildiğinin anlaşılması karşısında, TCK'nın 110. maddesinin uygulama koşullarının oluştuğu gözetilmeden yazılı şekilde aynı Kanununun 109/2, 109/3-b, 109/5. maddeleri gereğince hükümler kurulması suretiyle sanıklar haklarında fazla ceza tayini...” Y. 14. CD., 10.01.2017, 2014/6739, 2017/70 – İÇER, s. 777, dipnot 13.

²³² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 528; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 439. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 12.12.2006 tarihli 2006/11067-2006/10223 sayılı kararıyla sanığın mağdurlara karşı basit cinsel istismar suçunu işlediğinin kabulüyle buna göre uygulama yapıldığı gözetilmeden sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan tayin edilen cezadan TCK'nın 110. Maddesiyle indirim yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Karar için bakınız ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 435.

²³³ KESKİN KIZIROĞLU, s. 94; İÇER, s. 783, 784. KOCA/ÜZÜLMEZ, yalnızca mağdurun vücut dokunulmazlığının her türlü ihlalinden söz etmiştir. Diğer bir ifadeyle yazarların örneğin malvarlığına ilişkin zararları bu kapsamda görüp görmedikleri konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bakınız ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1204; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461. Bu konuda Yargıtay kararı için bakınız İÇER, s. 784.

²³⁴ Bu konudaki detaylı değerlendirmeler için bakınız İÇER, s. 785, 786.

²³⁵ YCGK, 08.12.2015, 14-645/498 (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 528).

bırakılmış olması şarttır²³⁶. Aksi takdirde mağdur serbest bırakılmış olsa bile fail hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanmayacak ve fail bu suç nedeniyle cezalandırılacaktır. Bunun her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir²³⁷.

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun neticesinin kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması, hareket özgürlüğünün ortadan kaldırılması olduğu daha evvel belirtilmişti. Teşebbüs, icra hareketlerinin yarıda kalması ya da icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi halinde söz konusu olur²³⁸. Daha önce de işaret edildiği üzere bu suç, hürriyetten yoksun kalmanın tamamen gerçekleştiği an, söz gelimi kapının mağdurun üzerine kilitlendiği esnada tamamlanmaktadır. Bu açıdan mağdurun üzerine kapı kilitlenmeden mağdur odadan kaçarsa ya da çeşitli nedenlerle fail kapıyı kapatıp kilitlemez ve olay yerini terk ederse suç tamamlanmış olmaz²³⁹. Dolayısıyla bu yoksun bırakma henüz gerçekleşmeden bunu sağlamak üzere gerçekleştirilen davranışların sürdürülmemesi, terk edilmesi halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs söz konusu olabilir. Bununla birlikte uyuduğu esnada bir odaya kilitlenen kişi henüz uyanmadan kapısının açılması halinde de teşebbüsten bahsedileceği ifade edilmektedir²⁴⁰.

²³⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 529; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1204; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461; İÇER, s. 781.

²³⁷ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1204; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461.

²³⁸ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1205; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 440; SOYASLAN, s. 264. Alman düzenlemesinde 6. Ceza reformuyla yapılan değişiklikle birlikte Alman hukukunda da bu suça teşebbüs cezalandırılabilir hale gelmiştir (WIECK/NOODT, kn. 54; SCHLUCKEBIER, (2010), Vor § 239; KARGL, s. 73).

²³⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461; YENERER ÇAKMUT, s. 599; KAFES, s. 265. “*Oluş, müdahil ve tanık S.O.’nun aşamalarda değişmeyen istikrarlı beyanları ve tüm dosya içeriğinden, sanıkların, sanık C.K.’nin akrabası F. İle bir müddet arkadaşlık ettikten sonra ayrılması nedeniyle aralarında husumet bulunan müdahili tanık S.’nin yanından zorla araca bindirerek önce Göksu Irmağı kenarına götürmelerinin ardından sanık C’e ait imalathaneye götürmek isterlerken müdahilin kaçması şeklinde gerçekleşen eylemlerinde üzerlerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları oluştuğu halde mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi...*” Y. 8. CD., 10.11.2009, 10259/13988 – PARLAR/HATİOPĞLU, s. 1820.

²⁴⁰ GÜLŞEN, s. 129, 130; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1205. Buna rağmen YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, böyle bir durumda ortada herhangi bir suçun bu-

Bu bakımdan odaya kilitlenmek veya arabaya bindirilmek üzere zorla götürülen mağdurun, failin elinden kaçması ve uzaklaşması halinde henüz suç tamamlanmadığından bu suça teşebbüsten cezalandırma yoluna gidilir. Yine failin kapıyı kilitleyerek suçun icra hareketlerini tamamlamış olmasına rağmen mağdurun kilitlendiği odanın penceresinin açık olması nedeniyle pencereden kaçması halinde suçun neticesi gerçekleşmeyecek, yine suça teşebbüsten bahsedilebilecektir. Bununla birlikte icra hareketleri henüz tamamlanmadan olay, mağdurun kendisinin kaçması şeklinde değil de failin mağduru kendi isteğiyle o anda bırakması şeklinde tezahür edecek olursa bu defa gönüllü vazgeçmeden söz edilebilecek ve teşebbüsten cezalandırma yoluna gidilmeyecektir²⁴¹. Bu açıdan teşebbüsle gönüllü vazgeçme arasındaki ince çizgi iyi bir şekilde belirlenmelidir.

Bu çerçevede son olarak bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline teşebbüsün de mümkün olduğu ifade edilmelidir. Ancak ağır neticeye yönelik teşebbüsten bahsedilebilmesi için failin ağır neticeye yönelik olarak en azından olası kastının bulunması gerekir²⁴².

2. İştirak

Bu suç bakımından iştirakte herhangi bir özellik arz eden durum yoktur. Bu suçun işlenmesine her türlü şekilde iştirak mümkündür²⁴³. Birden fazla kişinin suçun işlenmesinde hâkim durumda olması halinde müşterek faillikten söz edilecektir²⁴⁴. Nitekim suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin suçun nitelikli hali olduğu, bundan suçun işlenişine müşterek fail olarak iştirak edilmesinin anlaşılması gerektiği, azmettiren ve yardım eden olarak iştirak durumunda bu nitelikli halin uygulanmasının mümkün olmadığı daha evvel belirtilmişti. Dolayısıyla suçun işlenişine azmettirme ve yardım etme şeklinde iştirak de mümkün olduğundan bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda karar verilebilmesi için suçun işlenişine katılan kişinin müşterek fail mi yoksa yardım eden mi olduğunun doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Ne yazık ki bilhassa Kanunun kabul edildiği ilk

lunmadığını belirtmişlerdir. Bakınız YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726.

²⁴¹ GÜLŞEN, s. 130; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 530; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3758.

²⁴² WIECK/NOODT, kn. 55.

²⁴³ ÖNDER, s. 28; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1205; YENERER ÇAKMUT, s. 600; ARTUK/GÖKCAN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 440; ÖZBEK/DOĞAN/BAÇAKSIZ/TEPE, s. 436; KESKİN KIZIROĞLU, s. 98.

²⁴⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 462.

dönemlerde yerel mahkeme kararlarında bu konuda hatalı kararlar verilmiş, bu kararlar Yargıtay tarafından bozulmuştur²⁴⁵.

Suç tanımındaki hareketlerin bizzat icra edilmesi şart olmayıp genel kurallara göre dolaylı faillik şeklinde de işlenmesi mümkündür²⁴⁶. Fail, yalan tanıklık suretiyle suçu olmayan bir kimsenin tutuklanmasına neden olursa bu durumda dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gündeme gelecektir²⁴⁷. Yine sahte raporla mağdurun akıl hastanesinde tutulmasına neden olunması halinde raporu bu işte kullanan ve sağlık mesleği mensuplarını hataya düşüren kişi de dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilecektir²⁴⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suç olduğundan bunun bir sonucu olarak suç tamamlandıktan sonra da sona erene kadar iştirak mümkündür. Yani mağdurun özgürlüğüne kavuştuğu ana kadar işlenmekte olan bu suça iştirak söz konusu olabilir²⁴⁹. Bununla birlikte suçun işlenmesi konusunda başkasında karar verdirme olarak nitelendirilen azmettirme, fail zaten suçu işlemeye başlamış olduğundan, yani suçu işlemeye karar vermiş olduğundan suç tamamlandıktan sonra erene kadarki zamanda bu suça azmettirme imkânı bulunmamaktadır. Şu hâlde mağdurun özgürlüğünü kaybettiği andan özgürlüğüne kavuştuğu ana kadar işlenmekte olan bu suça

²⁴⁵ “Hürriyetinden yoksun kılınan mağdureyi evine almaktan ibaret sanık Şevki'nin eyleminin 5237 sayılı Yasanın 39. maddesine uyan yardım etme niteliğinde olduğu gözetilmeden asıl fail gibi sorumlu tutulması suretiyle fazla ceza tayini...” Y. 5. CD., 28.05.2007, 3453/4063. Karar için bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 463, dipnot 325. “Mağdurenin zorla kaçırıldıktan sonra götürüldüğü ilk evde bulunan ve onun sanık T ile evlendirilmesi için gerekli işlemlerin yapılmasına iştirak eden sanık S'nin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yardım etmekte mahkumiyeti gerekirken yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi...” Y. 5. CD., 02.11.2009, 9765/12156 –PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1821.

²⁴⁶ RENGIER, § 22 kn. 7; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 37; KINDHÄUSER, § 15 kn. 15; EIDAM, (2013), § 239 kn. 20; FISCHER, § 239 kn. 11; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 10; WIECK-NOODT, § 239 kn. 9, 52; SONNEN, § 239 kn. 24; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 10; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 10; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 7; CİHAN, s. 56; ÖNDER, s. 28; GÜLŞEN, s. 140; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1206; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 462; KAFES, s. 277, 278.

²⁴⁷ BGH 10.6.1952 – 1 StR 837/51, BGHSt 3, 4 (WIECK/NOODT, kn. 53); BGHSt 42, 275, 278 (DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 10); SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 37; FISCHER, § 239 kn. 11; EISELE, (2015), kn. 431; EIDAM, (2013), § 239 kn. 20; KINDHÄUSER, § 15 kn. 15; SONNEN, § 239 kn. 24; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 7; EISELE, (2019), § 239 kn. 10; RENGIER, § 22 kn. 7; ÖNDER, s. 28; GÜLŞEN, s. 140; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 462, 463; KAFES, s. 277.

²⁴⁸ CİHAN, s. 56.

²⁴⁹ GÜLŞEN, s. 139.

iştirak azmettirme haricinde mümkündür²⁵⁰. Bununla birlikte elbette suçun temel şeklini işlemekte olan faile, fiilin icra hareketlerini gerçekleştirdiği esnada suçun nitelikli halini işlemesi yönünde karar verdiren kişi, bu suçun nitelikli halinden sorumlu tutulur²⁵¹.

Bu noktada kişilerin suça iştirak etmiş olmalarından bahsedilebilmesi için mutlaka suçun işlenişine katılma yönünde kastları da kesin bir şekilde tespit edilmiş olmalıdır²⁵².

3. İçtima

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması pekâlâ mümkün olabilir. Elbette bu noktada suçun kesintisiz bir suç olduğuna dikkat edilmelidir. Buna göre hürriyetinden yoksun kalan mağdurun, bir şekilde özgürlüğüne kavuşmasının ardından aynı fail tarafından yeniden özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde bu suç bir kez daha kesintisiz bir şekilde işlenmeye başlanmış olacak²⁵³, bununla birlikte bir suç işleme kararının icrası kapsamında olması kaydıyla zincirleme suç hükümleri gereğince tek suçtan ceza verilecek ve fakat cezada belli bir oranda artırım yapılması gerekecektir²⁵⁴. Tabi ki burada suçu işledikten sonra yeniden

²⁵⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 533; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1205, 1206; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 436.

²⁵¹ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1206.

²⁵² “Dosya kapsamından anlaşılan aile düzenindeki konumu ile sorumluluğu nazara alındığında evinde tam olarak söz sahibi ve otoritesi bulunduğu kabul edilemeyen, bu konuda eşine karşı çıkması söz konusu olmayan sanık N’un; Ö., Y ve S’un iştirak halinde kaçırıkları mağdureyi Y’un evine getirmeleri sırasında Y.’un eşi olarak evde bulunmaktan ibaret eyleminde, diğer sanıkların mağdureyi hürriyetinden yoksun kılmasına suç kastıyla bilinçli olarak katıldığına ilişkin dosyada yeterli kanıt bulunmadığı gözetilerek atılı suçtan beraatine karar verilmesi yerine yazılı gerekçelerle **mahkumiyet hükmü kurulması...**” Y. 5. CD., 14.09.2009, 7658/1034 – PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1823.

²⁵³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 189; KAFES, s. 292.

²⁵⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 531; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1207; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 464; YENERER ÇAKMUT, s. 599; ARTUK/GÖKCEN/AL-ŞAHİN/ÇAKIR, s. 441; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 437. “Mahkemenin oluşu uygun kabule göre; sanığın 2010 yılı Nisan ve Mayıs aylarında kendisine ait dokuzuncu kat-taki apartman dairesine rızasıyla gelen mağdurenin gitmek istemesi üzerine kapıyı kilitleyip anahtarı saklayarak rızası dışında orada kalmaya mecbur ettiği, 21.08.2010 tarihinde ise benzer şekilde kapıyı kilitlemekle evden ayrılmak isteyen mağdureye tokat attığı ve yaşanan itiş kâkiş sırasında mağdurenin de sanığın kolunu tırnağıyla çizdiği dosya kapsamından anlaşıldığından **bu eylemlerin zincirleme tek suç oluşturduğu gözetilerek hakkında TCK.nın 109/2. Maddesi gereğince belirlenen temel ceza üzerinden TCK.nın 43/1. Maddesinin uygulanması suretiyle ceza tayini gerekirken sanığın vaki eylemleri üç ayrı suç kabul edilip aynı kanununun 109/1.-2 maddesine göre iki kez ve 109/2. Maddesine göre bir kez mahku-**

işleyen failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlediğinin ispatı kolay değildir. Öyle ki failin daha ilk suçu işlerken bu suçu sonrasında yine işleyeceği konusunda bir karar vermiş olduğu ortaya konmalıdır.

Failin, aynı anda birden fazla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakması durumunda aynı neviden fikri içtima kuralı gereğince tek suçtan cezada belirli bir oranda artırım yapılarak (TCK md. 43/2) hüküm tesis edilebilir. Burada önemli olan failin suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlemesidir. Şayet kapısını kilitlediği evde birden fazla kişi varsa ve fail de bunu biliyorsa bu durumda suç tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenmiş sayılır²⁵⁵, aynı neviden fikri içtima kuralı gereğince tek bir suçtan dolayı ceza verilir ve fakat cezada belli bir oranda artırım yapılır. Buna rağmen Yargıtay, buna benzer bir olayda *hatalı bir şekilde* aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır²⁵⁶.

Tehdit veya cebir kullanılarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi durumunda tehdit (TCK md. 106) ve cebir (TCK md. 108) de kanunda bağımsız suçlar olarak düzenlendiğinden nasıl bir sonuca ulaşılması gerektiği değerlendirilmesi gereken bir sorundur. Alman doktrininde bazı görüşler tarafından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, tehdit suçunun özel bir şekli olarak görülmektedir²⁵⁷. Alman doktrininde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, her ne kadar başka bir suçun işlenmesinde bir unsur ya da araç olarak kullanılmış olsa da süresi ve yoğunluğu itibarıyla gerekli ölçütün üzerine çıkarsa fiil teklifinden söz edilmektedir²⁵⁸. Nitekim mağdurun hürriyetinden yoksun kaldığı süreçte mağdura karşı ek tehdit içerikli

miyet hükmü kurulması suretiyle fazla cezaya hükmolunması..." Y. 14. CD., 13.07.2012, 2012/9069-2012/8074 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3761, dipnot 1858.

²⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 530; ÜZÜLMEZ, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1208; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 464; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 441; YENERER ÇAKMUT, s. 599.

²⁵⁶ "Sanıkların, hasta olan tutukluyu revire götürmek üzere gelen infaz koruma memurları olan mağdurlara ellerindeki kesici aletleri tevcih ederek koğuşa girmelerini söyledikleri, mağdurların bu tehdit altında koğuşa girdikleri ve cezaevi görevlileri gelinceye kadar mağdurları serbest bırakmaları biçiminde gerçekleşen eylemlerinde TCK'nın 43. Maddesi uygulamaya olanağı bulamaz. Çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler, mağdur sayısı birden fazla olmasına karşın fiil tek olduğundan TCK'nın 43/2. Maddesindeki zincirleme suç hükmünün uygulanması gerektiği görüşündedir." Y. 8. CD., 09.11.2009, 2007/6080, 2009/13933 - KESKİN KIZIROĞLU, s. 95, dipnot 54; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3683.

²⁵⁷ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 293; WIECK/NOODT, kn. 60.

²⁵⁸ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 294; WIECK/NOODT, kn. 59; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 20.

davranışlar gerçekleştirilirse bu defa da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile tehdit suçu arasında farklı neviden fikri içtima kuralları uygulanacaktır²⁵⁹. Buna rağmen hürriyetten yoksun kılma, süresi ve yoğunluğu itibarıyla gerekli ölçütün üzerine çıkmamış, yalnızca ilgili suçun işlenmesi süresince söz konusu olmuşsa yalnızca ilgili suçtan cezalandırma yoluna gidilecektir²⁶⁰. Keza kişiye karşı tehdit suçunun işlenmesi amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması söz konusu ise bu durumda da tehdit suçu ön plana çıkacaktır²⁶¹. Fakat tehdit, yalnızca kişinin hürriyetinden yoksun kalmasına hizmet ediyorsa bu durumda görünüşte içtima kuralları karşısında tehdit suçu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu karşısında geri planda kalır²⁶².

Tüm bunlara karşılık Türk hukukunda sorunun çözümü, açık kanuni düzenlemeler nedeniyle daha basittir. Nitekim bu suçlar, daha evvel de detaylı şekilde incelendiği gibi fiili işlemek için veya işlediği sırada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlendiğinden (TCK md. 109/2) bileşik suç hükmü gereğince (TCK md. 42) artık bu suçlardan ayrıca ceza verilmeyecek, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “fiili işlemek için veya işlediği sırada failin cebir, tehdit veya hile kullanılması (TCK md. 109/2)” şeklindeki nitelikli halden dolayı cezalandırma gündeme gelecektir²⁶³.

Bununla birlikte kanunda açıkça “*Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” hükmüne yer verilmek suretiyle (TCK md. 109/6) kullanılan cebirin gereken sınırı aşması ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesine neden olması durumunda gerçek içtima kuralı gereğince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “fiili işlemek için veya işlediği sırada failin cebir, tehdit veya hile kullanılması (TCK md. 109/2)” şeklindeki nitelikli halin yanı sıra ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan (TCK md. 87) da ceza verilecektir²⁶⁴. Şayet bu cebir, kasten

²⁵⁹ EISELE, (2015), kn. 449.

²⁶⁰ PARK/SCHWARZ, s. 298.

²⁶¹ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 293; SONNEN, § 239 kn. 18, 31.

²⁶² EISELE, (2015), kn. 449; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 464.

²⁶³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 437; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1207, 1208; KESKİN KİZİROĞLU, s. 96; YENERER ÇAKMUT, s. 599; KAFES, s. 287.

²⁶⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 531; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu,

yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesine neden olmayıp kasten yaralama suçu yahut da nitelikli halleri kapsamında kalırsa bu defa gerçek içtima gündeme gelmeyecek, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “fiili işlemek için veya işlediği sırada failin cebir, tehdit veya hile kullanılması (TCK md. 109/2)” şeklindeki nitelikli halinden dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır²⁶⁵.

Bu noktada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun beraberinde işlenen suçla arasındaki ilişki ve işlev de dikkate alınmalıdır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kesintisiz bir suç olduğundan bu suç işlenirken işlenen başka suçlarla bu suç arasında hareket teklifinden söz edilebilir ve farklı neviden fikri içtimadan bahsedilebilir²⁶⁶. Bu durum bazen zorunlu olarak, bazı suçların işlenmesi için mağduru hürriyetinden yoksun bırakılması gerekli olduğu için bu şekilde tezahür edebilir. Söz gelimi bir kimseye karşı cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenebilmesi için birçok durumda kişinin hürriyetinden de yoksun bırakılması şarttır. İşte bu noktada kesintisiz suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel saldırı suçunda olduğu gibi başka bir suçun işlenmesinde araç durumunda olması yahut da bu suç işlenirken mağdura küfür edilerek hakaret suçunun işlenmesinde olduğu gibi başka suçların da işlenmesi halinde nasıl bir çözüm yoluna ulaşılabileceği belirlenmelidir.

Bu sorunu, Alman Federal Yüksek Mahkemesi aynı anda işlenen suçlar arasında en azından “yaklaşık değer eşitliği” şeklindeki önemli bir sınırlamayı dikkate alarak²⁶⁷ farklı neviden fikri içtima kuralıyla aşmaktadır. Buna göre failin mağduru uzun süre hapsedmesi ve bu esnada mağdura küfredip mağduru dövmesi halinde farklı neviden fikri içtimadan söz edilecekken²⁶⁸ mağduru öldürmesi halinde öldürme suçuyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu

s. 1206; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 440; KESKİN KIZIROĞLU, s. 96; YENERER ÇAKMUT, s. 599; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 193; KAFES, s. 288.

²⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 463. “Mağduru yaralanmasının alınan adli tıp raporuna göre basit tıbbi müdahale ile giderilir şekilde olduğu dikkate alındığında, sanık ...’e atılı yaralama suçunun hürriyeti tahdit suçunun unsuru olduğu ve bu suçun içinde eridiği gözetilmeden, sanık hakkında ayrıca yaralama suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmuş olması...” Y. 6. CD., 18.12.2018, 2016/5179, K. 2018/8031 - ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 440, dipnot 79.

²⁶⁶ PARK/SCHWARZ, s. 298; KAFES, s. 292 vd.

²⁶⁷ BGH NStZ 2009, 692, 693 (HOFFMANN-HOLLAND, kn. 295).

²⁶⁸ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 295.

arasında farklı neviden fikri içtima kuralı uygulanamayacaktır²⁶⁹. Türk hukukunda bunun çözümü en azından neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama hallerinden birinin gerçekleşmesi durumunda bir nebze daha basittir. Zira yukarıda da işaret edildiği üzere TCK md. 109/6 hükmü gereğince cebrin gereken sınırı aşması ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesine neden olması durumunda gerçek içtima kuralı gereğince hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hem de neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan sorumluluk söz konusu olacaktır.

Buna karşılık hürriyetten yoksun kılma ile cinsel saldırı ya da hakaret suçunun kesişmesi halinde ne olacağı, Türk Ceza Kanunu'nda da açıkça düzenlenmiş değildir. Burada “zamansal aşım” şeklinde bir kriter konularak soruna çözüm bulunabilir. Buna göre hürriyetten yoksunluk, cinsel saldırı suçunun işlenmesinden önce ya da sonra da varsa bu defa zaten kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmeye devam etmektedir, bu sürecin belirli bir kısmında cinsel saldırı suçu da işlenmiştir. Her ne kadar cinsel saldırı suçunun işlendiği süreçte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketlerinin belirli bir kısmı kesişse de kesişmeyen kısım, cinsel saldırı suçundan bağımsız olarak cezalandırılmayı hak etmektedir ki burada Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere²⁷⁰ gerçek içtima kuralı gereğince hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK md. 109) hem de cinsel saldırı suçundan (TCK md. 102) sorumluluk mevzu bahis olacaktır²⁷¹. Buna rağmen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, yalnızca başka bir suçun aracı durumunda olarak gerekli süreyi aşmaksızın işlenmişse suçun niteliğine göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cinsel suç karşısında farklı neviden fikri içtima kuralı gereğince geri planda kalabilecektir²⁷². Nitekim cinsel saldırıda bulunmak amacıyla mağduru kısa süreli olarak tuvalete sokan ve cinsel saldırıda bulunan kişi bakımından hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki nitelikli hali (TCK md. 109/5) hem de cinsel saldırı suçu (TCK md. 102/2) gündeme gelecek, ancak hürriyetten yoksun kılma yalnızca cinsel saldırı süresince söz konusu

²⁶⁹ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 295.

²⁷⁰ Y. 5. CD., 20.05.2008, 11696/4617 (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 532).

²⁷¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 532; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1207; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 465; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 438; YENERER ÇAKMUT, s. 599; KAFES, s. 296.

²⁷² DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 20; WIECK-NOODT, kn. 58; SONNEN, § 239 kn. 31; SCHLÜCKEBIER, (2014), § 239 kn. 16; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 14; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1208; KAFES, s. 296.

ise farklı neviden fikri içtima kuralı gereğince sadece cinsel saldırı suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır²⁷³.

G. Yaptırım

Suçun temel şekli bakımından bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası, suçun fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması şeklindeki nitelikli halinin düzenlendiği ikinci fıkrasında ise iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun üçüncü fıkrasında belirtilen nitelikli hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda birinci ya da ikinci fıkralara göre belirlenen cezalar bir kat artırılabilecektir. Yani bu nitelikli hallerden herhangi biri, suçun fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması şeklinde tezahür etmişse üçüncü fıkra göre yapılacak artırım suçun temel şekli üzerinden değil, ikinci fıkra göre belirlenecek ceza üzerinden yapılacaktır.

Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli olan mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması hali gerçekleşirse suçun ilk üç fıkrasına göre belirlenecek cezaların yanı sıra fail hakkında ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunabilecektir. Hükmün beşinci fıkrasında bir nitelikli hal olarak öngörülen suçun cinsel amaçla işlenmesi durumunda ise yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılabilecektir.

Tüm bunların yanında daha evvel de yer verildiği üzere suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadari indirilecektir. Yani burada tam anlamıyla bir cezasızlık durumu söz konusu değildir.

Türk Ceza Kanunu'nun 111'nci maddesinde açıkça tehdit, şantaj, cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ifade edilmiştir. Şu hâlde bu tüzel kişiler bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 60'nci maddesinde öngörülen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinden olan izin iptali ve/veya müsadere kararları verilebilecektir.

Son olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, şikâyete gerek olmayan, yani re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Ayrıca bu suç,

²⁷³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 532.

kesintisiz bir suç olduğundan davaya bakmakla yetkili mahkeme, kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi (CMK md. 12/2) olacaktır. Yine zamanaşımı süresi, kesintinin gerçekleştiği günden itibaren başlayacaktır (TCK md. 66/6).

Sonuç

Mülga Kanunda yer alan tanımda bazı değişiklikler yapılarak mevcut düzenlemeyle birlikte suçun unsurları daha açık hale getirilmiş, belirlilik ilkesine daha uygun bir hüküm öngörülmüştür. Nitekim önceki kanun döneminde kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasından söz edilmekteyken mevcut halde kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasından ne anlaşılması gerektiği ortaya konmuştur. Mevcut kanuni düzenleme çerçevesinde bu suç tipiyle sadece aktüel hareket özgürlüğünün değil, potansiyel hareket özgürlüğünün de korunduğu ifade edilebilir. Zira gerek madde gerekçesinde yer alan “*Bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir.*” şeklindeki ifade gerekse suçun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesinin bir nitelikli hal olarak öngörülmesi dikkate alındığında Türk hukukunda potansiyel teorinin benimsenmesi makul görünmektedir.

Buna göre mağdurun kendisini özgürlüğünden yoksun kılan durumu bilip bilmemesinin ya da bu durum süresince fiilen bulunduğu yeri değiştirme iradesine sahip olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Her ne kadar bir yaştan altındaki çocuklar, suçun elverişli konusu ve dolayısıyla da mağduru olamayacaklarsa da sürünerek de olsa yer değiştirmeye yönelik basit iradelerini şekillendirip gerçekleştirebilme durumlarına bağlı olarak gelişimleri dikkate alınarak her bir somut olayın koşullarına göre çocukların da suçun konusu olabilecekleri belirtilebilecektir. Bu kapsamda alkol ya da uyuşturucu madde yahut da geçici neden etkisiyle bilincini kaybetmiş kişilerle uyuyakalmış kişiler de mağdur olarak nitelendirilebilecektir. Benzer durum hipnoz altındaki kişiler açısından da geçerli olacaktır.

Fail konumundaki kişinin garantör konumunda olması kaydıyla bu suçun ihmali hareketle de işlenebileceği kabul edilebilir. Türk Ceza Kanunu’nda ihmali hareketle işlenen suçlara ilişkin genel bir düzenlemenin bulunmuyor olması karşısında Türk hukukunda bu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceği görüşü ileri sürülmekteyse de hürriyeti kısıtlanan kişinin kurtarılmasına dair yükümlülük bulunmak kaydıyla ihmali hareketle de bu suçun işlenebileceği ifade edilebilir. Aksi takdirde tutuklu bir kimsenin tahliyesine karar verilmiş olmasına rağmen kişiyi serbest bırakmayan memurun bu suç nedeniyle

sorumlu tutulamaması şeklinde bir risk ortaya çıkacaktır.

Bu suç için özgürlüğe yönelik sınırlandırmanın hukuken önem taşıması gerekir. Bu açıdan zamansal açıdan önemsiz, kısa süreli ihlaller tipiklik kapsamındaki koruma alanının dışında yer alacaktır. Elbette hareketin önemliliği için sadece süre değil, aynı zamanda özgürlüğü sınırlandıran etkenin yoğunluğu da önem arz etmektedir. Bunun takdiri, sınırlandıran etkenin yoğunluğunun değerlendirmesi mahkeme hakimine aittir. Bu suç kapsamında hareketin varlığından söz edilebilmesi için mutlaka mağdurun iradesine de aykırı hareket edilmiş olmalıdır. Nitekim bu suç tipinde hareketin gerçekleştirilmesi, yapısal olarak mağdurun iradesine aykırılığı kapsamında bulundurulur. Bu nedenle bu suçta rıza, tipikliğe engel olan bir nitelik arz etmektedir.

Kanuni düzenlemede bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasından söz edildiğinden suç kapsamında haksızlık bilincine özel olarak vurgu yapılmıştır. Böylelikle dosya konusu suç teşkil eden fiil bakımından inceleme yapan hâkimin, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığı konusunda daha dikkatli bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Esasen Alman düzenlemesinde de olan bu ifade, kanuni tanımdan gereksiz olduğu düşüncesiyle 6. ceza reform paketi ile birlikte çıkartılmıştır. Öyle ki bu ifadenin düzenlemeden çıkartılmasıyla maddenin koruma alanına yönelik olarak içerik anlamında bir değişikliğin amaçlanmadığına işaret edilmiştir. Dolayısıyla suçun kanuni tanımında “hukuka aykırı olarak” şeklinde bir ifadeye yer verilmesiyle yer verilmemesi arasında gerek teorik gerekse pratik anlamda bir fark bulunmamaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kesintisiz bir suç olduğundan bu suç işlenirken işlenen başka suçlarla bu suç arasında hareket teklüğünden söz edilebilir ve farklı neviden fikri içtimadan bahsedilebilir. Ancak bu sonuca her zaman kolaylıkla ulaşılamayacaktır. Bu durum, özellikle de cinsel suçlar noktasında önem arz etmektedir. Burada “zamansal aşım” şeklinde bir kriter konularak soruna çözüm bulunabilir. Buna göre hürriyetten yoksunluk, cinsel saldırı suçunun işlenmesinden önce ya da sonra da varsa bu defa zaten kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmeye devam etmektedir, bu sürecin belirli bir kısmında cinsel saldırı suçu da işlenmiştir. Her ne kadar cinsel saldırı suçunun işlendiği süreçte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketlerinin belirli bir kısmı kesişse de kesişmeyen kısım, cinsel saldırı suçundan bağımsız olarak cezalandırılmayı hak etmektedir. Buna rağmen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, yalnızca başka bir suçun aracı

durumunda olarak gerekli süreyi aşmaksızın işlenmiş suçun niteliğine göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cinsel suç karşısında farklı neviden fikri içtima kuralı gereğince geri planda kalabilecektir.

KAYNAKÇA

AMELUNG, Knut: “Über die Einwilligungsfähigkeit”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1992, s. 525-551; s. 821-833.

AMELUNG, Knut/EYMANN, Frieder: “Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht”, **Juristische Schulung**, 2001, s. 937-946.

ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet, Ankara 2019.

ARZT, Günther/WEBER, Ulrich/HEINRICH, Bernd/HILGENDORF, Eric: **Strafrecht Besonderer Teil**, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2009.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Weber/EISELE, Jürgen: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016.

BECKERT, Sandra Maria: “Einwilligung und Einverständnis”, **Juristische Arbeitsblätter**, 2013, s. 507-511

BICHLMEIER, Gerd: “Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff”, **Juristen Zeitung**, 1980, s. 53-56.

CİHAN, Erol: “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 47-69.

DEMİREL, Muhammed: “Evi Terk Eden Çocuğu Evlenmek Amacıyla Yanında Tutan Kişinin Fiiline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 13, 2018, s. 289-313.

DÖLLING, Dieter/DUTTGE, Gunnar/RÖSSNER-Lenz, Dieter: **Gesamtes**

Strafrecht, 3. Auflage, Nomos, 2013.

EIDAM, Lutz: “Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit in der strafrechtlichen Examenklausur”, **Juristische Schulung**, 2010, s. 869-873.

EIDAM, Lutz: § 239, in **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, Verlag Franz Vahlen München 2013.

EISELE, Jörg: §§ 239, in **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: StGB Kommentar**, 30. Auflage, C. H. Beck, 2019.

EISELE, Jörg: **Strafrecht Besonderer Teil I**, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2015.

EKİCİ ŞAHİN, Meral: **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2012.

EXNER, Thomas: “Minderjährige im StGB”, **Juristische Ausbildung**, 2013, s. 103-110.

FAHL, Christian: “Schlaf als Zustand verminderten Strafrechtsschutz?”, **Juristische Ausbildung**, 1998, s. 456-462.

FISCHER, Thomas: **Strafgesetzbuch**, 66. Auflage, C.H. Beck, München 2019.

GEERDS, Friedrich: “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1953, s. 42-92.

GEPPERT, Klaus/BARTL, Raimund: “Probleme der Freiheitsberaubung, insbesondere zum Schutzgut des § 239 StGB”, **Juristische Ausbildung**, 1985, s. 221-223.

GÖKTÜRK, Neslihan: “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 7, S. 1, s. 407-450.

GROPP, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer 2015.

GÜLŞEN, Recep: **Hürriyeti Tahdit Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.

HAFIZOĞLULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara

2016.

HECKER, Bernd: “Strafrecht BT: Freiheitsberaubung”, **Juristische Schulung**, 2015, s. 947-949.

HEINRICH, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014.

HOFFMANN-HOLLAND, Klaus: **Strafrecht Besonderer Teil**, 1. Auflage, Mohr Siebeck, 2015.

İÇER, Zafer: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık”, **MÜHF - HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU’na Armağan**, C. 23, 2017, s. 773-792.

KAFES, Veli: **Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu**, (Doktora Tezi), İstanbul 2019.

KARGL, Walter: “Die Freiheitsberaubung nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts”, **Juristen Zeitung**, 1999, s. 72-80.

KESKİN KIZIROĞLU, Serap: “Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma”, **Özel Ceza Hukuku, C. III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenen Suçlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

KINDHÄUSER, Urs: **Strafrecht Besonderer Teil I**, 8. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2017.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, Adalet, Ankara 2019.

KRETSCHMER, Joachim: “Der strafrechtliche Rechtsgüterschutz des Schlafenden und Bewusstlosen”, **Juristische Ausbildung**, 2009, s. 590-592.

KÜHL, Kristian: **Lackner/KÜHL Strafgesetzbuch**, 29. Auflage, C. H. Beck, 2018.

KÜPPER, Georg/BÖRNER, Rene: **Strafrecht Besonderer Teil 1**, 4. Auflage, Springer, 2017.

MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred: **Strafrecht Besonderer Teil**, Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009.

- MURMANN, Uwe: **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2015.
- ÖNDER, Ayhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- ÖZEN, Mustafa: **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 2. Bası, Adalet, Ankara 2017.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Seçkin, Ankara 2019.
- PARK, Tido/SCHWARZ, Thomas: “Die Freiheitsberaubung (§ 239)”, **Juristische Ausbildung**, 1995, s. 294-298.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer,: **Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. 2, Seçkin, Ankara 2010.
- RENGIER, Rudolf: **Strafrecht Besonderer Teil II**, C. H. Beck, 19. Auflage, 2018.
- ROXIN, Claus: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2006.
- SCHLUCKEBIER, Wilhelm: § 239, in **Leipziger Kommentar Stragesetzbuch**, Band 7, Degruyter, 12. Auflage, Berlin 2010.
- SCHLUCKEBIER, Wilhelm: § 239, in **Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014.
- SCHMIDT, Rolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, Bremen 2015.
- SONNEN, Bernd-Rüdeger: **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch**, 5. Auflage, Nomos, 2017.
- SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- SÖZÜER, Adem: “Tehdit Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 1994, C. 54, S. 1-4, s. 124-146.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R. Murat: **Teorik ve Pratik**

Ceza Özel Hukuku, 16. Bası, Seçkin, Ankara 2019.

TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Anlara 2018.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1183-1210.

ÜZÜLMEZ, İlhan: **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

WELZEL, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1969.

WESSELS, Johannes/HETTINGER, Michael: **Strafrecht Besonderer Teil 1**, 35. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2011.

WIECK-NOODT, Brunhild: §§ 185-262, in **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 3, Adalet, Ankara 2015.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2013, C. 19, S. 2, s. 587-602.

YILDIZ, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ İTİRAZ YETKİSİ

Hakan GÜNDÜZ*

ÖZ

Ceza yargılamasının amacı; en geniş anlamı ile insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğe erişmektir. Yargı mercilerinin kararlarında hukuka aykırılıklar bulunabileceği gerçeğinden hareketle, maddi gerçeğe erişme amacına hizmet etmek üzere, bu hukuka aykırılıkların giderilmesi için kanun yolları öngörülmüştür. Ancak, bir davanın sonsuza kadar sürmeyip bir hükümle neticelenmesi ve bu hükme karşı kanun yollarının tüketilmesiyle mahkeme kararlarının kesinleşmesi, toplumda hukuksal barışın kurulması ve korunması için zaruri bir ihtiyaçtır. Bununla birlikte, hüküm ve kararlar tüm kanun yolları tüketilerek kesin hüküm kuvvetine erişse dahi, bir süre sonra, maddi gerçeğe uymadıkları, dava konusu olayın mahiyetine aykırı olarak, hüküm veya kararın sanık lehine veya aleyhine sonuç doğurduğu, başka bir deyişle hükmün adli hata ile lekelendiği ortaya çıkabilir. İstinaf kanun yolunun hayata geçtiği 20.7.2016 tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı başvurulacak bir olağanüstü kanun yolu öngörülmemiştir. Ancak, istinaf mahkemesinin kesin nitelikteki hatalı kararlarının düzeltilmesi ihtiyacına binaen, “Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi”, 20.7.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun ile CMK’ya eklenen 308/A maddesinde düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme ile; bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı üzerine, dairenin itirazı yerinde görürse kararını düzeltmesi, yerinde görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kuruluna göndermesi sağlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bölge adliye mahkemesi, başsavcı, itiraz yetkisi, adli hata, ceza muhakemesi kanunu.

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, **E-Posta:** hakan.gunduz@hku.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-2437-8329

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813024

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/06/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/10/2020

**APPEAL AUTHORITY OF THE CHIEF PROSECUTOR OF THE REGIONAL
JURISDICTION COURT**

ABSTRACT

The purpose of the criminal trial; in its broadest sense, to reach material truth without causing human rights violations. Based on the fact that there may be violations of law in the decisions of the judicial authorities, legal remedies have been envisaged for the purpose of reaching the material truth. However, it is an essential need for the establishment and protection of legal peace in the society, with the conclusion of a lawsuit forever and ending with a judgment and the finalization of court decisions by exhausting the legal remedies against this provision. However, even if the provisions and decisions reached the final judicial power by exhausting all legal remedies, it was revealed that after a while, the judgment or decision did not comply with the fact of truth, contrary to the nature of the case in question, in other words, the judgment was stained with a judicial error. It may occur. According to the provisions in effect on 20.7.2016, when the remedial remedy was implemented, a extraordinary remedy was not foreseen against the final decisions of the criminal courts of the district court. However, based on the need to correct the erroneous judgment of the court of appeal, the “appeal authority of the chief prosecutor of the regional jurisdiction court” was regulated in the article 308 / A, which was added to the Criminal Procedure Code by Law No. 7035 of 20.7.2017. With the arrangement, the department is provided to correct the decision if it sees the objection in place, and if it does not, to send the file to the board of presidents of the criminal departments of the District Court court to examine the objection.

Keywords: *Regional jurisdiction court, chief prosecutor, appeal authority, judicial error, code of Criminal Procedure.*

GİRİŞ

Kamu davasının açılmasının ardından başlayan yargılama sürecinde, iddia ve savunma makamları ile tanıklar, bilirkişiler gibi yardımcı kişilerin iş birliği sonucu yargı mercileri bir karara varmaktadır. Ancak, yargı mercilerinin verdikleri karar ve hükümlerde hukuka aykırılık olması mümkündür. Hâkimler de her insan gibi yanılabilirler veya yargı kararları tarafları tatmin etmemiş olabilir. Bu durumda davanın taraflarının, kararın yeniden gözden geçirilmesi için başvurabilecekleri bazı hukukî çarelere ihtiyaç vardır. Hâkim veya mahkeme kararlarının kural olarak bir başka makam tarafından denetlenmesi, gerektiği takdirde hukuka aykırılığın giderilmesi maksadıyla başvuru

hukukî çarelere ise kanun yolları adı verilmektedir¹. Öğretide kanun yolları teriminin yanı sıra “*denetim muhakemesi*”, “*taarruz yolları*” terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir². Kanun yolu, hukuka aykırılıkların giderilmesi ve doğru karar verilmesinin sağlanabilmesi açısından taraflar için olduğu kadar toplum için de bir teminattır. Kural olarak, yargı mercilerinin kararlarındaki hukuka aykırılıkların giderilmesi, kanun yoluna başvurma hakkı olanlarca “*kanun yolu*” adlı bir davanın açılması ve talî bir muhakeme yapılması ile sağlanabilir³.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) sistematığına göre, yargı mercilerinin karar ve hükümleri kesinleşmeden önce başvurulabilen kanun yolları olağan kanun yolları, karar ve hükümler kesinleştikten sonra başvurulabilen kanun yolları ise olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılır. Olağan kanun yolları; itiraz, istinaf ve temyizdir. Olağanüstü kanun yolları ise; Cumhuriyet başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesidir.

İstinaf kanun yolunun faaliyete geçtiği 20.7.2016 tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı başvurulacak bir kanun yolu öngörülmemiştir. Ancak, istinaf mahkemesinin kesin nitelikteki hatalı kararlarının düzeltilmesi ihtiyacına binaen, “*Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi*”, 20.7.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun’un 23’üncü maddesi ile CMK’ya eklenen 308/A maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile hukuk sistemimize dâhil edilen ve 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile önemli değişiklik yapılan söz konusu kanun yolu hakkında akademik çalışma yapılmasının faydalı olacağını değerlendirerek, çalışmamızı kaleme aldık.

Çalışmamızda; öncelikle bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisinin genel esasları hakkında açıklamalarda bulunulacak, müteakiben itirazın usulü incelenecektir.

¹ TOSUN, (1976), 169; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 829; ŞAHİN/GÖKTÜRK, (2017), s. 243; CENTEL/ZAFER, s. 793; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 316-317; ÜNVER/HAKERİ, s. 809.

² YÜCE, s. 4; TOSUN, (1976), s. 169; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 703; ÖZTÜRK, s. 641.

³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1639, 1643; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 830.

I. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ İTİRAZI YETKİSİNİN GENEL ESASLARI

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı; istinaf kanun yolu incelemesinden geçerek kesinleşen hükümlere karşı başvuru bir kanun yolu olduğundan, konunun daha iyi anlaşılması için öncelikle istinaf ile ilgili genel bilgiler verilmesini müteakip inceleme konumuz hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

İstinaf kelimesi; “yeniden başlamak”, “sözün başı” anlamına gelmektedir⁴. İstinaf, ilk kez 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkat’la hukuk sistemimize girmiş ve 1924 yılında kaldırılmıştır⁵. CMUK döneminde ceza yargılaması sistemimizde mevcut olmayan istinaf kanun yolu, CMK ile tekrar hukuk sistemimize girmiştir. CMK 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen 20.7.2016 tarihinde bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlaması ile istinaf kanun yolu hayata geçebilmiştir. İstinaf; ilk derece mahkemelerince verilen henüz kesinleşmemiş hükümlerin maddi ve hukuki açıdan üst derece mahkemesi olan bölge adliye mahkemesince denetimini sağlayan olağan ve ikinci derece kanun yoludur⁶. İstinaf kanun yolunun amacı, ilk derece mahkemelerince verilen kesinleşmemiş hükümlerin hem maddi mesele hem de hukuki mesele yönünden incelenerek adli hataların giderilmesini sağlamaktır⁷. CMK’nın 272 ilâ 285’inci maddeleri arasında düzenlenmiş olan istinaf kanun yolunun en önemli özelliği maddi vakanın, yani uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin yeniden incelenmesidir⁸. İstinafta, ilk derece mahkemesince verilmiş hüküm, hem uyuşmazlık konusu maddi olayın içeriğinin değerlendirilmesi, hem de hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi bakımından yetkili merci tarafından incelenmektedir⁹. İstinaf incelemesi sırasında, bölge adliye mahkemesince yeni bir olay yargılaması yapılır; bölge adliye mahkemesi maddi olguları, ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı olmadan yeniden ve ilk derece mahkemesinden bağımsız olarak tartışır. Sözlülük ve doğrudan

⁴ ÖZBEK, s. 707; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 733.

⁵ CENTEL/ZAFER, s. 814.

⁶ SOYASLAN, s. 540; ÖZTÜRK s. 675; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 870; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1682-1683; CENTEL/ZAFER, s. 814; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 333; ÜNVER/HAKERİ, s. 835; ÖZBEK, s. 707; ÇAĞLAR, s. 1377.

⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 858-859; ŞAHİN/GÖKTÜRK, (2017), s. 261.

⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1683; CENTEL/ZAFER, s. 814.

⁹ SOYASLAN, s. 540; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 333; ÖZBEK, s. 708.

doğrualık ilkeleri tatbik edilmek suretiyle öğrenme muhakemesi yapılır¹⁰. İlk derece mahkemesinin hükmünde hata tespit edilirse, kural olarak, bu hükmün bozularak kaldırılması ile yetinilmez, esas hakkında yeni bir hüküm verilir¹¹.

A. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı Kanun Yolunun İhdası ve 7188 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle Geline Son Durum

CMK'nın "Olağanüstü kanun yolları" başlığı altında düzenlenen ilk kanun yolu "Cumhuriyet başsavcısının itirazı" kanun yoludur. 20.7.2017 tarihli ve 7035 sayılı *Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Sorunların Giderilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'un¹² 23'üncü maddesi ile CMK'nın "Kanun Yolları" başlıklı Altıncı Kitabının "Olağanüstü Kanun Yolları" başlıklı Üçüncü Kısımının Birinci Bölümünün "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi" şeklindeki başlığında yer alan "Yargıtay" ibaresi bölüm başlığından çıkarılmış ve istinaf mahkemesinin kesin nitelikteki hatalı kararlarının düzeltilmesi ihtiyacına binaen aynı bölüme eklenen 308/A maddesi ile hukuk sistemimize "*Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi*" adı altında yeni bir olağanüstü kanun yolu getirilmiştir.

CMK'nın 308/A maddesinin ilk halinde; bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının, re'sen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebileceği, sanığın lehine itirazda süre aranmayacağı, kararına itiraz edilen dairenin, itirazı yerinde görürse kararını düzeltereği, aksi halde itirazı reddedeceği, itirazın reddine ilişkin kararların kesin olduğu düzenlenmiştir. Bu hükmü ihdas eden Kanun'un madde gerekçesinde¹³; "...*Düzenleme ile, olası hukuka aykırılıkların giderilmesi amacıyla bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararları aleyhine bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının kararı veren ceza dairesine otuz gün içinde itiraz edebilmesine imkân*" tanımak amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı vurgulanmıştır.

¹⁰ SARIGÜL, s. 13.

¹¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1682-1683; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 927-928; ÖZTÜRK s. 728-729; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 870.

¹² 7035 sayılı Kanun; 5.8.2017 tarihli ve 30145 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss490.pdf>, erişim: 28.5.2020

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisine ilişkin düzenlemenin ilk hâlindeki en büyük eksiklik, kararına itiraz edilen dairenin, itiraza ilişkin vereceği ret kararının kesin nitelikte olması; itirazın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazında olduğu gibi, daire tarafından itirazın yerinde görülmemesi durumunda nihai karar verilmek üzere, dosyanın kararı veren merci dışında bir mercie gönderilmesi yönünde düzenleme yapılmamasıdır. Bu nedenle, Kanun'un ilk halindeki düzenleme söz konusu kanun yolunu etkili bir başvuru yolu olmaktan çıkartmaktaydı.

Maddenin yaklaşık iki yıllık uygulaması sırasında belirttiğimiz eksikliğin görülmesi üzerine, 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile CMK'nın 308/A maddesinde köklü değişiklikler yapılmıştır. Yapılan düzenleme ile; dairenin itirazı yerinde görürse kararını düzeltmesi, yerinde görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna göndermesi sağlanmaktadır. Başkanlar kuruluna gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlanacaktır. Dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulunun bu incelemeyi yapması; kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararlarının, gereği için dairesine gönderilmesi öngörülmektedir. Başkanlar kurulunun verdiği kararlar kesin niteliktedir.

CMK'nın 308/A maddesinde değişiklik yapan 7188 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde; yapılan düzenleme ile olağanüstü bir kanun yolu olan bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazının incelenmesi bakımından etkili bir yöntem getirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir¹⁴. Gerçekten de yapılan değişiklikle, kararına itiraz edilen daire dışındaki bir üst merci tarafından kararın denetim yolunun açılmış olması; "*bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisini*" basit ve bariz hukuka aykırılıkların, kararı veren daire tarafından düzeltilebileceği etkisiz bir yol olmaktan çıkarmış ve hukuka aykırılıkların düzeltilmesinin yanı sıra bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin içtihat farklılıklarının giderilebileceği, objektif nitelikte denetim yapılmasına imkân sağlayabilecek etkili bir

¹⁴ TBMM Adalet Komisyonu'nun Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifine İlişkin 8.10.2019 tarih ve Esas: 2/2215, Karar: 6 sayılı Raporu, s. 19. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>, erişim: 30.5.2020.

olağanüstü kanun yolu hüviyetine kavuşturmuştur. Zira, maddi hatalar ve bariz hukuka aykırılıklar dışında, kararı veren dairenin itiraz üzerine kararını değiştireceğini beklemek hayatın olağan akışına aykırıdır ve itiraza konu karar üzerinde gerçek anlamda bir denetim ancak başka bir merci tarafından yapılabilir. Yapılan kanun değişikliği belirttiğimiz bu hususu sağlamaya dönük çok önemli bir düzenleme olduğundan, prensip olarak yerindedir.

B. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı Kanun Yolunun Gerekliliği

Ceza yargılamasının amacı; en geniş anlamı ile insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğe erişmektir¹⁵. Yargı mercilerinin kararlarında hukuka aykırılıklar bulunabileceği gerçeğinden hareketle, maddi gerçeğe erişme amacına hizmet etmek üzere, bu hukuka aykırılıkların giderilmesi için kanun yolları öngörülmüştür. Ancak, bir davanın sonsuza kadar sürmüyüp bir hükümle neticelenmesi ve bu hükme karşı kanun yollarının tüketilmesiyle mahkeme kararlarının kesinleşmesi, toplumda hukuksal barışın kurulması ve korunması için zaruri bir ihtiyaçtır¹⁶. Bununla birlikte, hüküm ve kararlar tüm kanun yolları tüketilerek kesin hüküm kuvvetine erişse dahi, bir süre sonra, maddi gerçeğe uymadıkları, dava konusu olayın mahiyetine aykırı olarak, hüküm veya kararın sanık lehine veya aleyhine sonuç doğurduğu, başka bir deyişle hükmün adli hata ile lekelendiği ortaya çıkabilir¹⁷.

İstinaf incelemesi sonucunda, kural olarak bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir¹⁸. Ancak, CMK'nın 286'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında bu kuralın istisnasına yer verilmiş; başka bir deyişle temyiz edilebilir nitelikteki bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bir kısım kararları kesin nitelikte kabul edilerek, temyiz edilemeyecekleri düzenlenmiştir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (Mehaz Kanun) istinaf kanun yolunun düzenlendiği 312 ilâ 332'nci maddeleri arasında yer alan hükümleri incelediğimizde, bu şekilde istinaf incelemesi sonucunda verilen kararların kesin olduğuna; temyiz edilemeyeceklerine dair bir hükme rastlamadık¹⁹.

¹⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, (2015), s. 30; SOYASLAN, 2014, 54.

¹⁶ ARSLAN, s. 722.

¹⁷ ÖZGEN, s. 6; İNAN, s. 226.

¹⁸ CMK'nın 286'ncı maddesinin 1'inci fıkrası.

¹⁹ YENİSEY/OKTAR, s. 377-388.

Aksine, Mehoz Kanun'un "*Temyiz*" kanun yoluna ilişkin 335'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; "*İstinaf edilebilen bir hüküm, istinaf yerine, temyiz edilebilir.*" şeklinde; 3'üncü fıkrasında ise "...*İstinafta verilen mahkeme hükmü, genel hükümlere göre temyiz edilebilir.*" şeklinde düzenlemeler olduğu görülmektedir²⁰. Mehoz Kanun'da istinaf kanun yolunda verilen kararların kesin olduğuna ve temyiz edilemeyeceklerine dair bir hüküm bulunmadığından, inceleme konumuz gibi bir olağanüstü kanun yolu öngörülmesi fiilen mümkün değildir. Ancak, CMK'da tam tersine istinaf kanun yolu incelemesi sonucunda verilen kararların bir kısmının kesin olduğu kabul edilerek, temyiz yolu kapatılmış ve istinaf yolunun fiilen uygulamaya geçtiği 20.7.2016 tarihinde, bu şekilde kesinleşen kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu öngörülmemiştir.

Hak arama özgürlüğünün tam olarak tesisi ve ceza yargılamasının esas amacı olan maddi gerçeğe ulaşma açısından, CMK'nın 286'ıncı maddesinin 2'nci maddesinde sayılan istisnalara yer verilmeyip, bu hüküm ve kararlara da Mehoz Kanun uygulamasında olduğu gibi, temyiz yolunun açık olmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ancak, ceza miktarı veya uygulanan tedbir açısından daha az önem atfedilen bazı hükümlerin istinaf incelemesi sonucunda kesinleşmesi ve bu suretle Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması amacına hizmet ettiğini değerlendirdiğimiz bu kanun hükümleri mevcut olduğu sürece, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarında mevcut olabilecek adli hataların düzeltilmesi için inceleme konumuz olan kanun yolu gibi bir hukuki çarenin de mutlaka mevcut olması gerektiği açıktır. Bununla birlikte, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı kanun yolunun; istinaf incelemesi sonucunda kesinleşen kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesini sağlayabileceği gibi, adil yargılanma hakkını gerçekleştirme amacı ile aynı bölge adliye mahkemesinin farklı daireleri arasında içtihat birliğini sağlama amacına da hizmet edebilecek bir kanun yolu olduğunu değerlendiriyoruz.

C. Hukuki Niteliği

CMK'nın "*Kanun Yolları*" başlıklı Altıncı Kitabının "*Olağanüstü Kanun Yolları*" başlıklı Üçüncü Kısımının Üçüncü Bölümünde düzenlenmiş olan *bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisinin*, Kanun'un sistematığıne göre olağanüstü kanun yolu olduğu açıktır. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının itirazı; bölge adliye mahkemesi

²⁰ YENİSEY/OKTAR, s. 388-389.

ceza dairelerinin kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının, kendiliğinden veya tarafların istemi üzerine, daire ilâminin kendisine verilmesinden itibaren otuz gün içinde, sanığın lehine itirazda ise süre sınırı olmaksızın, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kuruluna itiraz edebilmesi yetkisi tanıyan kanun yoludur. Bu kanun yolu; istinaf davası üzerine bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin verdiği kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, istinafa konu hükmün ve daire kararının bir defa da bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunda incelenmesi için başvurulabilen bir olağanüstü kanun yoludur.

İnceleme konumuz ile hukuki nitelikleri dâhil birçok noktada örtüşen bir kanun yolu olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazının hüküm altına alındığı CMK'nın 308'inci maddesinde, Yargıtay Başsavcısının bu yola başvurusu için, ilâmın tebliğinden itibaren belirli bir süre tanınmış olması gerekçe gösterilerek, bu yolun olağan kanun yolu olduğu ileri sürülmüştür²¹. Kanaatimizce; Yargıtay adına iş bölümü esasına göre çalışan dairelerin temyiz incelemesi sonucunda verdikleri kararlar kural olarak kesindir ve kararın kesinlik kazanması için bir başka makamın onayına ihtiyaç yoktur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı veya karara direnme hakları olan bölge adliye mahkemesi ya da ilk derece mahkemesince direnme kararı verilmesi üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca, Daire kararı kaldırılabilir. Başsavcının itirazının süreye bağlanmış olması da bu yolun olağanüstü kanun yolu olma niteliğini değiştirmeyecektir. Bir kanun yoluna başvurma süreye bağlanmış olup olmaması tek başına o yolun hukuki niteliğini belirlemek için yeterli değildir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlâl veya düşme kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenlendiği hükümde de bu yola başvuru için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıllık süre öngörülmüş olmasının, yargılamanın yenilenmesi yolunu olağanüstü kanun yolu olmaktan çıkardığı söylenemeyeceğine göre, burada da aynı durum geçerlidir. Bununla birlikte, Başsavcının sanık lehine itirazında süre öngörülmemiş olması da süre kriterinin tek başına bu yolun olağan kanun yolu sayılması için yeterli olmadığını göstermektedir. Ayrıca, Kanun Koyucu'nun da bu yolu çok açık bir şekilde olağanüstü kanun yolu olarak sınıflandırması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yolunun olağanüstü kanun yolu olduğu görüşünü kuvvetlendirmektedir.

Yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına sanık aleyhine itiraz için tanınan sürenin daire kararının kesinleşmesine

²¹ YURTCAN, s. 1035-1036.

etkisinin olup olmadığına ilişkin tartışmaların inceleme konumuz açısından söz konusu olması pek mümkün görünmemektedir. Zira, CMK'nın 308/A maddesinde “*bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı*” bu yola başvurulabileceği belirtilerek, bu yolun olağanüstü kanun yolu olduğu açıkça ortaya konulmuştur.

D. İtirazın Konusu

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı tarafından, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlara karşı inceleme konumuz olan kanun yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı yolunun konusunu, istinaf incelemesi sırasında bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesinin verdiği kesin nitelikteki karar teşkil etmektedir; bunun dışındaki kararlara karşı söz konusu kanun yoluna başvurulamaz.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki ilk karar türü, CMK'nın 286'ncı maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında kalan kararlardır. Bu maddede bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararları dokuz bent hâlinde sayılmıştır. Zikredilen düzenlemeye göre;

- İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adlî para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları,

- İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları,

- Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen; seçenek yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,

- İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve CMK'nın 272'nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adlî para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,

- Adlî para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,

- Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,

- On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,

- Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,

- Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları, kesin nitelikte olup temyiz edilemez.

Ancak, Kanun Koyucu tarafından bazı suç tiplerine özel bir önem atfedilmiş ve yukarıda sayılan bentlerin kapsamında bulunsa dahi, söz konusu suçlara ilişkin istinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesi ceza dairelerince verilen kararların temyiz edilebilecekleri düzenlenmiştir²². Bu suçlar; Türk Ceza Kanununda yer alan hakaret, halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit, suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övme, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama, kanunlara uymamaya tahrik, Cumhurbaşkanına hakaret, Devletin egemenlik alametlerini aşağılama, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama, silahlı örgüt, halkı askerlikten soğutma suçları, Terörle Mücadele Kanununun 6'ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrası, 31'inci maddesi ve 32'nci maddesinde yer alan suçlardır. Sayılan suçlar hakkında bölge adliye mahkemesi ceza dairelerince verilen kararlar, CMK'nın 286'ncı maddesinin 2'inci fıkrası kapsamında olsa dahi temyiz edilebileceklerinden, bu nitelikteki kararlara ilişkin bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı tarafından inceleme konumuz olan kanun yoluna başvurulamayacaktır.

²² CMK'nın 286'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası: "İkinci fıkrada belirtilen temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile aşağıda sayılan suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları temyiz edilebilir: ..."

CMK'nın 308/A maddesinin gerekçesinde²³ yer verilmemekle birlikte, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki bir karar türüne de CMK'nın 276'ncı maddesinden hareketle ulaşmaktayız. Bu düzenlemeye göre, istinaf istemini inceleyen hükmü veren mahkeme; istemin kanunî sürenin geçmesinden sonra veya aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak bir hükme karşı yapıldığını ya da istinaf yoluna başvuranın buna hakkının bulunmadığını değerlendirirse, vereceği bir kararla istinaf istemini reddeder. İstinaf başvurusunda bulunan taraflar, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde bölge adliye mahkemesinden bu hususta bir karar vermesini isteyebilirler. Bu takdirde dosya bölge adliye mahkemesine gönderilir. Ancak, bu nedenle hükmün infazı ertelenemez. İlk derece mahkemesinin istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararı bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından incelendikten sonra, bu kararın yerinde olduğu sonucuna varılırsa, ceza dairesi istinaf başvurusunun esastan reddine karar verecektir.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin ön inceleme sırasında izleyeceği usulü düzenleyen CMK'nın 279'uncu maddesinde²⁴ ön inceleme sonucunda ceza dairesinin vereceği “*istinaf başvurusunun reddine*” dair kararlara CMK'nın 267'nci maddesi çerçevesinde itiraz yolu öngörülmüş olmakla birlikte, CMK'nın 276'ncı maddesi kapsamında ceza dairesince

²³ 7035 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesi ile CMK'ya eklenen 308/A maddesinin gerekçesi; “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 286'ncı maddesinin ikinci fıkrasında, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerince verilen kararlardan hangilerinin kesin nitelikte olduğu düzenlenmiştir. Temyiz edilemeyen bu kararlara karşı olağanüstü bir kanun yolu da öngörülmemiştir. Yargıtay ceza dairelerince verilen kararlara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi 5271 sayılı Kanunun 308 inci maddesinde düzenlenmiş, ancak bölge adliye mahkemesi ceza dairelerince verilen kararlara karşı benzer bir olağanüstü kanun yolu açılmamıştır. Düzenleme ile, olası hukuka aykırılıkların giderilebilmesi amacıyla bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararları aleyhine bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının kararı veren ceza dairesine otuz gün içinde itiraz edebilmesine imkân tanınmaktadır. Sanık lehine yapılan itirazlarda ise süre koşulu aranmayacaktır. Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceleyerek yerinde görürse kararını düzelterek, aksi halde itirazı kesin olarak reddedecektir.”, https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanonlarno=211746&pkanon_numarasi=7035, erişim: 11.6.2020.

²⁴ CMK'nın 279'uncu maddesi: “(1) Dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda;
a) Bölge adliye mahkemesinin yetkili olmadığından anlaşılması hâlinde dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine,
b) Bölge adliye mahkemesine başvurunun süresi içinde yapılmadığının, incelenmesi istenen kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığından, başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması hâlinde istinaf başvurusunun reddine,
Karar verilir. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/76 md.) Bu kararlar itiraza tabidir.”

verilen kararlara karşı CMK'da itiraz yolu öngörülmemiştir; bu durum da bize anılan madde kapsamında ceza dairelerince verilen kararların kesin nitelikte olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, CMK'nın 276'ncı maddesinde, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin yapacağı incelemenin *hükümün infazını ertelemeyeceğinin* açıkça yazılmış olması da bu görüşümüzü teyit etmektedir. Her ne kadar CMK'nın 308/A maddesinin gerekçesinde, bu yolun, CMK'nın 286'ncı maddesinin 2'inci fıkrasında sayılan ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı getirildiği belirtilip, CMK'nın 276'ncı maddesi kapsamında verilen ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına açıkça yer verilmemiş ise de; madde gerekçeleri yol gösterici olmakla birlikte, bağlayıcı değildir. CMK'nın 308/A madde metninde; başka bir maddedeki düzenlemeye yollama yapılmaksızın, bu yolun, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı kabul edildiği belirtilmektedir. Bu nedenle, CMK'nın 276'ncı maddesi kapsamında ceza dairelerince verilen istinaf başvurusunun esastan reddine dair kesin kararlara karşı da inceleme konumuz olan kanun yoluna başvurulabileceğini değerlendiriyoruz²⁵.

E. İtiraz Nedenleri

Yargılama konusu her uyuşmazlık, çözülmesi gereken bir sorun anlamına gelmektedir. Çözülmesi gereken uyuşmazlığın maddi ve hukuki olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Uyuşmazlığın maddi yönü, dava konusu eylemin sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, gerçekleştirilmiş ise ne zaman ve ne şekilde gerçekleştirildiği sorununu çözmektedir. Bu hususlar eylemin sübutuna ilişkindir ve maddi olayı çözerken yapılan hatalar maddi hata olarak adlandırılır. Maddi olay tam olarak ortaya konulduktan sonra, sabit görülen fiilin ceza kanunlarında düzenlenmiş bir suçu oluşturup oluşturmadığı, suç oluşturuyorsa bu suçun vasıflandırılması ile uygulanacak yaptırımın belirlenmesi ise uyuşmazlığın hukuki yönüne ilişkindir ve bu süreçte yapılan hatalar ise hukuki hatalardır²⁶.

Yargı mercilerinin kararlarında mevcut olabilecek maddi ve hukuki hatalardan kaynaklı hukuka aykırılıkların giderilmesi için kanun yolları öngörülmüştür. Yargılamanın yenilenmesi yolunda olduğu gibi, bazı kanun yollarında Kanun Koyucu söz konusu kanun yoluna başvurulabilecek nedenleri tek tek sayarak, başvuruyu bu nedenlerle sınırlandırmıştır. Ancak, CMK'da, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı yoluna

²⁵ Aynı görüş için bkz. ÇİNKÖ, s. 98.

²⁶ KUNTER, s. 203.

başvurulabilecek nedenler tek tek sayılmamıştır. İstinaf incelemesinde, bölge adliye mahkemesi ceza dairesince hükmün maddi ve hukuki yönü birlikte incelenmektedir. Bu nedenle, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığınca, ceza dairesinin kararındaki maddi veya hukuki hatalardan kaynaklı hukuka aykırılıklar yönünden söz konusu kanun yoluna başvurulması mümkündür.

F. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı Yetkisi ile Karşılaştırılması

CMK'nın 308'inci maddesinde düzenlenen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı; Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, kendiliğinden veya tarafların istemi üzerine, daire ilâmının kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kurulu'na itiraz edebilmesi yetkisi tanıyan bir kanun yoludur. Bu kanun yolu; temyiz davası üzerine Yargıtay dairesinin verdiği kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, öncelikle bu kararı veren daire tarafından kararın yeniden incelenmesi, dairesinin itirazı yerinde görmemesi durumunda ise temyize konu hükmün ve daire kararının bir defa da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda incelenmesi için başvurulabilen bir olağanüstü kanun yoludur²⁷. Öğretide, bu yolun “*olağanüstü itiraz*” olarak adlandırıldığı da görülmektedir²⁸. CMUK'da yer alan “*karar düzeltme*” kanun yolu²⁹, CMK'da açıkça düzenlenmemekle

²⁷ CENTEL/ZAFER, s. 849; TOSUN, (1973), s. 133-134.

²⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 774; ÖZTÜRK, s. 746.

²⁹ 1412 sayılı CMUK Md. 322/5-6 : “*Ceza dairelerinin veya Ceza Umumi Heyetinin kararlarına karşı tashihi karar usulü ancak hükmün ve kararın zat ve mahiyetine doğrudan doğruya müessir olmak üzere temyiz istida veya layihasında veya tebliğnamede dermeyeran olunan bir hususun ve bunlar haricinde esas hükme müessir noksan ve hataların temyizen nazara alınmıyarak meskütünanh kalması hallerinde caridir.*

(Değişik fıkra: 21/05/1985 - 3206/64 md.) Karar düzeltilmesini istemek yetkisi Cumhuriyet Başsavcısına aittir. Bu talep üzerine Yargıtay incelemesi, asıl ilamı vermiş olan daire veya Genel Kurulca yapılır. Karar düzeltme talebinin; dosyanın mahalline iadesini müteakip hükmün infazı için Cumhuriyet savcılığınca ödeme emri veya davetiye hükmüyle tebliği veya yakalama müzakeresinin infazına başlandığı tarihten, mahalline gönderilmesi gerekmeyen dosyalar için de Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ilgili Cumhuriyet savcılığı aracılığı ile yapılacak tebligattan itibaren bir ay içerisinde yapılması gerekir. Mahalli Cumhuriyet savcısı, bu süre içinde ilgililerin başvurusu üzerine, düşüncesiyle birlikte evrakı gereği takdir edilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Ancak bu durum infazın geri bırakılmasını gerektirmez. Cumhuriyet Başsavcısı durumu inceleyip düzeltme talebini uygun gördüğü takdirde infazın geri bırakılmasını derhal mahalline bildirir ve ondan sonra gereğini yapar. Mahalli Cumhuriyet savcısı da re sen Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak karar düzeltme isteğinde bulunabilir, ancak bu halde bir aylık süre kaydı aranmaz. Karar

birlikte, 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun ile CMK'nın 308'inci maddesine eklenen ikinci ve üçüncü fıkralarda; itiraz üzerine dosyanın, kararına itiraz edilen daireye gönderileceği, dairenin itirazı yerinde görürse kararını düzeltereği, yerinde görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göndereceği hususların düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, yapılan bu değişiklikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazının, bünyesinde karar düzeltme kanun yolunu da kısmen barındıran bir kanun yoluna dönüştüğü anlaşılmaktadır³⁰.

CMK'nın “*Olağanüstü kanun yolları*” başlıklı kısmın “*Birinci bölümünde*” “*Cumhuriyet başsavcısının itiraz yetkisi*” adı altında düzenlenen her iki kanun yolunun, Kanun'da düzenlendikleri yer de dâhil olmak üzere çok sayıda ortak yönü bulunmaktadır. 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun ile CMK'nın 308/A maddesinde yapılan değişikliklerle birlikte, birkaç husus dışında her iki kanun yolunun genel esasları arasında önemli bir farklılık kalmamıştır.

Her iki kanun yolunda; itirazın re'sen veya tarafların istemi üzerine, ilâmın tebliğinden tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması, sanığın lehine itirazda süre aranmaması, kararına itiraz edilen ceza dairesinin mümkün olan en kısa sürede itirazı inceleyip, itirazı yerinde görürse kararını düzeltmesi; yerinde görmezse dosyayı itiraz hakkında karar vermeye yetkili mercie göndermesi, itirazın ceza dairesi kararının maddi veya hukuki yönüne ilişkin olabilmesi³¹ ve itiraz nedenleri açısından bir sınırlandırma olmaması³², her iki olağanüstü kanun yolunun ortak yönleridir.

Bu kanun yolları açısından dikkat çeken ilk farklılık, kanun yoluna başvurabilecek kişilerdir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yoluna, bu yolun adı ile mütenasip olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı dışında kimse başvuramaz³³. CMK'nın 308/A maddesine göre ise, itiraz yetkisi bölge

düzeltilme talebi reddedilirse bir daha karar düzeltme talebinde bulunulamaz.”

³⁰ ŞAHİN/GÖKTÜRK, (2017), s. 295.

³¹ ARSLAN, s. 119. CMK Tasarısının 308'inci madde gerekçesinde; “*İtiraz, daire kararında gerek maddî ve gerek usul hukukuna aykırı olduğu saptanan hususlara yönelik olabilir.*” denilerek, Yargıtay Başsavcısının kararın maddi ve hukuki yönlerine ilişkin gördüğü hukuka aykırılıkları itiraz konusu yapabileceği açıklığa kavuşturulmuştur. (CMK Tasarısının gerekçesi; ŞAHİN, s. 905.)

³² ARSLAN, s. 119.

³³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 774.

adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı makamına verilmiştir³⁴; bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığında görevli tüm savcılar tarafından bu yetki kullanılabilir. Gerek CMK'nın "Kanun Yolları" başlıklı Altıncı Kitabının "Olağanüstü Kanun Yolları" başlıklı Üçüncü Kısımının Birinci Bölümünün başlığının "*Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi*" olması, gerek CMK'nın 308'inci maddesinin başlığında ve madde metninde "*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi*" ifadesinin kullanılması hususları göz önünde bulundurulduğunda, aynı bölüm başlığı altında düzenlenen benzer nitelikteki kanun yolları arasında uyum sağlanması açısından, istisnai olarak başvurulabilecek söz konusu olağanüstü kanun yoluna müracaat yetkisini sadece bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısına verecek şekilde bir yasal düzenleme yapılmasının daha yerinde olacağını değerlendiriyoruz.

Bu kanun yolları açısından dikkat çeken ikinci farklılık, itiraz incelemesini yapacak merciin; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yolunda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu iken, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı yolunda, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu olmasıdır. Bölge adliye mahkemelerinin bünyesinde Yargıtay'da olduğu gibi bir ceza genel kurulu mevcut değildir. Kanun Koyucu bölge adliye mahkemelerinde itirazları incelemek üzere ceza genel kurulu gibi bir kurul kurmayı tercih etmemiş, halihazırda her bölge adliye mahkemesinde mevcut olan ceza daireleri başkanlar kuruluna bu görevi vermiştir.

Her iki kanun yolu arasındaki diğer bir farklılık ise, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yolunda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu itirazı yerinde görürse, itiraza konu kararın kaldırılması ile yetinmeyip, CMK'nın 271/2'nci maddesi uyarınca, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar vermesi gerekirken³⁵; bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı yolunda, CMK'nın 271/2'nci maddesine istisna getirilmiştir ve bu kapsamda, ceza daireleri başkanlar kurulunca itirazın kabulü kararı verilmesi ile yetinilerek, dava dosyasının gereğinin yapılması için ilgili daireye gönderilmesi gerekecektir.

³⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 939.

³⁵ ARSLAN, s. 150.

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ İTİRAZININ USULÜ

A. Genel Olarak

CMK'nın 308/A maddesinde; bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının, re'sen veya istem üzerine, kararı veren daireye itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Maddenin yazım tarzından, Kanun Koyucu'nun, bu kanun yoluna bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığında görevli Cumhuriyet başsavcısı dahil, tüm Cumhuriyet savcılarının yetkili olmasını arzu ettiği anlaşılmaktadır. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcıları bu yetkilerini re'sen veya istem üzerine kullanabilirler. Bu konuda istemde bulunmaya kimlerin yetkili olduğu açıkça belirtilmediğinden, kanun yollarına başvurma yetkisine sahip olan kişiler³⁶, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığından, ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı, ceza daireleri başkanlar kurulu nezdinde itirazda bulunulması yönünde istemde bulunabilirler. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı istem üzerine mutlaka itiraz yoluna başvurmak zorunda olmadığı gibi, istemde bulunulmasını beklemeden de re'sen itirazda bulunabilir.

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yoluna başvuru zamanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yolunda olduğu gibi düzenlenmiştir. Ceza dairesinin kesin nitelikteki kararının, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına verildiği andan itibaren 30 gün içerisinde sanığın aleyhine bu yola başvurulabilmesi mümkündür; hak düşürücü mahiyetteki bu süre geçtikten sonra itiraz yoluna başvurulamaz. Sürenin geçtiği gözden kaçırılıp sanık aleyhine bu yola başvurulmuş olsa dahi, ceza daireleri başkanlar kurulunca işin esasına geçilmeden önce yapılacak incelemede bu durum re'sen gözetilerek, *“itirazın süre yönünden reddine”* karar verilmelidir. Sanığın lehine itiraz yoluna başvurulması hâlinde ise süre aranmamıştır.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararının verilmesi ile birlikte ilk derece mahkemesinin istinaf kanun yolunda incelenen hükmü kesinleşmiş olacaktır. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet

³⁶ CMK Madde 260 *“Kanun yollarına başvurma hakkı”* *“1) Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.”*

başsavcısınca, ceza dairesinin bu nitelikteki bir kararına karşı itiraz yoluna başvurusu; hükmün infazını durdurmaz veya infazın geri bırakılması sonucunu doğurmaz. Ancak, itiraz incelemesini yapan bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu yapılan itirazı kabul ederse, dosya içeriğine göre hükmen tutuklu bulunan yahut kesinleşen cezası infaz edilmekte veya edilecek olan hükümlünün mağduriyetine neden olmamak adına, aynı zamanda infazın durdurulmasına ve hükümlünün tahliyesine karar verebilir.

Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun sanığın lehine yapılan itirazın kabulüne ve gereği için dosyanın dairesine gönderilmesine karar vermesinin ardından, dava dosyayı hakkında itiraz yoluna başvuru yapılan sanık yönünden derdest hale gelecektir; ancak, dosyada birden fazla sanık bulunması durumunda, bu sanıklar hakkında verilen kesin nitelikteki ceza kararı itiraz yoluyla denetlenmediğinden hüküm kesinleştiği için nasıl bir yol izlenmesi gerektiği sorusu akla gelebilir. İstinaf incelemesi sırasında ceza dairesince verilen kararların sanık lehine olması hâlinde, bu hususların istinaf isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıkların da istinaf isteminde bulunmuşçasına verilen kararlardan yararlandırılmasını (sirayetini) düzenleyen CMK'nın 280'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, istinaf kanun yoluna özgü bir hükümdür. İstisnai bir hüküm olan bu düzenlemenin, olağanüstü bir kanun yolu olan bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı üzerine ceza daireleri başkanlar kurulunca yapılan itiraz incelemesi sırasında kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını değerlendiriyoruz. Ancak, ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından yapılan itiraz incelemesi sırasında sanık lehine verilen itirazın kabulü kararı ile birlikte ilgili ceza dairesince yeniden yapılacak istinaf incelemesi sırasında, verilen lehe karar diğer sanıklara sirayet ettirilmeli ve bu suretle aynı hukuki durumdaki sanıklardan bir kısmının aleyhine sonuç doğmasının önüne geçilmelidir.

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, ceza daireleri başkanlar kurulu itirazın esası hakkında bir karar verinceye kadar, başvurusundan vazgeçebilir. CMK'nın 266'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan; *"Ancak, Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemez."* cümlesi nedeniyle, sanığın lehine yapılan itiraz başvurusundan vazgeçmek için sanığın rızasının alınmasının gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının münhasıran yetkisinde olan itiraz kanun yoluna başvuruda, bu olağanüstü yola başvurmak konusunda sanık da dahil tarafların istemleriyle bağlı olmayan bu

makamın itirazdan vazgeçerken de sanığın icazetine ihtiyacının bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira, CMK'nın 266/1'inci maddesindeki düzenlemenin, ancak sanık veya hükümlünün de Cumhuriyet savcısı ile birlikte başvuruya yetkili olduğu kanun yolları açısından uygulama alanı bulabileceğini değerlendiriyoruz.

B. Başvuruyu İncelenmekle Görevli ve Yetkili Mercii

CMK'nın 308/A maddesinde, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı yolunda, itiraz incelemesini yapacak merciin bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu olacağı düzenlenmiştir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 34'üncü maddesinde; bölge adliye mahkemesi başkanının görevleri arasında, ceza daireleri başkanlar kuruluna başkanlık etmek gösterilmiş, aynı Kanun'un 35'inci maddesinde, bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulunun; daireler arasında çıkan iş bölümü uyuşmazlıklarını karara bağlamak, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunması hâlinde bu uyuşmazlığın giderilmesini ilgililerin gerekçeli olarak istemeleri üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay'dan bu konuda bir karar verilmesini istemek ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek, sayılmıştır.

Ceza daireleri başkanlar kurulunun 5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesinde sayılan ilk iki görevinin niteliği gereği, bu kurul, idari bir kurul izlenimi verebilir. Ancak, aynı maddenin son fıkrasında "*Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.*" şeklinde genel bir görevi bulunan Kurul'a, CMK'nın 7188 sayılı Kanun ile değişik 308/A maddesi ile, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığınca yapılan itirazı karara bağlamak görevi de verilmiştir.

CMK'nın 308/A maddesinde; dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde HSK tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulunun bu incelemeyi yapacağı, başkanlar kurulunun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esaslarının, HSK tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Maddenin verdiği bu yetkiye dayanarak HSK

Genel Kurulunca alınan 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararda³⁷; CMK'nın

³⁷ HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarihli ve 410 sayılı kararı: "...5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35. maddesi gereğince, ceza daireleri başkanlar kurulu, bölge adliye mahkemesi başkanı ile ceza daireleri başkanlarının eksiksiz katılımıyla toplanmakta ve salt çoğunlukla karar vermektedir. Bölge adliye mahkemelerinde bulunan ceza dairelerinin sayısı dikkate alındığında, başkanlar kurulunun toplanması ve karar almasında zorluklar yaşanabileceği değerlendirilerek, dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasında belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulunun itiraz incelenmesini yapması hükme bağlanmıştır. Bölge adliye mahkemesi başkanı, 5235 sayılı Kanun'un 34. maddesi gereğince aynı zamanda bu kurula başkanlık edecektir. Değişiklik uyarınca itirazları incelemek üzere görev yapacak ceza daireleri başkanlar kurulunun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenecektir. Buna göre, itirazı incelemek üzere oluşturulan ceza daireleri başkanlar kurulunun; üyelerinin belirlenmesi, görev süreleri, toplantı gündemi ve tarihinin tespiti, dosyanın ve itiraz edilen karara ilişkin raporun sunulması, toplantı ve karar verme usulü, kararın yazımı ve süresi ile kabul kararları uyarınca yapılacak işlemlere ilişkin hususlar görüşülerek;

1- Üyelerin Belirlenmesi ve Görev Süreleri:

İtirazı incelemek üzere oluşturulan bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu (bundan sonra başkanlar kurulu olarak anılacaktır), bölge adliye mahkemesi başkanının başkanlığında, 1 asıl üyesi kararına itiraz edilen dairenin başkanı, 3 asıl ve 2 yedek üyesi ise her adli yıl başlangıcında, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulunca numara olarak belirlenen ceza dairesi başkanlarından oluşur. Başkanlar kurulu üyeleri her adli yıl başlangıcı esas alınmak suretiyle 1 yıl süreyle ve yeni üyeler belirleninceye kadar görev yaparlar.

2- Toplantı Gündemi ve Tarihinin Tespiti:

Başkanlar kurulunun toplantı gündemi ve tarihini, bölge adliye mahkemesi başkanı belirler. İtiraz edilen dosya, başkanlar kuruluna gelmesinden itibaren en geç 2 ay içinde başkanlar kurulu gündemine alınır ve hazırlanan rapor, toplantı tarihinden en az 2 gün önce başkanlar kurulu üyelerine dağıtılır.

3- Dosyanın ve İtiraz Edilen Karara İlişkin Raporun Sunulması:

Kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından başkanlar kuruluna sunulmak üzere bir rapor hazırlanır. Söz konusu rapor ve itiraz edilen karara ilişkin dosya münderecatı, kararına itiraz edilen dairenin başkanı tarafından başkanlar kurulunun bilgisine sunulur.

4- Toplantı ve Karar Verme Usulü:

Başkanlar kurulu üye tam sayısı ile toplanır ve salt çoğunlukla karar verir. Başkanlar kurulunda kararına itiraz edilen daire başkanının üye olması, kararlara katılmasına ve oy kullanmasına engel teşkil etmez. Bölge adliye mahkemesi başkanının hukukî veya fiilî nedenlerle görevi başında bulunamaması durumlarında, başkanlar kurulu başkanlığı görevine, kararına itiraz edilen daire başkanı dışındaki başkanlar kurulu üyelerinden en kıdemlisi vekâlet eder. Daire başkanının hukukî veya fiilî nedenlerle görevi başında bulunamaması ya da bölge adliye mahkemesi başkanlığına vekâlet ettiği durumlarda ise başkanlar kurulu başkanının görevlendireceği yedek üyelerden biri başkanlar kuruluna katılır.

308/A maddesinde, bölge adliye mahkemelerinde bulunan ceza dairelerinin sayısı dikkate alındığında, başkanlar kurulunun toplanması ve karar almasında zorluklar yaşanabileceği değerlendirilerek, dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde HSK tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulunun itiraz incelenmesini yapmasının hükme bağlandığı, bölge adliye mahkemesi başkanının, 5235 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesi gereğince aynı zamanda bu kurula başkanlık edeceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, HSK kararında; itirazı incelemek üzere oluşturulan bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun, bölge adliye mahkemesi başkanının başkanlığında, 1 asıl üyesi kararına itiraz edilen dairenin başkanı, 3 asıl ve 2 yedek üyesi ise her adli yıl başlangıcında, HSK Genel Kurulunca numara olarak belirlenen ceza dairesi başkanlarından oluşacağı, başkanlar kurulu üyelerinin her adli yıl başlangıcı esas alınmak suretiyle 1 yıl süreyle ve yeni üyeler belirleninceye kadar görev yapacakları, kararına itiraz edilen daire başkanının üye olmasının, kararlara katılmasına ve oy kullanmasına engel teşkil etmeyeceği, bölge adliye mahkemesi başkanının hukukî veya fiilî nedenlerle görevi başında bulunamaması durumlarında, başkanlar kurulu başkanlığı görevine, kararına itiraz edilen daire başkanı dışındaki başkanlar kurulu üyelerinden en kıdemlisinin vekâlet edeceği, daire başkanının hukukî veya fiilî nedenlerle görevi başında bulunamaması ya da bölge adliye mahkemesi başkanlığına vekâlet ettiği durumlarda ise başkanlar kurulu başkanının görevlendireceği yedek üyelerden birinin başkanlar kuruluna katılacağı hususları yer almaktadır.

5- Kararın Yazımı ve Süresi:

Başkanlar kurulu kararları karar tarihinden itibaren gerekçeli olarak 15 gün içinde bölge adliye mahkemesi başkanı veya görevlendireceği kurul üyesi tarafından yazılır. Karara muhalefet olması halinde, muhalefet şerhi gerekçeli kararın tamamlanmasından itibaren 7 gün içinde yazılır.

6- Kabul Kararları Uyarınca Yapılacak İşlem:

7188 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Kanun'un 308/A maddesinde yapılan değişiklik, aynı Kanun'un 271/2. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğundan 308/A maddesinde, "Kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gereği için dairesine gönderilir." hükmü nedeniyle verilen kabul kararları, kararın verildiği tarihten itibaren en geç 1 ay içinde gereği için ilgili daireye gönderilir.

5271 sayılı Kanun'un 308/A maddesi bağlamında, başkanlar kuruluna ilişkin yukarıdaki usul ve esasların belirlenmesine, Başkanlar kurulunun 3 asıl ve 2 yedek üyesinin ekteki listede numara belirlenen ceza dairesi başkanlarından oluşmasına (1. madde uyarınca başkanlar kurulunun görev süresi 1 yıl olarak belirlenmekle birlikte ilk kez oluşturulan başkanlar kurulu üyelerinin bir sonraki adli yıl başlangıcına ve her hâlikârda yeni üyeler belirleninceye kadar görev yapmalarına), 12/12/2019 tarihinde karar verildi.

HSK'nın bu Kararı ile CMK'nın 308/A maddesi birlikte değerlendirildiğinde; ceza dairesi sayısı dörtten az olan ceza daireleri başkanlar kurulu, bölge adliye mahkemesi başkanı ile tüm ceza dairesi başkanlarından oluşacak; ceza dairesi sayısı dörtten fazla olan ceza daireleri başkanlar kurulu ise, HSK tarafından görevlendirilen üç daire başkanı, bölge adliye mahkemesi başkanı ve kararına itiraz edilen daire başkanı olmak üzere beş kişiden oluşacaktır.

Bir görüşe göre; CMK'nın 308/A maddesi, dört üyenin de daire başkanları arasından bizzat HSK tarafından ismen belirlenmesini/görevlendirilmesini gerektirdiği halde, HSK Kararında ceza daireleri başkanlar kuruluna katılacak daire başkanlarının görev yerinin belirtilmesi ile yetinilerek ismen belirlenmemesi, Kanun'da bölge adliye mahkemesi başkanının ceza daireleri başkanlar kuruluna başkanlık edeceği yazılı olmamasına rağmen, HSK Kararında bölge adliye mahkemesi başkanının kurula başkanlık edeceğinin öngörülmesi ve (HSK Kararındaki genel görevlendirme nedeniyle) kararına itiraz edilen daire başkanının kurula doğrudan katılımı nedenleriyle, bölge adliye mahkemesi başkanı ve kararına itiraz edilen daire başkanının katılımı ile oluşan başkanlar kurulu, kanuna aykırı teşekkül etmiş bir mahkeme olacak ve bu şekilde oluşan mahkemenin vereceği kararlar da mutlak surette hukuka aykırı olacaktır³⁸.

CMK'nın 308/A maddesinde açıkça, bölge adliye mahkemesi başkanından bahsedilmeden daire sayısı dörtten fazla bölge adliye mahkemelerinde HSK tarafından belirlenen *“dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar.”* denilerek, sanki bölge adliye mahkemesi başkanının bu kurula katılmayacağına öngörüldüğü düşünülebilir. Ancak, bu düzenlemeyi, 5235 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekir. 5235 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesinde bölge adliye mahkemesi başkanının görevleri arasında, ceza daireleri başkanlar kuruluna başkanlık etmek sayılmıştır. CMK'nın 308/A maddesine göre, itirazları inceleme görevi verilen bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu ile 5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesinde görevleri sayılan bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu, farklı kurullar değildir. Bununla birlikte, CMK'nın 308/A maddesi ile 5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesinde yer alan *“Başkanlar kurulu eksiksiz toplanır ve çoğunlukla karar verir.”* cümlesi

³⁸ KAYMAZ, <https://www.indyurk.com/node/127201/t%C3%BCrkiyeden%20sesler/itirazlar%C4%B1-inceleyen-b%C3%B6lge-adliye-mahkemesi-ba%C5%9Fkanlar-kurulunun>, erişim: 10.6.2020.

birlikte yorumlandığında, ceza dairesi sayısı dörtten az olan ceza daireleri başkanlar kuruluna, bölge adliye mahkemesi başkanı ile kararına itiraz edilen ceza dairesi başkanı dahil olmak üzere, tüm ceza dairesi başkanlarının katılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle, 5235 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesi gereğince, bölge adliye mahkemesi başkanının ceza daireleri başkanlar kuruluna başkanlık etmesi gerekir; aksine uygulama kanuna aykırı olacaktır. Bununla birlikte, HSK tarafından dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde itirazları inceleyecek başkanlar kurulu üyeleri belirlenirken; daire adı anılarak görevlendirme yapılması (örneğin; 1, 2 ve 3'üncü Ceza Dairesi Başkanları) ve yasal bir engel bulunmaması nedeniyle, kararına itiraz edilen dairenin başkanının da heyete dâhil olacağına HSK kararında belirtilmesi suretiyle heyetin oluşturulmasında bir hukuka aykırılık bulunmadığını değerlendiriyoruz. Zira, HSK kararı ile yapılan uygulamanın CMK'nın 308/A maddesinde yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan ceza daireleri başkanlar kurulu*" ifadesi ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır; daha önce HSK tarafından yapılan bir atama ile bölge adliye mahkemesi ceza dairesi başkanı olarak atanmış olan hakimler arasından belirlenen üçünün, yine HSK tarafından ceza daireleri başkanlar kurulu üyesi olarak bir yıllık süre ile görevlendirmesinde ve (*ceza dairesi sayısı dörtten az olan bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kuruluna kararına itiraz edilen daire başkanının da katılacağı göz önünde bulundurulduğunda*) kararına itiraz edilen ceza dairesi başkanının da incelemeyi yapacak heyete dahil edilmesinde bir hukuka aykırılık bulunmadığını, bu şekilde yapılan görevlendirmenin, itiraz merciini kanuna aykırı teşekkül etmiş bir mahkeme konumuna getirmeyeceğini değerlendiriyoruz.

C. İncelemenin Şekli, Süresi ve Kapsamı

CMK'nın 308/A maddesinde yer alan "*Başkanlar kurulunun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir.*" hükmü kapsamında alınan HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı Kararında, ceza daireleri başkanlar kurulunun itiraz incelemesinde uyacakları usul ve esaslar şu şekilde düzenlenmiştir: Başkanlar kurulunun toplantı gündemi ve tarihini, bölge adliye mahkemesi başkanı belirleyecek; itiraz edilen dosyanın başkanlar kuruluna gelmesinden itibaren en geç 2 ay içinde başkanlar kurulu gündemine alınacak ve hazırlanan rapor toplantı tarihinden en az 2 gün önce başkanlar kurulu üyelerine dağıtılacaktır. Müteakiben, söz konusu rapor ve itiraz edilen karara ilişkin dosya, kararına

İtiraz edilen dairenin başkanı tarafından başkanlar kurulunun bilgisine sunulacak ve başkanlar kurulu üye tam sayısı ile toplanıp salt çoğunlukla karar verecektir. Başkanlar kurulu kararları, karar tarihinden itibaren gerekçeli olarak 15 gün içinde bölge adliye mahkemesi başkanı veya görevlendireceği kurul üyesi tarafından yazılacak, muhalefet şerhleri ise gerekçeli kararın tamamlanmasından itibaren 7 gün içinde yazılmış olacaktır. CMK'nın 271/2'nci maddesine göre, itirazı inceleyen mercinin, itirazı yerinde görürse, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar vermesi kuralının istisnası CMK'nın 308/A maddesinde düzenlendiğinden, ceza daireleri başkanlar kurulu itirazın kabulüne karar vermekle yetinecek; itiraz konusu hakkında bir karar vermek üzere, verilen kabul kararlarını, kararın verildiği tarihten itibaren en geç 1 ay içinde gereği için ilgili daireye gönderilecektir.

“İtiraz Nedenleri” bahsinde belirttiğimiz üzere, istinaf incelemesinde, bölge adliye mahkemesi ceza dairesince hükmün maddi ve hukuki yönünün birlikte incelenmesi nedeniyle, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığınca, ceza dairesinin kararındaki maddi veya hukuki hatalardan kaynaklı hukuka aykırılıklar yönünden itirazda bulunulabilecektir. Bu kapsamda, itiraz incelemesini yapacak bölge adliye mahkemesi ceza dairesi de itiraza konu kararda maddi ve hukuki hatalardan kaynaklı hukuka aykırılıkların mevcut olup olmadığını dosya üzerinden inceleyecek ve itirazı yerinde görürse, itirazın kabulüne ilişkin karar vererek, gereği için dairesine

gönderecektir³⁹. İtirazı yerinde görmezse, itirazın reddine karar verecektir⁴⁰.

³⁹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulunun itirazın kabulüne ilişkin 20.1.2020 tarihli (“Karar No” kapatılmış olduğu için verilememiştir.) bir kararı şu şekildedir: “...Ceza dairesi başkanlar kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk tehdit suçu ile hakaret suçunun beraber islenmesi halinde hakaret suçundan da uzlaştırma yapılması nedeniyle bozma kararı verilip verilemeyeceğidir. İncelenen dosya kapsamından; Tehdit ve hakaret suçlarının birlikte işlendiği, hakaret suçunun öncesinde uzlaşmaya tabi olduğu, tehdit suçundan 6763 Sayılı Kanunun 34. maddesi ile değişik CMK’nın 253 maddesi uyarınca uzlaştırma hükümlerinin uygulanacağı, uzlaştırma önerisinin yapıldığı tarihte CMK’nın 253/3 maddesinin engel bulunduğu, yeni düzenleme karşısında hakaret suçundan da uzlaştırma önerisinde bulunulması gerektiği anlaşılmakla, TCK’nın 2. ve 7. Maddeleri gözetilerek sanık ile katılanlar arasında hakaret suçundan uzlaştırma önerisinin yapılması gerektiğinden bahisle bozma kararı verilmesi gerektiği gözetilerek itirazın kabulüne karar vermek gerekmiştir.

KARAR : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının 02/01/20 tarih ve 2020/ sayılı Ankara Bölge Adliye Mahkemesi xx. Ceza Dairesinin 19/12/20 tarih, 2018/xx Esas, 2019/xx Karar sayılı istinaf başvurusunun esastan reddine dair itirazının CMK’nın 308/A maddesi uyarınca **KABULÜNE**,

2-Karar örneğinin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine,

3-Dosyanın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi xx. Ceza Dairesine iadesine, Dair, 20/01/2020 tarihinde CMK’nın 308/A maddesi uyarınca oy birliğiyle kesin olarak karar verildi.”

⁴⁰ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kurulunun itirazın reddine ilişkin 20.1.2020 tarihli (“Karar No” kapatılmış olduğu için verilememiştir.) bir kararı şu şekildedir: “...İtiraza konu somut olaya bakıldığında, 16/11/2015 tarihinde işlediği tehdit ve hakaret suçundan mahkum olan sanık xx hakkında sabıkasındaki Konya xx. Asliye Ceza Mahkemesinin TCK 157/1 maddesine muhalefetten 2 yıl hapis ve 2.000 TL adli para cezası içeren 06/06/2013 tarihinde kesinleşip 27/11/2014 tarihinde infaz edilen 10/03/2009 gün ve 2006/xx esas 2009/xx karar sayılı ilamının tekerrüre esas alındığı, çünkü sabıkadaki kesinleşen ilamın infaz tarihi olan 27/11/2014 tarihinden itibaren 3 yıllık süre dolmadan 16/11/2015 tarihinde bu dosyaya konu suçu işlediği, sabıkasındaki tekerrüre esas alınan ilama konu suç 02/12/2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun ile uzlaşma kapsamına alınmış olsa da, ilamdaki ceza daha önce infaz edildiğinden xx’in 16/11/2015 tarihinde işlediği bu dosyaya konu suç nedeniyle hakkındaki tekerrür hükümlerinin uygulanmasının yürürlükteki mevzuata ve yargısal içtihatlarla uygun olduğu kanaatine varıldığından Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar verilmesi gerekmiştir.

KARAR :Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının 02/01/20 tarih ve 2020/xx sayılı Ankara Bölge Adliye Mahkemesi xx. Ceza Dairesinin 11/12/2019 tarih, 2018/xx Esas, 2019/xx Karar sayılı istinaf başvurusunun esastan reddine dair itirazının CMK’nın 308/A maddesi uyarınca **REDDİNE**,

2-Karar örneğinin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine,

3-Dosyanın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi xx. Ceza Dairesine iadesine, Dair, 20/01/2020 tarihinde CMK’nın 308/A maddesi uyarınca oy birliğiyle kesin olarak karar verildi.

Kurulun verdiği kararlar kesindir.

Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının itirazları ile bağlı olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. CMK'nın 308/A maddesinde bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Benzer bir olağanüstü kanun yolu olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yoluna ilişkin 1412 sayılı CMUK ve 5271 sayılı CMK dönemine ilişkin uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun itiraz nedenleri ile bağlı olmadığı yönündeki içtihatların istikrar bulduğu görülmektedir⁴¹. Kanaatimizce, Kanun'da bu kanun yoluna başvurulabilecek nedenlerin sınırlı sayıda gösterilmemiş olması, ceza yargılamasının asıl amacının maddi gerçeğe ulaşmak olması, kanun yollarının öngörülüş amacının adli hataların ve dolayısı ile hukuka aykırılıkların giderilmesini sağlamak olması hususları göz önünde bulundurularak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yolunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun izlediği yol gibi, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun da itiraz nedenleri ile bağlı olmaksızın inceleme yapması gerekir.

SONUÇ

İstinaf mahkemesinin kesin nitelikteki hatalı kararlarının düzeltilmesi ihtiyacına binaen, 20.7.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun ile CMK'ya eklenen "*Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi*" başlıklı 308/A maddesinin ilk hâlindeki en büyük eksiklik, kararına itiraz edilen dairenin, itiraza ilişkin vereceği ret kararının kesin nitelikte olması; itirazın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazında olduğu gibi, daire tarafından itirazın yerinde görülmemesi durumunda nihai karar verilmek üzere, dosyanın kararı veren merci dışında bir mercie gönderilmesi yönünde düzenleme yapılmamasıdır. Bu nedenle, Kanun'un ilk halindeki düzenleme söz konusu kanun yolunu etkili bir başvuru yolu olmaktan çıkartmaktaydı. Maddenin yaklaşık iki yıllık uygulaması sırasında belirttiğimiz bu eksikliğin görülmesi

⁴¹ YCGK'nın 22.10.2013, 2012/1298 Esas ve 2013/418 Karar sayılı ilamı: "*Yargıtay C.Başsavcılığınca gösterilen itiraz nedeniyle bağlı olunup olunmadığı hususunda gerek 1412 sayılı CMUK'nda, gerekse 5271 sayılı CMK'nda herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte, Ceza Genel Kurulunun 24.03.2009 gün ve 212-67, 11.04.2006 gün ve 55-115 ile 22.2.1988 gün ve 18 sayılı kararlarında vurgulandığı gibi, bu güne kadar istikrarlı olarak sürdürülen uygulamaya göre Ceza Genel Kurulu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca gösterilen itiraz nedenleri ile bağlı olmadan, itiraza gelinen sanık ve suç ile ilgili olarak inceleme yapmakta ve tespit ettiği tüm hukuka aykırılıkları bozma nedeni yapabilmektedir.*" <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasi> IstemciWeb/pf/sorgula.xhtml, erişim: 15.6.2020

üzerine, 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 308/A maddesinde köklü değişiklikler yapılmıştır. Yapılan düzenlemeye göre; dairenin itirazı yerinde görürse kararını düzeltmesi, yerinde görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna göndermesi sağlanmaktadır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yoluna, bu yolun adı ile mütenasip olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı dışında kimse başvuramaz. CMK'nın 308/A maddesinde ise, itiraz yetkisi bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı makamına verilmiştir; bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığında görevli tüm savcılar tarafından bu yetki kullanılabilir. Gerek CMK'nın "Kanun Yolları" başlıklı Altıncı Kitabının "Olağanüstü Kanun Yolları" başlıklı Üçüncü Kısımının Birinci Bölümünün başlığının "*Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi*" olması, gerek CMK'nın 308'inci maddesinin başlığında ve madde metninde "*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi*" ifadesinin kullanılması hususları göz önünde bulundurulduğunda, bölüm başlığı ile aynı bölüm altında düzenlenen benzer nitelikteki kanun yolları arasında uyum sağlanması açısından, istisnai olarak başvurulabilecek söz konusu olağanüstü kanun yoluna müracaat yetkisini sadece bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısına verecek şekilde bir yasal düzenleme yapılmasının daha yerinde olacağını değerlendiriyoruz.

CMK'nın 308/A maddesinde; dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde HSK tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulunun bu incelemeyi yapacağı, başkanlar kurulunun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esaslarının, HSK tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Maddenin verdiği bu yetkiye dayanarak HSK Genel Kurulunca alınan 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararı ile CMK'nın 308/A maddesi birlikte değerlendirildiğinde; ceza dairesi sayısı dörtten az olan ceza daireleri başkanlar kurulu, bölge adliye mahkemesi başkanı ile tüm ceza dairesi başkanlarından oluşacak; ceza dairesi sayısı dörtten fazla olan ceza daireleri başkanlar kurulu ise, HSK tarafından görevlendirilen üç daire başkanı, bölge adliye mahkemesi başkanı ve kararına itiraz edilen daire başkanı olmak üzere beş kişiden oluşacaktır.

CMK'da, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı yoluna başvurulabilecek nedenler tek tek sayılmamıştır. İstinaf incelemesinde, bölge adliye mahkemesi ceza dairesince hükmün maddi ve hukuki yönü birlikte incelenmektedir. Bu nedenle, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığınca, ceza dairesinin kararındaki maddi veya hukuki hatalardan

kaynaklı hukuka aykırılıklar yönünden söz konusu kanun yoluna başvurulması mümkündür.

CMK’da bu kanun yoluna başvurulabilecek nedenlerin sınırlı sayıda gösterilmemiş olması, ceza yargılamasının asıl amacının maddi gerçeğe ulaşmak olması, kanun yollarının öngörülüş amacının adli hataların ve dolayısı ile hukuka aykırılıkların giderilmesini sağlamak olması hususları göz önünde bulundurularak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yolunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun izlediği yol gibi, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun da itiraz nedenleri ile bağlı olmaksızın inceleme yapması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Çetin: “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK md.308)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 2, Sa. 5, s. 112-113.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- ÇAĞLAR, Selda: “Ceza Yargılamasında Bir Kanun Yolu Olarak İstinaf”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 4, Sa. 41, s. 1375-1393.
- ÇİNKO, M. Sıddık: “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.3 Sa. 141, s. 96-101.
- İNAN, Kubilay: **Ceza Yargılamasında Yasayolları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- KAYMAZ, Seydi: “İtirazları inceleyen bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulunun oluşumu hukuka aykırıdır” https://www.indyrturk.com/node/127201/t%C3%BCrkiyeden_sesler/itirazlar%C4%B1-inceleyen-b%C3%B6lge-adliye_mahkemesiba%C5%9Fkanlar_-kurulunun_erişim:10.6.2020.
- KUNTER, Nurullah: “Hukuki Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu”, **Yargıtay Dergisi**, C. 13, Sa. 3, s. 201-208.

- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- ÖZBEK, V. Özer: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÖZBEK, V. Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- ÖZGEN, Eralp: **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1968.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M. Ruhan: **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- ÖZTÜRK, Bahri: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- SARIGÜL, A. Tanju: **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf**, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017.
- SOYASLAN, Doğan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- ŞAHİN, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi. Ankara, 2017.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- TOSUN, Öztekin: “Temyiz Kararlarına Karşı Kanunyolları”, **Ceza Adaleti Reformunun İlkeleri Sempozyumu II, Kanun Yolları. İstanbul Üniversitesi Yayın No: 1866**, Yıl 1973, s. 133-134.
- TOSUN, Öztekin: **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt II**, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı,

Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih: **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu StrafprozeBordnung (StPO)**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

YURTCAN, Erdener: **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

YÜCE, T. Tufan: **Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları**, Ötüken Yayınevi, Ankara, 1967.

İNGİLTERE VE GALLER’DE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞUNA MÂNİ OLAN BİR KURUM OLARAK OTOMATİZM

Mehmet MADEN*

ÖZ

Gerçekleştirilen fiilin irâdî olması, cezai sorumluluğun tespitinde yer alan temel bir meseledir. “Fiilin irâdîliği”, farklı disiplinlerin üzerinde durduğu, çok geniş ve derin bir meseledir ve bu meselenin bir bölümü insanın mental kapasitesiyle ilgilidir. Bu çalışmayla, İngiltere ve Galler ceza hukukunda yer alan “otomatizm” kurumunun ana hatlarıyla ortaya konulması amaçlanmıştır. “Otomatizm”in İngiltere ve Galler’de cezai sorumluluğa mâni olduğu, beraat hükmüyle neticelendiği, dar bir uygulama alanına sahip olduğu, yaygın olarak “savunma aracı” şeklinde nitelendirildiği, üzerinde çeşitli tartışmaların ve hakkında tenkitlerin ve reform önerilerinin yapıldığı görülmüştür. Çalışmada esas olarak, otomatizmin hukukî niteliği, koşulları, “zihin hastalığı” ve “azalmış sorumluluk” ile farklılıkları ve otomatizm konusundaki reform önerileri ele alınmış ve yukarıda belirttiğimiz sonuçlar bu konularla bağlantılı olarak ortaya konulmuştur. Farklı disiplinleri ilgilendiren bu çalışmada yer verilen hususların farklı disiplinlerde çalışan araştırmacılar tarafından analitik şekilde müzakere edilmesinde ve bu faaliyetin icrasında “terminoloji” konusunun göz önünde bulundurulmasında fayda görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Otomatizm; irâdîlik; fiil; cezai sorumluluk; İngiltere ve Galler ceza hukuku.

AUTOMATISM AS A STATE WHICH PREVENTS CRIMINAL LIABILITY IN ENGLAND AND WALES

Abstract

Voluntariness of the act done is a fundamental issue in the determination of criminal liability. “Voluntariness of the act” is a very broad and profound issue which is in the study field of different disciplines, and a part of this issue is related to the mental capacity of human being. In this paper, it is aimed to give an overview of the “automatism” in the criminal law of England and Wales. It is seen that “automatism” prevents criminal liability, results in an acquittal, has a narrow application field, commonly defined as a “defence”, is a topic on which various discussions have been

Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, **e-posta:** madenmehmet@yahoo.com,

ORCID ID: 0000-0003-1643-0091.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813006

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/09/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/10/2020

sebebiyle sorumlu olmamak; itham edildiğinden daha hafif bir suçtan mahkûm edilmek (“azalmış sorumluluk”⁶ dolayısıyla); itham edilen suçtan mahkûm edilmek fakat mental bozukluğun hüküm verme aşamasında dikkate alınması⁷.

*Hukuk Komisyonu*⁸, İngiltere ve Galler ceza hukukunda yer alan otomatizm kurumunu şu şekilde izah eder:

“Kişi, suç [olup olmadığı muhakeme konusu edilen vaka]⁹ anında vücudunun kontrolünden tamamıyla mahrum ise ve bu mahrumiyetin nedeni kendisinin mukaddem kusuru¹⁰ değil ise, sorumsuzluk beyanında bulunma¹¹ ve beraat etme ihtimali vardır. Bu, otomatizm savunma aracı¹² olarak anılmaktadır. Bu bir *common law* savunma aracıdır ve bütün suçlar bakımından geçerlidir.”¹³

Otomatizm, bir savunma aracı olarak dar bir uygulama alanına sahiptir ve mahkemeler, otomatizm savunma aracı bakımından çok şüpheli bir yaklaşım sergilerler¹⁴.

Otomatizm, “zihin hastalığından kaynaklanmayan”¹⁵ otomatizm ve “zihin hastalığından kaynaklanan”¹⁶ otomatizm olmak üzere ikiye ayrılmakla

⁶ (“diminished responsibility”). “Azalmış sorumluluk” olarak ifade edilen savunma aracı hakkında aşağıda “Otomatizm”in “Zihin Hastalığı” ve “Azalmış Sorumluluk” ile Karşılaştırılması” başlığı altında açıklamalar bulunmaktadır.

⁷ PADFIELD, s. 81-82.

⁸ (The Law Commission). *Hukuk Komisyonu, Hukuk Komisyonları Yasası 1965* m. 1’de yer alan hüküm uyarınca, İngiltere ve Galler hukukunun reformuna katkıda bulunmak amacıyla kurulmuştur: (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/22>) (Erişim: 8.10.2020). *Komisyon*’un internet sitesindeki bilgilere göre *Hukuk Komisyonu*, Hukuk Komisyonları Yasası 1965 ile İngiltere ve Galler hukukunu izlemek ve ihtiyaç görüldüğünde reform önerisinde bulunmak üzere kurulan bağımsız bir yapıdır. *Komisyon*’un amacı, hukukun hakkaniyetli (fair), modern; basit (simple) ve uygun maliyetli olmasını temin etmektir. <https://www.lawcom.gov.uk/> (Erişim: 3.12.2019).

⁹ Çalışmada yer alan alıntılarda kendi ifadelerimiz köşeli parantez içinde verilmiştir.

¹⁰ (fault).

¹¹ (plead not guilty).

¹² (defence). “Savunma aracı” kavramıyla ilgili olarak, aşağıda “Otomatizmin Hukukî Niteliği” başlığı altında açıklamalar bulunmaktadır.

¹³ LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 1.27.

¹⁴ ORMEROD/LAIRD, s. 64.

¹⁵ (sane/non-insane).

¹⁶ (insane).

birlikte, zihin hastalığından kaynaklanmayan otomatizm birçok zaman sadece otomatizm kelimesi ile ifade edilmektedir. Zanlının otomatizm savunma aracını ileri sürmesi durumunda, öncelikle bunun zihin hastalığından kaynaklanan otomatizm mi yoksa zihin hastalığından kaynaklanmayan otomatizm mi olduğunun belirlenmesi icap eder¹⁷. Bu çalışmanın konusunu, “zihin hastalığından kaynaklanmayan otomatizm” oluşturmaktadır ve çalışma boyunca herhangi bir tavsife tâbi tutulmadan yalın olarak yer verilen “otomatizm” kavramıyla bu durum kastedilmektedir. “Zihin hastalığından kaynaklanan otomatizm”¹⁸ ise bu çalışma boyunca kısaca “zihin hastalığı” olarak anılmıştır. Çalışmada, bu mânâda “otomatizm” ile “zihin hastalığı”nı kapsayan bir kavram olarak “geniş anlamda otomatizm” ifadesinin kullanıldığı da olmuştur.

Çalışmada, otomatizmin hukukî niteliği, koşulları, “zihin hastalığı” ve “azalmış sorumluluk” ile farklılıkları ve *Hukuk Komisyonu*’nun otomatizm konusundaki reform önerileri ele alınacaktır.

2. Otomatizmin Hukukî Niteliği

Otomatizm, yaygın bir şekilde, “savunma aracı” olarak nitelendirilmektedir¹⁹. “Savunma aracı”, hukuk muhakemesini de içine alacak şekilde, “*medenî ve cezaî tâkibatlarda zanlının/davalının lehine olarak saptandığı takdirde onu sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtaran hukukî veya olgusal bir mesele*”²⁰ olarak tanımlanmıştır. Otomatizmin yaygın bir şekilde savunma aracı olarak anılmasının sebebi olarak, meseleyi gündeme getirmek için, zanlının, normalde, otomatizmin inandırıcı²¹ delilini göstermek durumunda olması gösterilmiştir²².

Nelerin savunma aracı sayılabileceği²³ ve savunma araçlarının ne surette sınıflandırılabileceği konusunda İngiltere ve Galler ceza hukukçuları arasında

¹⁷ HEATON, s. 210. *Hukuk Komisyonu*’na göre, bu iki kurum arasındaki ilişki o kadar yakındır ki, birisi hakkındaki reform diğeri hakkındaki reforma yol açar: LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 1.29.

¹⁸ (insanity).

¹⁹ HEATON, s. 208.

²⁰ LAW/MARTIN (ed.), s. 161.

²¹ (credible).

²² HEATON, s. 208. Aşağıda ispat yüküyle ilgili açıklamalar yapılacaktır.

²³ Özellikle, bazı iddiaların savunma aracı anlamına mı yoksa suçun maddî unsurunun (*actus reus*) veya suçun mânevî unsurunun (*mens rea*) reddi anlamına mı geleceği konusunda tartışma vardır: HERRING, s. 636.

bir uzlaşma bulunmamaktadır.²⁴ Bununla birlikte, otomatizm, “zanlının mental durumuna dayanan savunma araçları”²⁵ içinde sınıflandırılabilir.

Diğer taraftan, otomatizmin, esasında bir savunma aracı olmadığı; soruşturma makamının²⁶ suçun bütün bileşenlerini ispatlayamadığı durumlardan birisi olduğu da ifade edilmiştir²⁷. Yine, otomatizmin bir savunma aracı olmadığı; suç teşkil etmeyen bir vakanın tarifi olduğu ya da mukaddem kusurun bulunması halinde bir itham metodu sağladığı²⁸ da ileri sürülmektedir: Buna göre, savunma araçları ancak unsurları tamamlanmış suçlar bakımından söz konusu olabilir; otomatizm halinde ise suçların özünde yer alan bir şart olarak, hareketin veya ihmalin irâdî olması şartı ve dolayısıyla suçun unsurları gerçekleşmemiştir²⁹.

Otomatizm beyanı³⁰, irâdîlik³¹ koşulunun gerçekleşmediğine ilişkin bir iddiadır ve zanlının otomatizm hâlinde³² fiili gerçekleştirdiği mânâsına gelir³³.

²⁴ HERRING, s. 636. Ancak *Herring*, “savunma aracı” kavramının geniş anlamıyla şunları kapsadığını ifade etmiştir: Özel savunma aracı (nefsi müdafaa veya hukukî müdafaa olarak da adlandırılmaktadır: HERRING, s. 637), zorunluluk, dövme (chastisement), rıza, mânevî cebir (duress), zorlama (coercion), tuzağa düşürme (entrapment), amirin emri, otomatizm, zihin hastalığı, azalmış sorumluluk, tahrik, yaş küçüklüğü (infancy), intoksikasyon, hata: HERRING, s. 636.

²⁵ *Herring*’in kullandığı sınıflandırma sistemi ve otomatizmin bu sınıflandırma içindeki yeri için: HERRING, s. 636. Yine, aşağıda belirtileceği üzere, otomatizmi “mental kapasitesizlikle ilgili savunma araçları” başlığı altında ele alan yaklaşım için bkz.: LOVELESS, s. 340. Otomatizmi “mental durum savunma araçları” içinde ele alan yaklaşım için bkz.: CARD, s. 595.

²⁶ (prosecution).

²⁷ HEATON, s. 208.

²⁸ CHILD/REED, s. 167, 173-174, 185.

²⁹ CHILD/REED, s. 171-172.

³⁰ (plea).

³¹ (voluntariness).

³² (automaton).

³³ ORMEROD/LAIRD, s. 64.

Ormerod ve Laird’e göre, gayriirâdilik ile iki şekilde de karşılaşmak mümkündür. Birincisi, kişinin şuur³⁴suz³⁵ olması durumudur ki bu durumun gayriirâdiliğin en açık olduğu durumlar olarak düşünülmesi mümkündür. Şuursuzluk hâlinde ya da -mesela- uyku hâlinde, kişi, ne isteğini tatbik etme³⁶ ne de hareketini kontrol etme kudretine sahiptir; böylece, vücudun hareketleri gayriirâdîdir/irade dışıdır. İkincisi, kişi şuurlu olmasına rağmen, isteğini tatbik etmesinden kaynaklanmayan organ hareketleri de ceza hukuku bakımından gayriirâdîdir; hadise, kişinin isteğine karşı ya da en azından isteği mevcut olmadan gerçekleşmiştir; kişinin hareketleri kendi kontrolü altında gerçekleşmemiştir.³⁷

Davranışın irâdiliğinin maddî unsurun mu yoksa mânevî unsurun mu bir parçası olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür³⁸.

Otomatizm, davranışın irâdî olmamasından bahisle maddî unsurla ilgili olarak; ya da zanlının ne yaptığının farkında olmaması nedeniyle davranışa ilişkin mental unsurun yokluğundan bahisle mânevî unsurla ilgili olarak görülebilir³⁹.

Otomatizmin, mânevî unsurun eksikliğinin⁴⁰ ötesinde bir iddiayı içerdiği ifade edilmiştir⁴¹. Suçun maddî unsurunun merkezinde irâdî fiil

³⁴ “[...]«şuur», içine uyanıklığı, dikkatliliği, idrâki, bilgi sahibi olmayı, muhakemeyi ve introspeksiyonu alan bir ruhî hal’dir. Şuur için yeni Türkçede teklif edilip kullanılan «**Bi-linç**» terimi de bir bakıma introspeksiyon ve bilgi sahibi olma proseslerini ifade etmektedir. Ancak, şuur sadece «<bilmek>>den ibaret olmadığı için «<bilinç>> deyimini «<şuur>> karşılığı olarak yetersiz buluyoruz. [...]”]: SONGAR, s. 22 (Vurgular orijinal metinde yer almaktadır).

³⁵ (unconscious).

³⁶ (exercise will).

³⁷ ORMEROD/LAIRD, s. 60-61.

³⁸ ORMEROD/LAIRD, s. 62-63.

³⁹ CLOUGH/JACKSON/WORTLEY, s. 2.

⁴⁰ Örneğin, *Child ve Reed*’in tercihihine göre, otomatizm, suçun mânevî unsurunun reddedilmesini ifade eder: CHILD/REED, s. 172.

⁴¹ HERRING, s. 681.

bulunmaktadır^{42, 43}. Otomatizm, irâdî fiilin mevcudiyetinin reddedilmesidir⁴⁴; nihayetinde maddî unsurun mevcudiyetinin reddedilmesidir.⁴⁵ Bunun önemi, otomatizmin, mânevî unsur gerektirmeyen⁴⁶ “katı sorumluluk”⁴⁷ suçları bakımından dahi bir savunma aracı olmasıdır⁴⁸. Yine, bu kabul, otomatizmin taksir⁴⁹le işlenen suçlar bakımından bir savunma aracı olarak kabul edilmesini sağlar.⁵⁰

3. Otomatizmin Koşulları

Otomatizmin üç koşulundan bahsedilebilir: İrâdî kontrolün tamamen kaybedilmesi; irâdî kontrolün tamamen kaybedilmesine hâricî bir etkenin neden olması; zanlının kapasitesini kaybetme konusunda kusurlu olmaması⁵¹.

Smallshire Davasında, otomatizm savunma aracının irâdî kontrolün küllî bir kaybını ifade ettiği belirtilmiştir, ancak bu duruma, kişinin öngörebilmesi⁵² makul olan bir şey neden olmaz ve bu durum kişinin kendisinin neden olduğu⁵³ bir kapasitesizlik değildir; bir “zihin marazı”⁵⁴nın neticesi de değildir.⁵⁵

⁴² ORMEROD/LAIRD, s. 59.

⁴³ *Ormerod ve Laird*, suçun maddî unsurunun bir fiili içermesi halinde zanlının bu fiili irâdî olarak gerçekleştirdiğinin ispatlanması gerektiğini belirtirler ve şu şekilde devam ederler: “Genellikle ‘irâdîlik’ koşulu olarak ifade edilse de, hukukun tam anlamıyla zanlının fiillerinin ‘şuurunda’ olup olmadığıyla mı; bu fiilleri ‘isteyip (willed)’ istemediğiyle mi yoksa bu fiillerin ‘irâdî (voluntary)’ olup olmadığıyla mı ilgilendiği konusunda bir derece karışıklık (confusion) bulunmaktadır.”: ORMEROD/LAIRD, s. 60.

⁴⁴ LAW COMMISSION, Discussion Paper para. 5.8.; bkz. Mackay, R.: *Mental Condition Defences in the Criminal Law*, Oxford, OUP, 1995, Birinci Bölüm (ch. 1)’e atf yapan: HERRING, s. 681. İrâdî hareketin mevcut olmaması yönüyle otomatizm, mutlak cebir altındaki hareketlerle aynı başlık altında yer alabilir (bkz. HEATON, s. 209; CARD, para. 15.54).

⁴⁵ LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.8; *Hill v. Baxter* [1958] 1 QB 277’ye atf yapan: HERRING, s. 681.

⁴⁶ “Katı sorumluluk” suçlarının mânevî unsurdan tamamen yoksun olmadığı hakkında: ORMEROD/LAIRD, s. 62-63 ve 68.

⁴⁷ (“strict liability”).

⁴⁸ HERRING, s. 681; LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.8.

⁴⁹ (negligence)

⁵⁰ LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.8.

⁵¹ HERRING, s. 681.

⁵² (foresee).

⁵³ (self-induced).

⁵⁴ (“disease of the mind”).

⁵⁵ *Smallshire* Davasında ([2008] EWCA Crim 3217 para. [8]) *Yargıç Andrew Smith*: LAW

Yine, İskoçya’daki *Ross v HM Advocate* Davasında (1991 SCRR 823) mahkemenin otomatizm savunma aracının varlığı için belirlediği şu dört kriter, *Lord Hughes*’e göre (*Foye* [2013] EWCA Crim 475) İngiliz otomatizm hukuku ile tam bir uyum içerisinde: Hâricî bir etken; hâricî etkene kişinin kendisinin neden olmaması; kişinin bu etkeni öngörme yükümlülüğünün⁵⁶ bulunmaması; bu etkenin kişinin yaptığı kontrol etme veya anlama⁵⁷ kabiliyetini ortadan kaldıracak biçimde “akıldan küllî bir şekilde uzaklaşması”⁵⁸na neden olması.⁵⁹ *Lord Hughes*, zikredilen *Foye* Davasında, otomatizmin zihni bakımdan hiçbir anormallik içermeyebileceğini ifade etmiştir⁶⁰.

Otomatizmin koşulları aşağıda, “irâdî kontrolün kaybı”, “hâricî etkenden kaynaklanma” ve “kişinin kusurunun bulunmaması” başlıkları altında ele alınacaktır.

3.1. İrâdî Kontrolün Kaybı

Otomatizmin tutarlı bir tanımını içtihat hukukundan belirlemenin zor olduğunu ifade eden *Hukuk Komisyonu*’na göre, otomatizmin doğru tanımının odağında, zanlının şuurulu veya şuursuz olması değil; ne yaptığı şuurunda olup olmadığı, başka bir deyişle, suç anında fiili kontrollü gerçekleştirip gerçekleştirmediği bulunmaktadır⁶¹.

Otomatizmi, “şuursuzluk hâli” yerine “zayıflamış⁶² şuuruluk hâli”yle izah etme yönünde bir görüş de vardır⁶³ Yine, bir görüşe göre, otomatizm halinde kişi fiil kabiliyetine sahip olmasına rağmen, “ne yaptığı şuurunda”

COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.3.

⁵⁶ (bound).

⁵⁷ (appreciate).

⁵⁸ (a total alienation of reason).

⁵⁹ ORMEROD/LAIRD, s. 64.

⁶⁰ ORMEROD/LAIRD, s. 65, dn. 106.

⁶¹ LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.2

⁶² (impaired).

⁶³ Kanada Yüksek Mahkemesi yargıcı *Bastarache*’in *Stone* Davasındaki yorumuna göre, eldeki davada yer alan uzman görüşü deliline göre tıbbî söylemle, “şuursuz” olmak, “yerde hareketsiz olmak” yani koma halinde bulunmak anlamına gelmektedir. Bu nedenle yargıcı *Bastarache*, otomatizmi “şuursuzluk hâli” yerine “zayıflamış şuuruluk hâli” olarak tanımlamayı tercih etmiştir. Buna göre, birey, fiil kabiliyetine sahip olmasına rağmen, bu fiil üzerinde irâdî kontrolü bulunmamaktadır: *Stone* [1992] 2 SCR 290, [156]’ya atıf yapan: LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.2, dn. 4.

değildir; “şuursuz irâdî faaliyet” söz konusudur.⁶⁴

Otomatizm, böylece, koma halinde olmak mânâsında bir şuursuzluğu gerektirmese de⁶⁵, irâdî kontrolün tamamen ortadan kalktığı durumlara ilişkindir; “şuur kaybı” ile anlatılmak istenen de budur.⁶⁶ Zayıflamış veya azalmış farkındalık bunu karşılamaz⁶⁷. Böylece, sürücünün frene basma niyetiyle gaza basması otomatizm içerisinde gerçekleşen bir hareket değildir; sürücü bir anlamda ne yaptığının şuurunda olmamasına rağmen, gerekli mânâda bir şuur kaybı söz konusu değildir.⁶⁸ Zira kişi şuurлуysa ve fizikî hareket irâdîyse, bu hareket “meram edilmeden⁶⁹” yanlış yönlendirilmiş olsa bile, kişinin sonuçlarından sorumlu olması muhtemeldir⁷⁰.

“İrâdî kontrolün küllî kaybı” kriterinin, *Broome v Perkins* Davasında ([1987] Crim LR 271, DC) olduğu gibi, taşıt kullanma suçları bakımından eskiden beri istikrarlı şekilde uygulandığı ancak diğer suçlar bakımından mahkemelerin bu kadar katı bir yaklaşımı eskiden beri bu kadar istikrarlı olarak benimsememiş oldukları anlaşılmaktadır.⁷¹

*Card, 1992 tarihli ve 2 Numaralı Başsavcılık Havalesi*⁷²nde, Temyiz Mahkemesi'nin hükümlerde bulunan bir uyuşmazlığı karara bağladığını⁷³ ifade etmektedir⁷⁴: Hükümler dengesine bakıldığında, bu karardan önce

⁶⁴ Lordlar Kamarası Başkanı *Viscount Kilmuir*'in *Bratty v A-G for Northern Ireland* [1963] AC 386, 401'de yer alan önerisine atıf yapan: LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.2 ve ORMEROD/LAIRD, s. 61, dn. 74.

⁶⁵ *Coley* Davasına [2013] EWCA Crim 223 [23] atıf yapan: CARD, para. 15.56.

⁶⁶ *A-G's Reference (No 2 of 1992)* [1994] QB 91, CA'ya ve *Coley* [2013] EWCA Crim 223'e atıf yapan: CARD, para. 15.56.

⁶⁷ CARD, para. 15.56.

⁶⁸ *A-G's Reference (No 4 of 2000)* [2001] EWCA Crim 780'e atıf yapan: CARD, para. 15.56, dn. 190.

⁶⁹ (unintentionally).

⁷⁰ ORMEROD/LAIRD, s. 61.

⁷¹ ORMEROD/LAIRD, s. 64; LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.22-5.32. Ancak, *Ormerod* ve *Laird*, Temyiz Mahkemesi'nin otomatizm için “irâdî kontrolün tamamen kaybı” şartını tasdik ettiği ve kasten öldürmeye teşebbüsten mahkûmiyetle sonuçlanan *Coley* ([2013] EWCA Crim 223) Davasının, asıl olarak karayolu trafik suçları bağlamında gelişmiş olan ilkenin daha genel olarak ceza hukukunun tamamını kapsadığını gösterdiği kanaatindedirler: ORMEROD/LAIRD, s. 65.

⁷² *A-G's Reference (No 2 of 1992)* [1994] QB 91, CA.

⁷³ (resolve).

⁷⁴ Bkz. CARD, para. 15.56.

ağırlık, kişinin fiili üzerinde biraz kontrol sağlamış olmasına rağmen etkili kontrolden mahrum olacağı ölçüde şuurunun zayıflamış olması durumunda hukuken otomatizm hâlinde sayılması yönündedir⁷⁵ -ancak *Broome v Perkins* Davası’nda ((1987) 85 Cr App R 321, DC) bu hükmün tersine karar verilmiştir⁷⁶. Temyiz Mahkemesi, dava konusu olayla ilgili olarak, *Broome v Perkins*’e ve benzer davalara dayanarak, otomatizm için, irâdî kontrolün tamamen ortadan kalkmış olması gerektiğine; kontrolün zayıflamış olmasının yeterli olmadığına karar vermiştir⁷⁷. *Lord Taylor*, bu davada, “zayıflamış, azalmış veya kısmî kontrolün” otomatizm savunma aracı için yeterli olmadığını ifade etmiştir.⁷⁸ Hem belirtilen *Başsavcılık Havalesi*’nin hem de *Broome v Perkins* Davasının karayolu trafik suçlarıyla ilgili olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Mahkemelerin, otomatizmi oluşturan gayriirâdiliğin derecesine ilişkin böyle katı bir yaklaşımı benimsemesinde, özellikle karayolu trafik suçlarıyla ilgili olarak, izlenen politikanın bir rolü olduğu⁷⁹ görüşü izhar edilmiştir. Aşağıda belirtileceği üzere⁸⁰, *Taslak Ceza Kodu*’nun 33 (1) (a) maddesinde “fiilin etkili kontrolünden mahrum bırakan bir durum” kriteri önerilmiştir. *Ashworth*, bu kriterin, mahkemelere zanlının tam beraate uygunluğunu değerlendirme ve bu konuda karar verme yetkisi sağlamaya uygun olduğunu ifade eder⁸¹.

⁷⁵ *Charlson* [1955] 1 All ER 859, *Kemp* [1957] 1 QB 399, *Quick* [1973] QB 910, CA ve *Burgess* [1991] 2 QB 92, CA’ya atf yapan: CARD, para. 15.56.

⁷⁶ CARD, para. 15.56 ve s. 627, dn. 193. Yine, *Isitt* Davasında ((1977) 67 Cr App R 44, CA), histerik amnezi veya histerik flij sonucunda zanlı “hukukî sınırlamaların veya moral kaygıların (concern)” farkında olmasa bile, eğer itham edilen suç oluşturulan vâkaları biliyorsa savunma aracının mevcut olmadığına karar verilmiştir: HEATON, s. 209. Bu karara göre, zanlı, zihni “en üst seviye”de (top gear) olmadığı için moral inhibisyonların farkında olmasa da bir amaca yönelik olarak hareket ettiyse savunma aracı mevcut değildir: CARD, para. 15.56, dn. 193.

⁷⁷ CARD, para. 15.56.

⁷⁸ *A-G’s Reference (No 2 of 1992)* [1994] QB 91, [1994] Criminal Law Review 692’ye atf yapan: LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.23.

⁷⁹ ORMEROD/LAIRD, s. 64; bkz. LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.31.

⁸⁰ Bkz. aşağıda “Otomatizm Konusunda *Hukuk Komisyonu*’nun Reform Önerileri” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁸¹ ASHWORTH, s. 89. *Yazara* göre, *Hukuk Komisyonu*’nun *Taslak Ceza Kodu*’ndaki formülasyonunun avantajı, sıra dışı davaların özel olguları hakkında hassasiyete imkân sağlaması iken; dezavantajı, mahkemelere bırakılan, konuyla ilgisi olmayan telakkilerini kararlarına dâhil etme özgürlüğünde bulunmaktadır: ASHWORTH, s. 89-90.

Coley Davasında, *Lord Yargıç Hughes*, “gayriirâdî”nin “irrasyonel”den farklı olduğunu; gerçekte bundan net biçimde ayırt edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸² İrâdî kontrolün tamamen kaybı koşulu, otomatizm savunma aracı bakımından ağır bir sınırlama teşkil etmektedir⁸³:

“Zayıflamış veya azalmış farkındalığın yeterli gelmemesinin oldukça ötesine geçerek, [bu] gereklilik, örneğin, bazılarının, kişinin gerçeklikten kopmasını şuurulu fiilin eksikliği olarak nitelendirmesi muhtemel bir durum olan, kişinin zihninin sanrılar veya halüsinasyonlar tarafından etkilenmiş olmasının [da] yetersizliği anlamına gelmektedir”⁸⁴.

Böyle bir durumda, fiiller “irrasyonel” sayılsa da, “gayriirâdî” sayılması için yeterli koşullar oluşmaz⁸⁵. Disinhibisyon, yani, -örneğin toplumsal âdetlerin ihlâli veya dürtüsellikle dışavuran- kendini zapt etme eksikliği de bu şekildedir⁸⁶.

Otomatizm, -örneğin psikopatik bozukluk sonucu gerçekleşen- karşı konulmaz bir dürtünün ya da manevî cebirin etkisi altında gerçekleştirilen fiilleri kapsamaz⁸⁷. Karşı konulmaz bir dürtünün etkisi altında gerçekleştirilen fiiller “gayriirâdî fiil” sayılmamaktadır çünkü kişinin, hareketini zorlayan dürtüyü kontrol edememesi ihtimal dâhilinde olsa da fiilin kendisinin gerçekleştirilmesi kişinin kontrolü dışında değildir⁸⁸. Bu durum, aşağıda ele alınacak olan diğer bir savunma aracı olan “azalmış sorumluluğa” sebebiyet verebilir⁸⁹. “Gayriirâdî davranış”a verilen dar mânâ, bu ifadenin “manevî cebir” altında (bir fiilin gerçekleştirilmemesi halinde fizikî güç *tehdidinin* mevcut olması durumunda) gerçekleştirilen fiilleri kapsamasını da engellemektedir⁹⁰.

⁸² ENGLAND and WALES COURT of APPEAL (CRIMINAL DIVISION): *Coley & Ors v R* [2013] EWCA Crim 223, [22]: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2013/223.html> (Erişim: 03.05.2020).

⁸³ CARD, para. 15.56.

⁸⁴ CARD, para. 15.56.

⁸⁵ *Coley* [2013] EWCA Crim 223 [22] ve [23]’e atf yapan: CARD, para. 15.56.

⁸⁶ *McGhee* [2013] EWCA Crim 223 [46]’ya atf yapan: CARD, para. 15.56.

⁸⁷ HEATON, s. 209.

⁸⁸ *Lord Denning*’in *Bratty v A-G for Northern Ireland* [1963] AC 386, 409’deki görüşüne atf yapan: CARD, para. 15.57.

⁸⁹ HEATON, s. 209.

⁹⁰ Edwards ‘Automatism and Criminal Responsibility’ (1958) 21 MLR 375, 381’e atf yapan: CARD, para. 15.58.

“Mânevî cebir” durumu da otomatizm dışında başkaca bir savunma aracını oluşturmaktadır⁹¹.

Mahkemelerin, otomatizm savunma aracının kapsamını belirleme uğraşında bazen “şuurluluk” ile “irâdîlik” konusunu karıştırmalarına rağmen, otomatizmin mânevî⁹² değil fizikî gayriirâdîlikle ilgili olduğu noktasında açık ve tutarlı olageldikleri⁹³ ifade edilmiştir.

3.2. Hâricî Etkenden Kaynaklanma

Yukarıda belirtildiği üzere, otomatizmin bir savunma aracı olarak kabul edilmesinin koşullarından birisi de bu durumun hâricî etkenden kaynaklanmasıdır. Bu koşul, aşağıda, otomatizm ile zihin hastalığı karşılaştırılırken ele alınacaktır.

3.3. Kişinin Kusurunun Bulunmaması

Kişinin kendisinin neden olduğu otomatizmin bir savunma aracı olarak kabul edilip edilmeyeceğiyle ilgili olarak, “özel/muayyen kast”⁹⁴ suçları ile “temel kast”⁹⁵ suçları arasında ayırım yapılmaktadır.

Quick Davasında ([1973] QB 910) *Lord Yargıç Lawton*, şu düşünceleri onaylayarak aktarır⁹⁶: Otomatizmin bir ithama karşı savunma aracı olarak kabul edilebilmesi için, “bir kimsenin, kendisinin halka karşı tehlikeli olacak şekilde gayriirâdî fiil gerçekleştirmesini önleyecek makul tedbirleri⁹⁷ alması” gerekir; otomatizme, “kişinin öngörememesi makul olan bir etken neden olmalıdır, kendisinin neden olduğu bir kapasitesizlik neden olmamalıdır”. Yine, *Coley* Davasında ([2013] EWCA Crim 223 [24]) *Lord Yargıç Hughes*, otomatizmin, “kendi kusuruyla akut bir gayriirâdî davranış durumuna neden olan zanlı” bakımından uygun bir savunma aracı olmadığını ifade etmiştir⁹⁸.

⁹¹ HEATON, s. 209.

⁹² (moral).

⁹³ ORMEROD/LAIRD, s. 67.

⁹⁴ (“specific intent”).

⁹⁵ (“basic intent”).

⁹⁶ CHILD/REED, s. 168.

⁹⁷ (steps).

⁹⁸ <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2013/223.html> (Erişim: 24.04.2020); CHILD/REED, s. 168.

Bailey Davasında (1983), Temyiz Mahkemesi, kişinin kendisinin neden olduğu otomatizmin “özel/muayyen kast” suçları için bir savunma aracı olabileceğini çünkü suç için gerekli olan özel/muayyen kasta mâni olabileceğini⁹⁹ ifade etmiştir¹⁰⁰. Kişinin kendisinin neden olduğu otomatizm, “özel/muayyen kast” suçları dışında, bu durumun kişinin irâdî olarak alkol veya (reçeteye uygun olarak alınan durumlar dışında) tehlikeli ilaç tüketiminin ya da “aldırmazlığının”¹⁰¹ neticesi olması durumunda, bir savunma aracı olarak kabul edilmemektedir¹⁰². Saldırı¹⁰³ vakalarında¹⁰⁴, kişinin, fiilinin (örneğin diyabet hastasının insülin almasına rağmen bir şey yememesi) kendisini saldırgan, öngörülemez veya kontrol dışı yapması ihtimali riskinin farkında olması¹⁰⁵ durumunda “aldırmaz” olduğu kabul edilir¹⁰⁶.

Zanlının, bir “özel/muayyen kast” suçu için gerekli olan mânevî unsura otomatizm nedeniyle sahip olmaması halinde; otomatizmin ortaya çıkışı nasıl olursa olsun beraat etmesi gerekir¹⁰⁷. *Heaton*, buna istisna olarak, zanlının otomatizmden önce uygun mânevî unsuru oluşturduğu ve suçu bu durumdayken işlemeyi umarak kendisini otomatizm durumuna bilerek soktuğu durumu göstermektedir¹⁰⁸.

4. “Otomatizm”in “Zihin Hastalığı” ve “Azalmış Sorumluluk” ile Karşılaştırılması

4.1. Genel Olarak

Zihin hastalığı ile otomatizmin ve azalmış sorumluluğun “mental kapasitesizlikle ilgili savunma araçları”¹⁰⁹ ya da “zanlının mental durumuna

⁹⁹ (negative).

¹⁰⁰ CLOUGH/JACKSON/WORTLEY, s. 78.

¹⁰¹ (“recklessness”).

¹⁰² CLOUGH/JACKSON/WORTLEY, s. 78; bkz. aynı yerde *Bailey* (1983) Davasından yapılan alıntı.

¹⁰³ (assault).

¹⁰⁴ HEATON, s. 214.

¹⁰⁵ (recognise).

¹⁰⁶ CLOUGH/JACKSON/WORTLEY, s. 78; bkz. aynı yerde *Bailey* Davasından (1983) yapılan alıntı; bkz. HEATON, s. 214. Buradaki aldırmazlığın kapsamı hakkındaki açıklamalar için: HEATON, s. 214.

¹⁰⁷ HEATON, s. 211.

¹⁰⁸ HEATON, s. 211.

¹⁰⁹ LOVELESS, s. 340.

dayanan savunma araçları”¹¹⁰ başlığı altında toplanması mümkündür.

Zihin hastalığı ile otomatizm arasındaki ilişki o kadar yakındır ki, zihin hastalığı kimi zaman “zihin hastalığından kaynaklanan otomatizm”, otomatizm ise kimi zaman “zihin hastalığından kaynaklanmayan otomatizm” olarak adlandırılmaktadır.¹¹¹

“Zihin hastalığı” savunma aracının konumuzla ilgili genel özellikleri şu şekildedir.¹¹² “Zihin hastalığı”, bütün suçlar bakımından geçerli olan bir savunma aracıdır. İspat yükü, zanlının üzerindedir. Dâhilî bir nedenden (“zihin marazı”ndan) kaynaklanır. Zihin hastalığı sebebiyle verilen karar, “zihin hastalığı sebebiyle sorumlu olmadığı”dır. “Süresi belirsiz alıkoyma”dan “tam serbest bırakma”ya kadar bir kararla sonuçlanması mümkündür.

Loveless’a göre, otomatizmin varlığı, irâdîliğin yani bir suç fiilinin temel ön şartlarından birisinin mevcut olmaması anlamına gelir, “zihin hastalığı” ise ya suçun maddî unsurunun ya da suçun mânevî unsurunun temelini etkiler.¹¹³

“Azalmış sorumluluk” olarak adlandırılan savunma aracının konumuzla ilgili genel özellikleri ise şu şekildedir.¹¹⁴ Sadece kasten öldürme suçu¹¹⁵ bakımından kabul edilen bir savunma aracıdır. İspat yükü zanlının üzerindedir. Dâhilî bir nedenden (mental işleyiş anormalliği) kaynaklanır. Neticesinde, irâdî olarak ölüme sebebiyet verme suçu¹¹⁶ndan mahkûmiyet verilir. “Takdirî ömür boyu ceza hükmü”nden “tam serbest bırakma”ya kadar bir kararla sonuçlanması mümkündür.

Zihin hastalığı ve azalmış sorumluluk ile karşılaştırıldığında, otomatizm hakkında genel olarak şunları söylemek mümkündür.¹¹⁷ Otomatizm, bütün suçlar bakımından geçerli olan bir savunma aracıdır. İspat yükü, soruşturma makamının üzerindedir. Hâricî bir nedenden (örneğin beyin sarsıntısı) kaynaklanır. Beraatle sonuçlanır.

¹¹⁰ HERRING, s. 636.

¹¹¹ Bkz. LOVELESS, s. 339.

¹¹² Bkz. LOVELESS, s. 339-340.

¹¹³ LOVELESS, s. 339.

¹¹⁴ Bkz. LOVELESS, s. 339-340.

¹¹⁵ (murder).

¹¹⁶ (voluntary manslaughter).

¹¹⁷ Bkz. LOVELESS, s. 339-340.

*Hukuk Komisyonu*¹¹⁸, yukarıda yer verilen “kontrolün küllî kaybı”yla alâkalı “dar yaklaşım”la ilgili olarak, kontrol kaybının derecesi bakımından “otomatizm” ile “zihin hastalığı” arasında bulunan önemli farklılığa bir problem olarak işaret etmiştir. Bu durum, farklı türde kapasitelerin söz konusu olmasının bir sonucudur. Zihin hastalığı için, ilgili kapasite kaybı şu iki şekilden birine girmelidir: Zanlı, ya fiilinin mahiyetini¹¹⁹ ve niteliğini¹²⁰ bilmemektedir ya da bunları bilmekle birlikte fiilinin haksız¹²¹ olduğunu bilmemektedir¹²². Bir zanlının, bu kapasitelerden mahrum olmasına rağmen, hareketleri üzerinde bir derece kontrol icra etmeye devam etmesi halinde zihin hastalığı savunma aracına dayanma yetkisi olur. Diğer taraftan, aynı kapasite mahrumiyeti ile otomatizme dayanma yetkisi olmaz.

4.2. Hâricî/Dâhilî Etkenden Kaynaklanma Bakımından Karşılaştırma

Yukarıda belirtildiği üzere, otomatizmin hâricî, zihin hastalığının ise dâhilî nedene bağlı olduğu ifade edilmektedir.¹²³ “Geniş anlamda otomatizm”in birden fazla nedeni varsa, “zihin hastalığı” ve “otomatizm” bakımından, baskın nedenin dâhilî mi yoksa hâricî mi olduğunun tespit edilmesi gerekir.¹²⁴

Otomatizm, örneğin, beyin sarsıntısı, hipnotik trans veya hipoglisemik episod hallerinde gündeme gelebilir¹²⁵. Mesela, taşıt kullanma¹²⁶ davalarında, bu davalar içinde de özellikle diyabet hastası zanlıların hipoglisemi içinde bulunmuş olduklarını iddia etmeleri durumunda otomatizm gündeme gelebilir¹²⁷.

Hâricî etken için, ağır bir şoka neden olan travmatik bir olay, mesela travma sonrası stres bozukluğu örnek verilebilir¹²⁸. Başına sert bir cisimle

¹¹⁸ LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.30.

¹¹⁹ (nature).

¹²⁰ (quality).

¹²¹ (wrong).

¹²² Bkz. ayrıca: HEATON, s. 206.

¹²³ LOVELESS, s. 339.

¹²⁴ CARD, para. 15.66.

¹²⁵ CLOUGH/JACKSON/WORTLEY, s. 76.

¹²⁶ (driving).

¹²⁷ ORMEROD/LAIRD, s. 64.

¹²⁸ CLOUGH/JACKSON/WORTLEY, s. 76-77.

vurulan bir kimsenin yaptıkları hakkındaki farkındalığını tamamen yitirerek başka bir kimseyi yaralaması¹²⁹ durumunda da otomatizm iddiası gündeme gelebilir¹³⁰. Bir savunma aracı olarak otomatizmin gündeme gelebileceği durumlara örnek olarak, anestetik veya başka ilaç/madde uygulaması da gösterilebilir¹³¹.

Buna karşılık; beyin tümörü, atardamar sertleşmesi¹³², epilepsi veya diyabet hastalığının neden olduğu otomatizm, “zihin marazı”ndan kaynaklanmaktadır; böylece, “zihin hastalığından kaynaklanan otomatizm” yani “zihin hastalığı” kapsamında tartışılabilir¹³³.

Aşağıda açıklanacağı gibi, diyabet ile ilgili olarak, hiperglisemik durumlarda zihin hastalığı, hipoglisemik durumlarda ise otomatizm değerlendirmesi yapılabilmektedir. Yine, uyku halinde yapılan hareketlerin zihin hastalığından kaynaklanmayan otomatizm içinde değerlendirildiği bazı davalar olmuştur ancak sonrasında, bunların “zihin marazı”nın ürünü olduğu kabul edilmekte ve böylece “zihin hastalığı” içinde değerlendirilmektedir¹³⁴.¹³⁵

“Zihin hastalığı” ile “otomatizm” arasında yapılan tefrik uzun süredir kuvvetli tenkite tabi tutulmuştur¹³⁶.

¹²⁹ (injure).

¹³⁰ HERRING, s. 681.

¹³¹ ORMEROD/LAIRD, s. 65.

¹³² (arteriosclerosis).

¹³³ ORMEROD/LAIRD, s. 65.

¹³⁴ ORMEROD/LAIRD, s. 65.

¹³⁵ Eski bir davada (*Bratty* (1963)), *Lord Denning*’in görüşüne göre, otomatizmin kapsamına giren hareketler; spazm, refleks hareketi veya konvülsiyon gibi, kasların zihnin kontrolü olmaksızın yaptığı hareketler ve beyin sarsıntısı veya uyurgezerlik sırasında yapılan hareketler gibi, ne yaptığının şuurunda olmayan bir kişinin yaptığı hareketlerdir: CLOUGH/JACKSON/WORTLEY, s. 76. *Burgess* Davasında (1991) ise, uyurgezerlik, Temyiz Mahkemesi tarafından, hâricî nedenin eksikliği nedeniyle “zihin hastalığı” olarak kabul edilmiştir: CLOUGH/JACKSON/WORTLEY, s. 74,76. Belirtmek gerekir ki, *Clough/Jackson/Wortley*, insanların bir şeye tepki olarak kontrolleri dışında gerçekleşen spontane refleks hareketlerinin birazcık farklı olduğunu ancak buna rağmen bazen otomatizmin bir şekli olarak tasnif edildiğini ve bunun klasik örneğinin *Hill v Baxter* Davasında (1958) olduğu gibi taşıt kullanırken bir arı sürüsü tarafından sokulan kişinin taşıtın kontrolünü kaybetmesi olduğunu ifade etmektedirler: CLOUGH/JACKSON/WORTLEY, s. 3.

¹³⁶ ORMEROD/LAIRD, s. 66. *Common Law*daki otomatizm hukuku, özellikle, zihin hastalığı ile otomatizmi ayırmada başvurulmuş dâhilî/hâricî etken kriteri hakkındaki eleştiri için bkz. örn.: KHAN.

Temyiz Mahkemesi, *Coley* Davasında ([2013] EWCA Crim 223) hâricî ve dâhilî etkenler arasındaki ayrımın “sınır bakımından görünüşte garip sonuçlara” yol açabileceğini kabul etmiş ancak mahkeme için bu ayrımın bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir¹³⁷. Yine, bir görüşe göre, “otomatizm” neticesinde kişinin beraat etmesi, “zihin hastalığı” neticesinde ise “zihin hastalığı sebebiyle sorumlu olmadığı” kararının verilmesi şeklindeki ayrım, hukukun, otomatizmi dâhilî/hâricî nedene dayanma temelinde “zihin hastalığından kaynaklanmayan” veya “zihin hastalığından kaynaklanan” şeklinde sınıflandırmasının tatmin edici olmayan tutarsız mahiyetine dikkat çeker¹³⁸.

Hukuk Komisyonu, zihin hastalığından kaynaklanan ve kaynaklanmayan otomatizmler arasında kurulan ilişkinin/bağlantının zorluklara neden olduğunu ifade etmiştir¹³⁹. Yine, bu ikisi arasında “çizilen sınırın asla tıbben anlam ifade edemeyeceği”; ve bu sınırın “bazı kimselerin tam bir beraatine imkân tanırken diğerlerini suçtan sorumluluğunu kabul etmeye¹⁴⁰ veya bir “özel karar”¹⁴¹ın riskini almaya zorladığı” belirtilmiştir¹⁴².

Dâhilî ve hâricî nedenler şeklinde kabul edilen ikili ayrımın problemleri ve zaman zaman değişken¹⁴³ olageldiği; şöyle ki, bu ayrımın fizikî bozukluklar ile mental bozukluklar arasında sınıflandırmaya ilişkin uygun bir ayrım yapamadığı ve her iki etkenin örneğin uyurgezerlik veya hipnozla ilişkili olarak eşzamanlı olarak etkin olabileceği¹⁴⁴ ifade edilmiştir. Yine, özellikle diyabetin dâhilî bir etken olarak görülmesine karşın insülin uygulanmasının hâricî olarak görülmesinde olduğu gibi, zanlılar, benzer şekilde gayriirâdî tarzda hareket etmelerine rağmen farklı bir kategoriye sokulabileceklerdir¹⁴⁵.

¹³⁷ ORMEROD/LAIRD, s. 65, dn. 109.

¹³⁸ ORMEROD/LAIRD, s. 66, dn. 115.

¹³⁹ LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 3.17.

¹⁴⁰ (plead guilty).

¹⁴¹ (special verdict).

¹⁴² William Wilson, Irshaad Ibrahim, Peter Fenwick and Richard Marks, ‘Violence, Sleepwalking and the Criminal Law (2) The Legal Aspects’ [2005] Criminal Law Review 614, s. 617’den aktaran: CHILD/REED, s. 169, dn. 12.

¹⁴³ (capricious).

¹⁴⁴ CHILD/REED, s. 169.

¹⁴⁵ CHILD/REED, s. 169. *Ashworth*, “her iki durum da diyabet gibi ortak bir hâlde çok yakın biçimde ilişkili iken, hipoglisemik durumların otomatizm, hiperglisemik durumların ise zihin hastalığı olarak sınıflandırılmasının bir mânâsının olamayacağı”nı ifade etmiştir: ASH-

Ayrıca, bambaşka çözülmeli durumların¹⁴⁶ doğru izâfesi hususunda da problemler çıkmıştır¹⁴⁷.

T Davasında ([1990] Crim LR 256), zanlının, tecavüz¹⁴⁸ nedeniyle travma sonrası stres bozukluğundan kaynaklanan otomatizm savunması bir Kraliyet Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir; Mahkeme, tecavüzün, meseleyi zihin hastalığı yerine otomatizm içerisine sokmaya yeterli bir hâricî neden teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁴⁹.

Hukuk Komisyonu, “otomatizm” ile “zihin hastalığı” arasında hâricî/dâhilî etkenden kaynaklanma bakımından yapılan bu ayrımaya uymayacak bir örneğe dikkat çeker¹⁵⁰: *Komisyon*’a göre; vücuttaki “zihin marazı” teşkil etmeyen dâhilî bir arızadan¹⁵¹ kaynaklanan bir durumda (örneğin, taşıt kullanan bir kişinin bacağına tamamen dâhilî etkenden kaynaklanan bir kramp neticesinde gaza basarak arabayı çarpması durumunda), kişinin kontrolü kaybetmekteki kusursuzluğu da değerlendirilerek, söz konusu olacak savunma “zihin hastalığı” değil, “otomatizm” olmalıdır.

4.3. Hüküm ve İspat Yükü Bakımından Karşılaştırma

Otomatizm, bir “tam¹⁵² savunma aracı”dır¹⁵³. “Zihin hastalığı”nın neticesi ise, teknik bir jüri kararı olan “zihin hastalığı sebebiyle sorumlu olmadığı”dır; ancak bu kararı “gözetim emri” veya “hastanede tedavi emri” takip edebilir¹⁵⁴. Diğer bir anlatımla, zanlı, -zihin hastalığından kaynaklanmayan- otomatizm halinde olması durumunda beraat eder; “zihin marazı nedeniyle muhakeme¹⁵⁵ özrü” var ise, *M’Naghten Kuralları* uygulanır ve “ithama dayalı yargılama”¹⁵⁶ söz konusuysa “zihin hastalığı sebebiyle sorumlu olmadığı”na karar verilir ve

WORTH, s. 94. Yine, bkz. aşağıda *Khan*’ın bu konuya temas eden eleştirisi.

¹⁴⁶ (dissociative states).

¹⁴⁷ CHILD/REED, s. 169.

¹⁴⁸ (rape).

¹⁴⁹ ASHWORTH, s. 92; bkz. HEATON, s. 208.

¹⁵⁰ LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 5.13-5.15.

¹⁵¹ (malfunctioning).

¹⁵² (complete).

¹⁵³ LOVELESS, s. 339.

¹⁵⁴ LOVELESS, s. 339.

¹⁵⁵ (reason).

¹⁵⁶ (trial on indictment).

hakkında *Ceza Usul (Zihin hastalığı) Yasası 1964*'ün 5'inci maddesine göre bir emir verilir¹⁵⁷.

“Azalmış sorumluluk”, *mental işleyiş anormalliği* altındaki zanlının işlemeyi *kastlediği* bir “kasten öldürme suçu” bakımından moral sorumluluk eksikliğiyle ilgilidir¹⁵⁸. Bu durumda zanlı, suçun mânevî unsuruna sahiptir¹⁵⁹. “Azalmış sorumluluk”, bir “kısmî savunma aracı”dır ve bunun neticesinde “ölüme sebebiyet verme suçu”ndan mahkûmiyet verilir¹⁶⁰. Azalmış sorumluluğun tanımı (*Cinayet*¹⁶¹ *Yasası 1957*, m. 2), “zihin hastalığı”nı ve diğer mental bozuklukları kapsayacak kadar geniştir¹⁶².

Sadece iki tür savunma aracı (“zihin hastalığı” ve “azalmış sorumluluk”) zanlıya hukukî ispat yükü yüklemektedir¹⁶³.

Zanlının, otomatizm ihtimalini gösteren inandırıcı delil göstermesi¹⁶⁴, diğer bir anlatımla, otomatizm için esaslı¹⁶⁵ bir temel ortaya koyması¹⁶⁶ halinde, tersi bakımından jüriyi “makul şüphenin ötesinde” ölçütüne uygun olarak ikna etme yükü soruşturma makamının üzerindedir¹⁶⁷. Otomatizm için esaslı bir temel, kendisinden, fiilin gayriirâdî olduğunun çıkarılması makul olan delil sunmakla ortaya konulabilir¹⁶⁸. Bu mahiyette bir temelin ortaya konulmuş olup olmadığı, hukukî bir sorundur¹⁶⁹. Soruşturma makamı otomatizmin mevcut olmadığını ispat edemez ise, zanlı beraat eder ve “özel

¹⁵⁷ CARD, s. 629.

¹⁵⁸ LOVELESS, s. 339 (Vurgular orijinal metinde yer almaktadır).

¹⁵⁹ LOVELESS, s. 339.

¹⁶⁰ LOVELESS, s. 339.

¹⁶¹ (Homicide).

¹⁶² LOVELESS, s. 339.

¹⁶³ LOVELESS, s. 336.

¹⁶⁴ HERRING, s. 681, dn. 147. Bu konuda bkz. *Bratty v A-G for Northern Ireland* [1963] AC 386, HL ile *Stripp* (1978) 69 Cr App R 318, CA ve *Pullen* [1991] Crim LR 457, CA'ya atf yapan ve *C* [2007] EWCA Crim 1862'ye bakılmasını öneren: CARD, s. 631.

¹⁶⁵ (proper).

¹⁶⁶ ORMEROD/LAIRD, s. 65-66.

¹⁶⁷ ORMEROD/LAIRD, s. 65-66; HERRING, s. 681, dn. 147. Bu konuda *Woolmington's Davasında* belirtilen genel ilkelere atf yapan: CARD, para. 15.67.

¹⁶⁸ ORMEROD/LAIRD, s. 66.

¹⁶⁹ ORMEROD/LAIRD, s. 66.

karar” söz konusu değildir¹⁷⁰.

Zanlının otomatizmin delilini gösterme yükü altında olmasının sebebi olarak, herkesin, suçlarından sorumlu olabilecek yeterli mental kapasiteye sahip olduğu yönündeki aksi ispat edilebilir hukukî varsayım gösterilmektedir; öyle ki, soruşturma makamı her davada kapasitenin mevcut olduğuna ilişkin delil göstermek durumunda olsaydı, konumu tahammül edilemez olurdu.¹⁷¹ İleri sürülen kapasitesizliğinin özelliğini belirtmek zanlıya kalmıştır; bunun için, genel anlamda, sadece “kendimden geçmişim” veya “ne olduğunu hatırlayamıyorum” ifadesi tamamen yetersiz olacaktır¹⁷² ve zanlının delili tıbbî delille desteklenmediği sürece çok nadiren yeterli olacaktır.¹⁷³

“Zihin hastalığı” bakımından ise, zanlı hem ikna edici ispat yükü hem de delil gösterme yükü altındadır¹⁷⁴. “Zihin hastalığı” savunma aracını ileri süren zanlı, jüriyi “ihtimaller dengesinin üzerinde”¹⁷⁵ standardını sağlayacak şekilde ikna etmelidir¹⁷⁶.

“Zihin hastalığı” bakımından, zanlının bir “zihin marazı” bulunup bulunmadığı, tıp tanıkları tarafından karara bağlanacak tıbbî bir mesele değildir; yargıcın önündeki hukukî bir meseledir¹⁷⁷. “Zihin marazı” ibaresi geniş bir anlama sahiptir; zihnî arızaya neden olan mental veya fizikî herhangi bir “dâhilî etken” hukukta “zihin marazı” sayılır¹⁷⁸.

“Zihin hastalığı”na ve otomatizme dair hukukun gelişimi göz önüne alındığında, birçok vaka, genel veya tıbbî tabirle bu şekilde betimlenmese

¹⁷⁰ LAW COMMISSION, Discussion Paper, para. 1.28.

¹⁷¹ CARD, para. 15.67.

¹⁷² *Cook v Atchison* [1968] Crim LR 266, DC’ye atf yapan: CARD, s. 631.

¹⁷³ *Lord Denning*’in *Bratty v A-G for Northern Ireland* [1963] AC 386, 413’teki görüşüne ve *Moses v Winder* [1981] RTR 37, DC’ye atf yapan: CARD, s. 631. *De Boise* ([2014] EWCA Crim 121) Davasında Temyiz Mahkemesi, zanlı tarafından yönlendirilen uzman kişinin hipoglisemi ihtimali bulunduğunu belirtmesini yeterli bulmamıştır. *Lord Yargıç Elias*, mahkemenin kesinlik arayışında olmadığını ancak sadece bir ihtimalden daha fazlasının da şart olduğunu ifade etmiştir: ORMEROD/LAIRD, s. 66, dn. 111.

¹⁷⁴ CARD, para. 15.67.

¹⁷⁵ (“on the balance of probabilities”).

¹⁷⁶ ORMEROD/LAIRD, s. 65.

¹⁷⁷ CARD, para. 15.63; ayrıca bkz. para. 15.25; ORMEROD/LAIRD, s. 65.

¹⁷⁸ ORMEROD/LAIRD, s. 65.

de hukuken “zihin hastalığı” sayılmaktadır¹⁷⁹. *Burgess* Davası ([1991] 2 QB 92, CA; para. 15.30), bunun uç bir örneği olarak gösterilmiştir: Bu davada Temyiz Mahkemesi, tartışma konusu olan uyurgezerliğin dâhil bir nedenden kaynaklanması nedeniyle “zihin hastalığı” teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁸⁰.

“Zihin hastalığı” ile “otomatizm” arasında yapılan tefrik bakımından şu düşüncenin aktarılmasında fayda vardır:

“[...] İngiliz hukuku, suçun manevî unsuruna sahip olmasa da başkaları bakımından tehlike potansiyeline sebebiyet veren bir duruma sahip olan zanlılarla ilgilenme konusunda tatmin edici bir metot sağlayana kadar, bu konuyla ilgili yürürlükteki hukukun yargıca hem kamunun korunması hem de zanlıya yardım ve destek için bir emir verme yetkisi vermesi sebebiyle geçerli sebebi olduğu ifade edilebilir.”¹⁸¹

Diğer taraftan, “zihin hastalığından kaynaklanmayan” ve “zihin hastalığından kaynaklanan” şeklinde ayırımın yer aldığı *common law* otomatizm yaklaşımının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5’inci maddesiyle uyumlu olmadığı¹⁸² ileri sürülmüştür. “Tehlikeli suçlular”ı kontrol etme politikasının, adalete uygun olmayan bir otomatizm hukuku doğurduğu¹⁸³ ifade edilmiştir. Bu otomatizm anlayışının alelâde insanların kabulüne uygun olmayan bir “marazlı zihin” anlayışını getirdiği, bu nedenle de, masum ve oldukça sıhhatli kişilerin özgürlüklerinin, kendilerinin ve toplumun selâmeti için sınırlandırılmasına yol açtığı, normalde ise bu zorlamaya ancak gerçekten zihin hastalığı olan durumlarda olanak tanındığı¹⁸⁴ ifade edilmiştir.

R. v. Quick Davasında ([1973] Q.B. 910), zanlının hipogliseminin sonucu olan otomatizminin hâricî bir etkenin (kendi kendine uygulanan insülin enjeksiyonlarının) sonucu olduğuna karar verilmiştir.¹⁸⁵ Buna karşın, *R v. Hennessey* Davasında ([1989] 1 W.L.R. 287), zanlının otomatizmi, insülin almamasından kaynaklanan hipergliseminin sonucudur ve bu davada

¹⁷⁹ CARD, para. 15.65.

¹⁸⁰ CARD, para. 15.65.

¹⁸¹ Wilson vd. (yukarıda dn. 143), s. 623’e atıf yapan: CARD, para. 15.65.

¹⁸² KHAN, s. 68.

¹⁸³ KHAN, s. 68.

¹⁸⁴ Brudner, “Insane Automatism: A Proposal for Reform” (2000) 45 *McGill Law Journal* 65, s. 85’e atıf yapan: KHAN, s. 68.

¹⁸⁵ KHAN, s. 66.

otomatizmin, dâhilî bir etkenin (altta yatan diyabetin) sonucu olduğuna karar verilmiştir.¹⁸⁶

Zanlının, durumunun hipoglisemiye (çok düşük kan şekeri) neden olan insülin uygulanmasından (hâricî bir etken) kaynaklandığını ileri sürmesi halinde, soruşturma makamı zanlının iddiasını çürütemezse, zanlı (reçetesine uygun hareket etmemek gibi, otomatizme girmekte “aldırmazca” davranmadığı var sayıldığı) beraat eder; buna karşın, hiperglisemiye (aşırı kan şekeri) neden olan diyabetten (dâhilî bir etken) kaynaklandığını ileri sürmesi halinde, savunma aracını “ihtimaller dengesinin üzerinde” ölçütünü sağlayacak şekilde ispatlama yükü zanlının üzerindedir; ispat uğraşı, *Ceza Usul (Zihin hastalığı ve Savunma Ehliyetsizliği*¹⁸⁷) *Yasası 1991*’e göre en az iki kayıtlı hekimin deliliyle desteklenmelidir; başarılı olması halinde, “zihin hastalığı sebebiyle sorumlu olmadığı”na karar verilir¹⁸⁸. Temyiz Mahkemesi, *Coley* Davasında ([2013] EWCA Crim 223), hukukun bu iki senaryo arasında yaptığı ayrımın “tatmin edici nitelikte olmadığı tartışılabilir olduğu” kabul etmiştir¹⁸⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere, “geniş anlamda otomatizm”in birden fazla nedeni varsa, “zihin hastalığı” ve “otomatizm” bakımından, baskın nedenin dâhilî mi yoksa hâricî mi olduğunun tespit edilmesi gerekir.¹⁹⁰ İleri sürülen “geniş anlamda otomatizm”in baskın nedeni deliller bakımından tartışılmalı ise, yargıç “zihin hastalığı” ve “otomatizm” savunma araçlarını, baskın nedenin hangisi olduğunu değerlendirmeye yönlendirerek jüriye bırakmalıdır¹⁹¹. İspat yükündeki farklılık nedeniyle, yargıcın yönlendirmesi böyle bir durumda ister istemez komplike olacaktır¹⁹².

¹⁸⁶ KHAN, s. 66.

¹⁸⁷ (Unfitness to Plead).

¹⁸⁸ *Hennessy* [1989] 1 WLR 287, CA’ya ve *Bingham* [1991] Crim LR 433’e atf yapan: ORMEROD/LAIRD, s. 66 (yazarlar, *Coley* ([2013] EWCA Crim 223) Davasında Temyiz Mahkemesi tarafından *Hennessy* Davasına onaylanarak atf yapıldığını belirtmektedirler).

¹⁸⁹ ORMEROD/LAIRD, s. 66, dn. 113. *Khan*, iki duruma da neden olanın altta yatan diyabet olmasından hareketle, kişinin insülin uygulayıp uygulamamasına göre farklı sonuca varılmasını eleştirmektedir: KHAN, s. 66 ve 72. Yine, bkz. yukarıda *Child/Reed*’in ve *Ashworth*’ün bu konuya temas eden görüşleri.

¹⁹⁰ CARD, para. 15.66.

¹⁹¹ CARD, para. 15.66.

¹⁹² CARD, para. 15.66.

5. Otomatizm Konusunda *Hukuk Komisyonu*'nun Reform Önerileri

Taslak Ceza Kodu'nun 33 (1) (a) maddesi¹⁹³nde, otomatizm, kapsadığı hareketler itibarıyla ikiye ayrılmıştır: Birinci grup, refleks, spazm ve konvülsiyon teşkil eden hareketler iken; ikinci grup, kişiyi fiilin etkili kontrolünden mahrum bırakan bir durumdayken (uyku, şuuruzluk, zayıflamış suurluluk vd.) vuku bulan hareketlerdir.¹⁹⁴

Hukuk Komisyonu'nun 2013 tarihli “müzakere belgesi”nde¹⁹⁵ “zihin hastalığı” savunma aracına ilişkin *common law* kurallarının yürürlükten kaldırılması önerilmiştir (para. 4.158). Belgede, “*tanınmış*¹⁹⁶ *tıbbî durum sebebiyle cezai sorumluluğu yoktur*” şeklinde yeni bir kanuni¹⁹⁷ savunma aracı ihdas edilmesi önerilmiştir (para. 4.159). Önerilen bu yeni savunma aracını ileri sürmek isteyen taraf, zanlının, iddia edilen suç zamanında, “geçerli¹⁹⁸ tanınmış tıbbî durum” neticesinde şu üç kapasiteden birinden tümüyle mahrum olduğuna ilişkin uzman delili göstermelidir: a) ilgili davranış veya koşullar hakkında rasyonelce bir yargı¹⁹⁹ oluşturma kapasitesi b) yapmış olmakla itham edildiği şeyin haksızlığını anlama kapasitesi c) ilgili davranış veya koşullara ilişkin fizikî fiillerini kontrol etme kapasitesi (para. 4.160). Bu bağlamda şu durumların “geçerli” sayılmaması önerilmektedir: “Akut intoksikasyon” veya “kendini sadece veya esasen anormal biçimde saldırgan veya ciddi biçimde sorumsuzca davranışla gösteren herhangi bir durum” (para. 4.161).

“*Tanınmış tıbbî durum*” savunma aracının kabul edilmesi halinde, otomatizm ile ilişkisi, yürürlükteki “zihin hastalığı”nın ilişkisinden farklı olacaktır (para. 3.17). *Hukuk Komisyonu*'nun önerisine göre, “*tanınmış tıbbî durum*” savunma aracı gibi, yeniden düzenlenen otomatizm savunma aracı da bütün suçlar bakımından geçerli olabilecektir ve temel kast ve özel/muayyen kast ithamları arasında bir ayırım olmayacaktır (para. 5.108). Yeniden düzenlenmiş otomatizm savunma aracı, bir “özel karar”a yol açmayacak; başarılı olunması halinde, sade bir beraat ile sonuçlanacaktır (para. 5.109). *Hukuk Komisyonu*'nun önerileri yürürlüğe girdiği takdirde, yeniden

¹⁹³ THE LAW COMMISSION, Draft Criminal Code Bill, s. 57-58 (Erişim: 19.10.2019).

¹⁹⁴ Bu düzenlemeyle ilgili açıklamalar için bkz.: HEATON, s. 215.

¹⁹⁵ (“discussion paper”).

¹⁹⁶ (*recognised*).

¹⁹⁷ (statutory).

¹⁹⁸ (qualified).

¹⁹⁹ (judgment).

düzenlenmiş otomatizm, kapasite yitiminin “*tanınmış tıbbî durum*”dan kaynaklanması durumunda uygulanamayacaktır (para. 5.110). Böylece, uygulamada, otomatik refleks tepkileri hakkında veya kısa süreli durumlar ya da koşullar hakkında, yeniden düzenlenmiş otomatizm savunma aracının uygulanması; kişinin durumunun, devam etmesi ve kötüleşmesi halinde ise bu durumun “*tanınmış tıbbî durum*” sayılması ihtimal dâhilindedir (para. 5.110).

Önerilen yeni “*tanınmış tıbbî durum*” savunma aracı, mental bozuklukların yanı sıra fizikî durumları da kapsadığı için, otomatizm beyanının kapsamı da buna paralel olarak daralmaktadır (para. 3.18). Yeniden düzenlenmiş otomatizm savunma aracı, sadece, kişinin fiillerini kontrol etme kapasitesinin küllî kaybı durumunda söz konusu olabilecek; ancak, “*tanınmış tıbbî durum*”dan kaynaklanan veya kişinin kusuruyla sorumlu olduğu durumlar bunun dışında kalacaktır (para. 3.18). Otomatizm, refleks hareketleri bakımından uygulanabilecek ama örneğin diyabet, epilepsi veya uyku bozuklukları için uygulanamayacaktır; bu durumlar, “*tanınmış tıbbî durum sebebiyle cezaî sorumluluğu yoktur*” savunma aracı içinde mütalaa edilecektir (para. 3.18).

6. Sonuç

İngiltere ve Galler ceza hukukunda uygulama alanı oldukça dar olan otomatizm kurumu yaygın şekilde “savunma aracı” olarak nitelendirilmektedir. Zanlının otomatizm kurumundan yararlanabilmesinin şartları şu şekilde özetlenebilir: a- İrâdî kontrol tamamen kaybedilmelidir. b- İrâdî kontrolün tamamen kaybedilmesi, dış etkenden kaynaklanmalıdır. c- Kişi, kapasitesini kaybetme konusunda kusurlu olmamalıdır.

Mahkemeler, karayolu trafik suçları bakımından, irâdî kontrolün kaybının küllî nitelik taşıması gerekliliğini eskiden beri istikrarlı şekilde aramışlardır; diğer suçlar bakımından ise, eski tarihli kararlarda, irâdî kontrolün tamamen kaybedilmemesi halinde dahi otomatizm kabul edilebilmiştir.

“Otomatizm”, “zihin hastalığı” ve “azalmış sorumluluk”, zanlının mental durumuyla ilgili savunma araçları içerisinde ele alınmaktadır. “Otomatizm” ile “zihin hastalığı” arasındaki ilişki o kadar yakındır ki; ikisinin de -geniş anlamda- otomatizm içerisinde mütalaa edildiği; zihin hastalığından kaynaklanmayan otomatizmin “otomatizm”, zihin hastalığından kaynaklanan otomatizmin ise “zihin hastalığı” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Zanlının, “otomatizm”in varlığı bakımından inandırıcı delil ortaya koyması durumunda, otomatizmin mevcut olmadığını ispat yükü soruşturma

makamının üzerindedir. “Zihin hastalığı”nın ve “azalmış sorumluluğun” varlığını ispat yükü ise zanlının üzerindedir. “Otomatizm” durumunda zanlı beraat eder. “Zihin hastalığı” durumunda, zanlının “zihin hastalığı sebebiyle sorumlu olmadığı”na karar verilir” ve hakkında gözetim veya tedavi emri verilebilir. “Azalmış sorumluluk” durumunda ise “kasten öldürme” yerine “ölüme sebebiyet verme” suçundan mahkûmiyet hükmü kurulur.

İngiltere ve Galler ceza hukukunda otomatizmin hukuki çerçevesi ve bu çerçeveye içinde “otomatizm” ve “zihin hastalığı” arasında yapılan ayırım ciddi eleştirilere tâbi tutulmuştur ve metinde açıklandığı üzere *Hukuk Komisyonu* tarafından otomatizm ve zihin hastalığı savunma araçları hakkında değişiklik önerisinde bulunulmuştur.

Çalışmanın hazırlanması sürecinde, İngiltere ve Galler maddi ceza hukukuyla ve özellikle bu sistemde uygulanan suç teorisiyle ilgili olarak Türkçemizle kaleme alınmış daha fazla sayıda eser olsaydı; özellikle terminoloji konusunda daha kolay ilerlenebilirdi. Çalışma konusu, sadece hukukçuları değil, farklı disiplinlerde çalışan araştırmacıları da yakından ilgilendirmektedir; ele alınan hususların farklı disiplinlerde çalışan araştırmacılar tarafından analitik şekilde müzakere edilmesinde ve bu müzakere faaliyetinde “terminoloji” konusunun göz önünde bulundurulmasında fayda görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, otomatizmin İngiltere ve Galler’deki hukuki çerçevesinin problemli olduğuna gerek doktrinde gerek yargıda gerekse *Hukuk Komisyonu* görüşünde işaret edilmiş ve *Komisyon* tarafından bu konuda reform önerileri getirilmiştir. Ancak, otomatizm ve zihin hastalığının hukuki çerçevesinin İngiltere ve Galler’deki tarihi gelişimi, bu konuda ileri sürülen görüşler ve reform önerileri konusundaki bilgiler Türk Ceza Kanununda “geçici nedenler” ve “akıl hastalığı” başlıkları altında ele alınan konuların gerek teorik gerekse uygulama düzeyinde gelişimi bakımından faydalı olabilecektir.

KAYNAKLAR

- ASHWORTH, Andrew: **Principles of Criminal Law**, 6th edn., Oxford University Press, 2009.
- CARD, Richard: **Card, Cross & Jones Criminal Law**, Oxford University Press, 2014.
- CHILD, J.J./REED, Alan: “Automatism is Never a Defence”, **Northern Ireland Legal Quarterly**, 65 (2) (2014), s. 167-186.
- CLOUGH, Joanne/JACKSON, Adam/WORTLEY, Natalie: **Criminal Law**, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, 2014.
- ENGLAND and WALES COURT of APPEAL (CRIMINAL DIVISION): *Coley & Ors v R* [2013] EWCA Crim 223, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2013/223.html>) (Erişim: 24.04.2020), (Erişim: 03.05.2020).
- HEATON, Russel: **Criminal Law Textbook**, Oxford University Press, 2006.
- HERRING, Jonathan: **Criminal Law: Text, Cases, and Materials**, Oxford University Press, 2014.
- Hukuk Komisyonu (Law Commission) İnternet Sitesi**, (<https://www.lawcom.gov.uk/>) (Erişim: 3.12.2019).
- KAYNAK, Ayşe Derya/TÜMER, Ali Rıza: “Diyabet Hastalarında Hipogliseminin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **Adli Tıp Bülteni**, C. 24, Sa. 1, (2019), s. 57-62. (www.adlitipbulteni.com/index.php/atb/issue/download/100/atb_v24_i1) (Erişim: 7.9.2020).
- KHAN, Sana Farooq: “Distinction between Sane and Insane Automatism: “The Common Law Approach””, **Galway Student L. Rev.**, 4, (2010), s. 63-73.
- Kubbealtı Lugatı**, (<http://lugatim.com/>) (Erişim: 30.11.2019).
- LAW COMMISSION: **Criminal Liability: Insanity and Automatism A Discussion Paper**, 23 July 2013, (https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2015/06/insanity_discussion.pdf).
- Law Commissions Act 1965**, (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/22>) (Erişim: 8.10.2020).

LAW, Jonathan/MARTIN, Elizabeth A. (ed.): **A Dictionary of Law**, Oxford University Press, Seventh edition, 2009.

LOVELESS, Janet: **Criminal Law Text, Cases, and Materials**, Oxford University Press, 2014.

ORMEROD, David/LAIRD, Karl: **Smith and Hogan's Criminal Law**, Oxford University Press, 2015.

PADFIELD, Nicola: **Criminal Law**, Oxford University Press, 2014.

SONGAR, Ayhan: **Psikiyatri**, Gül Matbaası, 1971.

THE LAW COMMISSION: (Law Com. No. 177), **Criminal Law A Criminal Code for England and Wales Volume 1 Report and Draft Criminal Code Bill**, (https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2015/06/Criminal_Code_177_1.pdf) (Erişim: 19.10.2019).

İCRA VE İFLAS KANUNUNUN ON ALTINCI BABINDAKİ TAKİBİ ŞİKAYETE BAĞLI SUÇLARDA UZLAŞTIRMA KURUMUNUN UYGULANMASININ DOĞURACAĞI SAKINCALAR*

İhsan BAŞTÜRK**

ÖZ

İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin on altıncı babında, bazı fiiller suç olarak tanımlanmış; bunlardan bir kısmı ise adli para ve/veya hapis cezası yaptırımına bağlanmıştır. Uyuşmazlıkların yargı önüne gitmeden çözümlenmesini amaçlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olan uzlaştırma kurumunun anılan suçlar yönünden uygulanması konusu 2 Aralık 2016 tarihinde Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 'nda yapılan değişiklik sonrası tartışmalı hale gelmiştir. Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) ile 12. Hukuk Dairesi (HD), 19. Ceza Dairesi (CD) ve ilk derece mahkemelerince bu konuda tamamen farklı kararlar verilmiştir. Sonuçta hukuk dünyasında bu konuya ilişkin içtihat farklılığı ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, konunun yargısal kararlar yanında bilimsel görüşler ile de değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Çalışmamızda öncelikle İİK'nin on altıncı babında düzenlenen ve takibi şikâyete bağlı olan suçlar bakımından uzlaştırma kurumunun uygulanıp uygulanamayacağı sorusunun cevabı ortaya konulmuştur. Kendine özgü özellikler taşıyan icra ceza muhakemesi dalına dair ilkelerin irdelenmesiyle bu alana katkı verilmesi de amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: *İcra ceza muhakemesi, İcra ve İflas Kanununda dava ve cezanın düşmesi, mağdur-fail arabuluculuğu (uzlaştırma), alternatif uyuşmazlık çözümü, icra suçları.*

* Çalışmamızda yer verilen düşüncelerin bir kısmı, Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 17/1/2019 tarihli ve 2018/6894 E. 2019/410 K. sayılı Kararı Oy yazımızda ifade edilmiştir.

** Dr., Yargıtay Üyesi. e-posta: ihsanbasturk@yargitay.gov.tr

ORCID ID: 0000-0002-1236-7040

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813003

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 20/08/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 31/08/2020

**THE POSSIBLE DRAWBACKS IMPLICATED IN THE PRACTICE OF
MEDIATION IN OFFENCES WITHIN THE 16 TH SECTION OF THE
ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY CODE THAT ARE BOUND TO A
COMPLAINT FOR PROSECUTION**

ABSTRACT

In the sixteenth section of the Code of Enforcement and Bankruptcy some acts were defined as offences; some of these offences then are tied up with sanctions of monetary fine or imprisonment. Victim-offender mediation is an alternative dispute resolution mechanism that aims resolution of disputes without having to appear before the judiciary. The application of victim-offender mediation to the above-mentioned offences has been a topic of controversy after December 2, 2016 due to a change in Criminal Procedure Code. As a matter of fact, the judgements made on this topic by the 12th Civil Chamber, 19th Criminal Chamber and first instance criminal courts were utterly differing with the judgement of the Criminal Assembly of the Court of Cassation. Ultimately, there risen jurisprudence differences regarding this matter in the world of legal practice. In this context, besides consideration of legal judgements, there emerged a need to approach the topic from scientifically oriented perspectives as well.

In our study, an answer to the question of whether the institution of victim-offender mediation can be used for the offences organized by the sixteenth section of the Code of Enforcement and Bankruptcy is revealed. Also, through scrutinizing the principles for the criminal procedure of enforcement law that has peculiar qualities of its own, some contribution to the field is also aimed.

Keywords: *Criminal procedure of enforcement law, dismissal of the case and penal on Code of Enforcement and Bankruptcy, victim-offender mediation, alternative dispute resolution, offences on enforcement law.*

GİRİŞ

İİK'nin on altıncı babında (md. 331-354) cezai hükümlere yer verilmiştir. İİK'nin belirtilen on altıncı babı dışında 76. maddesinde tazyik hapsini gerektiren mal beyanında bulunmamak fiilinin, 310 ve 311. maddelerinde ise iflâs suçlarının tanımlandığını ayrıca hatırlatalım. Konumuzun odak noktasını oluşturan uzlaştırma kurumunun uygulanması İİK'de yer verilen suçlardan sadece takibi şikâyete bağlı olan icra suçları bakımından tartışmaya

açığıdır.¹ Bu itibarla Kanun'un 331, 332, 333/a, 334, 337/a, 338/1 ve 345/a maddelerindeki icra suçları incelememizin kapsamını oluşturmakta; diğer icra ve iflas suçları ile icra fiilleri ise çalışmamızın sınırı dışında kalmaktadır.²

CMK'nin 253/3. maddesinde 2 Aralık 2016 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik³ konuya ilişkin tartışmaları başlatan gelişme olmuştur. Uzlaştırma uygulamasına dair anılan maddenin ilk cümlesi; "Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda ...uzlaştırma yoluna gidilemez" şeklinde iken;⁴ "İİK'deki anılan fiiller yönünden uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağı" yönündeki içtihatlar yerleşik idi. Ancak, söz edilen değişiklik ile "etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda da uzlaştırmanın mümkün hale getirilmesi" üzerine CGK ile 12. HD ve 19. CD bu konuda farklı kararlar vermeye başlamıştır. Diğer taraftan, Yargıtay özel daire kararlarına karşı ilk derece mahkemelerince verilmiş direnme (ısrar) kararları da mevcuttur.⁵

İİK'nin konumuzla ilgili "Davanın ve cezanın düşmesi ile ceza verilemeyecek haller" başlıklı 354. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kanunun bu babında yazılı suçlardan takibi şikâyete bağlı olanların müştekisi feragat eder veya borcun itfa edildiği sabit olursa dava ve bütün

¹ Tazyik hapsini gerektiren fiiller Kanun'un 338/2, 340, 341, 343 ve 344. maddelerinde; disiplin hapsini gerektiren fiil 339.; resen kovuşturulan icra suçları ise, 333, 335, 336, 337, 342 ve 345/b maddelerinde düzenlenmiştir. İİK'nin 331, 332, 333/a, 334, 337/a, 338/1 ve 345/a maddelerinde ise takibi şikâyete bağlı olan icra suçlarına yer verilmiştir.

² İİK'deki cezai hükümlerin kapsamlı bir değerlendirmesi için ayrıca bkz. ERMENEK, İbrahim: "İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı" **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sa.19, Ekim 2014, s. 279-320.

³ Bkz. Resmi Gazete (RG), 2/12/2016/ 29906.

⁴ Etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen bazı suçların uzlaştırmaya çok elverişli olmasına rağmen bu suçlarda uzlaştırma yolunun kapatılmasının isabetli olmadığına ilişkin ayrıca bkz. ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usûl ve Esasları" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 56, Sa. 4, s. 157. (ÖZBEK, M. S.).

⁵ İstanbul 5. İcra Mahkemesi Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 8/3/2018 tarih ve 2017/2359, 2018/2495 sayılı ilamına direnme yoluyla verdiği kararında (özetle) şu gerekçelere yer vermiştir:

"...İİK'nin 354. maddesindeki müessesenin etkin pişmanlık değil özel uzlaşma müessesesi olduğu... icra ceza suçlarının CMK'deki genel uzlaşma hükümlerine göre değil de İİK'deki özel uzlaşma hükümlerine tabi olduğunun pratik göstergesi de icra ceza suçlarında fiiliyatta neredeyse hiçbir uzlaşmanın sağlanamamasıdır..."

Bkz. İstanbul 5. İcra Ceza Mahkemesi, 3/5/2018, 2018/185, 2018/223. (UYAP).

neticeleriyle beraber ceza düşer.”

Bu normun hukuki niteliğinin belirlenmesi ve dolayısıyla icra ceza mahkemelerince uygulanacak muhakeme usulünün irdelenmesi, konunun çözümü bakımından önem taşımaktadır. Öte yandan, İİK'nin on altıncı babında düzenlenen takibi şikâyetle bağlı suçlar yönünden uzlaştırma kurumunun uygulanmasına dair içtihatların, 2005 yılından günümüze değin izlediği seyir hatırlanmalıdır:

CGK, Çek Kanunu'na aykırılık suçlarına ilişkin 2005 tarihli içtihadında (özetle) “İİK'nin 354. maddesi amir hükmünün uzlaşmayı kendi bünyesinde barındırdığı, İİK'de uzlaştırmaya ilişkin hükümlerin zaten yer aldığı” görüşüne yer vermiştir.⁶ Yargıtay 16. HD ise, *CGK'nin bu içtihadından hareketle*; “...İİK'nin 354. maddesi amir hükmünün uzlaştırmayı kendi bünyesinde barındırdığı dikkate alındığında, icra mahkemesince uzlaştırma konusunda herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına” içtihat etmekteydi.⁷

CMK'nin 253/3. maddesinde yapılan 2 Aralık 2016 tarihli değişiklikle “*etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği*” ilkesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar yönünden de uzlaştırmanın mümkün hale geldiği düşüncesinin ortaya çıkmasına⁸ ve CGK'nin söz edilen içtihadında *değişime sebep olmuştur*. Söz edilen içtihat değişim sürecini şöyle özetleyebiliriz:

a) CGK, anılan kanuni değişiklikten hareket ederek 2017 yılında (özetle); “...Kanun'un 354. maddesinin birinci fıkrasında davanın ve cezanın düşmesine imkân sağlayan özel bir etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiş olup; uzlaştırmanın soruşturma ve kovuşturmalarda mutlaka öncelikle uygulanması zorunlu bir maddi ceza ve ceza muhakemesi hukuku kurumu olması ile İİK'nin 354. maddesinin yerine geçip anılan maddenin uygulanmasını ortadan kaldırmaması gerekçesiyle anılan suçlar bakımından öncelikle uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerektiğine” içtihat etmiştir.⁹

⁶ CGK 5/7/2005, 2005/10-84-90. (UYAP).

⁷ 16. HD, 07.07.2008, 2008/5180, 2008/4928. (UYAP).

⁸ 6763 sayılı Kanun değişikliği sonrası uzlaştırma kurumu uygulamasına dair kapsamlı değerlendirmeler ve öneriler için bkz. ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sa. 32, Aralık 2016, s. 7-28. (ÖZBEK, V.Ö. 2016).

⁹ CGK 14/3/2017, 2017/19-7, 2017/137 (UYAP).

b) Yargıtay 19. CD, CGK'nin 2017 tarihli bu yeni içtihadını benimseyerek (özetle) "...İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlarda öncelikle uzlaştırma usulünün uygulanması gerektiğine" 2019 yılına gelinceye değin içtihat etmekteydi.¹⁰ Bölge Adliye Mahkemeleri (BAM)'nin de bu içtihadı uygun kararlar verdikleri gözlemlenmiştir.¹¹

c) İstanbul 5. İcra Ceza Mahkemesi ise, anılan suçlarda uzlaştırma usulünün uygulanmayacağı kanaatiyle 19. CD'nin söz edilen görüşteki bozma ilamına direnme kararı vermiş ve uyuşmazlık yeniden CGK'nin gündemine taşınmıştır.¹²

¹⁰ "...02.12.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde değişiklik yapılarak madde içeriğinden "etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile" ibaresinin çıkarılması nedeniyle özel bir etkin pişmanlık hükmü olan 2004 İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesinin aynı Kanun'un 337/a maddesinde düzenlenen suç yönünden uzlaştırma kurumunun uygulanmasına engel teşkil etmemesi, suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasındaki çekişmeyi bir uzlaştırmacının girişimiyle kısa zamanda tarafların özgür iradeleriyle ve adli merciler daha fazla meşgul edilmeden sonuçlandırmayı amaçlayan **uzlaştırmacının soruşturma ve kovuşturmalarda mutlaka öncelikle uygulanması zorunlu bir maddi ceza ve ceza muhakemesi hukuku kurumu olması ve İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesinin yerine geçip anılan maddenin uygulanmasını ortadan kaldırmaması karşısında**, sanık hakkında 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle değişik CMK'nın 253, 254. maddelerinin uygulanması zorunluluğu, ...bozmayı gerektirmiş... " Yargıtay 19. CD. 5/4/2018, 2017/2399, 2018/4114. Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. CD. 2018/3069, 2018/4132 (UYAP).

¹¹ "Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 34. maddesi ile değişik **CMK'nın 253/1-3 maddesi uyarınca**, "etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar" **ibaresinin madde metninden çıkarılması nedeniyle istinaf incelemesine konu suçun uzlaşma kapsamına alınması**, 6763 sayılı Kanunun 35. maddesi ile değişik CMK'nın 254. maddesi uyarınca "Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde kovuşturma dosyası uzlaştırma işlemlerinin 253. maddede belirtilen esas ve usule göre, yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir" şeklindeki düzenleme ile Türk Ceza Kanunu'nun 7/2 maddesindeki "suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmü gözetilerek, CMK'nun 6763 sayılı kanun ile değişik 253 - 254. maddeleri uyarınca uzlaştırma usulüne göre işlem yapılmaması, hüküm gerekçesinde de önceki ve sonraki kanunlar yönünden değerlendirme yapılmaması nedeniyle hükmün bu hususta gereksiz olması;

Hukuka aykırı ve istinaf talebi bu itibarla yerinde görülmeyle, sair yönleri incelenmeksizin Ceza Muhakemesi Kanununun 230, 280/1-b, 289/1-g maddeleri uyarınca hükmün BOZULMASINA..." Ankara BAM 9. CD., 18/4/2017, 2017/1175, 2017/1251. Aynı yönde Ankara BAM 9. CD, 11/4/2017, 2017/1179,2017/1137. (UYAP).

¹² İstanbul 5. İcra Ceza Mahkemesi, 3/5/2018, 2018/185, 2018/223. (UYAP). Anılan karar, CGK'nin 2019/234 E. sırasında kayıtlı olup henüz karara bağlanmamıştır (UYAP).

d) 2019 yılından itibaren icra suçlarından doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli¹³ Yargıtay 12. HD ise, CGK'nin 2017 tarihli içtihadına uymayarak; "İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlarda uzlaştırma usulünün uygulanamayacağına" içtihat etmiştir.¹⁴

Özetlediğimiz üzere, aynı konuda birbiri ile taban tabana zıt olan Yargıtay özel daireleri ile Ceza Genel Kurulunun içtihatları ve ilk derece mahkemelerinin kararları bulunmaktadır. Öte yandan, icra suçlarında uzlaştırma kurumunun uygulanması" konusunun bilimsel çalışmalarda yeterli düzeyde irdelenmediği müşahede olunmuştur. Bir düşünceye göre; 6763 sayılı Kanun ile etkin pişmanlık hükümleri uzlaştırmanın uygulanmasına engel olmaktan çıkartıldığı için, uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir.¹⁵ 6763 sayılı Kanun değişikliğinden önce dahi icra suçlarında uzlaştırma usulünün tartışmasız şekilde uygulanabileceğinin ileri sürüldüğü görülmekte idi.¹⁶ Diğer taraftan, bu suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği, bunun pratik bir yararının olmadığı da savunulmaktadır.¹⁷ Bir diğer düşünceye göre ise, CMK'nin 253/2. maddesindeki düzenleme, birinci fıkrayı (TCK'dekiler diye ayırmaksızın tüm takibi şikâyete bağlı suçları) saklı tuttuğunu hatırlatmakta olup; buradan hareketle özel kanunlarda düzenlenen şikâyete bağlı suçlar uzlaştırma kapsamındadırlar.¹⁸ Söz edilen

¹³ 1 Şubat 2019 tarihinden itibaren İİK'nin on altıncı babında, Kanun'un 331 ila 354. maddeleri arasında düzenlenen suçlar hakkında verilen hüküm ve kararların kanun yolu denetimini yapmakla Yargıtay 12. HD; İİK'de tanımlanan diğer fiillere ilişkin uyuşmazlıklar yönünden ise 19. CD görevlendirilmiştir.

Yargıtay'ın 2019 yılı işbölümüne dair Yargıtay Büyük Genel Kurulu kararı için bkz. Resmi Gazete (RG.) 31/1/2019, 30672.

¹⁴ 12. HD. 27/2/2019, 2019/1609, 2019/3078; 6/3/2019, 2019/2780, 2019/3633 (UYAP).

¹⁵ Bu düşüncenin 5941 sayılı Çek Kanunu yönünden savunulmakta ise de bu Kanun'un 5. maddesinin İİK'nin muhakeme usulüne atfı yapması sebebiyle İİK'nin on altıncı babındaki suçlar yönünden de aynı görüşün ileri sürüldüğü söylenebilecektir. Bkz. EKİCİ ŞAHİN, Meral/ YEMENİCİ, Kürşat: "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, Sa. 1, 2018, s. 471.

¹⁶ Söz edilen görüşün hukuki dayanaklarının ifade edilmediğini belirtmek durumundayız. Bkz. KAYMAZ, Seydi/ GÖKCAN, Hasan Tahsin: **Uzlaşma ve Önödeme**, Seçkin Yayınevi, İkinci baskı, Ankara 2007, s. 334. Aynı yönde bkz. ÖZBEK, M. S., s. 157. YILDIZ, Hasan: **İcra ve İflas Suçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2007, s. 241.

¹⁷ Ayrıca bkz. SARI, Rifat: **İcra Suçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011. ÇETİNTÜRK, Ekrem: **Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

¹⁸ KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: **Bir Muhakeme Dalı Olarak**

görüşlerin, sorunun anlaşılmasına katkı sağlayabilecekleri kuşkusuz olmakla birlikte İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlarda *uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilirliği konusunun kapsamlı ve derin kesitli olarak irdelenmemiş oluşu* dikkat çekicidir. Öte yandan farklı yargı kararları da ilk derece mahkemelerinin isabetli karar vermesini neredeyse imkânsız kılmaktadır. Çek Kanunu'na aykırılık fiilleri bakımından da -uzlaştırma usulü uygulanmasa dahi- icra ceza mahkemelerinin muhakeme usulünün uygulanacağı ilkesi¹⁹ gözetildiğinde, *konunun uygulama alanının genişlediği* görülmektedir. Gerçekten, 2018 yılında ceza mahkemelerince toplam 4.067.380 karar verildiği ve bu kararlardan 203.687'sinin İİK'ye aykırılık fiillerine, 79.923'ünün ise Çek Kanunu'na aykırılık fiillerine ilişkin olduğu nazara alındığında konunun önemi istatistiksel verilerle de ortaya çıkmaktadır.²⁰

1. UZLAŞTIRMA KURUMU: MAĞDUR-FAİL ARABULUCULUĞU

Mağdur-fail arabuluculuğu (victim-offender mediation) yani uzlaştırma Anglo-Amerikan hukuku kaynaklı olup; farklı uygulanma biçimleri olan ve ceza muhakemesinde şüpheliyi sistem dışına çıkarıcı (diversion) fonksiyonuyla, onarıcı adalet (restorative justice) modellerinden birisini oluşturmaktadır.²¹ Uzlaştırma, -devletin cezalandırma hakkını ortadan kaldıran

Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 1236.

¹⁹ 5941 sayılı Çek Kanunu'nun "Ceza sorumluluğu, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı" başlıklı 5/1. maddesinin (konumuzla ilgili bölümleri) şöyledir:

"...Koruma tedbiri olarak verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarına karşı yapılan itirazlar bakımından 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 353 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanır. Bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanununun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353 üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır..."

5941 md. 5/10: (Değişik: 15/7/2016-6728/63 md.) Birinci fıkrada tanımlanan suç nedeniyle, ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler uygulanmaz.

5941 sayılı Çek Kanunu için bkz. RG. 20/12/2009, 27438.

²⁰ **Adli İstatistikler 2018**, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2019, s. 37, 46-49. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2018/istatistik2018.pdf (Erişim tarihi: 6/7/2019).

²¹ WALDMAN, Ellen A. : "Healing Hearts or Righting Wrongs?: A Meditation on The Goals of "Restorative Justice" **Hamline University, Journal of Public Law & Policy**, 2004, Vol. 25, s. 355-374. <http://law.hamline.edu> (Erişim tarihi: 7/5/2019).

Bu konuda ayrıca bkz. ŞAHİN, Cumhur: "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Konya 1998, C. 6, Sa. 1-2, s. 221-297. ÖZBEK, M. S., s. 127-131. ÇETİNTÜRK, s. 59-100. YENİSEY, Feridun: **Ceza Muhakemesi Hukukunda**

bir sebep olması itibariyle maddi ceza hukukuna dair yönü de bulunmakla birlikte²² uyuşmazlıkların alternatif bir çözüm yolu olarak tarafların bir edim karşılığında veya edim olmadan anlaşarak muhakemeyi sona erdirmelerini amaçlayan bir muhakeme hukuku kurumudur.²³ Uzlaştırmanın, toplumda suç ile bozulan düzeni yeniden ihdas eden yeni bir “yaptırım benzeri kurum” olduğu da ileri sürülmektedir.²⁴ Uzlaştırma, fail bakımından muhakemenin sona ermesini; mağdur açısından ise onun suçtan doğan mağduriyetinin giderilmesini sağlamaktadır. Bu bağlamda, mağdur-fail uzlaşması temelini onarıcı adalet düşüncesinde bulmaktadır. Öte yandan, uzlaştırma kurumunun ceza muhakemesindeki değişimin ve medeni muhakemeyle yaklaşmanın bir yansıması olarak süjeler arasında işbirliğiyle ortaya çıkan bir usûl olduğu da ifade edilmektedir.²⁵

Alternatif çözüm yolları, *adalete erişimde üçüncü dalga* olarak benimsenerek; teşvik edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.²⁶ Uzlaştırma ise, geleneksel ceza yargılamasını tamamlayan, esnek ve sorun çözücü bir seçenek olarak önerilmektedir.²⁷ Uzlaştırma benzeri alternatif çözüm modelleri ve tekniklerinin suçtan doğan mağduriyeti giderici etkisi de bulunmaktadır.²⁸ Geleneksel olarak adlandırılabilircek mağdur-fail adalet sisteminin birçok yönden yetersiz kaldığı ve batı dünyasının her yerinde cezai adaleti gözetemeyen çözümlenmemiş davaların varlığı gerekçesiyle onarıcı adalet modellerine daha çok önem verildiği de haklı olarak ifade edilmektedir.²⁹ Onarıcı adalet

Uzlaşma (Uzlaştırma Eğitimi, Rehber Kitapçık), <http://www.uzlaşma.adalet.gov.tr> (Erişim tarihi: 8/5/2019).

²² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1232.

²³ Bu konuda ayrıca bkz. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 15. Bası, Beta Basım, Yayım, Dağıtım A.Ş., İstanbul 2018, s. 550-551.

²⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1232.

²⁵ ŞAHİN, s. 221-222.

²⁶ TREBİLCOCK, Michael J./ DANİELS, Ronald J.: **Rule of Law Reform and Development Charting the Fragile Path of Progress**, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham – Northampton 2008, s. 248.

²⁷ ÖZBEK, M. S., s. 127.

²⁸ Bkz. ÖZBEK, V.Ö., 1999, s. 299. Bu konuda ayrıca bkz. NUHOĞLU, Ayşe: “Ceza Hukukunda Zararın Telafi Edilmesi” **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 4, İstanbul 1997, s. 336-348.

²⁹ BERZINS, Andrejs/ LINDSAY, Mac: “Mağdur Fail Uzlaşması (Victim-Offender Mediation-V.O.M) Seminerinde Sunulan Tebliğ”, Ankara, 12 Haziran 2008.

http://www.undp.org.tr/demGovDocs/MediationCriminalJustice/mac_lindsay.doc (Erişim tarihi: 8/5/2019).

esasına dayanan deneyimlerin özellikle genç suçluluğu gibi alanlarda temel uygulama aracı haline gelerek gelecekteki ceza muhakemesi hukukuna yön verdiği vurgulanmaktadır.³⁰

Uzlaştırma, öncelikle uyuşmazlığın süratle çözümlenmesine imkân sağlama aracı iken;³¹ mağdurun haklarının da gözetilerek toplumsal adalet düşüncesinin ve toplumsal barışın sağlanması bakımından da önemli işlev yüklenmektedir.³² Uzlaştırma, suçun neticelerine yoğunlaşarak, adalet sürecine mağdur, fail ve onların aileleri ile toplumun katılımının önemini vurgulayan;³³ barışçıl bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır.

Uzlaştırma kurumunda iki temel unsurun bulunduğu ileri sürülmekte olup; bunlardan birincisi tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olması; ikincisi ise bu kişinin çözüm için tarafları zorlayamamasıdır. Buna göre uzlaştırma, “tarafsız bir kişinin (uzlaştırmacı) yardımıyla güvenli ve denetimli bir ortamda mağdur ile failin uyuşmazlığa karşılıklı kabul edilebilir bir çözüm bulabilmek amacıyla bir araya gelmesine imkân sağlayan bir süreç” olarak tanımlanabilir.³⁴

1.1.Uzlaşma ve Uzlaştırma Kavramları

CMK’de “uzlaştırma” başlığı altında düzenlenen, uzlaşmanın sadece bir şekli olan “mağdur-fail uzlaşması” kurumudur.³⁵ Karşılaştırmalı hukukta bu

³⁰ ASHWORTH, Andrew: **The Criminal Process An Evaluative Study**, Second Edition, Oxford University Press, New York 1998, s. 315.

³¹ FEYZİOĞLU, Metin: “Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi” **Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt I**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul Haziran 2008, s. 333.

³² Uzlaştırma sonucu ortaya çıkan hükmün toplumda daha fazla kabul göreceğine dair bkz. ŞAHİN, s. 233.

CMK’nin 253. maddesinde değişiklik yapan 6763 sayılı Kanuna ilişkin madde gerekçesinde bu husus şöyle ifade edilmiştir:

“Kapsamın geniş tutulmasıyla, şüphelilerin doğrudan kamu davası ve cezai yaptırımlar yerine, ceza muhakemesinin onarıcı adalete dayanan kurumlarıyla karşılaşmaları amaçlanmaktadır. Böylelikle, suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzen, taraflar arasında sağlanan barış yoluyla yeniden tesis edilmektedir. Ayrıca, uyuşmazlıkların alternatif usuller uygulanarak mağdur odaklı bir yaklaşımla giderilmesi, geleneksel muhakeme yoluna nazaran yargı sistemini rahatlatan ekonomik faydalar da sağlamaktadır.” Gerekeçe için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkununlarno=204725&pkununnumarasi=6763> (Erişim tarihi: 9/5/2019).

³³ ÇETİNTÜRK, s. 106.

³⁴ ERİŞ, Uğur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 137, 2018, s. 243.

³⁵ CMK’de yer verilen kurumun “mağdur-fail uzlaşması “ adlı kurum olup; “uzlaştırma” başlığıyla düzenlenmesinin hatalı olduğuna dair ayrıca bkz. CENTEL/ZAFER, s. 549-550.

kurumu ifade etmek üzere kullanılan “mediation” terimini daha iyi karşıladığı düşünülen ve amaçtan ziyade bir usulü akla getiren “arabuluculuk” teriminin hem kurumu daha iyi ifade ettiği hem de mağdur açısından anlaşılır ve kabul edilebilir olduğu haklı olarak ifade edilmektedir.³⁶ CMK’nin tercih ettiği “uzlaşma” terimi 6763 sayılı Kanun ile “uzlaştırma” olarak değişiklik geçirmiş olsa da söz edilen kurumun adı “uzlaştırma”; bu kurumun uygulanmasının amaca ulaşması sonucunda ulaşılan durum (olgu) “uzlaşma” ve nihayet bu süreci yürüten kişi ise “uzlaştırmacı” olarak adlandırılacaktır.³⁷

1.2. Ceza Adalet Sistemimizde Uzlaştırma

Kamu davasının mecburiliği, tasarruf edilemezlik gibi ceza muhakemesinin temel ilkelerine istisna oluşturan³⁸ uzlaştırma kurumuna Türk hukukunda ilk kez 5271 sayılı CMK’de (md. 253-254), 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)’nda (md. 24) ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nda (m. 73) 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren adli yargının yükünü hafifletmek adına yer verilmiştir.³⁹ Uzlaştırma kurumu çocuklar bakımından ÇKK ile ayrıca düzenlenmiş iken; 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle⁴⁰ yetişkinlerle

Bir düşünceye göre ise, Kanunda uzlaşma teklifi denilmesi yanlıştır. Çünkü, teklifi yapan uzlaşma yolunun tarafı değildir. Dolayısıyla, uzlaşmak istememekte; tarafları uzlaştırmayı denemektedir. Nitekim ilgili Yönetmeliğin başlığında da uzlaşmanın değil; uzlaştırmanın uygulamasından söz edilmektedir. Bkz. FEYZİOĞLU, s. 332.

(Mülga) Ceza Muhakemesi Usulü Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanması Hakkında Yönetmelik (Uzlaşma Yön.) için bkz. RG. 26.07.2007/27200.

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği (Uzlaştırma Yönetmeliği) için bkz. RG. 5/8/2017/ 30145.

³⁶ Terim konusunda ayrıca bkz. ÇETİNTÜRK, s. 355- 357.

6763 sayılı Kanun ile uzlaştırma kurumunda hem terimsel hem kurumsal hem de içeriğe yönelik bir değişikliğe gidildiği ifade edilmektedir. Bkz. ÖZBEK, V.Ö., 2016, s. 8.

³⁷ Krş. ÇETİNTÜRK, s. 355.

³⁸ Uzlaştırmanın ceza ve ceza muhakemesinin temel ilkeleriyle bağdaşırılığı konusunda kapsamlı bilgi için bkz. ŞAHİN, s. 245-255.

³⁹ SOYGÜT ARSLAN, Mualla Buket: **Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 28-31. ŞAHİN, Cumhuriyet/ GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku -II-**, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 212. (ŞAHİN/GÖKTÜRK -II).

Nitekim, ilgili madde gerekçesinde de bu husus açıkça ifade edilmiştir.

Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf> (Erişim tarihi: 7/5/2019).

⁴⁰ ÇKK md. 24: “Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanır.”

aynı kurallara tâbi tutulmuştur.⁴¹

Uzlaştırma, hukuk sistemimizde soruşturma ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile şikâyete tâbi olup olmadığına bakılmaksızın hafif olarak nitelendirilebilecek suçlar için kabul edilmiştir. CMK'nin 253/3. maddesindeki “soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar yönünden uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği” kuralı 2 Aralık 2016 tarihinde 6763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle kaldırılmıştır.⁴² Kısacası, *etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar bakımından da uzlaştırma kurumunun uygulanmasının önünde artık hukuki engel kalmamıştır.*⁴³ Bir diğer anlatımla “cinsel suçlar hariç olmak üzere” şikâyete bağlı tüm suçlar yönünden -etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiş olsa bile- uzlaştırma kurumunun uygulanması hukuken mümkün olarak görülebilir. Ancak, *icra suçlarının kendine özgü niteliği gözetilerek bu konunun ayrıca irdelenmesi önem taşımaktadır.* Öte yandan, uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaştırma hükümleri uygulanmayacaktır. (CMK md. 253/3).

CMK'nin 253/3. maddesinin ilk cümlesini, aynı maddenin (1-a) fıkrasındaki “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur” anlamındaki hükümle birlikte

⁴¹ Bu değişiklik neticesinde, suça sürüklenen çocuklarla ilgili olarak uzlaştırmanın kapsamının daraltıldığını; oysa, uzlaştırmanın amaçları dikkate alındığında, suça sürüklenen çocuklar bakımından uzlaştırmanın özellik gösteren yönlerinin ayrı düzenlemesi, kapsamının daha geniş tutulmasının yararlı olacağı konusunda ayrıca bkz. ÖZBEK, M.S., s. 159.

⁴² Bkz. RG. 2/12/2016, 29906.

Uzlaştırma kurumunu düzenleyen CMK'nin 253 ve 254. maddeleri 6/12/2006/ 5560, 26/6/2009/ 5918 ve 24/11/2016/ 6763 tarih ve sayılı Kanunlarla üç ayrı değişikliğe uğramıştır. Ceza Adalet Sistemimizde uzlaştırma kurumunun kabulü ve gelişim süreci hakkında ayrıca bkz. ÇETİNTÜRK, s. 420-433.

⁴³ 6763 sayılı Kanuna ilişkin madde gerekçesinde şu ifadeye yer verilmiştir:

“Madde ile, çağdaş ceza adaleti sistemlerinde en etkili onarıcı adalet uygulamalarından biri olarak kabul edilen uzlaşma, on yıllık uygulama sonuçları dikkate alınarak yeniden düzenlenmekte, kapsam ve yöntemi bakımından önemli değişiklikler getirilmektedir.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçların yanı sıra şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın uzlaştırma yoluna gidilebilecek suçların sayısının artırılması ve etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlara ilişkin sınırlamanın kaldırılması suretiyle uzlaştırma kurumunun uygulanma alanı genişletilmektedir.”

Gereke için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarn o=204725&pkanunnumarasi=6763> (Erişim tarihi: 9/5/2019).

değerlendirmek gereklidir. Anılan norm (özetle); “takibi şikâyete bağlı suçlarda uzlaştırma kurumu uygulanabilir” ilkesini açıkça ortaya koymaktadır. Söz edilen bu iki normdan hareketle; İİK’nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlarda da uzlaştırma kurumuna başvurulmalıdır” düşüncesi “maddenin lafzi yorumundan yola çıkarak” akla gelebilecektir. Ceza muhakemesi hukuku alanına ait *uzlaştırma kurumunun icra ceza muhakemesi ile bağdaşır bağdaşmadığı konusunun irdelenmesiyle* sorunun cevabı açık ve net olarak ortaya konulabilecektir.

İncelememizde öncelikle icra ceza muhakemesinin niteliği irdelenecek, sonrasında İİK’nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlar genel olarak hatırlanarak; İİK’nin benimsediği dava ve cezanın düşmesi sisteminin hukuki niteliği ve bu fiiller yönünden uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilirliği konusu değerlendirmeye açılacaktır.

2. İCRA CEZA MUHAKEMESİ

2.1. İcra Ceza Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevi

Genel ceza yargılaması makamları, olay mahkemeleri anlamında asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleridir. Bunların yanında adlî mahkemeler içinde yer almakla beraber yetkileri madde yönünden belirlenen *özel olan ceza yargılaması makamları* da (mahkemeleri) bulunmaktadır: Yüce divan, anayasa mahkemesi, trafik mahkemeleri ve icra mahkemeleri gibi.⁴⁴ 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’a göre; ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir (md. 8).⁴⁵ Belirtilen norm çerçevesinde *icra ceza mahkemesi* “özel kanunlarla kurulmuş ceza mahkemesi” niteliğindedir.

İcra mahkemeleri İİK’nin 4. maddesine göre kurulmuş olup; “İcra ve iflâs dairelerinin muamelelerine karşı yapılan şikâyetlerle itirazların incelenmesi icra mahkemesi hâkimi yahut kanun gereğince bu görev kendisine verilmiş olan hâkim tarafından yapılır” (İİK md. 4-ilk cümle). Yine İİK’nin 346/3. maddesine göre; “Bu bapta (on altıncı bap) yer alan suçlarla ilgili davalara, icra mahkemesinde bakılır.” Söz ettiğimiz normlardan hareketle *icra mahkemeleri* İİK’nin on altıncı babında düzenlenip adli para ve/veya hapis cezasını gerektiren suçlarda ve bu Kanuna göre disiplin ve tazyik hapsini gerektiren

⁴⁴ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 519-529. Ayrıca bkz. CENTEL/ZAFER, s. 591-592.

⁴⁵ Bkz. RG. 7/10/2004/ 25606.

fiillerde *icra ceza mahkemesi* sıfatıyla muhakeme yürütmektedir.

İcra mahkemesi, icra suçlarında yargılama makamıdır (İİK md. 348). Mahkeme gibi ceza verdiğiinden, hâkimlik makamı olmayıp; mahkeme makamıdır ve ceza işlerinde ceza mahkemeleri gibi yetkilidir.⁴⁶

2.2. İcra Ceza Mahkemesinde Uygulanan Muhakeme Usulü

Özel kanunla kurulmuş diğer ceza mahkemesi statüsündeki icra ceza mahkemesinde *özel bir muhakeme usulü* uygulanmaktadır.⁴⁷ Bu farklılık, icra ve iflas hukukunun amaçları ile icra suçlarının yöneldiği gaye ve niteliklerden kaynaklanmaktadır. İİK'nin icra ceza rejimini (mülga) Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu (CMUK) 'nun 344. maddesinde yer verilmiş olan⁴⁸ bir çeşit *şahsi dava sistemine benzettiği* de ileri sürülmektedir.⁴⁹ Şahsi dava kurumu

⁴⁶ KUNTER/YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 525-526.

⁴⁷ İcra mahkemesince yürütülen ceza muhakemesinin “özel ceza muhakemesi” olarak adlandırılmasına dair bkz. ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ ALAN AKCAN, Esra/ ÖZAYDIN, Özdem/ ERDEN TÜTÜNCÜ, Efsar/ ALTINOK VILLEMIN, Derya/ TOK, Mehmet Can: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 824.

⁴⁸ “Suçun Şahsi Dava Açmakla Takibi Halleri” Başlıklı CMUK'nin 344. maddesi:

“Aşağıda yazılı hallerde önce Cumhuriyet Müddeiumumisinin iştirakini tahrike hacet olmaksızın zarar gören kimse şahsi dava açmak suretiyle suçu doğrudan doğruya takip edebilir:

- 1 - Ceza Kanununun 191 inci maddesinin son fıkrasında yazılı tehdit.
- 2 - Ceza Kanununun 193 üncü maddesinin birinci fıkrasında yazılı haneye taarruz.
- 3 - Ceza Kanununun 195 ve 197 nci maddelerinde yazılı gayrın sırrını ifşa.
- 4 - Ceza Kanununun 456 ncı maddesinin son fıkrasında ve 459 uncu maddesinin bir numarasında yazılı müessir fiiller.
- 5 - (Değişik bent: 11/05/1988 - 3445/16. md.) Ceza Kanununun 480 ve 482 nci maddelerinde yazılı hakaret ve sövme, (şu kadar ki, bu suçlar Ceza Kanununun 164 ve 166 ncı maddelerinde yazılı mahiyette olursa veya neşir yoluyla veya radyo ve televizyon veya benzeri kitle haberleşme araçlarıyla işlenmişse usulüne göre Cumhuriyet savcılar tarafından takip olunur.)
- 6- Ceza Kanununun 516 ncı maddesinin birinci fıkrasında ve 518 inci maddesinde yazılı izrar ve tahrip.
- 7- Ticaret Kanununun 64 ve 65 inci maddelerinde yazılı gayri kanuni rekabet.
- 8- Hususi nizamlar ve kanunlarda yazılı edebi ve sınavi mülkiyetlere ve güzel sanatlar mülkiyetine mütaallik suçlar.

Mağdur olan kimsenin kanuni mümessili varsa şahsi dava açmak ona aittir.

Mağdur bir cemiyet veya şirket olupta hukuk işlerinde bu sıfatla dava açmak ehliyetini haiz ise dava salahiyeti bu cemiyet veya şirketi temsil edenler tarafından kullanılır.”

⁴⁹ POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer: **İcra Hukuku Esasları**, Güncelleştirilmiş, Ge-

CMK'nin yürürlüğe girişiyle kaldırılınca, İİK'de suç sayılan fiillerin otomatik olarak kamu davasına dönüşmüş olduğu da ifade edilmiştir.⁵⁰ Öte yandan şahsi dava usulü 1 Haziran 2005 tarihinden beri uygulanmamakla birlikte İİK'de düzenlenen fiillere şahsi dava uygulamasına izin verilen suçlar arasında (mülga) CMUK'nin 344. maddesinde zaten yer verilmemiş olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bilindiği üzere, şahsi dava, şikâyet, izin ve talep şartı gibi istisnalar resen araştırma mecburiyeti ilkesi ile kamu davasının mecburiliği ilkesinin istisnalarını oluşturmaktadır.⁵¹ İİK sistemi, ceza davasının açılması bakımından şahsi dava uygulamasına benzetilebilir ancak icra ceza muhakemesinin morfolojisinin ceza muhakemesine nazaran esaslı farklılıklar içerdiği de önemle belirtmek durumundayız.

İİK'nin “cezai hükümler” başlıklı on altıncı babında, suç olarak tanımlanan fiiller yanında izlenecek muhakeme hukukuna ilişkin kurallara da yer verilmiştir. Görev ve birleştirme yasağı (md. 346), şikâyet süresi (md. 347), yetki (md. 348), yargılama usulü (md. 349), duruşma (md. 350), tahkikat (md. 351), karar (md. 352), itiraz (md. 353), davanın ve cezanın düşmesi ile ceza verilemeyecek hallerle ilişkin norm (md. 354) icra ceza mahkemelerinde uygulanacak temel muhakeme kurallarıdır. İİK'de yer verilen ve göreve ilişkin normdan başlayarak dava ve cezanın düşmesine değin icra ceza mahkemesince izlenecek muhakeme hukuku kurallarını özel olarak düzenleyen kurallar bütününden oluşan muhakeme dalını “**icra ceza muhakemesi**” olarak

nişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 900.

⁵⁰ Anılan düşünce için ayrıca bkz. ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 824, dipnot 51.

Bu görüşe dayanak olarak ise, 5320 sayılı CMK'nin Yürürlük Kanunu'nun 9. maddesi gösterilmektedir.

5320 sayılı Kanun Madde 9:

Şahsi dava

Madde 9- (1) Özel kanunlarda öngörülen şahsi davalar kamu davasına dönüşür.

(2) Hâlen şahsi dava usulüne göre yürütülen davalar da kamu davası olarak sürdürülür.

(3) Şahsi davacılar, katılan sıfatını alırlar.

(4) Bu davalar hakkında, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri uygulanır.

⁵¹ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 34-35.

Bir düşünceye göre, (mülga) CMUK'nin 344. maddesinde düzenlenen şahsi dava ile şikâyet ayrı şeylerdir. Bkz.

KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 668.

adlandıracağız.⁵² Çalışmamızın konusu itibariyle *bu muhakeme dalını sadece takibi şikâyete bağlı suçlara ilişkin kuralları yönünden irdeleyeceğiz.*

İcra ceza muhakemesinin tamamen *kendine özgü muhakeme kuralları* benimsemiş oluşu dikkat çekicidir. Bu bağlamda, İİK'nin yargılama usulüne ilişkin 349. maddesinin birinci fıkrasının anayasaya aykırılığı somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne götürülmüştür. AYM, söz edilen normun iptali istemini şu gerekçelerle (yerinde olarak) reddetmiştir:

“Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi ile ilgili olarak verdiği birçok kararda belirtildiği üzere, aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması halinde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. İcra ve İflas Kanunu'nda belirtilen suçları işleyenler ile başka yasalarda belirtilen suçları işleyenler eylemlerinin farklılığı nedeniyle aynı durumda değildirler. Bundan dolayı yasa koyucunun İcra ve İflas Kanunu'nda bazı suçlar için farklı usul getirmesi, Anayasa'nun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Öte yandan, itiraz konusu kural ile dilekçeyi alan mahkemenin duruşma için hemen gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alması, sanığa celpname göndermesi ve tanik gösterilmiş ise onun da mahkemeye getirilmesi yasa koyucunun takdirinde olan usul kuralları olup Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”⁵³

2.2.1. İcra Ceza Muhakemesinde Dava Açma Usulü

İİK'nin “Yargılama usulü” başlıklı 349/1. maddesine göre; şikâyet dilekçe ile veya şifahî beyanla yapılmakta, dilekçeyi veya dava beyanını alan icra mahkemesi duruşma için hemen bir gün tayin edip, şikâyetçinin imzasını alıp sanığa celpname göndermektedir. Şikâyet dilekçesi veya dava beyanının verilmesiyle doğrudan kovuşturma evresi başlatılmaktadır. İcra ceza muhakemesinde takibi şikâyete bağlı suçlar yönünden ceza davasının (kovuşturmasının) kamusalılığı yerine *ceza kovuşturmasının kişiselliği*⁵⁴ benimsenmiştir.

⁵² CGK, İİK'de öngörülen şikâyete bağlı suçlar açısından *kendine özgü muhakeme usulü* benimsendiği görüşündedir. Bkz. CGK 1/2/2011, 2010/16 HD-226, 2011/10. (UYAP). CGK ile aynı yönde ayrıca bkz. ERMENEK, s. 301.

Bir düşünceye göre ise, icra ve iflas suçları, icra ve iflas hukuku ile ceza hukukunun kesiştiği bir sahada bulunan; bu sebeple hem icra ve iflas hukuku hem de ceza hukukuna ilişkin bazı kuralların uygulanma alanı bulduğu bir daldır. Bkz. YILDIZ, s. 218.

⁵³ AYM'nin 28/2/2008 tarihli ve 2006/71, 2008/69 sayılı kararı için bkz. RG. 16/4/2008, 26849.

⁵⁴ Anılan ilkeler için ayrıca bkz. CENTEL/ZAFER, s. 519-523.

İcra ceza mahkemesinin takibi şikâyete bağlı suçlar yönünden yürüttüğü muhakemede *şikâyet dilekçesi dava açan belge niteliğindedir*. Anılan muhakemede bir soruşturma evresi bulunmadığı gibi duruşmada veya öncesinde Cumhuriyet savcısı da bulunmamaktadır.⁵⁵ İcra ceza mahkemesince savcılık makamına sadece mahkeme kararı bildirilmekte ve böylelikle kanun yoluna başvurulmasına imkân tanınmaktadır (İİK md. 350/2, 352/1).

Şikâyet dilekçesi veya dava beyanını alan icra mahkemesinin hemen duruşma için bir gün belirlemesi, *şikâyet dilekçesi üzerine derhal kovuşturma evresinin başlaması* anlamındadır. İcra ceza muhakemesinde “dilekçeyle ceza davası açılması” şeklinde (adeta ceza muhakemesi hukuku kurallarının ötesinde) bir durum söz konusu olup; bu özellik bir anlamda medeni muhakemeyi anımsatmaktadır. Şöyle ki, şikâyet dilekçesi ile açılması gereken dava, hatalı biçimde iddianame ile açılmış bile olsa; bu durum davayı kamu davası haline dönüştürmeyecektir.⁵⁶

İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlar yönünden *şikâyette bulunulmuş olmasının bir muhakeme şartı olduğu* kuşkusuzdur. Ancak, belirtilen suçlar yönünden şikâyetin gerçekleşmiş olması “sadece kovuşturma yapılması bakımından” bir muhakeme engelidir. Zira, bu suçlar yönünden şikâyet dilekçesinin icra ceza mahkemesine verilmesiyle doğrudan kovuşturma evresi başlamaktadır (İİK md. 349/1). Önemle vurgulayalım ki, *icra ceza muhakemesi dava açılma usulü bakımından ceza muhakemesinden bariz şekilde farklılaşmakta*; “şikâyet dilekçesiyle ceza davası açılması” biçiminde Ceza Adalet Sistemimizde başka örneği bulunmayan bir uygulama karşımıza çıkmaktadır.

2.2.2. İcra Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü

Şikâyet dilekçesini veya dava beyanını alan icra mahkemesi duruşma için hemen bir gün tayin edip; şikâyetçinin imzasını alıp sanığa celpname

⁵⁵ İİK'nin on altıncı babında resen kovuşturulan icra suçlarına da (İİK md. 333, 335, 336, 337, 342 ve 345/b) yer verilmiş olup, bu fiillerin soruşturması Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülmekte olup, bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Bölüm 3. Aynı yönde ayrıca bkz. ERME-NEK, s. 299-300.

⁵⁶ CGK'ye göre; “...Şikâyete tabi olduğu belirtilen bu suçlarla ilgili olarak, şikâyetin doğrudan icra ceza mahkemesine yapılması gerektiğinden, 5271 sayılı Yasanın 170. maddesi uyarınca iddianame düzenlenmesine gerek bulunmadığı gibi, anılan Yasanın 170. ve devamı madde hükümlerinin de bu suçlar yönünden uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.” Bkz. CGK 13/2/2007, 2007/17, 28 sayılı kararı (UYAP).

Aynı yönde bkz. KÜRTÜL, Mehmet: **Açıklamalı - Örnekli - İctihatlı İcra ve İflas Suçları**, Gökçe Ofset Matbaacılık, Ankara 2012, s. 494.

göndererek, kovuşturma evresini ve muhakemeyi başlatmaktadır. İcra ceza mahkemesi, tarafların bizzat hazır bulunmasını emredebileceği gibi muhakemeyi sanığın gıyabında da görebilmektedir. Öte yandan, şikâyetçi belirlenen zamanda gelmez ve vekil de göndermezse şikâyet hakkı düşmektedir (İİK md. 349/6).

İcra ceza muhakemesi *tipik bir ceza muhakemesi niteliği taşımamakta* olup, her iki muhakeme türü bakımından ortaya çıkan önemli farklara değinelim.

- **Savunma hakkı bakımından:** İcra ceza muhakemesinde sanığın savunmasının alınması zorunluluğu yoktur; savunma alınmaksızın⁵⁷ dahi hapis cezasına hükümlenabilmektedir. Bunun için sanığa sadece usulüne uygun bir celpname çıkarılmış olması yeterlidir (İİK md. 349/1,5).⁵⁸

⁵⁷ Sanığa gönderilecek davetiyenin ihtarlı (meşruhatlı) olması ile “duruşmaya gelmediği takdirde yargılamanın yokluğunda yapılacağı” hususunun (mülga) CMUK’nin 225. maddesine uygun olarak bu davetiyede belirtilmiş olması gerektiğine ilişkin bkz. UYAR, Talih: **İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflas Suçları)**, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa 1987, s. 477.

CMUK’nin 225. maddesi, sanık gelmese bile duruşma yapılabilecek halleri; “tahkikatın mevzuu olan suçun gerek yalnız ve gerek birlikte olarak para cezasını, hafif hapis ve müsadere cezalarını gerektirmesi” hali ile sınırlandırmıştır. Bilindiği üzere, mülga TCK ve CMUK’de yer verilen “hafif hapis cezası” artık sistemimizde mevcut değildir. Buradan hareketle, CMK’nin 195. maddesi ise bu durumu; “suçun, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmesi” durumu ile sınırlandırarak savunma hakkı güvencesinin kapsamını genişletmiştir.

⁵⁸ İİK’nin 349. maddesinin beşinci fıkrasının son tümcesi olan “Bu suretle de bulundurulamazsa muhakeme gıyabında görülür” biçimindeki kuralın da Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AYM kararına göre iptal istemi şu gerekçeyle reddolunmuştur:

“...*İcra ve İflas Kanunu’nun 349. maddesinde, şikâyetçi ile sanığın mahkeme tarafından belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmek veya vekil göndermek zorunda oldukları, hâkimin gerektiğinde tarafların bizzat hazır olmasını isteyebileceği, sanığın başka yerde ikamet etmesi durumunda istinabe yoluyla sorguya çekileceği, sanığın, şikâyeti alanın veya istinabe edilenin hâkim huzuruna gelmemesi veya müdafî göndermemesi durumunda ve gerekli görülmesi halinde zabıta aracılığı ile getirileceği belirtilmiştir.*

Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır:

Savunma hakkı adil yargılanmanın esaslı unsurlarındandır. Yargının temel görevi ve yargılama süreci sonucunda beklenen sonuç adaletin sağlanmasıdır. Bu sonuç, haklı ve haksızın ayırt edilmesi, sakat işlemin ortadan kaldırılması, uğranılan zararın giderimi veya sanığın cezalandırılması şekillerinde ortaya çıkabilir. Usulüne uygun biçimde yapılan tebligata karşın, kendini savunmak için mahkemeye gelmeyen kişinin savunma hakkından vazgeçtiğinin kabulü gerekeceği gibi, duruşmaya fiilen gelmemek suretiyle yargılamanın devamının ve beklenen adalet ve yargısal sonucun elde edilmesine mani olunmaması gerektiği de hukuk

Gerçekten, İİK'nin 349/5. maddesindeki “sanığın duruşmaya bizzat gelmediği veya müdafî göndermediği durumlarda bizzat bulunmasına lüzum görülürse zabıta marifetiyle getirileceği” normunun karşıt kavramından “icra ceza muhakemesinde sanığın savunması alınmadan da hüküm kurulabileceğine cevaz verildiği ortaya çıkmaktadır. Yine aynı maddenin yedinci fıkrasındaki “... borçlunun (icra ceza muhakemesi bakımından sanığın) gıyabında verilen karara karşı eski hale getirme talebi” ibaresi de aynı düşünceyi teyid etmektedir. İİK'nin on altıncı babındaki *hem takibi şikayete tâbi suçlar hem de resen takip edilen suçlar bakımından aynı ilke geçerlidir.*

- **Resen araştırma ilkesi bakımından:** Ceza muhakemesindeki resen araştırma ilkesi icra ceza muhakemesinde geçerli değildir. İİK'nin “tahkikat usulü” başlıklı 351. maddesine göre; “Şikayetçi dilekçe veya beyanında gösterilmiş olduğu delillerle bağlıdır. Maznun müdafaası için tahkikatın tevsiini ancak bir kere isteyebilir.”⁵⁹ Ancak, bu hükümlere uyulmayıp, icra hâkiminin tıpkı bir ceza hâkimi gibi hareket ederek sanığın ve müştekinin gösterdiği, ayrıca kendisinin toplanmasına gerek gördüğü bütün delilleri toplayarak, tanık dinleyerek, bilirkişi incelemesi yaptırdığı ve Yargıtayın da mahkemeden delilleri toplamasını istediği gerekçesiyle uygulama eleştirilmektedir.⁶⁰

devleti ilkelerindedir.

*İtiraz konusu kural, yargılamanın sanığın gıyabında görülmesini çeşitli koşullara bağlamıştır. Öncelikle, sanığa celpname gönderilmesi, tanık gösterilmiş ise onun da mahkemeye getirilmesi gerekmektedir. Yasa her iki tarafın da belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmelerini zorunlu tutmuş, İcra Mahkemesine tarafların vekil aracılığı ile değil, bizzat hazır bulunmalarını da isteyebilme yetkisi vermiş, sanığın başka bir yerde ikamet etmesi halinde de istinabe yolu ile sorguya çekilmesini öngörmüştür. Sanık bildirimlere karşın icra mahkemesinin huzuruna gelmez veya müdafî göndermez ise mahkeme zabıta aracılığı ile de sanığı getirebilecektir. Yargılamanın sanığın yokluğunda görülmesi tüm bu aşamalardan geçildikten sonra gerçekleştirilebilecektir. Sanığın usulüne uygun olarak yapılan bildirimlere karşın mahkemeye gelmemesi veya avukat göndermemesi, duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçtiği anlamına gelir. **Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırı görülmemiştir.**”*

AYM'nin 28/2/2008 tarihli ve 2006/71, 2008/69 sayılı kararı için bkz. RG. 16/4/2008, 26849.

⁵⁹ İcra işlerinde sürat esas olduğu için, İİK'nin 351. maddesindeki şikâyet dilekçe veya beyanındaki delillerle belirlilik ve tahkikatın genişletilmesinin ancak bir defa istenebileceği ilkesinin benimsendiğine ilişkin ayrıca bkz. UYAR, s. 479.

⁶⁰ Bkz. ÇOLAK, Haluk: İcra ve İflas Suçları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, **Ban-kacılar Dergisi**, Sa. 53, İstanbul 2005, s. 90.

Konuyla ilgili bir kararında CGK şöyle içtihat etmiştir:

“...Şikâyet dilekçesinde kanıt olarak gösterilen icra takip dosyasının numarasının veya icra müdürlüğünün isminin veya bir yerde kurulmuş bulunan icra müdürlüklerinin numarasının hatalı bildirilmiş olması halinde, bu hatanın giderilmesine yönelik olarak asıl icra takip

- **Yetki kuralı bakımından:** İcra ceza mahkemesinin tâbi olduğu (yer yönünden) yetki kuralı, ceza muhakemesi hukukunun genel ilkesi olan “suçun işlendiği yer” olmayıp; “icra takibinin yapıldığı yer” olarak kabul edilmiştir (İİK md. 348).

- **Davaların birleştirilmesi bakımından:** İcra ceza mahkemesinin görevindeki suçlara ilişkin davalar, diğer mahkemelerde görülen ceza davaları ile birleştirilemez (İİK md. 346). Hâlbuki ceza muhakemesi hukukunda bağlantılı davaların birleştirilmesi mümkündür.

- **Muhakeme süresi bakımından:** İcra mahkemesi iki tarafın ifadelerini ve bütün delillerini ve iddia ve müdafaalarını dinledikten sonra nihayet beş gün içinde kararını verir (İİK md. 352/1).⁶¹ Ceza muhakemesinde yargılamanın tek celsede bitirilmesi ancak “ideal bir temenni” olarak teoride savunulmakta ise de⁶² İİK’nin anılan kuralına benzer başka bir norm mevzuatımızda yer almamaktadır.

Özetle, icra ceza muhakemesinin yöneldiği amaçlar itibariyle seri bir muhakeme usulü inşa ettiği ve bu yönüyle de “ceza muhakemesi hukukunun bazı temel ilkelerinden ayrıldığı” açıkça ortadadır.

2.3. İcra Ceza Muhakemesinin Ceza Muhakemesi ile Karşılaştırılması

İcra ceza muhakemesi bu alana dair normlardan da açıkça görüldüğü üzere tipik bir “suç muhakemesi” niteliğinde değildir. İcra ceza muhakemesi, takip sisteminin iyi işlemlerini sağlama ile alacakların süratle ve kolaylıkla cebri icrası amacına yönelmiştir. Bu itibarla, icra hukukunun serilik ve basitlik ilkesinin icra ceza muhakemesine yansıdığı görülmektedir. Kısacası, icra ceza muhakemesi, İİK’nin suç olarak tanımladığı fiillerin muhakemesini konu edinmiş; *hem hukuk muhakemesi hem ceza muhakemesinden -bünyesine uygun düştüğü ölçüde- bazı kuralları adeta ödünç alarak yürütülen* kendine

dosyası numarasının veya icra müdürlüğü adının veya numarasının bildirilmesi yeni delil bildirme kapsamında değerlendirilemez. Aksine, mutlaka araştırılarak açıklığa kavuşturulması gereken böyle bir durumda yerel mahkeme tarafından, müşteki vekiline makul bir süre verilerek yargılama konusu yapılan asıl icra takip dosyasının bildirilmesi sağlanmalıdır.” CGK 1/2/2011, 2010/16 HD-226, 2011/10 (UYAP).

⁶¹ Uygulamada dava sayısının fazlalığı ve yazılan müzakerelere geç cevap verilmesi nedeniyle mahkemelerin bu hükme uyamadıklarına dair bkz. ÇOLAK, s. 91.

⁶² Bu konuda değerlendirme ve eleştiri için ayrıca bkz. ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTI-NOK VILLEMIN/ TOK, s. 630.

özgü nitelikte bir muhakeme dalıdır.⁶³

İcra ceza muhakemesinde, *soruşturma evresine dahi gerek duyulmaksızın; sadece alacaklının şikâyetiyle uyuşmazlığın doğrudan icra ceza mahkemesi önüne getirilmesine* cevaz verilmiştir. Burada, alacaklının şikâyeti üzerine yürütülen dava, borçlu aleyhine yürütülmüş ve kesinleşmiş olan bir icra takibine dayanmaktadır. Bu itibarla, icra ve iflas hukuku sisteminde kesinleşmiş icra takibinin süratle yerine getirilmesi amaç olup, bu gayeye yönelik olarak alacaklının alacağına kavuşması sürecini akamete uğratan bazı fiiller suç olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda, kendine özgü şartları olan icra ceza muhakemesinde soruşturma evresine bile gerek duyulmamıştır.

İcra ceza muhakemesinin *İİK'nin amacına yönelik özel nitelikte bir seri muhakeme hukuku kuralları bütünü olduğu* söylenebilir: Hemen dava açılın, şikâyetçi (alacaklı) davasını mutlaka takip etsin, delillerini sunsun, sanık (borçlu) duruşmaya gelmeseyse dahi karar verilsin, verilen cezanın infaz aşamasında dahi ödeme veya şikâyetten vazgeçme ile düşmesine imkân tanınsın. Tüm bu ilkeler çerçevesinde *alacaklının alacağına süratle kavuşması ile iyi işleyen bir takip sistemine dolayısıyla piyasa mekanizmasına, millî ekonomiye sahip olunması hedefine katkı sağlanması amacı* açıkça ortaya çıkmaktadır.

CMK, suç soruşturmasına ilişkin temel güvenceler benimseyen ve kaynağını hukukun temel ilkeleri ile Anayasa'dan alan bir temel kanun niteliğindedir. İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı fiiller yönünden CMK'deki güvencelerin suç faillerine (borçluya) sağlanması gerekli görülmemekle bu suçlar yönünden *daha az güvenceli ancak özel bir muhakeme sistemi* benimsenmiştir. Kısacası, CMK'nin korumak istediği hukuki değerler, haklar ile İİK'nin güvence altına almak istedikleri temelden farklıdır. Ezcümle, icra ceza muhakemesinde ancak fiilin ve muhakemenin bünyesine uygun düştüğü ölçüde CMK hükümleri tatbik edilebilecek; CMK'deki her norm

⁶³ CGK'nin icra ceza muhakemesine bakışı ise şu şekildedir:

“İcra ve İflas Yasasında kendine özgü bir yargılama sistemi öngörülmüş olması, bu yasadaki düzenlenen suçlara ilişkin yapılan yargılama işlemlerinin ceza yargılaması faaliyeti olmadığı anlamına gelmemektedir. *Bu yasadaki aksine kısıtlayıcı hüküm bulunmadığı hallerde* ceza yargılamasının “usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda, somut gerçeğin her türlü kuşku dan uzak bir biçimde kesin olarak saptanması” amacı ve “adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm yasal kanıtların araştırılıp tartışılması” zorunluluğu, İY'da düzenlenen suçlara ilişkin yapılan yargılamalarda da aynen geçerlidir.” Bkz. CGK 1/2/2011, 2010/16 HD-226, 2011/10. (UYAP).

İİK'deki fiillere uygulanamayacaktır.⁶⁴ Bu anlamda ceza muhakemesi ile icra ve iflas hukuku dolayısıyla icra ceza muhakemesinin amaçları ve konusunun hiçbir şekilde gözden kaçırılmaması önem taşımaktadır.

3. İCRA VE İFLAS KANUNUNUN ON ALTINCI BABINDA DÜZENLENEN FİİLLER

3.1. İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babında Düzenlenen Fiillerin Sınıflandırılması

İİK'nin on altıncı babında ceza hukuku yaptırımına bağlanan fiillere yer verilmiştir. Anılan fiiller, “İİK’de suç olarak tanımlanan fiiller, İİK’ye aykırılık suçu, icra suçu” şeklinde farklı isimlerle adlandırılarak,⁶⁵ çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutulmaktadır.

Postacıoğlu ve Altay, İİK’deki “münferit icra suçları” olarak adlandırılan fiillerin, suç teşkil eden eyleme uygulanacak yaptırıma göre; a) Disiplin ve tazyik hapsi cezasını gerektiren suçlar, b) hapis ve adli para cezasını gerektiren suçlar olarak iki kategoriye ayrılması gerektiği düşüncesindedir.⁶⁶

Yılmaz ise, 1) Cezai hükümler başlıklı “On altıncı Bab” hükümleri, 2) Taksiratlı ve hileli iflas⁶⁷ başlığını taşıyan “On üçüncü Bab” hükümleri, 3) Hapisle tazyik hükmü şeklinde bir tasnif yapmaktadır.⁶⁸

Ermenek tarafından yapılan bir ayrıma göre; *İİK'nin on altıncı babında yer verilen fiillerin tamamı salt iflâs hukukuna ilişkin olmayıp*; bazıları icra suçları ile beraber (örneğin, 331, 337, 337/a, 345 ve 345/b maddeler gibi), bazıları konkordatoya ilişkin suçlar ile beraber (333, 334. maddeler gibi), bazıları ise salt iflas hukukunu ilgilendiren suçlar olarak düzenlenmiştir (336,

⁶⁴ Aynı yönde olmak üzere, ceza muhakemesine ilişkin olarak özel Kanunlarda mevcut olan düzenlemelerin İİK’deki fiiller yönünde öncelikle uygulanmaya devam edileceği; CMK’ye atıf yapılmamış diğer hükümlerinin ise, ilgili özel kanunun amaç ve prensiplerine uygun düşüğü ölçüde, kıyas yolu ile uygulanacağına dair ayrıca bkz. ERMENEK, s. 288.

⁶⁵ Krş. UYAR, s. 2-3.

⁶⁶ Bkz. POSTACIOĞLU/ ALTAY, s. 902-914.

Benzer ayrımlar için bkz. SARI, s. 42 vd. UYSAL, Mehmet: “Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl 2006, Cilt: 80, Sa. 3, s. 1014 vd.

⁶⁷ Anılan fiillerin, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nin 161. maddesinde “hileli iflas” ve 162. maddesinde “taksirli iflas” biçiminde hem suç olarak tanımlandığını hem de yaptırımlarının düzenlendiğini hatırlatmak isteriz.

⁶⁸ YILMAZ, s. 497.

337, 345/a maddeler gibi).⁶⁹

Muşul tarafından savunulan ve CGK tarafından benimsenen bir düşünceye göre ise, haksızlık içeren fiilin karşılığında öngörülen yaptırıma göre; İİK'nin on altıncı babındaki fiiller “icra suçu ve kabahati” şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır.⁷⁰ Bu düşünceye göre, *karşılığında disiplin ve tazyik hapsi gerektiren fiiller* “icra kabahati” olarak; *hapis ve/veya para cezasını gerektiren fiiller* ise “icra suçu” olarak adlandırılabilir.

İİK'nin 346. maddesinin ilk fıkrası; “Bu Kanun hükümlerine göre verilecek disiplin veya tazyik hapsinden..” üçüncü fıkrası ise; “Bu bapta yer alan suçlarla ilgili davalardan...” söz ederek bu yaptırımlara icra mahkemesince karar verileceği/ bakılacağı kuralını getirmektedir. Bu kuraldan hareketle, icra ceza mahkemesinde muhakemesi yürütülecek fiillerin “İİK'nin on altıncı babındaki suçlar” ile “İİK'deki disiplin veya tazyik hapsini gerektiren fiiller” olduğu ortadadır. İcra mahkemelerinin görevine ilişkin bu normla öngörülen ve “suç olarak tanımlanan” fiiller, TCK'nin benimsediği “suç: karşılığında hapis ve/veya adli para cezası öngörülen fiiller” sistemiyle uyumludur.

“İİK'de disiplin veya tazyik hapsi öngörülen fiillerin” TCK sistemi içindeki yeri irdelenmelidir. İİK'nin on altıncı babında tazyik hapsini gerektiren (338/2, 340, 341, 343 ve 344. maddeler) ve disiplin hapsini gerektiren (md. 339) fiillere de yer verilmiştir. Tazyik veya disiplin hapsini gerektiren bir fiilin TCK sisteminde “suç” olarak kabul edilemeyeceği kuşkusuzdur. Gerçekten, TCK'nin 45. maddesindeki temel ilkeye göre; suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır. Öte yandan, Kabahatler Kanunu (KK)'nin 2. maddesine göre, “Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.” Bu emredici norm çerçevesinde *bir fiilin kabahat olduğundan söz edebilmek için karşılığında idari yaptırım öngörülmüş olması* gereklidir. Disiplin hapsi ve (bunun bir şekli olan) tazyik hapsinin “disiplin yaptırımı” niteliğinde olduğu;⁷¹ ancak bununla hapis cezası yaptırımı arasında farklılıklar ve benzerlikler bulunduğu kuşkusuzdur.⁷² Dolayısıyla, İİK'nin öngördüğü

⁶⁹ ERMENEK, s. 290.

⁷⁰ CGK 25/4/2006, 2006/16.HD-123, 2006/127 (UYAP).

Muşul, icra suçlarını “suçlar ve kabahatler” şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutmaktadır. Bkz. MUŞUL, Timuçin: **İcra ve İflas Hukuku, Cilt: II**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1843. (MUŞUL, 2013).

⁷¹ İcra mahkemesinin disiplin hapsi ve tazyik hapsine ilişkin kararlarını “adli tedbir” olarak nitelendiren farklı bir düşünce için ayrıca bkz. ERMENEK, s. 309.

⁷² Disiplin hapsi ve tazyik hapsinin niteliği konusunda ayrıca bkz. ÖZGENÇ, İzzet: **Türk**

disiplin ve tazyik hapsini hiçbir zaman “idari yaptırım” ve bu fiilleri de “icra kabahati” olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu itibarla, “*icra kabahati - icra suçu*” biçimindeki sınıflandırmanın kanuni temellerinin bulunmadığı düşüncesindeyiz.

İİK'nin disiplin hapsi, tazyik hapsi, adli para ve hapis cezası yaptırımlarına tâbi kıldığı fiillerle *TCK ve Kabahatler Kanununun sistemi dışında kendine özgü bir yapı oluşturduğu* söylenebilir. Ceza Adalet Sistemimizin temel ilkelerine uygun olarak -gerektirdikleri yaptırımların türü ile tâbi oldukları muhakeme usulüne göre- **İİK'nin on altıncı babında yaptırma bağlanan fiiller** şu şekilde sınıflandırılabilir:

- a) Tazyik hapsini gerektiren fiiller (İİK md. 338/2, 340, 341, 343 ve 344.),⁷³
- b) Disiplin hapsini gerektiren fiiller (İİK md. 339),⁷⁴
- c) Takibi şikâyete bağlı icra suçları (İİK md. 331, 332, 333/a, 334, 337/a, 338/1 ve 345/a),
- d) Resen kovuşturulan icra suçları (İİK md. 333, 335, 336, 337, 342 ve 345/b).

3.2. İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babındaki Takibi Şikâyete Bağlı Suçlar

İİK'nin on altıncı babında düzenlenen ve adli para cezası ve/veya hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirip “takibi şikâyete bağlı olan icra suçları” şunlardır:

Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü baskı, Adalet Bakanlığı yayını, Ankara 2006, s. 621-624.

⁷³ İİK'nin 76. maddesinde yer verilen ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan “mal beyanında bulunmayan borçlunun alacaklının talebi üzerine hapisle tazyik olunacağı” normu; *konusunun İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı fiiller oluşu itibarıyla yaptığımız sınıflandırmaya dahil edilmediğini belirtmeliyiz*

İİK'nin on altıncı babında tazyik hapsi yaptırımına bağlanan fiiller şunlardır: Nafakaya ilişkin kararlara uymayanlar hakkında üç aya (md. 334); hakikata muhalif beyanda bulunanlar hakkında bir yıla (md. 338/2); borçlunun ödeme şartını ihlali halinde üç aya (md. 340); çocuk teslimi emrine muhalefet edenler hakkında altı aya (md. 341); 30 ve 31 inci maddeler hükmüne muhalefet edenler hakkında üç aya (İİK md. 343) ve nihayet nafakaya ilişkin kararlara uymayanlar hakkında üç aya kadar tazyik hapsi (md. 344) uygulanabilecektir.

⁷⁴ İİK'de disiplin hapsi yaptırımına yer verilen tek fiil; beyandan sonra mal ve kazançta olan tezayüdü bildirmeyen

borçlu hakkında bir aya kadar disiplin hapsi yaptırımı uygulanabilmesidir (md. 339).

- a) Alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudunu eksiltmek suçu (İİK md. 331),
- b) Aczine kendi fiiliyle sebebiyet vermek veya vaziyetinin fenalığını bilerek ağırlaştırmak suçu (İİK md. 332),
- c) Alacaklısını zarara uğratma kastı ile ticari işletmede yöneticinin borçlarını ödememesi suçu (İİK md. 333/a),
- d) Konkordatoda veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında yetkili kimseleri hataya düşürmek ya da konkordato veya uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma koşullarına uymamak suçu (İİK md. 334),
- e) Ticareti terk hükümlerine aykırılık suçu (İİK md. 337/a),
- f) Gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suçu (İİK md. 338/1),
- g) Sermaye şirketlerinin iflasını istememek suçu (İİK md. 345/a).

İİK’de tanımlanan *bu fiillerin takibi şikâyete bağlı olup* kanun koyucu “alacaklının şikâyeti üzerine, ilgilinin şikâyeti üzerine...” ve benzeri ifadelerle bu hususu belirtmiştir. Yukarıda sıralanan, İİK’nin on altıncı babında düzenlenen *takibi şikâyete bağlı icra suçları (kısaca “icra suçu veya takibi şikâyete bağlı icra suçu” olarak adlandırılabilir fiiller)* Kanun’un 354. maddesindeki dava ve cezanın düşmesi sistemine tâbi olmaları sebebiyle **çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.**

İİK’deki resen takip edilen icra suçları ile disiplin veya tazyik hapsini gerektiren fiillerin ise, İİK’nin 354. maddesi kapsamında bulunmadığından incelememizin sınırları dışında kaldığını belirtmeliyiz.

3.3. İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babındaki Takibi Şikâyete Bağlı Suçlarda Korunan Hukuki Yarar ve Diğer Suç Tipleriyle Karşılaştırılması

Hukuk düzeninde, kanuni tipe uygun ve hukuka aykırı davranışlar “suç” olarak tanımlanarak ceza yaptırımına bağlanmaktadır. Bu anlamda, *hukuk normunun bir değer hükmü oluşu* nazara alındığında; ceza normu ile fiilin değerlendirilmesi yapılarak, kişilerin davranışlarının doğru olmayıp “haksızlık teşkil ettiği” tespit edilince, bu davranışa *belirli hukuki sonuçlar*

uygulanmaktadır.⁷⁵ Haksızlık olgusunun, içeriğine göre değerlendirilebilmesi mümkün olduğundan, azlığına veya çokluğuna göre, bazı fiiller suç; bazıları ise kabahat olarak tanımlanabilmektedir.⁷⁶

Suçla korunan hukuki yarar veya bir başka ifadeyle suçun hukuki konusu; suç olarak tanımlanan ve ceza normu ile koruma altına alınan hukuki değeri ifade etmektedir.⁷⁷ Hukuki değerlerin farklı önemde oldukları gözetildiğinde ceza hukuku bütün hukuki değerleri değil; sadece -son çare olarak- ceza yaptırımı ile korunması gereken değerleri korumaya almaktadır.⁷⁸ Konusu cebri icra olan *icra ve iflas hukukunda bazı hukuki değerlerin ceza hukuku araçlarıyla korunması düşüncesi* diğer suçlara göre farklılık arz etmektedir.

Sağlıklı işleyen bir ekonomik sistemin varlığı, hem toplumsal hayatın devamı hem de ülke kalkınmasının sağlanması bakımından hayati önemdedir. Ekonomik hayat denilince sadece üretim, yatırım, satış ve tüketim faaliyetleri akla gelmemekte; tüm bunların finansmanı için alacakların ödenmesini sağlamak üzere iyi işleyen bir cebri icra hukuku sisteminin varlığı da zorunluluk arz etmektedir. Ekonominin önemli bir parçası olan icra hukukunun iyi işleminde devletin menfaati ve görevi vardır.⁷⁹ Cebri icra, borçların devlet kuvveti (yardımı) ile zorla yerine getirilmesi olup; bu süreçte cebri icra organlarının alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatler dengesini de gözetmesi gereklidir.⁸⁰ Bu anlamda, “icra suçu” olarak tanımlanan fiil “salt

⁷⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s. 127-128.

⁷⁶ AKBULUT, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 170-171.

⁷⁷ “Cezaî menfaat” kavramı, devletin, bizzat kendi emniyetini veya toplumun emniyetini suçların tehlikesine karşı himaye etmekteki menfaati bütün suç ipotezlerinde bulunmakla, ceza kanununun bahsettiği himayeyi karakterize etmektedir. Cezaî menfaat ve suçun hukuki konusuna dair ayrıca bkz. TOROSLU, Nevzat: **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 273, Ankara 1970, s. 160-173.

⁷⁸ AKBULUT, s. 53.

⁷⁹ SARI, s. 11.

⁸⁰ Doktrinde, İİK'nin 85/son maddesindeki “haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle (bağdaştırmakla, gözetmekle) mükelleftir” ilkesinin tüm icra ve iflas hukuku bakımından geçerli bir ilke olduğu yerinde olarak ifade edilmektedir. Ayrıca bkz. KURU, Baki: **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Tamamen yeniden yazılmış ve genişletilmiş ikinci baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 47.

borcu ödememek olmayıp; borçluların kötünîyetli davranışlarıdır.”⁸¹ Cebri icra sisteminin iyi işlemlerini engelleyecek bu tür davranışların önlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu noktada, korunan hukuki değerin önemi itibarıyla -son çare olarak- ceza hukuku yaptırımları devreye alınarak İİK’de bazı fiiller suç olarak tanımlanmıştır.

İİK’de yer verilen fiiller ekonomik suçlardan olup; cezai hükümler ile hem alacaklıların ve borçluların hem de tüm ekonomik düzenin korunmasına hizmet etmek suretiyle toplumsal menfaatlerin korunması da amaçlanmaktadır.⁸² Belirtilen gayeye yönelik olmak üzere, icra takip sisteminin yürüyüşüne engel olarak görülen bazı davranışlara mani olmak⁸³ ve böylelikle sistemin iyi işlerliğini sağlamak üzere bazı fiiller “icra suçu” olarak tanımlanarak karşılığında yaptırımlar öngörülmüştür. İcra ve iflas suçlarının kabulündeki amaç; cebri icrayı daha etkili kılmak içindir.⁸⁴ Ezcümle, icra suçlarında korunan hukuki yarar, *kötünîyetli davranışları engellemek suretiyle cebri icra sisteminin etkin işlemlerine ilişkin alacaklıların ve geniş anlamda devletin çıkarlarının korunması* şeklinde ortaya çıkmaktadır. İİK’de bazı fiillere cezaî bir sonuç bağlanmasında, cezalandırmanın genel gayesi olan suçlulukla mücadele, önleme ve failin topluma kazandırılmasından farklı olarak; “borçluyu borcun ifasına zorlamak gibi özel bir amacın bulunması”⁸⁵ **icra suçlarının diğer suçlardan koruduğu hukuki değer bakımından farklılaştığı ilk nokta olarak dikkat çekmektedir.**⁸⁶

⁸¹ UYAR, s. 2-3.

İİK ile sözleşmeden borcun yerine getirilememesi değil; borçlunun kötünîyetli davranışlarının yaptırıma bağlandığı ve bu sebeple anılan suçların Anayasa’nın 38. maddesindeki “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” kuralına aykırılık oluşturmadığına dair kapsamlı bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder: “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesine İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra ve İflas Suçları”, **Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul 2003, s. 497.

Aynı konuda bkz. ERCAN, İbrahim: “İcra ve İflas Suçları Üzerine Bazı Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, C. 13, Sa. 1, s. 7-32.

⁸² MUŞUL, Timuçin: **İflas Suçları Taksirath ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 7, 33. (MUŞUL, 1998).

⁸³ Krş. YILMAZ, s. 499.

⁸⁴ KURU, s. 49.

⁸⁵ ERMENEK, s. 303.

⁸⁶ İİK’nin on altıncı babında yer verilen ve takibi şikâyete bağlı olan yedi ayrı suçun (md. 331, 332, 333/a, 334, 337/a, 338/1 ve 345/a) unsurları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi ve bu bağlamda **netice unsuru yönünde incelenerek şekli (neticesiz/neticesi harekete bitişik) suç-maddi (neticesi hareketten ayrılabilen) suç ayırımı anlamında ele alınması**

İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlar yönünden “dava ve cezanın düşmesine ilişkin kendine özgü bir sistem” benimsenmesi ise, **belirtilen suçların diğer bir farkı ortaya çıkmaktadır.** Hukuk düzeninde, bazı suçlar Cumhuriyet savcılığınca kamu adına - resen takip edilirken; bazıları ise suçtan zarar görenin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Söz edilen ayırımın temelinde, suçla korunan hukuki değerın önemi, niteliğı ve bu değerin ihlaliyle kimin doğrudan zarar gördüğü konularıyla birlikte suç politikası belirleyici etken olmaktadır. Kanun koyucu, icra ve iflâs hukuku alanında bazı suçların takibini şikâyete tâbi kılmakla; borçlunun suç teşkil eden bir fiili nedeniyle *alacaklı ile borçlu arasında bozulan menfaat dengesinin tekrar kurulmasını* amaçlamaktadır.⁸⁷ Bir diğer yönüyle, suçla korunan hukuki yararın sahibi olarak alacaklının şikâyetiyle dış dünyaya yansıyan iradesine yani alacağın ödenmesine ayrı bir önem atfederek, “şikâyetten vazgeçme veya borcun ifasını ceza davasında düşme sebebi olarak kabul etmektedir (İİK md. 354/1). Gerçekten, müştekinin şikâyetinden vazgeçmesi veya borcun ödenmesi halinde, bozulan dengenin tekrar kurulduğu varsayılarak, İİK'nin 354. maddesindeki dava ve cezanın düşmesine ilişkin özel nitelikteki hüküm benimsenmiştir.⁸⁸ Kısacası, cebri icra sisteminin iyi işlemesine ilişkin olarak devletin ve özelinde alacaklının çıkarlarını korumayı amaçlayan kanun koyucu, İİK'nin on altıncı babında bu gayeye yönelik olarak bazı fiilleri şikâyete bağlı suç olarak tanımlanıp, ceza hukukundaki suçlulukla mücadele ve önleme gayelerinden nispeten ayrılarak; *borçluyu borcun ifasına zorlamak amacıyla öncelik* verilmiştir. Nitekim, bu amaca yönelik olan şikâyetten feragat veya ödeme halinde davanın ve cezanın bütün neticeleriyle düşeceğine ilişkin norm (İİK md. 354/1) *borcun ödenmesi gayesine öncelik verildiğini* açıkça ortaya koymaktadır.

4. İCRA VE İFLAS KANUNUNDA DAVA VE CEZANIN DÜŞMESİ SİSTEMİ

İİK'nin 354/1. maddesindeki dava ve cezanın düşmesi sistemine göre “düşme” kararı verilebilmesi için şu iki durumdan herhangi birinin gerçekleşmesi kâfi olup, bunlar;

çalışmamızın kapsamı ve sınırlarının ötesindedir. Ancak, konumuz itibarıyla, söz edilen suçların hepsinde “cebri icranın amacına ulaşmasını engelleme amacına yönelmiş hareketlerin” suç olarak tanımlanarak, *farklı neticelere ilgili suç tanımlarında yer verildiğini* belirtelim. Anılan suç tiplerine dair ayrıca bkz. SARI, s. 76 vd.

⁸⁷ ERMENEK, s. 303.

⁸⁸ ERMENEK, s. 303-304.

- 1) Takibi şikâyete bağlı olan suçta müştekinin şikâyetinden feragati veya
- 2) Borcun ödendiğinin sabit olmasıdır.

İİK'nin 354/1. maddesiyle basit, yalın bir dava ve cezanın düşmesi sistemini benimsenmiştir. Buna göre dava ve cezanın düşmesi için; borcun ödendiği sabit olacak veya müşteki şikâyetinden feragat edecektir.

4.1. Dava ve Cezanın Düşmesi Sisteminin Hukuki Niteliği

CGK'nin 2005 tarihli içtihadından⁸⁹ hareket eden Yargıtay özel daireleri, İİK'nin 354/1. maddesindeki *sistemin hukuki niteliği konusunda değerlendirme yapmaksızın*, bu normu “uzlaştırma benzeri ancak daha geniş kapsamlı bir düzenleme” olarak kabul etmiştir. CGK 2017 tarihli içtihadında ise aynı normu bu defa “davanın ve cezanın düşmesine imkân sağlayan özel bir etkin pişmanlık hükmü” olarak nitelendirmiştir.⁹⁰

Kanaatimizce İİK'nin 354/1. maddesiyle getirilen sistem; *CGK'nin içtihatlarının aksine* ne uzlaştırma benzeri bir düzenleme ne de etkin pişmanlık hükmü niteliğindedir. İİK'nin bu norm ile ceza hukukunun suçlulukla mücadele, genel ve özel önleme gayelerinden⁹¹ nispeten ayrıldığı; bu ilkeleri adeta bir kenara bırakarak asıl amaç olarak *alacağın süratle tahsilini* gözeten “özel bir dava ve cezanın düşmesi sistemi” kabul ettiği anlaşılmaktadır. Belirtilen özel sistemin kurulmasının cebri icra hukukunun özellikleri ile amacından doğduğunu önemle vurgulamalıyız. Bir diğer ifadeyle, İİK neredeyse tek şeye odaklanmaktadır: İyi ve süratli işleyen bir cebri icra mekanizmasının kurulması ve işletilmesi, böylelikle alacakların etkin şekilde tahsili. İİK, bu amaca yönelik olarak da kendi özel “dava ve cezanın düşmesi sistemini” ortaya koymuştur.

Hemen belirtmeliyiz ki, İİK'nin 354. maddesindeki *dava ve cezanın düşmesi sistemi ile uzlaştırma ve etkin pişmanlık kurumları arasında esaslı farklılıklar bulunmaktadır*. İİK'nin benimsediği dava ve cezanın düşmesi sistemi, ceza hukukundaki şikâyetten vazgeçme sisteminden de oldukça farklıdır. Cebri icra hukukunun özellikleri ve amacından ortaya çıkan *bu sistemin ceza hukukundaki şikâyet kurumu ile etkin pişmanlık ile ilişkisi* de irdelenmelidir.

⁸⁹ CGK 5/7/2005, 2005/10-84-90 (UYAP).

⁹⁰ CGK 14/3/2017, 2017/19-7, 2017/137 (UYAP).

⁹¹ Bkz. CENTEL/ZAFER, s. 5-7.

4.2. Ceza Hukukunda Şikâyet ve Şikâyetten Vazgeçme ile Karşılaştırılması

4.2.1. Muhakeme Şartı Olarak Şikâyet Kurumu

Ceza muhakemesinde soruşturmanın mecburiliği (kanuniliği) ilkesi uyarınca, herhangi bir şekilde suç işlendiği bilgisinin alınmasıyla birlikte resen soruşturma başlatılır ve yürütülür; soruşturma sonunda suçun işlendiği hususunda yeterli delil elde edilmesi durumunda ise kamu davası açılarak kovuşturma başlatılır. Bazı hallerde, soruşturmanın veya kovuşturmanın başlatılması veya belirli muhakeme işlemlerinin yapılması belli şartların gerçekleşmesine ya da engellerin bulunmamasına bağlı tutulmuş olabilir ki, bunlara ceza muhakemesinin şartları denilmektedir.⁹² Bu anlamda “şikâyetin gerçekleşmiş olması” ceza muhakemesinin yürüyüşüne etki eden bir muhakeme şartı niteliğindedir. Nitekim, TCK’nin 73/1. maddesinde şikâyet şartı gerçekleşmediği takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı belirtilmiştir.

Ceza hukukunda bazı fiiller -görece olarak daha az tehlikelilik, haksızlık içerdiği düşüncesiyle- takibi şikâyete bağlı suç olarak kabul edilmiştir. Bir diğer anlatımla, takibi şikâyete bağlı suçlar; kamu adına takibinde fayda, zorunluluk mülhaza edilmeyen fiillerdir. Bu tür fiillerin soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı kılınmıştır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyete bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır (TCK md. 73/1). İİK’de ise, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle şikâyet hakkının düşeceği kuralına yer verildiğini ifade etmeliyiz (md. 347).

Suçun tâbi olduğu zamanaşımı süresini geçmemek şartıyla şikâyet süresi, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlayacaktır (TCK md. 73/2).

⁹² Kısaca “muhakeme şartları” olarak adlandırılan kavram için bkz. KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 650-652.

ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÛTÛNCÛ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 42 vd. ŞAHİN, Cumhuriyet/ GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 53-58. (ŞAHİN/ GÖKTÜRK -I). CENTEL/ ZAFER, s. 656.

Şikâyetin konusu “olay” olup, şikâyet eden kimse kendisine zarar veren olayı, belli bir kişinin eylemini şikâyet ederek bu olayın muhakeme konusu edilmesini istemekte; bu fiilden dolayı cezalandırılmasını talep etmektedir.⁹³ Şikâyetçinin olayı hangi suç olarak nitelendirdiği ise, tabii ki soruşturma makamlarını bağlamayacaktır.

Şikâyet kurumu ile uzlaştırma arasındaki ortak nokta, her ikisinin de muhakeme şartı olmasıdır.⁹⁴ Ancak, uzlaştırma yoluna başvurulması için yeterli suç şüphesinin varlığı yani soruşturma yapılması şart olduğundan takibi şikâyetle bağlı suçlarda şikâyet yapılmamış veya geri alınmış ise soruşturma yapılamayacağından uzlaştırma da yapılamayacaktır. Bu itibarla, *şikâyetin geri alınmasının uzlaştırmadan daha lehe bir düzenleme olduğu* ifade edilmelidir.⁹⁵

4.2.2. Şikâyetten Vazgeçme ve Feragat

“Vazgeçme” terimine *hakkı hiç kullanmamak* anlamının yüklenmesi gerekli iken; TCK, “*kullanılan şikâyet hakkının geri alınması*” anlamındaki “vazgeçmeyi” düzenlemiştir.⁹⁶ TCK'nin *perspektifiyle* şikâyetten vazgeçme, şikâyet hakkı kullanıldıktan sonra bu hakkın geri alınmasıdır.⁹⁷

Şikâyetten vazgeçmenin hukuki sonuç doğurması sanığın kabulüne bağlıdır (TCK md. 73/6). Takibi şikâyetle bağlı suçlarda kural olarak suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürmekte; ancak hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmamaktadır (TCK md. 73/4). Şikâyetin bölünmezliği veya sırayeti olarak ifade edilen ilke gereğince; iştirak halinde işlenmiş suçlarda sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsayacaktır (TCK md. 73/5).

Vazgeçmeyle şikâyet hakkı düşmüş olacağından, aynı olay hakkında bir daha şikâyetle bulunulamayacaktır. Şikâyetten vazgeçme şahsi haklardan

⁹³ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 670. CENTEL/ ZAFER, s. 664.

⁹⁴ Uzlaştırma kurumunun mahkemelerin iş yükünü hafifletmek ve mağduru koruma amacına yönelmiş bir muhakeme şartı olduğuna dair ayrıca bkz. ŞAHİN, GÖKTÜRK -I, s. 49.

⁹⁵ ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sa. 32, Aralık 2016, s. 26-27. (ÖZBEK, V. Ö., 2016).

Mağdurun şikâyetten vazgeçme hakkını kullanmasının uzlaştırma prosedürünü engellediğine ilişkin bkz. CENTEL/ZAFER, s. 553

⁹⁶ CENTEL/ ZAFER, s. 680-681.

⁹⁷ CENTEL/ ZAFER, s. 681.

vazgeçildiği anlamına gelmez; ancak şikâyet hakkı bulunan kimse vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise, artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz (TCK md. 73/7). Şikâyetten vazgeçme bir muhakeme engeli olup; bu durumda düşme kararı verilecektir (TCK md. 73/4, CMK md. 223/8).

Feragat kelimesi, “ferağ” kökünden gelmekte olup; “vazgeçme, bırakıp terk etme, bir mülkün tasarruf, sahip olma hakkın başkasına terk etme” anlamına gelmektedir.⁹⁸ Şikâyetten feragat ise, bu hakkın kullanılmasından vazgeçme, bu hakkın kullanılmayacağına belirtilmesi anlamındadır. Uygulamada şikâyetten feragat, “şikâyet hakkından vazgeçme” de denilmektedir.⁹⁹ Feragat ile vazgeçme arasındaki temel fark; feragatin tek taraflı irade beyanı açıklamasıyla hukuki sonuç doğuran bir işlem olmasına karşılık; vazgeçmenin hukuki ilişkinin karşı tarafının kabulüne bağlı olmasıdır. Kuşkusuz, şikâyetten vazgeçme (şikâyetin geri alınması) iki taraflı bir işlemdir. Bunun sebebi, sanığın korunması düşüncesidir. Aksi halde bir şahsın masum birisi hakkında şikâyetle bulunup sonra vazgeçmesi ve onu affetmiş gibi bir hal alması, o kimsenin masumiyetini ispata fırsat vermeden davanın düşmesine imkân tanınması ve failin cezalandırılmasını ferde bırakmak olurdu ki böyle bir durum şikâyet hakkının amacı ile bağdaşmayacaktır.¹⁰⁰ İİK’de şikâyetten feragat halinde artık bu feragatten dönülmesi mümkün görülmemektedir.¹⁰¹

4.2.3. İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet Usulü ve Şikâyet Kurumundan Farklılıkları

İİK “ayrı bir şikâyet ve şikâyet hakkının düşmesi usulü ile dava ve cezanın düşmesi sistemi” oluşturarak (md. 354); TCK’nin şikâyet usulü, süresi ve şikâyetten vazgeçmeye ilişkin temel kurallarından ayrılmıştır. İcra suçlarının özelliklerinden kaynaklanan *bu özel sistemin temel farklılıklarını* sıralayalım:

-Şikâyetin hukuki sonuçları bakımından: Şikâyet, kural olarak ceza muhakemesi hukukunda sadece soruşturma evresini başlatabilmektedir. İİK’ye göre ise şikâyet, *kovuşturma evresini başlatma gibi önemli bir hukuki sonuç*

⁹⁸ DEVELLİOĞLU, Ferit: **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 25. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara 2008, s. 257.

⁹⁹ GÜNGÖR, Devrim: **5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009**, s. 69- 70.

¹⁰⁰ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 674-675.

¹⁰¹ KÜRTÜL, s. 577.

doğurmaktadır. Zira, İİK'ye göre şikâyet dilekçesini (veya dava beyanını) alan icra mahkemesi duruşma için hemen bir gün belirleyip şikâyetçinin imzasını alarak sanığa celpname gönderecektir. Kısacası, İİK sisteminde *şikâyet dilekçesi doğrudan kovuşturma evresini başlatma hukuki sonucunu doğurmakta;* bu yönüyle “dava açan belge” niteliği taşımaktadır (md. 349/1). Şikâyet dilekçesinin CMK'nin 170. maddesindeki iddianamenin içermesi gereken zorunlu unsurları içermesinin gerekmediği ise, kuşkusuzdur.¹⁰²

TCK'ye göre yapılacak şikâyet başvurusunda, söz edilen hukuki sonuçların hiçbirisi söz konusu olmayıp; burada şikâyetin sadece “soruşturma evresini başlatan” bir hukuki işlem olduğunu hatırlatalım.

-Şikâyet süresi bakımından: TCK'deki fiili ve faili öğrenmeden itibaren başlayan altı aylık şikâyet süresi zamanaşımı süresine kadar uzayabilmektedir. Oysa İİK'ye göre *filin öğrenilmesinden itibaren üç ay ve her halükarda fiilden*¹⁰³ *itibaren bir yıl geçmekle şikâyet hakkı düşmektedir.* Bu süreler *hak düşürücü süreler* olup mahkemece resen nazara alınacak; süresinden sonra şikâyette bulunulmuşsa İİK'nin 347. maddesi gereğince şikâyet hakkının düşmesine karar verilecektir.¹⁰⁴ Cebri icranın işleyişinin önündeki maniaları seri şekilde kaldırmaya yönelik amacı karşısında TCK'deki şikâyet süresinin çok uzun kaldığı; bu gayeyle İİK'nin oldukça kısa bir şikâyet süresi benimsediği muhakkaktır.

-Şikâyetin yapılacağı merci bakımından: Ceza muhakemesinde şikâyet kural olarak Cumhuriyet savcılığına veya kolluğa yapılmakta iken (CMK md. 158); İİK'ye göre şikâyet doğrudan icra ceza mahkemesine yapılmaktadır.¹⁰⁵

¹⁰² Krş. MUŞUL, 2013, s. 1848.

¹⁰³ İİK'de “suç” yerine “fiil” teriminin kullanılarak KK'ye uyum sağlanmak istendiğine dair ayrıca bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÛTÛNCÛ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK s. 825.

¹⁰⁴ MUŞUL, 1998, s. 145-146.

Şikâyet süresinin başlaması bakımından öğrenme eyleminin ne zaman olduğunun her türlü delille ispat edilebileceğine ve buna dair somut örnekler için ayrıca bkz. YILDIZ, s. 230.

¹⁰⁵ “...Şikâyete tabi olduğu belirtilen bu suçlarla ilgili olarak, şikâyetin doğrudan icra ceza mahkemesine yapılması gerektiğinden, 5271 sayılı Yasanın 170. maddesi uyarınca iddianame düzenlenmesine gerek bulunmadığı gibi, anılan Yasanın 170. ve devamı madde hükümlerinin de bu suçlar yönünden uygulanmasına olanak bulunmamaktadır...” CGK 13/2/2007, 2007/17.HD-16, 2007/28. (UYAP).

Şüpheli bakımından ağır sonuçlar doğuran bu suçlarda da Cumhuriyet savcılığınca soruşturma yapıldıktan sonra kamu davası açılması gerektiği önerisi için bkz. SARI, s. 197-198.

-Şikâyetle birlikte delil sunma zorunluluğu bakımından: Ceza muhakemesi hukukunda resen araştırma ilkesi geçerli olduğu için suçun takibi şikâyete bağlı olsa bile sadece fiil hakkında şikâyette bulunmak yeterli olup; suçun delillerini ve failin kimliğini dahi bildirmeye gerek yoktur. Şikâyetin içeriği hakkında herhangi bir sınırlama olmadığı gibi fiilin cezalandırılmasını isteyen herhangi bir ifadenin varlığı şikâyette bulunmak için yeterlidir.¹⁰⁶ Hâlbuki İİK sisteminde, şikâyetçi dilekçe veya beyanında göstermiş olduğu delillerle bağlıdır (İİK md. 351). Bu bağlamda, şikâyet dilekçesinde şüphelilerin isimleri ile fiile ilişkin bilgilerin de yer alması zorunludur.¹⁰⁷

-Kovuşturmayı takip zorunluluğu bakımından: Ceza muhakemesi hukukunda şikâyetçinin kovuşturmayı takip etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşın, icra ceza muhakemesinde şikâyetçi belirli zamanda duruşmaya gelmez¹⁰⁸ ve/veya vekil de göndermezse şikâyet hakkının düşmesine karar verilecektir (İİK md. 349/2,6).

-Şikâyetten vazgeçmenin zamanı ve etkisi bakımından: TCK'de hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmamaktadır (md. 73/4). Hâlbuki İİK'de şikâyetten feragat halinde dava ve bütün neticeleriyle beraber ceza düşmekte; yani infaz aşamasında dahi vazgeçme hukuki sonuç doğurmaktadır. Şikâyetten vazgeçme usulü İİK'de öngörülmemiş olup,¹⁰⁹ şikâyetçinin vazgeçme yönündeki irade beyanının açıklıkla ortaya konulması yeterlidir.¹¹⁰

5. UZLAŞTIRMA KURUMU İLE DAVA VE CEZANIN DÜŞMESİ SİSTEMİ ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

İİK'nin 354. maddesindeki dava ve cezanın düşmesi sistemi ile uzlaştırma usulü arasında esaslı farklılıklar bulunmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak birbirinden ***kurumsal çerçeve bakımından*** tamamen farklı olduğu için

¹⁰⁶ CENTEL/ZAFER, s. 102-103.

¹⁰⁷ MUŞUL, 2013., s. 1848.

¹⁰⁸ “İİK'nin 349. maddesinin 6. fıkrasındaki, “şikâyetçi muayyen zamanda gelmez ve vekil de göndermezse şikâyet hakkı düşer” biçimindeki düzenleme karşısında, müşteki vekilinin 12.05.2006 tarihli oturuma herhangi bir mazeret bildirmeden katılmamasından dolayı yerel mahkemece müştekinin şikâyet hakkının düşmesine karar verilmesi gerekirken, direnme kararı verilmesinde isabet bulunmamaktadır.” CGK. 8/12/2009, 2009/154, 2009/282. (UYAP).

¹⁰⁹ Buna dair eleştiri için ayrıca bkz. ÇOLAK, s. 93.

¹¹⁰ Şikâyetçinin şikâyetten vazgeçme iradesini hiçbir duraksamaya yol açmayacak bir biçimde açıklaması gerektiğine dair bkz. YILDIZ, s. 232.

söz edilen fiiller yönünden uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. İkinci olarak, **terminolojik bakımdan** konuya bakıldığında İİK sisteminin uzlaştırma kurumuna uygun düşmeyeceği ortaya çıkmaktadır. Üçüncü olarak ise, **İİK'nin getirdiği sistem uygulanma (yürütme) usulü bakımından** uzlaştırmadan farklılıklar içermektedir. Son olarak ise, **usul ekonomisi ilkesine ve icra ceza muhakemesinin amaçlarına uygunluk bakımından farklılıklar** bulunmakla; İİK'nin on altıncı babında düzenlenen takibi şikâyete bağlı suçlarda uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Söz edilen tüm bu farklılıkların ayrıntılı olarak irdelenmesi yararlı olacaktır.

5.1. Kurumsal Çerçeve Bakımından Farklılıklar

5.1.1. Kurumların Amaçları Bakımından Farklılıklar

İİK'nin davanın ve cezanın düşmesi sistemi ile uzlaştırma kurumu arasındaki en önemli fark iki kuralın amacından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, “mağdurun zararının giderilmesi (edimin ifası)” uzlaştırma kurumunda fail ile mağduru bir araya getirip onu toplumla bütünleştirerek hapsedilmeksizin iyileştirme düşüncesini gerçekleştirme süreci içinde **sadece** “mağdurun haklarını da gözetmenin aracı” olarak karşımıza çıkmaktadır. Uzlaştırma usulünde mağdurun zararının gönüllü olarak telafî edilmesi, zararların maddi olarak telafî edilmesinden daha kapsamlıdır. Duruma göre; bir özür, açıklama yapılması, mağdurun yaşadıklarının dinlenilmesi gibi şekillerde de -fail tarafından bizzat yerine getirilebilecek nitelikte olmak şartıyla- edim ortaya çıkabilecektir.¹¹¹ Kısacası, *uzlaştırmada edimin ifası (mağdurun suçtan doğan mağduriyetinin -zararının giderilmesi) sadece ve sadece bir araçtan öte bir şey değildir.*¹¹²

İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı fiiller yönünden ise, edimin (borcun) ifası **tamamen** “amaç” niteliğindedir. Gerçekten, İİK sisteminde bazı fiillerin suç olarak tanımlanması suretiyle korunan hukuki yarar, takip sisteminin iyi işlemesi ve bu çerçevede alacaklının alacağına bir an önce kavuşmasını sağlamaktan öte bir şey değildir. İİK sisteminin odak noktasının “alacakların tahsili” olduğu gözetildiğinde *icra suçlarında borcun ifasının amaç olduğu* açıkça ortaya çıkmaktadır. Kısacası, *edimin ifası uzlaştırmada sadece ve sadece “araç” iken; İİK sisteminde ise “amaç” tır.*

¹¹¹ Bu konuda ayrıca bkz. ÇETİNTÜRK, s. 558-576. EKİCİ ŞAHİN/YEMENİCİ, s. 497-498.

¹¹² Zira, uzlaştırma usulünde, zararın tazmini bir araç olarak kullanılmakta ve onarıcı adaletin bir parçası olarak tazmin, geçmişe yönelik olmaktan ziyade gelecekte taraflar arasında daha sağlam bir ilişki kurulmasına hizmet etmektedir.

Bkz. ÇETİNTÜRK, s. 405.

Uzlaştırma sonucunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna sunacaktır.¹¹³ Uzlaştırma neticesi şüphelinin edimini def’aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171. maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir (CMK md. 253/19). Kısacası, uzlaştırma prosedürü sonucunda öncelikle sanığın edimi defaten ödemesi beklenmektedir. Bu gerçekleşmez ise, uzlaşma raporu veya belgesi, İİK’nin 38. maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılmaktadır (CMK md. 253/19). Yani uzlaştırma usulü sonucunda elde edilen şey, (eğer rızâ tazmin gerçekleşmemişse) ilam mahiyetinde bir belgeden ibaret kalabilir.¹¹⁴ Bu durumda, hem faile karşı ilamlı icra takibinde bulunulabilecek hem de fail hakkında kamu davası açılacaktır.¹¹⁵

İİK perspektifinden konuya bakıldığında Kanun’un on altıncı babındaki suçlarda, kesinleşmiş, yürüyen bir icra takibi zaten mevcuttur. Dolayısıyla bu suçlarda uzlaştırma usulüne başvurmak; “yürüyen cebri icra süreci sırasında işlenen bir fiil sebebiyle -uzlaştırma usulünün başarısız sonuçlanması sebebiyle- ilam mahiyetinde *yeni bir belge elde ederek yeni, ikinci bir cebri icra prosedürü başlatmak*” gibi anlamsız bir duruma neden olacaktır. Kısacası, anılan suçlarda uzlaştırma prosedürüne başvurmak şu anlama gelmektedir: Yürüyen cebri icra sürecinin önündeki maniaları icra ceza muhakemesi ile kaldırmak isterken *uzlaştırma sonucunda yeni bir cebri icra prosedürü başlatmak!* Açıkçası, böyle bir girişim; *muhakemeyi bir kısır döngüye sevk etmekten başka bir şey olmayıp*; icra suçlarında korunan hukuki yararın da bu olmadığı kuşkusuzdur.

Açıklanan sebeplerle, getiriliş amacı ve konusu tamamen farklı olan iki kurumun adeta birbirinin içine geçirilmesi suretiyle İİK’deki takibi şikâyete bağlı suçlara “dava ve cezanın düşmesi” halleri dışında bir de uzlaştırma kurumunu uygulamaya girişmek; İİK’nin sistemine temelden farklı bir mekanizma olan alternatif uyuşmazlık çözüm modeli olan uzlaştırmayı raptetmeye, eklemeye kalkışmak olacaktır. Bu durum ise, İİK ve uzlaştırma sisteminin kurumsal temelleri ile bağdaşmayacaktır.

¹¹³ EKİCİ ŞAHİN/ YEMENİCİ, s. 498-499.

¹¹⁴ Ayrıca bkz. ÇETİNTÜRK, s. 580. EKİCİ ŞAHİN/ YEMENİCİ, s. 503.

¹¹⁵ ÇETİNTÜRK, s. 580.

5.1.2. Kurumların Uygulanabileceği Muhakeme Dalları Bakımından Farklılıklar

Uzlaştırma, CMK'nin 253 vd. maddelerinde düzenlenen ve maddi ceza hukukuna dair etkileri de (davanın düşmesi kararı verilmesi gibi) bulunmakla birlikte ceza muhakemesi hukuku dalına ait olan bir kurumdur.¹¹⁶ Bu bağlamda, icra ceza muhakemesinin kendine özgü niteliğinin hatırdan çıkarılmaması gereklidir. Böylelikle, salt ceza muhakemesi hukuku alanına ait olan uzlaştırma kurumunun inceleme konumuz olan fiiller yönünden uygulanabilip uygulanamayacağı sorununun çözümü için bu özel muhakeme dalının nitelikleri irdelenmelidir.

5.1.2.1. İcra Ceza Muhakemesinde Soruşturma Evresinin Bulunmaması Sebebiyle Uzlaştırmanın Uygulanamayacağı

İcra ceza muhakemesinin özgü sistemi içinde ceza muhakemesine ait uzlaştırma kurumunun uygulanması mümkün gözükmemektedir. Kuşkusuz CMK, *suç muhakemesi hukukuna* dair kuralları düzenleyen temel kanundur. İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyetle bağlı fiiller yönünden ise kanun koyucu açıkça suç muhakemesi hukukuna dair temel kurallardan ayrılarak özel bir sistem benimsemiştir. Bunun pozitif dayanaklarını hatırlayalım: *Şikâyet dilekçesi ile dava açılması, şikâyetçinin gelmemesi durumunda davanın düşmesi, iddiayı genişletme yasağı, sanığın bir defadan fazla soruşturmanın genişletilmesini isteyememesi, sanığın savunması alınmaksızın da hüriyeti bağlayıcı cezaya hükmolunabilmesi, Cumhuriyet savcısının mahkeme yanında yer almaması gibi.*

İİK'nin söz ettiğimiz normları da açıkça göstermektedir ki -takibi şikâyetle bağlı suçlar yönünden- icra ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenecek iddianame ile açılmış bir ceza davası bulunmamakta, dolayısıyla klasik anlamda bir "suç muhakemesi" söz konusu olmayıp; *kendine özgü bir ceza davası* bulunmaktadır. Bu kendine özgü ceza muhakemesinin "suç soruşturması ve kovuşturması" niteliğinde olmadığı; bu alana ait olmadığı kuşkusuzdur. Gerçekten, icra ceza muhakemesinde soruşturma evresi hiç bulunmayıp; sadece şikâyet dilekçesi ile başlayan bir kovuşturma evresi (icra ceza davası) bulunmaktadır. Bu farklılık dahi, yürütülen muhakemenin "teknik anlamda suç muhakemesi" olmadığını ortaya koymak için tek başına yeterli bir olgudur.

¹¹⁶ Uzlaştırma, ceza adalet sisteminin bir parçası olup onunla bütünleşen uygulamalar şeklindedir ve uzlaştırma sonunda varılan anlaşma görülmeğe olan dava üzerinde mutlaka bir etkiye sahip olacaktır. Bu konuda ayrıca bkz. ÇETİNTÜRK, s. 147.

CMK'nin 253. maddesi, uzlaştırma kurumunun temel (aslî) kuralı niteliğinde olup; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının gözetiminde uzlaştırmacı tarafından gerçekleştirilecek uzlaştırma usulüne yer vermektedir. Bu normdan da açıkça anlaşılacağı üzere, *uzlaştırma -kural olarak- soruşturma evresinde uygulanacak bir usuldür*. Uzlaştırmaya tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılın işlerde uzlaştırma usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin Cumhuriyet başsavcılığına iadesine karar verileceğine dair kural da “uzlaştırmadan en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar gerçekleştirilmesini” mecbur kılmaktadır.¹¹⁷ Gerçekten, uyuşmazlığın dava açılmaksızın, mahkeme önüne götürülmeksizin, mahkeme dışında alternatif çözüm yöntemiyle giderilmesi gayesi nazara alındığında da uzlaştırma usulünün soruşturma evresinden sonra uygulanmasının işin tabiatına ve amacına aykırı olduğu apaçık ortaya çıkmaktadır.

İcra ceza muhakemesinde -takibi şikâyete bağlı suçlar yönünden- soruşturma evresi zaten yoktur. Haliyle soruşturma evresi bulunmayıp uyuşmazlık doğrudan şikâyet ile mahkeme önüne götürülünce mahkeme dışı çözümden; uyuşmazlığı mahkeme önüne götürmeksizin çözümden; alternatif, dostane çözümden kısacası uzlaştırmadan söz etmek de anlamsız olacaktır. Dolayısıyla, İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı fiiller yönünden suç soruşturması ve doğal olarak soruşturma evresi de söz konusu olmayınca CMK'nin 253. maddesindeki *Cumhuriyet savcısı gözetimindeki uzlaştırma usulünden de bahsetmek beyhude ve temelsiz bir çaba* olarak gözükmektedir.

CMK'nin 253/4. maddesine göre, uzlaştırma usulünün uygulanabilmesi için soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması yeterli olmayıp; kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması da gereklidir.¹¹⁸ Kısacası, Cumhuriyet savcısının kamu davası açmaya yeterli şüphe sebeplerinin varlığının mevcudiyetini araştırması gereklidir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırma yoluna başvurabilmek için soruşturma yapmalı ve kamu davası açılmasına

¹¹⁷ EKİCİ ŞAHİN/ YEMENİCİ, s. 478-479.

Uzlaştırma uygulamasının soruşturma aşamasıyla sınırlı tutulması isabetli olmayıp muhakemenin her aşamasında uzlaştırmaya gidilmesinin mümkün olması gerektiğine dair ayrıca bkz. ÇETİNTÜRK, s. 457-458.

Uzlaştırmadan asıl olarak duruşmada vicahi olarak gerçekleşmesinin asıl olduğuna ve böylelikle kuruma güven duyulacağına dair bkz. ŞAHİN, s. 232.

¹¹⁸ CMK md. 253/4: “Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir.”

yeterli şüphe bulunup bulunmadığını araştırmalıdır.¹¹⁹ İİK'nin on altıncı babındaki şikâyete bağlı suçlarda soruşturma evresi olmayınca böyle bir araştırma da mümkün değildir.

Sonuç olarak, uzlaştırmanın -kural olarak uygulanabileceği evre-soruşturma evresi olup, Cumhuriyet savcısının soruşturma yaparak kamu davası açmaya yeterli delilin mevcudiyetini araştırması gereklidir. Bu bağlamda, İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlar yönünden soruşturma evresi zaten söz konusu olmayıp şikâyet dilekçesiyle dava açıldığından bu suçlar yönünden uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceği bir muhakeme evresi bulunmamaktadır. Dolayısıyla anılan fiiller yönünden uzlaştırma uygulamasının ne fiilen ne de hukuken mümkün olamayacağı; bunun kurumsal ve kavramsal olarak imkânsızlığı da apaçık ortaya çıkmaktadır.

5.1.2.2. Mahkeme Tarafından Uzlaştırma Hükümlerinin İcra Ceza Muhakemesinde Uygulanamayacağı

İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlar bakımından soruşturma evresi söz konusu olmadığına göre; bu aşamada CMK'nin 254. maddesindeki “mahkeme tarafından uzlaştırma” hükümlerinin anılan fiillere uygulanabileceği düşüncesi akla gelebilecektir.¹²⁰ CMK'nin 254. maddesi “kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olduğunun anlaşılması” haline münhasır olan *istisnai nitelikte* bir hükümdür.¹²¹ Uzlaştırmanın asıl olarak soruşturma evresinde uygulanmasıyla amaçlanan şeyin de *ceza muhakemesinin uzamasına neden olunmasının engellenmesi olduğu*¹²² bu vesileyle göz önünde bulundurulmalıdır.

Söz edilen norm ile, bazı kendine özgü durumlarda kovuşturma evresinde de uzlaştırma usulünün uygulanabilmesine imkân tanınmaktadır. Belirtilen durumların neler olduğu Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 22. maddesinde sınırlı şekilde sayılmış olup, bunlar;

¹¹⁹ ÖZBEK, V. Ö., 2016, s. 13.

Bir düşünceye göre burada, haksızlığın gerçekleştiği konusunda yeterli şüphe bulunması ve failin bu haksızlığın sorumluluğunu kabul etmesinin aranması daha yerinde olacaktır. Bkz. ÇETİNTÜRK, s. 485.

¹²⁰ İİK'nin on altıncı babındaki suçlar bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceği düşüncesine “hukuki dayanaklarının belirtilmeksizin” yer verilen bir çalışma için ayrıca bkz. bkz. YILDIZ, s. 241.

¹²¹ Aynı yönde bkz. ÇETİNTÜRK, s. 450.

¹²² ÇETİNTÜRK, s. 457.

- a) Kovuşturma konusu suçun hukukî niteliğinin değişmesi nedeniyle uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması,
- b) Soruşturma evresinde uzlaşma teklifinde bulunulması gerektiğinin ilk olarak kovuşturma evresinde anlaşılması,
- c) Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmeksizin, iddianame yerine geçen belge ile doğrudan mahkeme önüne gelen uzlaşmaya tâbi bir suçun varlığı,
- ç) Kovuşturma evresinde kanun değişikliği nedeniyle suçun uzlaşma kapsamına girmesi halleridir.

Bahse konu durumlarda ya suçun hukuki niteliğinin değişmesi veya uzlaştırma teklifinde bulunulması gerektiği ilk defa kovuşturma evresinde anlaşılmıştır (Uzlaştırma Yönetmeliği md. 22/1-a,b). İkinci ihtimal olarak, noterler veya hâkim ve savcılar hakkında görev suçları söz konusu olması örneğinde olduğu üzere, suç oluşturan fiil doğrudan iddianame yerine geçen bir belge ile mahkeme önüne götürülmüştür (Uzlaştırma Yönetmeliği md. 22/1-c). Üçüncü ve son ihtimal olarak ise, kanun değişikliği sebebiyle suçun uzlaştırma kapsamına girmesi hali öngörülmüştür.

İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlar bakımından konuya dönüldüğünde yukarıda bahsettiğimiz durumların hiç birinin mevcut olmadığı; dolayısıyla kovuşturma evresinde uzlaştırma usulünün uygulanmasına imkân tanınan şartların mevcut bulunmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, İİK'deki konumuzu oluşturan suçlar bakımından bu normun da uygulanma kabiliyeti bulunmadığını gerekçeleriyle birlikte ortaya koyacağız.

5.1.2.2.1. Kamu Davasının Bulunmaması Sebebiyle Uzlaştırmanın Uygulanamayacağı

CMK'nin 254. maddesi kovuşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olduğunun “kamu davası açıldıktan sonra anlaşılması haline münhasır” bir uzlaştırma usulünden söz etmektedir. Bu yönüyle bakıldığında, anılan normun uygulanmasının ilk şartı; *bir kamu davasının varlığıdır*. Bu bağlamda, icra ceza mahkemesine alacaklının şikâyeti ile açılan dava “kamu davası” niteliğinde olmayıp; *kendine özgü bir ceza davasıdır*.

Asıl ceza yargılamasının yapılabilmesi için, kovuşturma zaruri olup; suç isnadı yargılama makamı önüne getirilmeli; kovuşturma görevi devlet adına

yapılarak, devlet ithamı, toplumsal itham yapılmalıdır. Açıklanan şekilde devletin yürüttüğü kovuşturma “kamu davası” olarak adlandırılmaktadır.¹²³ CMK’nin İkinci Kitap, İkinci Kısım, Birinci Bölüm başlığı “kamu davasının açılması” şeklindedir. CMK’ye göre, kamu adına ceza davasını açma görevi kamusal iddia makamını temsil eden Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.¹²⁴ Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler (md. 170/1-2). Kamu davasının yürütülmesine ilişkin CMK’nin 175/1. maddesine göre ise, iddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.¹²⁵

Ceza davasının kamusalılığı ilkesi çerçevesinde¹²⁶ CMK’nin söz edilen normlarından da açıkça anlaşıldığı üzere “kamu davası”; suç soruşturmasına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısı tarafından ceza muhakemesi hukuku kurallarına göre açılan; davacı kamu hukuku olan; iddianamenin kabulü prosedürüne tâbi olan, kısacası *her aşaması kamu adına takip edilen* bir davadır. Halbuki, İİK’nin on altıncı babında düzenlenen suçlara ilişkin davalar, alacaklı tarafından sözlü veya yazılı başvuruya açılan; iddianamenin (veya şikâyet dilekçesinin) kabulü gibi bir muhakeme işlemine tâbi olmayan; davayı takip etmeme durumunda düşme kararı verilen; resen araştırma ilkesinin geçerli olmadığı;¹²⁷ Cumhuriyet savcısı tarafından kamu adına açılmayıp alacaklı tarafından İİK hükümlerine göre açılmış, *kendine özgü bir ceza davası* niteliğindedir.¹²⁸ Kısacası, İİK’deki anılan davalar “kamu

¹²³ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 295.

¹²⁴ ŞAHİN/ GÖKTÜRK- II, s. 100.

¹²⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK- II, s. 79. ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 625.

İddianamenin kabulüne ilişkin normla birlikte kamu davası açma tekelinin Cumhuriyet savcılığından alınıp; yargısal bir karara bağlandığına dair ayrıca bkz. CENTEL/ ZAFER, s. 583.

¹²⁶ Bkz. CENTEL/ ZAFER, s. 519-520.

¹²⁷ YILDIZ, s. 229.

¹²⁸ “...müştekinin C.Savcılığına verdiği şikâyet dilekçesinin İcra Ceza Mahkemesine gönderilmek yerine iddianame düzenlenerek dava açılmış olması müşteki aleyhine sonuç doğurmayacaktır. Ancak, şikâyet dilekçesiyle açılması gereken davanın usulüne uygun olmayacak bir biçimde iddianame ile açılmış olması, davayı kamu davası niteliğine de dönüştürmeyecektir.” CGK. 8/12/2009, 2009/16.HD-154, 2009/282. (UYAP).

Şikâyet dilekçesiyle açılması gereken davanın usulüne uygun olmayacak biçimde iddianame ile açılmış olmasının dahi davayı kamu davası niteliğine dönüştürmeyeceğine dair bkz. KÜRTÜL, s. 494.

davasısı” niteliğinde değildir.¹²⁹ Dolayısıyla, CMK’nin 254. maddesi anlamında uzlaştırma hükümlerinin uygulanması için ön şart olan “bir kamu davasının varlığı” unsurunu karşılaması da mümkün değildir.

5.1.2.2.2. Kovuşturma Konusu Suçun Uzlaşmaya Tâbi Olduğunun Kamu Davası Açıldıktan Sonra Anlaşılmamış Olması Sebebiyle Uzlaştırmanın Uygulanamayacağı

Uzlaştırma kurumu bakımından CMK’nin 253. maddesi “aslî-birincil norm”; 254. maddesi ise “talî-ikincil norm” niteliğindedir.¹³⁰ Bir diğer ifadeyle *asıl olan* uzlaştırma usulünün -kurumun uyuşmazlığı mahkemeye götürmeksizin çözüme amaç ve işlevine uygun şekilde- soruşturma evresinde zaten uygulanmış olmasıdır.¹³¹ Kovuşturma evresinde uzlaştırma prosedürünün uygulanması ancak CMK’nin 254. maddesi ile Uzlaştırma Yönetmeliği’nin 22. maddesinde belirtilen kendine özgü durumlarla sınırlı olarak öngörülmüştür. Söz edilen hâller (ihtimaller) şunlardır:

- 1) Suçun hukuki niteliğinin değişmesi sebebiyle uzlaştırma usulünün uygulanması gereği,
- 2) Uzlaştırma teklifinde bulunulması gerektiğinin ilk defa kovuşturma evresinde anlaşılması olması,
- 3) Suç oluşturan fiilin iddianame yerine geçen bir belge ile doğrudan mahkeme önüne götürülmesi,
- 4) Kanun değişikliği sebebiyle suçun uzlaştırma kapsamına girmesi.

Birinci ihtimal üzerinden örnekleyecek olursak, ceza muhakemesinde suçun nitelik değiştirerek uzlaştırma usulüne tâbi bir suça dönüşebilmesi mümkündür.¹³² Örneğin, yağma suçundan açılan bir kamu davasında, fiilin açıktan hırsızlık niteliğinde ve uzlaştırma kapsamında olduğu kovuşturma

¹²⁹ Şahsi dava niteliğinde olduğuna ilişkin ayrıca bkz. ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTI-NOK VILLEMIN/ TOK, s. 824, dipnot 51.

¹³⁰ Mahkeme tarafından yürütülecek uzlaştırmanın istisnai bir yol olduğuna ilişkin bkz. ÖZ-TÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 65.

¹³¹ Uzlaştırmanın taraflar ve toplum bakımından sağlayacağı yararların gözetilerek muhakemenin her aşamasında mümkün olması gerektiğine dair ayrıca bkz. ÇETİNTÜRK, s. 457-458.

¹³² ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 65.

evresinde anlaşılabilir. Halbuki İİK'nin on altıncı babındaki şikâyete tâbi suçlarda, bu fiillerin tümünün takibi şikâyete bağlı olması niteliği “bu suçlarda ayrı bir soruşturma evresi zaten bulunmadığından” davanın daha başından bellidir. Dolayısıyla, inceleme konumuzu oluşturan suçlar bakımından belirtilen durumun gerçekleşmesi mümkün değildir.

İkinci ihtimali değerlendirecek olursak, -İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlarda ayrı bir soruşturma evresi zaten bulunmadığından-uzlaştırma teklifinde bulunulması gerektiğinin *ilk defa kovuşturma evresinde anlaşılmalı* gibi bir durum hiçbir şekilde mümkün değildir. Bir an için İİK'deki anılan suçların uzlaştırmaya tâbi olacağını kabul etsek bile- *bu durum, kovuşturma aşamasında henüz, ilk defa anlaşılmalı bir şey değildir.* Aynı faraziyeden devam edersek; bu hâl, yani şikâyete konu fiilin niteliği daha ilk baştan, şikâyet yapılmadan önce zaten bellidir.

Üçüncü ihtimal olan, suç oluşturan fiilin iddianame yerine geçen bir belge ile doğrudan mahkeme önüne götürülmesi durumu inceleme konumuz suçlar yönünden mümkün değildir. İİK'deki anılan suçlarla korunan hukuki değer ile bu suçların failinin ancak haklarında İİK hükümlerine göre icra takibi yürütülen ve “borçlu” sıfatını haiz kimseler olabileceği ve bunların gerçek kişi veya ticaret şirketlerinin temsilcilerinden oluşabileceği¹³³ nazara alınmalıdır. Dolayısıyla anılan fiillerin, yargılanmaları özel usullere tâbi olan bazı kamu görevlileri tarafından işlenebilecek olan “görev suçu” olarak nitelendirilen biçimde işlenmesi imkânsızdır.

Dördüncü olarak ise, kanun değişikliği sebebiyle suçun uzlaştırma kapsamına girmesi durumu olağan dışı nitelikte bir ihtimaldir. Böyle bir hâlin ortaya çıkması durumunda, CMK'de veya Uzlaştırma Yönetmeliği'nde düzenleme bulunmasa dahi “kanunların zaman bakımından uygulanması ilkesi” çerçevesinde muhakeme devam ettiği sürece uzlaştırma kurumu uygulanabilecektir.

Uzlaştırma Yönetmeliği'nde yer verilen dört ayrı durumu (ihtimali) ayrıntılı olarak değerlendirerek İİK'nin on altıncı babında düzenlenen takibi şikâyete bağlı fiiller bakımından CMK'nin 254. maddesinin

¹³³ Hükmi şahısların muamelelerinde kimlerin ceza göreceği :

İİK Madde 345: “Bu kanunda yazılı suçlar, hükmi bir şahsın idare veya muamelelerini ifa sırasında işlenmiş ise ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakip ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur.”

uygulanamayacağını gerekçeleriyle birlikte ortaya koymuş bulunuyoruz. Anılan suçlarda soruşturma evresinin bulunmadığını bilen kanun koyucu -şayet isteseydi- bu suçlarda şikâyet başvurusundan önce uzlaştırma yoluna başvurma zorunluluğunu getirebilecek iken bunu da getirmemiş; şikâyetle bulunulmasıyla doğrudan ceza davası açılmasını mümkün kılmak suretiyle özel bir muhakeme usulüne bizatihi imkân tanımıştır.

İİK'deki söz edilen suçlarda kapsamlı nitelikte değişiklik 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanun ile gerçekleştirilmiştir. Aynı tarihte uzlaş(tır)ma kurumu da Ceza Adalet Sistemimizde ilk defa kabul edilmiştir. Dolayısıyla, İİK'deki söz edilen suçların tamamını Ceza Adalet Sistemine uygun olarak yeniden düzenleyen kanun koyucunun¹³⁴ bu suçlar yönünden ne o tarihte ne de sonrasında uzlaştırma kurumunun uygulanabilirliğine dair düzenleme yapmamış olması şüphesiz, *bilinçli bir tercihtir*. Bu itibarla, tali norm niteliğindeki CMK'nin 254. maddesindeki uzlaştırma usulünü İİK'deki anılan fiillere uygulamak anılan normun tali/ikincil niteliğiyle bağdaşmamaktadır.

5.2. Kavramsal Çerçeve Bakımından Farklılıklar

Terimler, bir bilim dalının ya da ihtisas alanının kendine has kavramlarını en kısa, en somut ve anlaşılır biçimde ifade eden, alanın uzmanlarının aynı şeyi anlamasına imkân tanıyan özel kelimelerdir. Bu bağlamda hukuk dilini, dilin diğer versiyonlarından ayıran en belirgin özellik, çok sağlam ve oturmuş bir terminolojisinin olmasıdır.¹³⁵ Gerçekten, hukuk bilminde normların tercih ettiği terminolojinin tesadüfi olmayıp; kuralın dayandığı hukuki kurumlarla ilişkisini ifade ettiği kuşkusuzdur. Bu bağlamda, CMK'nin 254. maddesinin tercih ettiği terminolojiden hareket ettiğimizde da anılan fiiller yönünden uzlaştırmanın uygulanamayacağı sonucuna ulaşmaktayız. Konumuza dair öne çıkan terminolojik farklılıkları şöylece sıralayabiliriz:

¹³⁴ Söz edilen amaç 5358 sayılı Kanun'un Genel Gereke'inde şu sözlerle açıklanmıştır:

“...31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunla yeni Türk Ceza Kanunu ve buna bağlı olarak bazı kanunların 1 Nisan 2005 olan yürürlük tarihleri 1 Haziran 2005 olarak yeniden belirlenmiştir. Bu çerçevede 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun ceza içeren hükümlerinin yeni Türk Ceza Kanunu çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda yukarıda açıklanan nedenlerle gerekli değişiklikleri yapmak amacıyla bu Kanun Teklifi hazırlanmıştır....”

Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss915m.htm> (Erişim tarihi: 28/1/2020).

¹³⁵ AYDEMİR, İbrahim Ahmet: “Türk Hukuk Dili Üzerine Araştırmalar I”, **Bulleten**, 2010, Sa. 2, s. 25.

1) CMK'nin 254. maddesi "...kovuşturma konusu suç..." tan söz etmektedir. Halbuki CMK'nin 2/1-f maddesine göre; "Kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder." Bu bakımdan icra ceza muhakemesi CMK anlamında bir "kovuşturma evresi" içermemektedir. Çünkü takibi şikâyete bağlı suçlar yönünden icra ceza muhakemesinde ne iddianame ne de bunun kabulü şeklinde muhakeme işlemleri yer almamaktadır. Dolayısıyla icra ceza mahkemesinde ortada yürütülen bir kovuşturma bulunmayınca; kovuşturma evresinde mahkeme tarafından yürütülecek bir uzlaştırma işleminden de söz edilemeyecektir.

2) CMK'ye göre gerçekleştirilecek uzlaştırma prosedürü, "soruşturma evresinde", "Cumhuriyet savcısının gözetiminde" "uzlaştırmabürosu" nezdinde görevlendirilecek olan "uzlaştırmacı tarafından" gerçekleştirilecektir.¹³⁶ Halbuki İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlarda ne soruşturma evresi ne de Cumhuriyet savcısı (kararın görüldü işlemine tâbi tutulması dışında) bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu suçlarda uzlaştırma bürosundan ve uzlaştırmacıdan da söz edilemeyecektir.

3) Uzlaştırmamanın başarılı olması halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (KYOK); edimin ifasının ertelenmesi halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilecektir. Bunun şartlarının yerine getirilmemesi durumunda ise kamu davası açılacaktır (CMK md. 253/19). Halbuki, takibi şikâyete bağlı suçlar yönünden icra ceza muhakemesinde şikâyet dilekçesi veya beyanın icra ceza mahkemesine verilmesiyle doğrudan açılan bir ceza davası söz konusudur. Dolayısıyla, şikâyet dilekçesi ile doğrudan dava açılan icra ceza muhakemesinde KYOK veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ya da iddianame ile dava açılması söz konusu olamayacağından bu suçlarda uzlaştırma usulünün uygulanamayacağı -kavramsal olarak da- bir kez daha ortaya konulmuş bulunmaktadır.

5.3. Yürütme Usulü Bakımından Farklılıklar

Söz ettiğimiz kurumsal, düşünsel, amaçsal ve terminolojik farklılıklar sebebiyle İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlar yönünden uzlaştırma hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Tüm bu sebeplere ilave olarak İİK'nin getirdiği düşme sisteminin uzlaştırma

¹³⁶ Bu konuda ayrıca bkz. EKİCİ ŞAHİN/ YEMENİCİ, s. 480-484.

kurumundan daha kapsamlı olduğu ifade edilmektedir.¹³⁷ Gerçekten, İİK sistemi, edimin ifasına yönelik olarak uzlaştırma kurumunun getirdiği imkânlardan daha fazlasını -hem de hiçbir usule tâbi olmaksızın- zaten içinde barındırmaktadır.

İİK sistemi ile uzlaştırma kurumunun yürütülme usulüne ilişkin farklılıklar şöyle sıralanabilir:

1) Uzlaştırma için öncelikle *failin mağdura karşı bir haksızlık gerçekleştirdiğini ve sorumluluğu üstlenmek istediğini*¹³⁸ yani *uzlaşmak istediğini kabul etmesi* gerekmektedir. Uzlaştırmada failin bu sorumluluğu kabul etmesi, failin uzlaşma sürecine katılmak ve o haksızlığı gerçekleştirdiğini, gerekirse zararı gidermek istediğini kabul anlamına gelmekte; ancak “suçun ikrarı” mânâsı taşımamaktadır.¹³⁹ Halbuki, İİK hükümlerine göre dava ve cezanın düşmesi için böyle bir kabul gerekli değildir.

2) Uzlaştırma için fail ve mağdurun anlaşmaları ve bu uzlaşmanın hukuka uygun bir edim karşılığında olduğunun Cumhuriyet savcısı; kovuşturma evresinde ise hâkim tarafından belirlenerek *evrakin soruşturma dosyasına eklenmesi* zorunludur.¹⁴⁰ İİK’deki dava ve cezanın düşmesi usulünde ise, böyle bir muhakeme prosedürüne gerek bulunmamaktadır.

3) Uzlaştırmada *fail ile mağdurun herhangi bir şekilde (bir edim karşılığında veya edimsiz olarak) “uzlaşmayı kabul etmeleri” şart* olduğu halde; İİK’deki dava ve cezanın düşmesi usulü için mağdur (alacaklı) ile hiç

¹³⁷ UYSAL, s. 1046. Aynı yönde bkz. KÜRTÜL, s. 577.

¹³⁸ ÇETİNTÜRK, s. 482. Krş. CENTEL/ZAFER, s. 555, dipnot 145.

¹³⁹ CMK’nin 253. maddesinde daha önce yer verilen “failin suçtan doğan sorumluluğunu kabul etmesi şartı” suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Öte yandan, uzlaştırmada failin bu kabulünün “suçun ikrarı” niteliğinde olmadığı ve onarıcı adalet anlayışı çerçevesinde uygulanan fail mağdur uzlaştırmasının toplumsal barışa hizmet eden yönüne hizmet etmesi itibarıyla değişikliğin isabetli olmadığı da ifade edilmektedir. 5560 sayılı Kanun için bkz. RG. 19/12/2006, 26381.

Bu değişikliğe ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. ÇETİNTÜRK, s. 484-486. ÖZBEK, M. S., s. 159-160.

AYM’ye göre; “... Failin fiilden dolayı hiçbir sorumluluk duymaması halinde uzlaştırmanın toplumsal barışa hizmet eden ve faili uslandırıcı işlevi yerine getirilmemiş olacaktır. İtiraz konusu kural uygulanırken uzlaşmada şüpheli veya sanığın suçu kabulü, ikrar olarak değil suçtan doğan sorumluluğunun kabulü olarak anlaşılmalıdır....” AYM 1/10/2009, 2006/106, 2009/124 sayılı kararı için bkz. RG. 8/3/2011, 27868.

¹⁴⁰ CENTEL/ZAFER, s. 559.

anlaşmadan, icra dairesine yapılacak bağımsız bir ödemeyle borç itfa edilerek amaca ulaşılabilecektir.

4) Uzlaştırmada, *mağdur failden bağımsız olarak tek başına uzlaşma sağlayamamasına* rağmen; İİK sisteminde mağdurun (alacaklının) failden bağımsız olarak şikâyet hakkından feragat edebilmesi önemli bir fark olarak ortaya çıkmaktadır.

5) Bir diğer temel farklılık ise, *uzlaştırmanın ancak hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilmesine* karşılık,¹⁴¹ İİK'ye göre fail ve mağdur (alacaklı) hüküm kesinleştikten sonra dahi anlaşarak veya alacaklı şikâyetten vazgeçerek dava ve cezanın düşmesini sağlamak imkânına sahiptirler.

6) Uzlaştırmada edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, *şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilmesi mümkündür* (CMK md. 253/19). Gerçekten, bir an için bu suçlarda uzlaştırma usulüne başvurulabileceğini düşündüğümüzde; maddi konusunu bir alacağın oluşturduğu icra suçlarında edimin ifasının ileri tarihe bırakılması veya takside bağlanması gibi yollara başvurulması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda anılan norma göre kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesi gerekecektir. Ancak İİK'deki anılan suçlarda *şikâyet dilekçesi ile zaten doğrudan dava açıldığı için* muhakeme evrelerinde geriye dönülmezlik ilkesi gereği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemeyecektir. Bu itibarla, anılan uzlaştırma usulü yönünden İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlara anılan kurumun uygulanmasının teknik olarak da imkânsızlığı ortaya çıkmaktadır.

7) Uzlaştırmada edimin yerine getirilmesinin ileri bir tarihe ertelenmesi, takside bağlanması, süreklilik arz etmesi durumlarında CMK'nin 231. maddesindeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verilecek olup bu durumda *ancak ödeme tamamlandıktan sonra düşme kararı verilmesi mümkündür*.¹⁴² Halbuki İİK sisteminde borcun itfası konusunda *alacaklı ile sanık (borçlu) bir vade veya taksit ya da süreklilik konusunda anlaşmaları halinde* bu durum şikâyetten vazgeçmeye ve dolayısıyla davanın veya cezanın düşmesine engel bir durum oluşturmamaktadır.

¹⁴¹ Muhakemenin her aşamasında uzlaştırmaya gidilmesinin mümkün olması gerektiğine dair ayrıca bkz. ÇETİNTÜRK, s. 457-458.

¹⁴² Ayrıca bkz. BAŞTÜRK, İhsan: **Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 456-457. ÇETİNTÜRK, s. 581-582.

Yürütme usulü bakımından ortaya çıkan farklılıklardan da görüldüğü üzere, İİK'nin 354. maddesindeki dava ve cezanın düşmesine ilişkin norm, uygulanma usulü bakımından uzlaştırma usulünden daha kapsayıcı imkânlar içermektedir. Bu yönleriyle İİK'nin anılan sisteminin uyumsuzluğunun taraflarına (icra ceza muhakemesinde şikâyetçi/alacaklı ile sanık/borçluya) uzlaştırma kurumundan daha kapsamlı, basit, esnek ve amaca elverişli uygulama şartları bahsettiği açıkça ortaya çıkmaktadır.

5.4. Usul Ekonomisi İlkesine ve İcra Ceza Muhakemesinin Amaçlarına Uygunluk Bakımından Farklılıklar

İcra ceza muhakemesi, takip sisteminin iyi işlemlerini sağlama ile alacakların süratle ve kolaylıkla cebri icrası amacına yönelmiştir. Bu bağlamda, uzlaştırma usulünü icra ceza muhakemesinin içine adapte etmek şeklindeki uygulamanın, Anayasamızın 141/son maddesinde “davaların mümkün olan süratle ve en az giderle sonuçlandırılması” şeklinde ifade edilen *usul ekonomisi ilkesine de uygun olması gerektiği* kuşkusuzdur.

İcra ceza muhakemesinde uzlaştırma usulünün uygulanabileceğini bir an için mümkün gördüğümüzde, uzlaştırmada tarafların bir edim üzerinde uzlaşmaları ancak edimin yerine getirilmesinin ileri bir tarihe ertelenmesi, taksitlere bağlanması, süreklilik arz etmesi durumlarında hem usul ekonomisi ilkesine hem de icra ceza muhakemesinin amaçlarına aykırı sonuçlar da ortaya çıkmaktadır.

Uzlaştırmada, zararın giderilmesi derhal gerçekleşmemiş ise, alacağın tahsili yine mümkün olmayacak; alacaklıya sadece ilam mahiyetini haiz bir “uzlaşma raporu veya belgesi” verilecektir (CMK md. 253/19). Bu belgelerin icra takibine konu edilmesi de gerekebilecektir. Halbuki *icra ceza muhakemesine konu teşkil eden uyumsuzluk*; bir alacağın tahsiline ilişkin olup; bu ise tek kelimeyle bir *özel hukuk uyumsuzluğudur*. Bu uyumsuzluğu çözmek isterken başvurduğumuz uzlaştırma prosedüründe edimin derhal yerine getirilmemesi durumunda şikâyetçiye (alacaklıya) verilecek uzlaştırma raporu veya belgesinin ifasından da *yeni bir özel hukuk uyumsuzluğu doğması muhtemeldir*. Bu yeni, ikinci uyumsuzluğun konusu, uzlaşma sonucundaki edimin ifasıdır. *Bu uyumsuzluğun doğuş sebebinin ise, uzlaştırma prosedürü olduğu* kuşkusundan uzaktır.

Kısacası, temelinde özel hukuka ait olan bir alacağın tahsilini icra ceza muhakemesi ile etkin ve süratli biçimde gerçekleştirmek isterken uzlaştırma prosedürüne başvurmak; açıklandığı üzere uyumsuzluğun yeniden bir özel

hukuk uyuşmazlığına evrilmesine yol açabilecektir. Deyim yerindeyse, söz edilen hâlde “uyuşmazlık içinden uyuşmazlık çıkartmak” veya “cebri icraya yeni bir cebri icra eklemek” olarak ifade edilebilecek tuhaf ve bir o kadar da mantıklı olmayan bir tablo ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise, bir kısır döngüden, açmazdan başka bir şey olmayacak; usul ekonomisi ile icra ceza muhakemesinin serilik ve basitlik ilkeleriyle bağdaşmayacağı ve amaca da uygun düşmeyecektir.

SONUÇ

İcra ceza muhakemesi, odağında alacaklı ve icra takibinin konusu olan alacağın tahsilinin bulunduğu; *takip sisteminin iyi işlemlerini gerçekleştirme amacına hasrolunmuş bir alana dair pratik ilkeler içeren özel, seri ve kendine özgü bir muhakeme dalıdır*. Bu alanın ihtiyaçları temel olarak İİK ile düzenlenmiş; ceza ile hukuk muhakemesi dallarından bazı ilkeler adeta ödünç alınmıştır. Ceza muhakemesinde “maddi gerçeği bulmak” olan temel amacın; icra ceza muhakemesinde “takip sisteminin etkin şekilde işletilmesi” olduğu nazara alındığında amaç bakımından farklılık açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, ceza muhakemesinin kurum ve kuralları ancak bünyeye uygun düştüğü ölçüde icra ceza muhakemesine aktarılabilir ve uygulanabilecektir. İİK’nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçlar bakımından uzlaştırma usulünün niçin uygulanamayacağını ve bu usule başvurulmasının doğurabileceği sakıncaları şöylece sıralayabiliriz.

1. Öncelikle belirtmeliyiz ki, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olan *uzlaştırmada, uyuşmazlığı mahkeme önüne götürmeksizin soruşturma evresinde çözümlenmek amaçlandığından* İİK’deki söz konusu suçlara uzlaştırma usulünün uygulanamayacağı daha baştan ortaya çıkmaktadır. Çünkü anılan suçlarda şikâyet dilekçesiyle uyuşmazlık doğrudan icra ceza mahkemesi önüne gitmiş olduğundan; uzlaştırmaya başvurarak alternatif çözüme ulaşmak gibi bir amaçtan da söz edilemeyecektir. Bu itibarla, İİK’deki söz konusu suçlar bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceği bir muhakeme evresi yani soruşturma evresi bulunmadığından uzlaştırma usulü de uygulanamayacaktır.

CMK’nin 254. maddesindeki “mahkeme tarafından uzlaştırma” hükümlerinin anılan fiillere uygulanabileceği düşüncesi akla gelebilecektir. Unutulmamalıdır ki, CMK’nin 254. maddesi “kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olduğunun anlaşılması” haline münhasır, *istisnâî nitelikte* bir norm olup, İİK’deki anılan suçlar yönünden

bu istisnâ haller de mevcut değildir. Dolayısıyla İİK'deki söz edilen fiiller yönünden uzlaştırma kurumundan beklenen gayenin gerçekleşmesinin imkansızlığı daha davanın başından belli olduğu gibi; bu suçlarda uzlaştırma uygulamasının muhakemenin evreleri itibarıyla ne fiilen ne de hukuken mümkün olamayacağı açıkça ortaya çıkmaktadır.

2. İcra ceza muhakemesinde *uzlaştırma kurumunu uygulayabilmek için normatif dayanaklar ve bunun dışı vurumu olan muhakeme işlemlerinin gerekliliği, konunun bir diğer boyutunu oluşturmaktadır.* Bu bağlamda, uzlaştırma için öncelikle, yürütülmekte olan bir suç muhakemesi ile soruşturma evresi veya açılmış bir kamu davasının varlığı zorunludur. Oysa ki icra ceza muhakemesinde söz konusu fiillerde, ne soruşturma evresi veya soruşturma konusu suç ne de bir kamu davası bulunmamaktadır. Bu itibarla, uzlaştırma kurumunun uygulanması için gerekli olan tüm bu unsurlar, kısacası *uzlaştırmanın hukuki zemini icra ceza muhakemesinde mevcut değildir.* İcra ceza muhakemesinde anılan suçlarda uzlaştırma usulünün uygulanması için zorunlu hukuki düzlem var olmayınca burada uzlaştırmanın uygulanmasından söz etmek de hukuken mümkün gözükmemektedir. Kısacası, *uzlaştırma kurumunun getirdiği imkânlar ancak suç muhakemesine ve kamu davasına münhasırdır.*

3. İcra ceza muhakemesinin odak noktasını “alacağın tahsili” oluştururken; uzlaştırmada “edimin ifası” muhakemenin ve kurumun merkezinde yer almamakta, edimsiz dahi ulaşılabilmektedir. Çünkü, uzlaştırmanın amacı, uyuşmazlığı mahkeme önüne götürmeksizin dostane yollarla çözmektir. Kısacası, icra ceza muhakemesinde “amaç” olan “alacağın tahsili”; uzlaştırmada “edimin ifası” şeklinde ve “sadece bir araçtan ibaret” kalmaktadır. Dolayısıyla, uzlaştırma kurumu ile icra ceza muhakemesindeki farklılığın daha temelden kaynaklandığı görülmektedir.

4. İşleyiş ve kapsam perspektifinden bakıldığında, *İİK'nin kendine özgü sistemiyle 354. maddesinde düşme sebepleri anlamında uzlaştırmadan daha kapsamlı, basit, esnek ve amaca elverişli uygulama şartlarını bünyesinde barındırdığı tartışmasıdır.* Hâl böyle iken, mevcut kendine özgü sistemi görmezden gelerek uzlaştırma usulüne başvurmak, muhakemede mesnedsiz ve anlamsız bir çaba olarak gözükmemektedir.

5. İİK'deki söz edilen suçlarda uzlaştırma usulüne başvurmak usul ekonomisi ilkesi ile icra ceza muhakemesinin amaçlarına da aykırıdır. Gerçekten, temelinde özel hukuka ait olan bir alacağın tahsilini icra ceza

muhakemesi ile etkin ve süratli biçimde gerçekleştirmek isterken uzlaştırma prosedürüne başvurmak; -uzlaşılın edimin derhal ve rızaen ifa edilmemesi durumunda- uyuşmazlığın yeni bir özel hukuk uyuşmazlığına dönüşmesine sebep olacaktır. Kısacası, bir uyuşmazlığı çözmeye çalışırken yeni bir uyuşmazlığın çıkmasına yol açmak; muhakemeyi bir çıkmaza, kısır döngüye sevk etmekten başka bir şey değildir. Bu ise, ne usul ekonomisi ilkesiyle ne de icra ceza muhakemesinin gayesiyle bağdaşmayacaktır.

Kısacası, *İİK'nin dava ve cezanın düşmesi sisteminin varlığı ve icra ceza muhakemesinin kendine özgü niteliği karşısında*, Kanun'un on altıncı babında düzenlenen takibi şikâyete bağlı fiiller yönünden uzlaştırma usulünün uygulanamayacağı anılan sistem ve usullerin hem kurumsal, amaçsal ve normatif temelleri itibariyle hem de yürütülme biçimi ile usul ekonomisine aykırı sonuçları bakımından ayrıntılarıyla ortaya konulmuş bulunmaktadır. İİK'nin 354/1. maddesindeki kendine özgü, amaca elverişli ve işlevsel “dava ve cezanın düşmesi sistemi” *CGK'nin içtihatlarının aksine ne uzlaştırma benzeri bir düzenleme ne de etkin pişmanlık hükmü niteliğindedir*. Bu itibarla, 6763 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen düzenlemenin İİK'nin on altıncı babındaki takibi şikâyete bağlı suçları uzlaştırma kapsamına aldığı şeklinde bir yanılığa düşülmemelidir.

İcra ceza muhakemesinin *niteliği, amaçları ve özelliklerini esas almak suretiyle, kurumsal temellerden vazgeçilmeksizin içtihat aykırılığı giderilerek problemin çözümlenmesi* hayati önemi haizdir. Cebri icra hukukunun etkinliğinin sağlanması yoluyla iyi işleyen bir takip sistemi ile piyasa mekanizmasına, dolayısıyla güçlü bir millî ekonomiye sahip olunması hedefine katkı sağlanması amacına da böylelikle ulaşılabileceğimize inanıyoruz.

KAYNAKÇA

- Adli İstatistikler 2018**, T.C. Adalet Bakanlığı yayını, Ankara 2019. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2018/istatistik2018.pdf (Erişim tarihi: 6/7/2019).
- AKBULUT, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- ASHWORTH, Andrew: **The Criminal Process An Evaluative Study**, Second Edition, Oxford University Press, New York 1998.
- AYDEMİR, İbrahim Ahmet: “Türk Hukuk Dili Üzerine Araştırmalar I,” **Bellekten**, 2010, Sa. 2, s. 19- 36.
- BAŞTÜRK, İhsan: **Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- BERZINS, Andrejs/ LINDSAY, Mac: “**Mağdur Fail Uzlaşması (Victim-Offender Mediation-V.O.M) Seminerinde Sunulan Tebliğ**”, Ankara, 12 Haziran 2008.
- http://www.undp.org.tr/demGovDocs/MediationCriminalJustice/mac_lindsay.doc (Erişim tarihi: 8/5/2019).
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 15. Bası, Beta Basım, Yayım, Dağıtım A.Ş., İstanbul 2018.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem: **Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- ÇOLAK, Haluk: “İcra ve İflas Suçları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, **Bankacılar Dergisi**, Sa. 53, İstanbul 2005, s. 72-106.
- DEVELLİOĞLU, Ferit: **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 25. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara 2008.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral/ YEMENİCİ, Kürşat: “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, Sa. 1, 2018, s. 445-507.
- ERCAN, İbrahim: “İcra ve İflas Suçları Üzerine Bazı Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, C. 13, Sa. 1, s. 7-32.

- ERİŞ, Uğur: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 137, 2018, s. 241-271.
- ERMENEK, İbrahim: “İcra ve İflâs Kanunu’nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sa.19, Ekim 2014, s. 279-320.
- FEYZİOĞLU, Metin: “Uzlaştırma Teklifi ve Tarafalara Bildirilmesi”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt I**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul Haziran 2008, s. 331-337.
- GÜNGÖR, Devrim: **5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.
- KAYMAZ, Seydi/ GÖKCAN, Hasan Tahsin: **Uzlaşma ve Önödeme**, Seçkin Yayınevi, İkinci baskı, Ankara 2007.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: **Bir Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım, Yayım, Dağıtım A.Ş., Onsekizinci baskı, İstanbul 2010.
- KURU, Baki: **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Tamamen yeniden yazılmış ve genişletilmiş ikinci baskı, Adalet Yayınevi , Ankara 2013.
- KÜRTÜL, Mehmet: **Açıklamalı - Örnekli - İçtihatlı İcra ve İflas Suçları**, Gökçe Ofset Matbaacılık, Ankara 2012.
- MUŞUL, Timuçin: **İcra ve İflas Hukuku Cilt: II**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013. (MUŞUL, 2013).
- MUŞUL, Timuçin: **İflas Suçları Taksirath ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 7. (MUŞUL, 1998).
- NUHOĞLU, Ayşe: “Ceza Hukukunda Zararın Telafi Edilmesi” **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 4, İstanbul 1997.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usûl ve Esasları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, C. 56, Sa. 4, s. 123-205. (ÖZBEK, M. S.).

ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun

- 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sa. 32, Aralık 2016, s. 7-28. (ÖZBEK, V. Ö., 2016).
- ÖZBEK, Veli Özer: **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999. (Özbek, V.Ö. 1999).
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Üçüncü baskı, Adalet Bakanlığı yayını, Ankara 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ ALAN AKCAN, Esra/ ÖZAYDIN, Özdem/ ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ ALTINOK VILLEMIN, Derya/ TOK, Mehmet Can: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer: **İcra Hukuku Esasları**, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010.
- SARI, Rıfat: **İcra Suçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.
- SOYGÜT ARSLAN, Mualla Buket: **Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.
- ŞAHİN, Cumhur: “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Konya 1998, C. 6, Sa. 1-2, s. 221-297.
- ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019. (ŞAHİN/ GÖKTÜRK -I).
- ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku -II-**, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 10. Bası, Ankara 2020. (ŞAHİN/ GÖKTÜRK -II).
- TOROSLU, Nevzat: **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 273, Ankara 1970.
- TREBILCOCK, Michael J./ DANIELS, Ronald J.: **Rule of Law Reform and Development Charting the Fragile Path of Progress**, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham –Northampton 2008.
- UYAR, Talih: **İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflas Suçları)**, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa 1987.

- UYSAL, Mehmet: “Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl 2006, Cilt: 80, Sa. 3, s. 1013-1048.
- WALDMAN, Ellen A. : “Healing Hearts or Righting Wrongs?: A Meditation on The Goals of “Restorative Justice” , **Hamline University, Journal of Public Law & Policy**, 2004, Vol. 25, s. 355-374. <http://law.hamline.edu> (Erişim tarihi: 7/5/2019).
- YENİSEY, Feridun: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma (Uzlaştırıcı Eğitimi, Rehber Kitapçık)**. <http://www.uzlasma.adalet.gov.tr> (Erişim tarihi: 8/5/2019).
- YILDIZ, Hasan: **İcra ve İflas Suçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2007.
- YILMAZ, Ejder: “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesine İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra ve İflâs Suçları”, **Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul 2003, s. 493-502.