

MAKALELER

- ◆ Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler - Hakan KARAKEHYA-Asena Kamer USLUADAM
- ◆ Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu (TCK m. 99/6) - Barış IŞIK
- ◆ İntihal Suçları - Büşra DEMİRAL BAKIRMAN

9. TÜRKİYE CEZA HUKUKU GÜNLERİ TEBLİĞLERİ

(31 Mayıs - 1 Haziran 2014):

Ceza Hukuku Genel Hükümler

- ◆ 5237 Sayılı TCK'nın Genel Hükümlerinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi - Şerafettin İSTE
- ◆ Kasten Öldürme Suçlarında Bağlılık Kuralı - Eyüp YEŞİL
- ◆ Suçun Özel Görünüş Biçimlerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi- Mahmut KOCA

Ceza Hukuku Özel Hükümler

- ◆ 6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi - Handan YOKUŞ SEVÜK
- ◆ Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı - Hasan Tahsin GÖKCAN

Ceza Muhakemesi Hukuku

- ◆ Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi (Dava Süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları) - Vuslat DİRİM
- ◆ Ceza Muhakemesinde Meramını Anlatma İlkesinin Sağlanması- Veli KAFES

- ◆ Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları - Hakan KARAKEHYA
- ◆ Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Deliller Sorunu- Recep GÜLŞEN
- ◆ Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi- Çetin ARSLAN
- ◆ Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat- Gürsel YALVAÇ

Raporlar ve Yorumlar

- ◆ Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması- Devrim GÜNGÖR
- ◆ Lekelenmeme Hakkı - Naim KARAKAYA
- ◆ Ceza Hukukuyla Bağlantılı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları- Berrin AKBULUT
- ◆ Reformun 9. Yılında Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Değerlendirme ve Yargıtay Uygulamaları- İbrahim DÜLGER
- ◆ Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması- Veli KAFES

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi




Yayın Sahibi: İstanbul Üniversitesi
Yayın Sahibi Temsilcisi: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama
Merkezi Müdürü
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Sorumlu Müdür: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Yrd. Doç. Dr. Serdar TALAS

Yazışma Adresi:

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi
34116 Beyazıt, Fatih - İstanbul
Tel: +90 (212) 440 01 05
Faks: +90 (212) 512 41 35
E-posta: cezahukuku@istanbul.edu.tr
<http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezakriminoloji>

Yayına Hazırlayan:

Adalet Yayınevi
Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-ANKARA
Tel: (0 312) 231 17 00 / Fax: (0 312) 231 17 10

 : adalet.com.tr - adaletyayinevi.com adalety@adaletyayinevi.com : 
 : facebook.com/adaletyayinevi twitter.com/adaletyayinevi : 

Copyright © 2016

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Merkez söz konusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yapmak isteyenlere "CHKD" kısaltmasını kullanması önerilir.

ISSN: 2148-6646

Yıl: 2015

Cilt: 3

Sayı: 2

Matbaanın Adı: Sonçağ Mat. Yay. Tic. San. Ltd. Şti.

Basıldığı Yer: Ankara

Basıldığı Tarih: 2016

Yayın Türü: Yerel, Süreli, Altı Aylık İlmî Dergi

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CHKD Hakemli Bir Dergidir.

Editörler Kurulu

Başkan: Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Üyeler: Yrd. Doç. Dr. Selman DURSUN
Yrd. Doç. Dr. Serdar TALAS
Yrd. Doç. Dr. Tuba TOPÇUOĞLU
Yrd. Doç. Dr. Mehmet MADEN
Yrd. Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ
Araş. Gör. Rahime ERBAŞ
Araş. Gör. Büşra DEMİRAL BAKIRMAN

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Dr. h. c. Philip KUNIG, Berlin Freie Üniversitesi (Almanya, Berlin)
Prof. Dr. Dr. h. c. Walter GROPP, Giessen Üniversitesi (Almanya, Giessen)
Prof. Dr. Stephen C. THAMAN, Saint Louis Üniversitesi (ABD, St. Louis)
Prof. Dr. h. c. Manuel Cancio MELIA, Autonoma Üniversitesi (İspanya, Madrid)
Prof. Dr. Manuel EISNER, Cambridge Üniversitesi (İngiltere, Cambridge)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Gazi Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN, Gazi Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. Mahmut KOCA, İstanbul Şehir Üniversitesi (İstanbul)
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN, Marmara Üniversitesi (İstanbul)
Doç. Dr. Pınar ÖLÇER, Leiden Üniversitesi (Hollanda, Leiden)
Yrd. Doç. Dr. Nikolaos LIVOS, Atina Üniversitesi (Yunanistan, Atina)
Dr. Liane WÖRNER, Giessen Üniversitesi (Almanya, Giessen)

Yayın Kurulu

Araş. Gör. Elif BEKAR
Araş. Gör. Muhammed DEMİREL
Araş. Gör. Tuba KELEP PEKMEZ
Araş. Gör. Sertaç IŞIKA
Araş. Gör. Murat ÇAKIR
Araş. Gör. Melik KARTAL
Araş. Gör. Sedat Erdem AYDIN
Araş. Gör. Fatma Betül ÖZDEMİR
Araş. Gör. Ömer Metehan AYNURAL
Araş. Gör. Gizem Kübra ÖZEN AYKUTALP
Araş. Gör. Selim ERDİN
Araş. Gör. Kenan Evren YAŞAR
Araş. Gör. Muhammed Buhari ÇETİNKAYA
Araş. Gör. Gülşah KORKUSUZ
Araş. Gör. Havva Begüm TOKGÖZ
Araş. Gör. Esra DİKMEN

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)

Yayın İlkeleri

- 1- Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD), "Hakemli Dergi" statüsünde yerel, süreli ve altı aylık ilmi dergi olarak yayımlanır.
- 2- Dergiye gönderilen eserler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eserin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- 3- Dergide Türkçe yayınların yanı sıra, İngilizce, Almanca, Fransızca ve İspanyolca yayınlara da yer verilmekte olup, bu yönüyle dergi milletlerarası bir yayının niteliğine de sahiptir.
- 4- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından yapılır.
- 5- Dergiye gönderilen Türkçe eserlerde **Makale Adı**, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşan **Öz** ve **Anahtar Kelimeler** ile birlikte İngilizce **Title**, **Abstract** ve **Keywords**'ler de mutlaka bulunmalıdır. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe **Makalenin Adı**, **Öz** ve **Anahtar Kelimeler** eklenmesi gerekmektedir.
- 6- Eserlerde, yazar adları, unvanları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri, **iletişim adresleri** ve mutlaka elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
- 7- Eserin sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Ayrıca eserde kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.
- 8- Gönderilecek eserlerin Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması gerekmektedir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.
- 9- Eserler "Microsoft Word Office" programında kaydedilmiş bir CD'de veya elektronik posta yoluyla cezahukuku@istanbul.edu.tr adresine teslim edilebilir.
- 10- Eserlerin tablo veya grafik içermesi durumunda ayrı bir excel dosyası ile ham verilerin eserle birlikte gönderilmesi zorunludur.
- 11- Eser sahiplerinin dergiye gönderdikleri eserlerinin göndermiş oldukları haliyle "basıma hazır olarak" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.

- 12-** Editörler ve Yayın Kurulu tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra eserler kör hakem usulü uygulaması ile makaleler için üç, çeviri eserler için bir hakeme gönderilecektir.
- 13-** Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
- 14-** Dergide yayınlanan eserdeki görüşler, eser sahibine aittir.
- 15-** Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları İstanbul Üniversitesi'ne (Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'ne) aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez. Eser sahibine iki adet dergi gönderilir.

CEZA HUKUKU VE KRİMİNOLOJİ DERGİSİ

Journal of Penal Law and Criminology

Zeitschrift für Strafrecht und Kriminologie

Cilt: 3

Yıl: 2015

Sayı: 2

Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler.....	1
<i>Hakan KARAKEHYA - Aseña Kamer USLUADAM</i>	
Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu (TCK m. 99/6).....	25
<i>Barış IŞIK</i>	
İntihal Suçları.....	57
<i>Büşra DEMİRAL BAKIRMAN</i>	
5237 Sayılı TCK'nın Genel Hükümlerinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi	79
<i>Şerafettin İSTE</i>	
Kasten Öldürme Suçlarında Bağlılık Kuralı.....	95
<i>Eyüp YEŞİL</i>	
Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi	103
<i>Mahmut KOCA</i>	
6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi	119
<i>Handan YOKUŞ SEVÜK</i>	
Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı	147
<i>Hasan Tahsin GÖKCAN</i>	
Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi (Dava Süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları)	161
<i>Vuslat DİRİM</i>	

Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması.....	181
<i>Veli KAFES</i>	
Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları.....	199
<i>Hakan KARAKEHYA</i>	
Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi.....	227
<i>Recep GÜLŞEN</i>	
Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi.....	253
<i>Çetin ARSLAN</i>	
Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat	267
<i>Gürsel YALVAÇ</i>	
Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması	307
<i>Raportör: Devrim GÜNGÖR</i>	
Lekelenmeme Hakkı	311
<i>Yorumcu: Naim KARAKAYA</i>	
Ceza Hukukuyla Bağlantılı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları	319
<i>Raportör: Berrin AKBULUT</i>	
Reformun 9. Yılında Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Değerlendirme ve Yargıtay Uygulamaları	329
<i>Raportör: İbrahim DÜLGER</i>	
Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması	345
<i>Yorumcu: Veli KAFES</i>	

Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler*

*(In Turkish Criminal Law Doctrine, in the Context of Moral Element
of Crime, Views on the General Theory of Crime)*

Hakan KARAKEHYA**

Asena Kamer USLUADAM***

Öz

Türk Ceza Hukuku doktrinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte suç genel teorisine ilişkin ciddi bir çeşitlilik ve farklılaşma söz konusu olmuştur. Suçun unsurlarının neler olduğundan, suç teorisindeki bir terimden ne anlaşılması gerektiğine kadar birçok konuda, birbirinden çok farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu farklılaşma ve çeşitlilik bir takım dezavantajlara sahip olmakla birlikte, oldukça olumludur. Sosyal bilimler yapısı gereği bu çok sesliliği gerektirmektedir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra doktrindeki en keskin ayırım kusurluluk ve manevi unsur kavramlarının içeriği ve suç genel teorisindeki yeri konusunda ortaya çıkmıştır.

Anahtar Kelimeler: Suç Genel Teorisi, Suçun Manevi Unsuru, Kusurluluk, Suçun Unsurları, Türk Ceza Hukuku Doktrini.

* Geliş Tarihi: 02.11.2015, Kabul Tarihi: 08.06.2016.

** Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Yunus Emre Kampüsü 26470 Eskişehir, hkarakehya@anadolu.edu.tr

*** Araş. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Yunus Emre Kampüsü 26470 Eskişehir, asenakamer@gmail.com.

Abstract

In Turkish Criminal Law doctrine, with the entry into force of the Turkish Criminal Code numbered 5237, there has been a serious diversity and differentiation regarding the general theory of crime. Many different opinions have emerged in many respects from what the criminal elements are, to what should be understood from a term in crime theory,. Despite some disadvantages, this variation and diversity is quite acceptable. The social sciences require a lot of voice due to its structure. After the entry into force of the Turkish Penal Code No. 5237, the sharpest distinction in the doctrine emerged about the content of the concepts of faultiness and moral element of crime and their place in general theory of crime.

Keywords: General Theory of Crime, Moral Element of Crime, Faultiness, The Criminal Elements, Turkish Criminal Law Doctrine.

GİRİŞ

Suçun unsurlarını ortaya koymaya çalışan düşünce sistemlerine suç genel teorisi denilmektedir. Suçu unsurlarına ayırmak, onu daha iyi inceleme olanağı sunar. Böylelikle suç olanla olmayanı birbirinden ayırmak kolaylaşır. Bu bağlamda suçun yapısal unsurlarını içerik ve yapı itibarıyla farklı şekillerde değerlendiren suç genel teorileri bulunmaktadır.

Türk ceza hukuku doktrininde özellikle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, suç genel teorisine ilişkin ciddi bir farklılaşma ve çeşitlilik yaşanmıştır. Gerçekten de suçun unsurlarının neler olduğundan tutun da, suç teorisindeki bir terimden ne anlaşılması gerektiğine kadar birçok konuda, birbirinden çok farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Özellikle başka bilim dallarında çalışan akademisyenler açısından bu çeşitlilik "pek hayra alamet değildir." Nitekim bu görüşte olanlar aynı alanda çalışan bilim insanlarının birbirlerini anlayabilmeleri için temel terimlerde ve ana konularda uzlaşmış olmaları gerektiğini ileri sürmektedirler. Aksi takdirde bilim insanları ortak bir akademik dil kullanamayacak ve anlaşamayacaklardır. Örneğin fiilden, kusurdan, tipiklikten herkes farklı şey anlar, bu kavramlara farklı anlamlar yüklerse iki akademisyen bir araya geldiğinde an-

laşma olanağı bulamayacaktır. Farklı fakültelerden mezun olmuş uygulamacının durumunu ise izah etmeye gerek yoktur. Değişik konferans, sempozyum, çalıştay ve toplantılar vesilesiyle meslektaşlarla gerçekleştirdiğimiz sohbetlerde, birçok ceza hukukçusunun da benzer endişeler taşıdığını gözlemlemekteyiz.

Kanaatimizce aşırılığa kaçmamak kaydıyla ceza hukuku literatüründe yaşanan bu teorik, terimsel ve kavramsal çokluğun bir takım dezavantajları olmakla birlikte avantajları daha fazladır. Nitekim özellikle sosyal bilimlerde baktığınız yere göre, gördüğünüz şey farklılık arzedebilir. Dolayısıyla bu alanda, sayısal bilimlerde olduğu gibi aynı konuya ilişkin tek veya az sayıda görüş bulunmasını amaçlamak, sosyal bilimlerin yapısıyla uyuşmamaktadır. Bu şekildeki çok seslilik, sosyal bilimlerin bir handikabı değil; bilakis zenginliğidir. Aynı konuya ilişkin farklı bakış açılarıyla ortaya konulmuş teorileri okumak ve takip etmek, teorilerin ilişkin olduğu konunun farklı boyutlarıyla daha iyi anlaşılmasına imkan tanımaktadır. Bu bağlamda doktrindeki suç teorisine ilişkin yaşanan bu çeşitliliğin bir zenginlik olarak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim “kendi içinde tutarlı olmak kaydıyla,” bu alana ilişkin ortaya atılacak her bir teori, farkında olmadığımız bir bakış açısıyla suçu değerlendirmemize ve onu daha iyi anlayabilmemize olanak tanımaktadır. Ancak bu durumun ceza hukukçuları bakımından getireceği zorluk, daha titiz çalışıp literatürü takip ederek, kim hangi terimi kullandığında ona hangi anlamı yüklüyor, örneğin kusurluluktan ya da fiilden ne anlıyor diye araştırma gerekliliği bakımından ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda biz bu çalışmamızda Türk hukuk literatüründe manevi unsurunu ön plana çıkarmak suretiyle, suçun unsurlarına ilişkin mevcut teorileri değerlendirme amacıyla olduk. Özellikle 5237 sayılı kanunun kabulünden sonra, literatürümüzde ortaya çıkan çok sesliliği, bir makale kapsamında yansıtmak ve görüşleri bir araya toplamak bakımından çalışmanın literatüre önemli katkı sağlayacağı kanaatini taşımaktayız. Çalışma sırasında yeri geldikçe Alman ve Amerikan hukukunda konunun nasıl ele alındığına ilişkin örneklere de yer verilecektir.

Çalışmada suçun unsurlarına ilişkin Türk hukuk doktrinindeki görüşler incelenirken, ister istemez bir sınıflandırma yapılması ihti-

yacı hissedilmiştir. Nitekim konunun sistematik olarak ortaya konulabilmesi bakımından birbirine yakın görüşlerin gruplandırılarak ele alınması zorunluluk arz etmektedir. Kanaatimizce 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra doktrindeki en keskin ayırım kusurluluk ve manevi unsur kavramlarının içeriği ve suç genel teorisindeki yeri konusunda ortaya çıkmıştır. Bu nedenle çalışma içerisinde, suçun unsurlarına ilişkin temel açıklamalara yer verildikten sonra, kusurluluk ile manevi unsuru birbirinden ayıranlar ile bunları birbiriyle aynı veya büyük ölçüde örtüşen terimler olarak kabul eden görüşlerin iki ana başlıkta gruplandırılması tercih edilmiştir. Daha sonra bu iki ayrı grupta yer alan görüşler, kendi içlerindeki farklılıklara göre alt gruplara da ayrılmıştır.

Bununla birlikte manevi unsura ilişkin algıları ön planda tutarak gerçekleştirdiğimiz bu çalışma içerisinde, aynı grupta yer alan yazarların fiile yükledikleri anlam, hukuka uygunluk sebeplerine bakış açıları ya da manevi unsur türlerini inceleme şekilleri gibi bazı konularda bir takım farklılıkları bulunmaktadır. Örneğin bazıları zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran bir mazeret nedeni olarak kabul ederken, bazıları da hukuka uygunluk nedeni olarak görmektedirler. Çalışma içerisinde bu farklılıklar göz önünde bulundurulmamıştır. Ancak literatürümüzdeki tüm yazarların görüşlerini herhangi bir sınıflandırma yapmaksızın teferruatlı olarak buraya almaya kalksak, çalışma geniş çaplı bir monografiyi oluştururdu. Bu nedenle biz burada 5237 sayılı TCK'nın kabulünden sonra, doktrindeki safların belirlenmesindeki en keskin konu olduğunu düşündüğümüz suçun manevi unsurunu ön plana çıkartarak, literatürdeki suçun unsurlarına ilişkin görüşleri incelemeyi amaçladık. Bir başka çalışmada fiile ya da tipikliğe yüklenen anlamlar göz önünde bulundurulmuş da farklı incelemeler ve sınıflandırmalar yapılabilir. Ancak bizim çalışmamızın amacı özellikle manevi unsur üzerine olan algılar ışığında suçun unsurlarına ilişkin görüşleri ortaya koymaktır. Bununla birlikte fiile ilişkin kabul edilen teori bazen manevi unsura ilişkin algıyı da etkilediğinden, bazı yazarların fiilden ne anladıklarına ilişkin açıklamalara da çalışma içerisinde yer verilmiştir. Çalışmanın, manevi unsur bağlamında Türk ceza hukuku doktrindeki suçun unsurlarına ilişkin görüşleri, tutarlı bir sınıflandırma ile derli toplu olarak bir araya ge-

tirme bakımından literatüre önemli bir katkı sağlayacağını umut etmekteyiz.

1. SUÇUN UNSURLARINA İLİŞKİN TEMEL AÇIKLAMALAR

Suçun ne olduğu ya da hangi fiillerin suç kabul edilmesi gerektiği konusu yalnızca ceza hukukunun inceleme alanını oluşturmamaktadır. Suçun hukuki yönünün yanında aynı zamanda sosyolojik ve kriminolojik bir olgu olduğu da göz önüne alındığında, suçun ne olduğuna ilişkin farklı disiplinlerce, farklı tanımlar yapılabilmektedir.¹ Örneğin sosyolojide suç, sapkınlık türlerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda sapkınlığın genel bir tanımı yapılırsa; toplumdaki çoğunluğun doğruluğunu kabul ettiği genel kurallara aykırı davranışlar sapkınlıktır ve bu davranışları gerçekleştiren bireyler de sapkınlardır. Bununla birlikte şu hususu da gözden kaçırmamak gerekir ki; belirli kurallara bağlı olarak yürüyen sosyal hayatta, hiç kimse bütün kuralları ihlal etmediği gibi, bütün kurallara da uymaz.² Ancak bizim buradaki çalışma konumuzu ceza hukuku bağlamındaki suçun unsurları oluşturmaktadır.

Ceza hukuku bağlamında suçun, suçun oluşumu bakımından zorunlu unsurların, diğer hukuka aykırılıklardan farkının ve nitelikli hallerin ne olduğu konusunda yapılan değerlendirmeler suç genel teorisinin konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda suçu daha iyi tanımlayıp analiz etmek amacıyla, onun unsurlarını ortaya koymaya çalışan düşünce sistemlerine suç teorisi³ veya suç genel teorisi denilmektedir. Ceza hukukunun temelini oluşturan suçun tanımına ceza kanunumuzda yer verilmemiştir. Bu nedenle öğretilerde farklı tanımlar yapılmış ve bunun sonucu olarak farklı suç teorileri geliştirilmiştir.

Ceza hukuku anlamında suçun ne olduğu sorununa ilişkin iki yaklaşımın varlığından söz edilebilir. *Suçun biçimsel anlayışı*, suçu hukuk düzeni ile yasaklanan fiil olarak ele almaktayken, *suçun özüne ilişkin anlayış* ise bir insan davranışının cezalandırılabilmesi için sahip

¹ Uğur ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970 s.1

² Anthony GIDDENS, **Sosyoloji**, Ayraç Yayınevi, Ankara 2000, s.182

³ Kayıhan İÇEL-A. Hakan EVİK, **Ceza Hukuku Genel Hükümler-II**, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s.4

olması gereken özellikleri ahlaka, sosyal ve politik ideallere dayandırmaktadır.⁴ Suçun incelenmesi noktasında, suçun biçimsel anlayışının bir gereği olarak, unsurlarına ayrılarak incelenmesi gerektiğini savunan (tahlilci metod) görüşün yanında, suçun özüne ilişkin anlayıştan hareketle suçun ancak bir bütün olarak incelenebileceğini savunan (bütüncü metod) görüş de bulunmaktadır. Ancak suçu bütüncü metod ile açıklayan görüş, rasyonel olmayan sonuçlara sebep olduğu ve sezgiye dayandığı için pratik açıdan aktarımının zor olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵ Gerçekten de bugün Türk doktrininde suçun unsurlarına ayrılarak incelendiğini görmekteyiz. Çünkü gerek anayasal düzenlemeler, gerekse de yasal düzenlemelerin bir gereği olarak hangi fiillerin suç olduğunun tam olarak ortaya konulması gerekmektedir. Bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesi için suçun unsurlarının ortaya konulması biçimsel kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Ancak suçun unsurlarının nelerden ibaret olduğu konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Gerçekten de Türk hukuk öğretisinde, suçun unsurlarının nelerden ibaret olduğu, sayısı ve hatta unsurların içeriği konusunda farklı görüşlerin benimsendiğini görmekteyiz. Unsur sayısı bakımından genellikle dört unsur benimsenmekle birlikte, iki unsur veya üç unsur taraftarı olan yazarlar da bulunmaktadır. Ancak unsurlar bakımından sayısal ifadeleri aynı olmasına rağmen, suç teorilerinin içerikleri çok farklı olarak da karşımıza çıkabilmektedir.

İlk defa 16. yüzyıl İtalyan yazarları tarafından suçun unsurları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu yazarlardan Deciani suçu: yasa, irade ve fiil, insan ve irade olmak üzere 4 unsura ayırarak incelemiştir.⁶ Almanya'da ise ilk defa 18 yüzyılda suçun unsurları ortaya konulmaya başlanmıştır.⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun unsurlarının neler olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden, daha çok öğreti ile suçun unsurları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte CMK'nın hüküm çeşitlerine ilişkin 223. madde-

⁴ Nevzat TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Kitabevi, Ankara 2009, s.88

⁵ TOROSLU, s.103, s.104; Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz, Nurullah KUNTER, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1949, s.28 vd.

⁶ ALACAKAPTAN, s.5

⁷ KUNTER, (1949) s.22

sinde, kanunkoyucunun kabul ettiği suç teorisine ilişkin ciddi ipuçları da bulunmaktadır.⁸

2. SUÇUN MANEVİ UNSURU İLE KUSURLULUĞU AYNI VEYA BÜYÜK ORANDA ÖRTÜŞEN KAVRAMLAR OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞLER

2.1. Genel Olarak

765 sayılı kanun döneminde suçun unsurlarını genellikle farklı sayıdaki unsurlar üzerinden inceleyenler olmakla birlikte, bunların hemen hepsinde kusurluluk ile suçun manevi unsuru birbirleriyle aynı anlama sahip ya da büyük ölçüde örtüşen terimler olarak kabul edilmekteydi.⁹ Önceki kanun döneminde baskın olan ve içinde bulunduğumuz 5237 sayılı TCK döneminde de oldukça taraftar bulan görüşe göre, kusur yeteneğine sahip fail tarafından, fiilin kasten veya kanunun açıkça öngördüğü hallerde taksirle işlenmesi ve işlenen bu fiilde kusurluluğu kaldıran hallerden herhangi birinin bulunmaması halinde manevi unsurun (ya da kusurluluğun) varlığı kabul edilmektedir.¹⁰ Bunun dışında kusurlulukla manevi unsur farklılığını sadece kusur yeteneğine dayandıranlar da bulunmaktaydı. Bu görüşe göre suçun manevi unsuru, kusur yeteneği ve kusurluluktan oluşmaktadır. Dolayısıyla kusurlulukla manevi unsur birebir örtüşen kavramlar değildir. Kusur yeteneğini kapsamaması bakımından kusurluluk ifadesi manevi unsur ifadesinden biraz daha dar bir kapsamı ifade etmektedir.¹¹ Ayrıca bu yazarlarca kast ve taksir, birer kusur türü

⁸ Hamide ZAFER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s.329 vd.

⁹ Bu konudaki örnekler için bkz. Kayıhan İÇEL, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967, s.7; Faruk EREM, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s.487

¹⁰ Örnek olarak bkz. Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM- Veli Özer ÖZBEK, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s.246 vd.

İçel'e göre, suçun manevi unsuru eylem açısından düşünülürse "kusurluluk;" fail açısından düşünülürse de "kusur" şeklinde ifade edilebilir. İÇEL, Taksir, s.7

¹¹ Bu görüş için bkz. Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1997, s.143

olarak kabul edilmekteydi. Bu noktada belirtmek gerekir ki, çok nadir rastlanmakla birlikte, Alman doktrininde de Baumann vd. gibi kast ve taksiri kusur türleri arasında ele alan yazarlar bulunmaktadır.¹²

Ancak Özgenç ve Şahin'in, 765 sayılı TCK döneminde, sonradan Özgenç'in 5237 sayılı TCK kabul edildikten sonra da devam ettireceği ve Türk hukuk doktrininde giderek daha fazla taraftar bulan kusurluluk ile suçun manevi unsurunun birbirinden farklı kavramlar oldukları görüşünü savundukları görülmektedir. Bu bağlamda, 765 sayılı TCK döneminde de, söz konusu yazarlara göre kast ve taksir birer kusur çeşidi değil; bilakis manevi unsur türleridir.¹³ Yazarların bu görüşleri savunmalarında, Welzel tarafından Almanya'da geliştirilen finalist hareket teorisinden ciddi şekilde etkilenmelerinin rolü olduğu kanaatini taşımaktayız.¹⁴

Günümüz Türk ceza hukuku doktrininde de 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi suçun manevi unsuru ile kusurluluğu büyük oranda ya da tamamen örtüşen terimler olarak kabul eden görüşler bulunmaktadır. Büyük oranda klasik suç teorisini temsil eden bu görüşleri, aşağıda başlıklar halinde incelemeyi uygun buluyoruz.¹⁵

¹² Bkz. Jürgen BAUMANN-Ulrich WEBER- Wolfgang MITSCH, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, s.444 vd.

¹³ İzzet ÖZGENÇ-Cumhur ŞAHİN, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s.147 vd., 219 vd.

¹⁴ Finalist hareket teorisi konusunda özlü bilgi için bkz. Volker KREY-Robert ESSER, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2012, s.116 vd.; Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.144

¹⁵ Bu noktada manevi unsur ile kusurluluğu birbiriyle aynı veya büyük oranda örtüşen kavramlar olarak kabul eden görüşle, bu kavramların farklı içeriğe sahip olduğunu kabul eden görüşün dayandığı felsefi temellerin de birbirinden ayrıldığını ifade etmek gerekir. Kusurluluk kavramı ortaya çıktıktan sonra, kast ve taksir şeklindeki manevi unsur türleri birer kusur çeşidi olarak kabul edilmişlerdir. Bununla birlikte birer kusur çeşidi olarak görülen bu iki kavramı, kusurluluk ortak temelinde genel olarak açıklama ihtiyacı da belirlemiştir. Kast ve taksiri ortak temellere dayandırma amacıyla kusurluluğun içeriğine ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. **DÖNMEZER-ERMAN**, s.197

Bu bağlamda kusurluluğun içeriğini açıklayan iki temel teori bulunmaktadır. Bunlar psikolojik ve normatif teorilerdir. Nuri DÜZGÜN-Şerafettin ELMACI, **Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara

2007, s.6; Kusurluluğun psikolojik mi yoksa normatif temelde mi aranması gerektiği hususunun esasta kelimelere verilen değişik anlamlardan kaynaklandığı ve bu sebeple bunun çok fazla büyültülmesine gerek olmadığını da ileri süren yazarlar da vardır. Bkz. Ayhan ÖNDER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, Beta Yayinevi, İstanbul 1992, s.261.

Psikolojik teori klasik okul etkisinde ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda ceza hukukunda sübjektif sorumluluğa ilişkin esaslara ulaşılmasında bu teorinin büyük etkisi olmuştur. Söz konusu teorinin odak noktasında “irade özgürlüğü” kavramı yer almaktadır. Buna göre fail özgür iradesine rağmen hukuka aykırı davranışı istemiş ve gerçekleştirmiştir. Bu nedenle de kusurludur. Bu bağlamda kusurluluk da fail ile fiil arasındaki psişik bağ ifade etmektedir. İradilik bakımından kast, davranış ve neticenin istenmesini, taksir ise sadece davranışın istenmesini ifade ettiğinden, psikolojik görüşü kuranlar, hem kast hem de taksirde ortak olması bakımından davranışın istenmesini kusurluluğun odak noktasına koymuşlardır. Bu bağlamda kusurluluk netice ile bunu istemiş ya da öngörebilecek durumda bulunan fail arasındaki psişik bir bağ, manevi bir nedensellik bağlantısı olarak kabul edilmiştir. **DÖNMEZER-ERMAN**, s.201 vd.

Yukarıda kısaca ifade etmeye çalıştığımız psikolojik teori kasten işlenen suçlardaki kusurluluğu bir şekilde açıklamakla birlikte; taksirle işlenen suçlarda kusurluluğun esasını ortaya koymakta son derece yetersiz kalmaktadır. Nitekim özellikle bilinçsiz taksirle işlenen suçlarda, davranış iradi olarak gerçekleştirilmekle birlikte, netice hem öngörülmemekte hem de istenmemektedir. Bu durumda fail ile fiil arasındaki psişik bağ olarak kusurluluğu açıklamak basit taksirle işlenen suçları suç kapsamı dışında bırakmaktadır. **ÖNDER**, s.260

Psikolojik görüşün özellikle taksiri açıklamak bakımından yetersiz kalması karşısında, kastla taksiri psikolojik açıdan tek bir ortak paydada toplamanın mümkün olmadığına kanaat getiren bazı yazarlar, aynı ortak paydayı başka noktalarda arama gayretine girişmişlerdir. Bu çalışmalar sonucunda ortaya konulan normatif teoriye göre kusurluluğun temelini ödeve aykırılıkta aramak gerekir. Kastla taksirde ortak olan bu irade, sosyal disiplinsizlik ve kanun hükümlerine riayetten kaçınma şeklinde açıklanabilir. Bu itibarla kusurluluk da bu ödeve aykırı irade nedeniyle failin hukuk düzenince kınanmasını ifade eder. Bu teori özellikle Alman ve Avusturya hukukunda yaygın kabul görmektedir. Normatif teorinin, kusurluluğu, failin ödeve aykırı iradesi nedeniyle kınanabilirliğine dayandırmasının suç genel teorisini ilgilendiren bir takım sonuçları da olmuştur. Öncelikle ödeve aykırı irade nedeniyle ortaya çıkan kusurluluktan bahsedilebilmesi için, failin irade etme yeteneğine sahip olması gerekir. Bir başka deyişle failin anlama ve isteme yeteneğini ifade eden isnat yeteneği, normatif teoride kusurluluğun ön şartını oluşturmaktadır. Ayrıca failin kusurundan söz edilebilmesi için kişiden norma uygun hareket etme imkanına sahip olmasının da beklenebilir olması gerekir. Bir kişiden belirli durumlarda belirli bir davranışta bulunması beklenebilir değilse, bu halde kişinin kusurundan söz edilemez. **ÖNDER**, s.260

2.2. Suçu İki Unsur Üzerinden İnceleyen Görüşler

Suçun maddi ve manevi unsur olmak üzere iki temel unsuru olduğunu savunan ve kusurlulukla manevi unsuru bire bir örtüşen kavramlar olarak inceleyen görüşün doktrinimizdeki temsilcileri Toroslu¹⁶ ile Sancar-Köprülü'dür.¹⁷ Yazarlara göre maddi ve manevi unsur olmak üzere suçun iki temel kurucu unsuru vardır. Hukuka aykırılık suçun kurucu unsuru değil, bilakis özüdür. Bu nedenle unsur olarak sayılmaması gerekir.¹⁸ Söz konusu yazarlar kast ve taksiri ise birer kusur çeşidi olarak görmektedirler.¹⁹

Toroslu'ya göre nasıl ki insanın beden ve ruh olmak üzere iki temel ögesi varsa, suçun da böyle olduğu kabul edilmelidir.²⁰ Burada maddi unsur bedene, manevi unsur ise ruha benzetilmektedir. İhmali ve icrai hareketleri "davranış" başlığı altında toplayan yazar, isnat yeteneğini ise kusurluluğun bir parçası ya da önşartı olarak görmekte, bilakis "suçluğa ait bir özellik" olarak kabul etmektedir.²¹

Anglo-sakson hukukunun bir parçasını oluşturan Amerika Birleşik Devletleri'nde ise klasik suç teorisine dayalı olarak, suçun maddi ve manevi olmak üzere iki unsur üzerinden incelendiği, kusurluluk-manevi unsur şeklinde bir ayrıma gidilmediği görülmektedir.²² Kast ve taksir kalıpları ise genellikle suçun manevi unsurunu ifade eden *mens rea*²³ (guilty mind-state of mind) kavramı altında ele alınmaktadır.²⁴

¹⁶ TOROSLU, s.107 vd.

¹⁷ Türkan Yalçın SANCAR- Timuçin KÖPRÜLÜ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları**, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s.131

¹⁸ SANCAR-KÖPRÜLÜ, s.131; TOROSLU, s.99

¹⁹ Bkz. SANCAR-KÖPRÜLÜ, s.245 vd.

²⁰ TOROSLU, s.108

²¹ TOROSLU, s.113; 245 vd.

²² Amerikan hukukunda yaygın kabul gören anlayışa göre fiil, maddi ve manevi olmak üzere iki unsurdan oluşur. Yani suç oluşturan fiil, bir hareket (ya da ihmal-ommission) ve buna ilişkin manevi durumdan (state of mind) meydana gelir. Wayne R. LAFAVE, **Principles of Criminal Law**, Thomson-West, St Paul-Minnesota 2003, s.157

²³ Bu kavram, "Actus non facit reum nisi mens sit rea -düşünce kusurlu olmadıkça sadece bir fiil (bireyi) kusurlu yapmaz" ilkesinin "mens rea" şeklinde kısaltılmasıyla oluşmuştur. Bkz. Füsun SOKULLU-AKINCI, "Ceza Hukukunda Kusurlu-

2.3. Suçu Üç Unsur Üzerinden İnceleyen Görüş

Doktrinde suçu üç unsur üzerinden inceleyen yazarlarda bulunmaktadır. Aşağıda da görüleceği üzere, suçu klasik teoriye göre ve üç unsur üzerinden inceleyen yazarların görüşleri birbirinden oldukça farklılık arz etmektedir. Bunlardan ilki Hafizoğulları-Özen'e ait olan görüştür. Bu yazarlar tarafından savunulan görüş de yukarıda anlatılan ve suçu iki unsur üzerinden inceleyen görüşe çok yakındır. Bu görüşte de kusurluluk ve manevi unsur içerik itibarıyla birbiriyle örtüşen kavramlardır. Yine isnat yeteneği kusurluluğun parçası veya önşartı değil; suçlu olabilmenin koşulu ve bu bağlamda da suçluya ait bir özelliğdir.²⁵ Ancak söz konusu yazarlar, yukarıdaki görüşten farklı olarak hukuka aykırılığı suçun unsurlarından birisi olarak görmektedirler. Yazarlara göre, daha didaktik (öğretim açısından) ve pratik olması bakımından hukuka aykırılığı da suçun unsuru kabul etmek gerekir.²⁶ Gerek yukarıda açıkladığımız ikili ayrıma dayalı ve gerekse burada incelediğimiz Hafizoğulları-Özen'in üçlü ayrıma dayalı görüşleri, İtalyan hukuk doktrini kökenli klasik okul görüşünü yansıtmaktadır.

Bunun dışında Demirbaş da klasik inceleme metoduyla ve üç unsur üzerinden suçu inceleyen yazarlardandır. Yazarın kendisinin de ifade ettiği üzere, suçu üç unsur üzerinden incelemekle birlikte, görüşleri aşağıda inceleyeceğimiz dörtlü ayrıma çok yakındır.²⁷ Bu bağlamda suçun unsurları; tipe uygun fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluktur. Kusurluluğun, kusur yeteneği ve kusur olmak üzere iki temel bileşeni olduğunu savunan yazar,²⁸ netice sebebiyle ağırlaşan suçlarla birlikte, kast ve taksiri de birer kusur çeşidi olarak kabul etmektedir.²⁹

luk," **Ceza Hukuku Günleri-70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s.95

²⁴ Bkz. Joshua DRESSLER, **Cases and Materials on Criminal Law**, Thomson West, St Paul MN. 2003, s.142; **LAFAVE**, s.157

²⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI-Muharrem ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s.265; s.409

²⁶ **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN**, s.190

²⁷ Bkz. Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s.200

²⁸ **DEMİRBAŞ**, s.331

²⁹ **DEMİRBAŞ**, s.355

İçel-Evik de Demirbaş gibi suçu üç unsur üzerinden incelemektedir. Yazarlara göre suçun unsurları, tipik eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluktur.³⁰ Kast ve taksir ise yazarlarca birer kusur çeşidi olarak kabul edilmektedir.³¹

Suç üç unsur üzerinden inceleyen bir diğer görüş de Öztürk-Erdem'e aittir. Yazarlara göre suçun unsurları; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurdur.³² Ancak söz konusu yazarların suçu klasik yöntemle inceleyip incelemedikleri tam net değildir. Nitekim hareket teorisi olarak, finalist teorinin de izlerini taşıyan teleolojik suç teorisini benimzediklerini ifade eden yazarlar, kast ve taksiri kusur çeşitleri arasında incelemektedirler.³³ Her ne kadar tipikliğin unsurları başlığı altında, objektif ve sübjektif unsurlar olmak üzere tipikliğin iki temel unsuru olduğunu kabul etseler de, daha sonra tipiklik başlığı altında sadece objektif unsurların inceleneceğini, sübjektif unsurların ise kusurluluk başlığı altında ele alınacağını ifade ettikleri görülmektedir.³⁴ Bu nedenle biz de bu yazarları kusurlulukla manevi unsuru birbirinden ayırmadan inceleyen yazarlar arasında kabul etmeyi uygun bulduk.

2.4. Suçu Dört Unsur Üzerinden İnceleyen Görüş

Bu görüşe göre suç; tipe uygun hukuka aykırı ve kusurlu fiildir. Bu bağlamda suçun fiil, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur olmak üzere dört temel unsuru bulunmaktadır. Bu unsurların içeriği konusunda ya da kullanılan terimler bakımından küçük farklılıklar olmakla birlikte, bu görüşü savunan yazarlarca suçun unsurları temelde bu şekilde incelenmektedir. Doktrinimizde bu görüşü savunan yazarlar Centel-Zafer-Çakmut ve Soyaslan'dır.

Centel-Zafer-Çakmut'a göre suçun unsurları; yasallık unsuru, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur olmak üzere dört çeşittir.³⁵ Maddi unsur bakımından, her suçun bir neticesi oldu-

³⁰ İÇEL-EVİK, s.6

³¹ İÇEL-EVİK, s. 186 vd., s.195 vd.

³² ÖZTÜRK-ERDEM, s.146

³³ ÖZTÜRK-ERDEM, s.146, s.248 vd.

³⁴ ÖZTÜRK-ERDEM, s.159

³⁵ Nur CENTEL-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.201

ğunu savunan, bu nedenle de netice bakımından suçları neticesi harekete bitişik ve neticesi hareketten ayrılabilen suçlar olarak ayıran yazarlar, manevi unsurun eylem açısından ele alındığında kusurluluk terimi ile ifade edileceğini ifade etmektedirler.³⁶ Ayrıca kusur yeteneğini manevi unsur içinde inceleyen yazarlar, kast ve taksiri de kusurlu davranış şekilleri olarak görmektedirler.³⁷

Bu görüşte olan Soyaslan'a göre ise suçun kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur olmak üzere toplamda dört unsuru bulunmaktadır.³⁸ Manevi unsur başlığı altında isnat yeteneği ve kusurluluğu inceleyen yazar, kast ve taksiri de yine bu başlık altında ele almaktadır.³⁹

3. SUÇUN MANEVİ UNSURU İLE KUSURLULUĞU BİRBİRİNDEN FARKLI KAVRAMLAR OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞLER

3.1. Genel Olarak

Yukarıda 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da klasik suç teorisi ışığında kusurlulukla manevi unsuru aynı anlamda veya büyük oranda örtüşen terimler olarak kabul eden görüşleri inceledik. Bu başlık altında ise kusurlulukla manevi unsuru birbirinden ayrı kavramlar olarak ele alınan görüşler incelenecektir. Bu görüşü savunan yazarlar ise kusurluluğun suçun unsuru sayılıp sayılmamasına ve manevi unsurun tipikliğin içinde incelenip incelenmemesine göre kendi aralarında tasnife tabi tutulabilirler.

Alman doktrininde yaygın olarak paylaşılan kusurluluk ile manevi unsurun birbirinden farklı kavramlar oldukları düşüncesi Türk hukuk literatüründe ilk önce Özgenç-Şahin tarafından 765 sayılı TCK döneminde ifade edilmiş ve sonrasında 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Özgenç tarafından savunulmaya devam edilmiştir. Ancak 765 sayılı kanun döneminde fazla taraftar bulmayan ve hatta

³⁶ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.248, s.337

³⁷ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.339, s.344

³⁸ Doğan SOYASLAN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 213 vd.

³⁹ SOYASLAN, 401 vd.; 427 vd.; 436 vd.

savunucularının büyük tepkiye muhatap oldukları bu görüş,⁴⁰ 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra hızla artan şekilde taraftar bulmaya başlamıştır. Bunda yeni kanunun mimarlarından birisinin Özgenç olmasının ve savunduğu suç teorisine ilişkin görüşleri kanuna bir şekliyle nüfus ettirmesinin ciddi etkisi olduğu kanaatindeyiz.⁴¹

⁴⁰ Şu an için oldukça taraftar bulan kusurlulukla manevi unsuru birbirinden ayıran görüşü, 765 sayılı TCK döneminde, doktrindeki ağırlıklı hocaların karşısında savunmanın, neredeyse ceza hukuku camiasından aforoz edilmeyi göze almak kadar cesurca bir davranış olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda suç genel teorisine ilişkin düşünceleri kabul edilir veya edilmez, Özgenç-Şahin, 765 sayılı TCK döneminde bu görüşleri savunmakla akademik anlamda ciddi bir risk almışlardır. Şu an için bu görüşle aynı doğrultudaki düşünceleri savunmak zor bir iş değildir. Hatta kanunu bu görüşü savunanların hazırlaması, yeni jenerasyonun büyük oranda bu sistematik ışığında çalışması, uygulamanın bu yönde evrilmesi ve görüşün giderek daha çok taraftar bulması dolayısıyla, yeni sisteme adapte olmak klasik suç teorisi ışığında çalışmaya nazaran çok daha caziptir. Dediğimiz gibi asıl zor olan 765 sayılı kanun döneminde ceza hukuku camiasından dışlanmayı göze alarak bu görüşleri savunabilmektir. Nitekim zannedilenin aksine, bilimde veya belirli bir disiplinde hegemonik görüşün aksine hareket etmek son derece zordur. Aynı zorluk, günümüzde yavaş yavaş klasik suç teorisini savunmak bakımından da ortaya çıkmaya başlamıştır. Ancak kanaatimiz; doktrinimizdeki çeşitliliğin, ceza hukukunun Türkiye'deki gelişimine tek tiplilikten daha fazla yarar getireceği yönündedir. Bu bağlamda bilimsel alanda veya belirli bir disiplindeki hegemonik yapıları karşı farklı bir ses çıkarabilmenin zorluğu konusunda Kuhn'un şu görüşlerini paylaşmak isteriz:

Kuhn'un klasik bilim kuramlarına getirdiği en önemli eleştiri, bilimin hiç de zannedildiği ve ileri sürüldüğü gibi eleştiriye açık olmadığı noktasında olmuştur. Ayrıca bilim sıklıkla ileri sürüldüğü gibi uysal bir şekilde birikerek de ilerlememektedir. Bilakis nasıl siyasal bir devrim şiddetli çatışmalar sonucunda gerçekleştiriliyorsa; bilim alanındaki gelişmeler de çoğu kez o kadar şiddetli çatışmalar sonucunda gerçekleştirilmektedir (Thomas S. KUHN, **Bilimsel Devrimlerin Yapısı**, Kırmızı Yayınları, İstanbul 2008, s.97). Kuhn'un literatüre kattığı önemli kavramlardan birisi ise "paradigma"dır. Paradigma, anlam olarak, yerleşik kabul görmüş olan bir model ya da örneği ifade etmektedir (Ziyauddin SERDAR, **Thomas Kuhn ve Bilim Savaşları**, Everest yayınları, İstanbul 2001, s.33 vd.). Ancak Kuhn'un ele aldığı haliyle paradigma, belirli bir bilim alanına ilişkin olarak, o bilim çevresinde genel kabul görmüş bilgi, görüş ve modelleri ifade eder (KUHN, s.283). Bilim adamlarının çalıştıkları alanlarda geçerli paradigmalara aykırı hareket etmeleri çoğu kez ciddiye alınmamları ve hatta o çevreden aforoz edilmeleri gibi sonuçlar doğurabilmektedir. Bu bağlamda bilim adamları da zannedilenin aksine pek de özgür bir ortamda çalışmıyorlardır.

⁴¹ 1940 yılında başlayan ve bir türlü sonuca ulaşamayan ceza kanunu çalışmalarından sonuncusunun ürünü olan 2003 TCK tasarısı, küçük sayılabilecek değişiklik-

3.2. Kusurluluğu Suçun Unsuru Olarak Kabul Eden Görüş

Doktrinimizde, kusurlulukla suçun manevi unsurunu birbirinden ayıran yazarlardan bir kısmı, manevi unsurla birlikte kusurluluğu da suçun unsurları arasında incelemektedir. Bu görüşe göre kusurluluk ile manevi unsur kavramları birbiriyle ilişkili; ancak birbirinden farklı kavramlardır. Dolayısıyla kusurluluk da sadece cezalandırılabilir fiilin koşulu olarak nitelendirilemez. Nitekim failin fiil nedeniyle kınanabilir olması da suçun oluşması bakımından gerekli unsurlardandır. Bu görüş doktrinimizde Özbek vd. tarafından savunulmaktadır. Söz konusu yazarlara göre suçun unsurları; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluktur.⁴²

Manevi unsur tipikliğin bir gereği olarak kabul eden söz konusu yazarlar, ayrıca suçun temel manevi unsur olarak kastı kabul etmekte, buna karşın manevi unsur içinde ele almakla birlikte, taksirin suç genel teorisindeki asıl yerinin suçun özel beliriy biçimleri olduğunu savunmaktadırlar.⁴³ Bununla birlikte kast ve taksirin hem birer kusur çeşidi hem de haksızlığın işleniş biçimi olduğunu kabul eden yazarlar, bu nedenle kast ve taksirin suç genel teorisinde çifte

lerle 12.05.2003 tarihinde hükümet tasarısı olarak TBMM'ye sevk edildi. 21.10.2003'den 12.05.2004 tarihine kadar gerçekleştirilen Adalet Alt Komisyonu çalışmaları sonucunda oluşturulan TCK, 348 maddeden meydana gelmiştir. Tasarı hakkında ilk bakışta söylenebilecek olan husus, Adalet Alt Komisyon Tasarısının Hükümet Tasarısı ile uzaktan yakından pek bir alakasının olmadığı şeklinde olacaktır. Çünkü Meclise gelen hükümet tasarısı, alt komisyonda neredeyse bütünüyle değişikliğe uğramıştır. Buna rağmen yeni oluşturulan tasarı yedi aydan kısa bir süre içerisinde 58 toplantı yapılarak hazırlanmıştır. Adalet Alt Komisyonuna (o dönemdeki unvanlarıyla); Adalet Bakanlığı tetkik hakimleri Zekeriya Yılmaz ve Yusuf Solmaz Balo, Yargıtay Üyesi Keskin Kaylan, Doç. Dr. Ahmet Gökçen (Marmara Üniv. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi), Doç. Dr. İzzet Özgenç (Gazi Üniv. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi) ve Doç. Dr. Adem Sözüer (İstanbul Üniv. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi) danışmanlık etmişlerdir. Bu konuda bkz. Mehmet Emin ARTUK-Ali Rıza ÇINAR, Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri, **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s.66 vd.

⁴² Bkz. Veli Özer ÖZBEK-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAĞ-SİZ-İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.218

⁴³ ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞ-SİZ-TEPE, s.264, s.507

fonksiyonu olduğunu da ileri sürmektedirler.⁴⁴ Ancak yazarların görüşlerini temelde kusurluluk-manevi unsur ayırımına dayandırmaları, çifte fonksiyonlu olarak kabul etseler de kastı ayrıntılı olarak tipiklik içinde, taksiri ise suçun özel belirif biçimleri arasında incelemeleri nedeniyle, bu görüşü manevi unsur-kusurluluk ayırımı yapan görüşler arasında değerlendirmeyi uygun bulduk.

Suçun manevi unsurunun tipiklik içerisinde incelenmesi, 1930 yıllarda Welzel tarafından Almanya'da ortaya konulan finalist suç teorisinin yansımasıdır. Bugün bu teori Alman hukuk doktrinindeki hareket teorileri içerisinde baskın görüş değildir. Buna karşın kastın suç teorisi içerisinde tipik manevi unsur olarak ele alınması bakımından ortaya çıkan etkisini, hala baskın görüş olarak devam ettirmektedir.⁴⁵ Klasik suç teorisi, hareketi belirli bir neticeye sebep olmakla sınırlı görmektedir.⁴⁶ Oysa finalist teoriye göre insan davranışının (fiilin), en belirgin özelliği onun belirli bir amaca yönelmiş olmasıdır. Bu nedenle fiil sadece nedensel değil; aynı zamanda sonuca yönelik (finalist) olarak da gerçekleştirilir. Finalist davranış, amacın güdümlü olduğu etkilerin bilincini de bünyesinde barındırır.⁴⁷ Bu bağlamda kast da haksızlığın subjektif bir unsurudur ve tipiklik içinde incelenmelidir.⁴⁸

Kasten işlenen suçlar bakımından manevi unsurun tipiklik içinde incelenmesi Alman doktrininde de ağırlıklı ve yaygın görüştür. Buna göre; gerçekleştirilen fiilin kanunda tanımlanan suç tipine uygun olması maddi tipiklik (tipik maddi unsur-der objektive Tatbestand) iken; fiilin doğrudan veya örtülü olarak kanunda belirtilen manevi unsur türü ile işlenmesi de manevi tipikliği (tipik manevi unsur-der subjektive Tatbestand) oluşturmaktadır.⁴⁹ Bununla birlikte Alman

⁴⁴ ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, s.370

⁴⁵ KREY-ESSER, s.116

⁴⁶ Bkz. ÖZTÜRK-ERDEM, s.144

⁴⁷ KREY-ESSER, s.116

⁴⁸ ÖZTÜRK-ERDEM, s.144

⁴⁹ Örnek olarak bkz. Günter STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2000, s.98 vd., s.117 vd.; Johannes WESSEL-Werner BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2003, s. 103 vd, s.393 vd.; Hans-Heinrich JESCHECK-Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*

doktrininde suçun unsurları incelenirken sıklıkla kasten işlenen suçlar üzerinden bir inceleme yapılmakta ve kast, tipik manevi unsur olarak ele alınmaktadır. Yine bu çoğunluk görüşüne göre taksirle işlenen suçlar suçun özel belirli biçimlerinden birisini oluşturup, istisnadirler. Bu bağlamda Mitsch'in de ifade ettiği üzere, Alman ceza hukuku genel kitaplarına bakıldığı zaman çoğunlukla taksirle işlenen fiillerin, teşebbüs, ihmal ve iştirakin yanında kitapların ikinci bölümünde, arka planda yer aldıkları görülecektir. Ön planda ise cezai fiillerin temel şekli olarak her zaman kasten işlenen fiiller bulunmaktadır.⁵⁰

3.3. Kusurluluğu Suçun Unsurları Dışında Bir Değer Yargısı Olarak Kabul Eden Görüş

3.3.1. Genel Olarak

Türk ceza hukuku literatüründe kusurlulukla manevi unsuru birinden ayrı kavramlar olarak ele alan yazarların çoğunluğu kusurluluğu suçun unsuru olarak kabul etmemekte; ancak cezalandırılabilir fiilin koşulu olarak görmektedirler. Bu görüşe göre kusurluluk failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliğine ilişkin bir değer yargısıdır.⁵¹ Dolayısıyla suçun unsuru değil; ancak fiilin cezalandırılabilmesi için zorunlu bir koşuldur. Manevi unsur ise fail ile fiil arasındaki psikik ilişkiye atıfta bulunmaktadır. Kast ve taksir ise birer manevi unsur çeşididir. Bu manevi unsur türleri her ne kadar faile kusur atfedilebilmesi bakımından bulunması zorunlu hususlarsa da, bu durum onların kusur türü olarak nitelendirilmelerine imkan tanımaz. Manevi unsur ile kusurluluk birbiriyle ilişkili ancak farklı kavramlardır.⁵²

Ancak bu görüşü paylaşan yazarların görüşlerinde de onları kendi içinde ikiye ayırmayı gerekli kılacak ölçüde önemli bir fark

Algemeiner Teil, Dunker&Humblot, Berlin 1996, s.232 vd., s.561 vd.; Walter GROPP, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin, Heidelberg... 1998, s. 95 vd., s.381 vd.

⁵⁰ Wolfgang MITSCH, "Fahrlässigkeit und Straftatsystem", **Juristische Schulung**, Februar 2001, s.105

⁵¹ Örnek olarak bkz. İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s.366; ZAFER, s.330;

⁵² ÖZGENÇ, s.229, s.366

bulunmaktadır. Bu fark da suçun manevi unsurunun suç genel teorisindeki yerine ilişkindir. Bu bağlamda kusurluluğu suçun unsuru olarak görmeyenlerden bazıları manevi unsuru, suçun bağımsız bir unsuru olarak kabul ederken; diğer önemli bir kısmı da manevi unsuru tipiklik içinde incelemenin daha doğru olduğu kanaatindedirler. Aşağıda söz konusu görüşler bu ayrıma göre başlıklar halinde incelenecektir.

3.3.2. Manevi Unsuru Bağımsız Bir Unsur Olarak Kabul Edenler

Kusurluluğu suçun unsuru olarak kabul etmeyen bazı yazarlar, manevi unsuru suçun bağımsız bir unsuru olarak görmektedirler. Buna göre kusurluluk suçun unsuru değil; ancak fiilin cezalandırılabilmesi için bulunması zorunlu bir koşuldur.⁵³ Mevcut durum itibarıyla doktrinimizde bu görüşün Özgenç, Artuk-Gökçen-Yenidünya ve Zafer tarafından savunulduğu görülmektedir.

Bu görüşü savunan yazarlardan Artuk-Gökçen-Yenidünya manevi unsur başlığı altında kast ve taksiri incelerken, unsurlardan olmayan kusurluluk başlığı altında kusur yeteneğini ve kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenleri ele almaktadırlar.⁵⁴

Özgenç ise suçun unsurlarını; maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık olmak üzere üç unsur üzerinden değerlendirmektedir.⁵⁵ Kusurluluğu ise failin kınanabilirliğine ilişkin bir değer yargısı olarak kabul etmekte, unsurlar arasında ele almamaktadır.⁵⁶ Yazara göre manevi unsur suçun bağımsız unsurlarından birisi olup; kast ve taksir ise manevi unsur türleridir.⁵⁷

Zafer de kusurluluğu suçun unsurlarından kabul etmeyen yazarlardandır. Bu bağlamda kusurluluk suçun kınanabilirliğine ilişkindir.⁵⁸

⁵³ ZAFER, s.330

⁵⁴ Mehmet Emin ARTUK- Ahmet GÖKÇEN- Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 228 vd

⁵⁵ ÖZGENÇ, s.160

⁵⁶ ÖZGENÇ, s.229

⁵⁷ ÖZGENÇ, s.366

⁵⁸ ZAFER, s.326 vd.

Yazar, kast ve taksiri ise suçun bağımsız bir unsurunu oluşturan manevi (sübjektif) unsur içerisinde incelemektedir. Ancak kastı suçun temel manevi unsuru olarak kabul ederken; taksiri yine manevi unsur içerisinde ama *suça özgü özel nitelikteki sübjektif unsurlar* başlığı altında ele almaktadır.⁵⁹

3.3.3. Manevi Unsuru Tipiklik İçinde İnceleyenler

Kusurlulukla manevi unsur birbirinden ayıran ve kusurluluğu suçun unsurlarından kabul etmeyen yazarlardan bazıları, suçun manevi unsurunun ayrı, bağımsız bir unsur olmadığı; bilakis tipiklik içinde yer aldığı kanaatindedirler. Bu nedenle de kast ve taksiri birer manevi unsur türü olarak tipiklik içinde ele almaktadırlar. Doktrinimizde bu görüşün Hakeri, Koca-Üzülmez ve Akbulut tarafından savunulduğu görülmektedir.

Bu yazarlar da yukarıda belirttiğimiz şekilde Özbek vd.'nin savunduğu ve Alman doktrininde ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere, suçun manevi unsurunun tipiklik içerisinde incelenmesi gerektiği kanaatindedirler. Yukarıda da açıkladığımız üzere kastın tipik manevi (sübjektif) unsur olarak tipiklik içinde ele alınması, finalist suç teorisinin bir yansımasıdır. Bu teoride her insan hareketinin bir amaca yönelik olduğunu savunulduğundan, kast da haksızlığın bir parçasıdır ve tipiklik içinde ele alınmalıdır.⁶⁰ Ancak bu başlık altında incelediğimiz yazarlar, ağırlıklı Alman doktrininden ve Türk hukukunda Özbek vd.'den farklı olarak taksiri suçun özel belirleş biçimleri arasında ele almamakta; bilakis kastla birlikte tipik manevi unsur çeşidi olarak görmektedirler. Bununla birlikte azınlıkta olmakla birlikte Alman doktrininde de hem kastı hem de taksiri tipiklik içerisinde inceleyenler de bulunmaktadır.⁶¹

Bu görüşü paylaşan yazarlardan olan Hakeri, suçun unsurlarını; kanuni unsur (tipiklik) ve hukuka aykırılık olmak üzere ikiye ayır-

⁵⁹ ZAFER, s.229, s.254 vd.

⁶⁰ Bu konuda bkz. ÖZTÜRK-ERDEM, s.144

⁶¹ Alman doktrininde hem kast hem de taksirin suçun tipikliği içinde manevi unsur olarak incelenmesine ilişkin olarak bkz. Urs KİNDHAEUSER, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2002, s.151 vd.

maktadır.⁶² Kast ve taksiri tipikliğin manevi unsuru olarak tipiklik içinde inceleyen yazar, kusurluluğu ise cezalandırılabilir bir fiilin koşulu olarak kabul etmekte; ancak suçun unsurları arasında saymamaktadır.⁶³ Ayrıca her fiilin bir neticesi olduğu görüşünde olan yazar, netice bakımından suçları neticesi harekete bitişik ve hareketten ayrı suçlar olmak üzere ikiye ayırmaktadır.⁶⁴

Koca-Üzülmez de suçun manevi unsurunu tipiklik içerisinde inceleyen yazarlardandır. Kusurluluğu suçun unsurlarından kabul etmeyen, yazarlara göre kast ve taksir tipikliğin manevi (sübjektif) unsurlarındandır.⁶⁵ Ancak söz konusu yazarlar, fiil terimine yükledikleri anlam bakımından yakın görüşte oldukları Hakeri'den ayrılmaktadırlar. Nitekim Hakeri her hareketin bir neticesi olduğunu kabul ederken; Koca-Üzülmez, fiilden hareketi anlamakta ve sadece bazı hareketlerin cezalandırılabilmesi bakımından belirli bir neticenin gerçekleşmesini zorunlu kabul etmektedirler. Bu bağlamda hareket bakımından suçları da neticeli ve neticesiz suçlar olarak ikiye ayırarak incelemektedirler.⁶⁶

Akbulut da manevi unsuru tipiklik içinde inceleyen yazarlardandır. Yazara göre, kusur cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuruna dahil değildir. Bu nedenle suçun unsurları arasında sayılamaz. Suçun manevi unsuru ise haksızlığın bir parçasıdır ve tipiklik içinde yer alır.⁶⁷ Bu bağlamda yazar suçlar bakımından manevi unsur olarak kastın bulunmasını kural olarak ifade ettikten sonra, hem kast hem de taksiri tipikliğin manevi unsurları başlığı altında değerlendirmektedir.⁶⁸

⁶² Hakan HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.125

⁶³ HAKERİ, s.201, s.359

⁶⁴ HAKERİ, s.163

⁶⁵ Mahmut KOCA-İlhan ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.136

⁶⁶ Bkz. KOCA-ÜZÜLMEZ, s.119

⁶⁷ Berrin AKBULUT, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.228 vd. s.503 vd.

⁶⁸ AKBULUT, s.406

SONUÇ

Suçu unsurlarına ayırmak, onu daha iyi inceleme olanağı sunar. Böylelikle suç olanla olmayanı birbirinden ayırmak kolaylaşır. Bu bağlamda suçun yapısal unsurlarını içerik ve yapı itibarıyla farklı şekillerde değerlendiren suç genel teorileri bulunmaktadır. Türk ceza hukuku doktrininde 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, suç genel teorisine ilişkin ciddi bir farklılaşma ve çeşitlilik yaşanmıştır.

Literatürümüzde yaşanan bu çok seslilik, bir takım dezavantajları olmakla birlikte, gayet olumludur. Nitekim özellikle sosyal bilimlerde baktığınız yere göre, gördüğünüz şey farklılık arz edebilir. Dolayısıyla bu alanda, sayısal bilimlerde olduğu gibi aynı konuya ilişkin tek bir tane ya da az sayıda görüş bulunması, sosyal bilimlerin yapıyla uyuşmamaktadır. Bu nedenle çok seslilikten korkmamak gerekir. Kaldı ki; aynı konuya ilişkin farklı bakış açılarıyla ortaya konulmuş teorileri öğrenmek, suçu farklı boyutlarıyla irdelemeyi ve daha iyi anlamayı sağlayacaktır. Bu bağlamda doktrinimizde yaşanan çok seslilik bir karmaşa ya da handikap değil; bilakis bir zenginliktir.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra doktrinindeki en keskin ayırım kusurluluk ve manevi unsur kavramlarının içeriği ve suç genel teorisindeki yeri konusunda ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar kusurluluk ile manevi unsuru birbirinden ayrı kavramlar olarak ele alırken; bazıları da bunları birbiriyle aynı veya büyük ölçüde örtüşen kavramlar olarak kabul etmişlerdir. Bu kavramları büyük ölçüde örtüşen veya aynı kabul eden görüşteki yazarlardan bazıları suçu iki unsur üzerinden, bazıları üç unsur üzerinden, bazıları da dört unsur üzerinden incelemeyi tercih etmişlerdir. Buna karşın kusurlulukla manevi unsuru ayrı kavramlar olarak kabul edenlerden bazıları kusurluluğu suçun unsurları arasında görmekte, çoğunluk ise kusurluluğu suçun unsurlarından saymamaktadır. Kusurluluğu suçun unsurlarından saymayan yazarlar da kendi arasında, manevi unsuru bağımsız unsur olarak görenler ve manevi unsuru tipiklik içinde inceleyenler olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin. **Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

ALACAĞAPTAN, Uğur. **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970

ARTUK, Mehmet Emin- Ahmet GÖKCEN- Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009

ARTUK, Mehmet Emin-Ali Rıza ÇINAR, Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri, **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004

BAUMANN, Jürgen-Ulrich WEBER- Wolfgang MITSCH, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003

CENDEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul 2014

DEMİRBAŞ, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

DÖNMEZER, Sulhi-Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1997

DRESSLER, Joshua. **Cases and Materials on Criminal Law**, Thomson West, St Paul MN. 2003

DÜZGÜN, Nuri-Şerafettin ELMACI, **Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007

EREM, Faruk. **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995

GIDDENS, Anthony. **Sosyoloji**, Ayraç Yayınevi, Ankara 2000

GROP, Walter. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin, Heidelberg... 1998

HAFIZOĞULLARI, Zeki-Muharrem ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara 2010

HAKERİ, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

İÇEL, Kayıhan. **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967

İÇEL, Kayıhan-A. Hakan EVİK, **Ceza Hukuku Genel Hükümler-II**, Beta Yayınevi, İstanbul 2007

JESCHECK Hans-Heinrich -Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Dunker&Humblot, Berlin 1996

KİNDHAEUSER, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2002

KOCA, Mahmut-İlhan ÜZÜLMEZ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

KREY, Volker-Robert ESSER, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2012

KUHN, Thomas S. **Bilimsel Devrimlerin Yapısı**, Kırmızı Yayınları, İstanbul 2008

KUNTER, Nurullah. **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1949

LAFAVE, Wayne R. **Principles of Criminal Law**, Thomson-West, St Paul-Minnesota 2003

MITSCH, Wolfgang. "Fahrlässigkeit und Straftatsystem", **Juristische Schulung**, Februar 2001

ÖNDER, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, Beta Yayınevi, İstanbul 1992

ÖZBEK, Veli Özer-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAKSIZ-İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara 2013

ÖZBEK, Veli Özer-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAKSIZ-İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

ÖZGENÇ, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013

ÖZGENÇ, İzzet-Cumhur ŞAHİN, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001

ÖZTÜRK, Bahri-Mustafa Ruhan ERDEM- Veli Özer ÖZBEK, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998

ÖZTÜRK, Bahri-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012

SANCAR, Türkan Yalçın-Timuçin KÖPRÜLÜ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları**, Savaş Yayınevi, Ankara 2014

SERDAR, Ziyauddin. **Thomas Kuhn ve Bilim Savaşları**, Everest yayınları, İstanbul 2001

SOKULLU-AKINCI, Füsun. "Ceza Hukukunda Kusurluluk," **Ceza Hukuku Günleri-70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 1998

SOYASLAN, Doğan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014

STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Carl Heymanns Verlag, Köln 2000

TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Kitabevi, Ankara 2009

WESSEL, Johannes-Werner BEULKE, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 2003

ZAFER, Hamide. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul 2015

Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu (TCK m. 99/6)*

*(The Crime of Abortion on Pregnancies Occured
due to Criminal Acts)*

Barış IŞIK**

Öz

Bu çalışmada mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının karnındaki ceninin düşürtülmesi durumu mercek altına alınmıştır. İlk olarak bu hali düzenleyen TCK m. 99/6'nın hukuki niteliği ele alınmış, ardından TCK m. 99/6'nın şartları incelenmiştir. Bu şartlar incelenirken özellikle gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespitinin nasıl yapılacağı sorunsalı üzerinde durulmuş ve bu konudaki farklı olasılıklar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın sonunda ise ulaştığımız sonuçlar belirtilmiş ve bu sonuçlar ışığında hem kanun koyucu hem de uygulayıcılar bakımından düzenleme ve uygulamaya dair çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Çocuk Düşürtme, Yirmi Haftalık Süre, Suç ve Gebelik Tespiti.

* Geliş Tarihi: 23 Eylül 2015, Kabul Tarihi: 25 Ekim 2016.

** Öğr. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Yunus Emre Kampüsü 26470 Eskişehir, barisisik@anadolu.edu.tr.

Abstract

In this study, the procurement of abortion on pregnancies occurred due to criminal acts shall be analysed. Firstly, the legal character of the paragraph 6 of Article 99 of the Turkish Penal Code regulating the aforementioned case shall be discussed. Subsequently, the conditions stipulated under the said provision shall be reviewed. As part of the analysis on the said elements, process as to how to ascertain the unintended pregnancies occurred due to criminal acts shall expressly be emphasized based on various prospects thereon. Solutions as to how to ascertain such unintended pregnancies shall be proposed at the end of this study.

Key words: Abortion, Twenty-Week Time Limit, Crime and Ascertainment of Pregnancy.

Giriş

Kişilere karşı suçlar kısmında yer alan “Çocuk düşürtme” başlıklı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 99, halk arasında “kürtaj” olarak bilinen kurumu düzenlemiştir. Ancak gerek kısım gerekse de madde başlığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Suçun maddi konusunun çocuk değil cenin olduğunu savunan yazarlar madde başlığında geçen “çocuk” ifadesi yerine cenin ifadesinin kullanılması gerektiğini ileri sürmektedirler¹. TCK m. 6’da yer alan “çocuk” tanımı karşısında, madde başlığında çocuk ifadesine yer verilmesi kanımızca da bir terminoloji sorunu yaratacaktır. Aynı biçimde söz konusu suç tipinin kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi de eleştiri konusu olmuştur, çünkü aşağıda da belirteceğimiz üzere ceninin bir “kişi”, “şahıs” olarak kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Benzer bir tartışma “düşürtme” ifadesi üzerinden yaşanmış ve mevzuatta kürtaj, çocuk düşürtme, gebeliğin sonlandırılması, rahim tahliyesi kavramaları arasında birliğin sağlanamaması da eleştiri konusu olmuştur².

¹ Ayşe Aydın Şafak, “Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması”, **Güncel Hukuk**, 2012/7, s. 38; Tülay Kitapçoğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme Suçu”, **MÜHF-HAD**, C. 18, S.1, s. 307-308.

² Şafak, **a.g.e.**, s. 36, tıbbi literatürdeki kullanımlar için bkz., Saliha Altıparmak/ Meltem Çiçeklioğlu/Gülay Yıldırım, “Abortus ve etik”, **Cumhuriyet Tıp Dergisi** 2009, S. 31, s. 85.

TCK m. 100 ise “çocuk düşürme” başlığı altında, gebe kadının karnındaki cenini düşürmesi fiilini yaptırırma bağlamıştır. Şu halde TCK m. 99’da düzenlenen çocuk düşürtme suçunun faili kural olarak gebe kadın dışında herhangi biri olabilirken, TCK m. 100’de düzenlenen çocuk düşürme suçunun faili sadece gebe kadın olabilmektedir³. TCK m. 99 hekime bazı şartlar dahilinde anne karnındaki cenini düşürtme imkanı tanımıştır. Bu anlamda madde dolaylı olarak kadının karnındaki cenini düşürtme hakkının⁴ şartlarını düzenlemiştir. Çalışmamız-

³ Durmuş Tezcan/Ruhan Erdem/Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. bs., Ankara, Seçkin, Temmuz 2012, s. 288.

⁴ Madde kapsamında çocuk düşürtmenin anne bakımından bir hak olarak kabul edilip edilemeyeceğini hak teorileri çerçevesinde izah etmek gerekmektedir. Hak kavramına dair teorilerin yanında bu kavramın varlığını reddeden görüşler de söz konusudur. Bu çerçevede hak teorilerini irade teorisi, çıkar teorisi, karma teori ve bu kavramı reddeden teoriler olarak sıralamak mümkündür. Klasik irade teorisini göre kişi ancak belirli bir konuda, başkalarını kendi iradeleri doğrultusunda hareket etmeye hukuken zorlayabildiği takdirde bir hakka sahiptir. Çağdaş irade teorisi ise bir hakka sahip olmayı başka birinin ödevlerini hukuksal olarak kontrol edebilme yetkisi üzerinden açıklamaktadır. Sonuç olarak irade teorisi hak sahibinin iradesine başka bir irade karşısında bir üstünlük atfetmekte ve hakkı iradenin hakimiyeti kavramı üzerinden açıklamaya çalışmaktadır. Çıkar teorisine göre ise kişideki bu irade hakimiyeti, hak kavramının sadece biçimsel ögesidir. Burada hakkın amacına bakmak gerekir. Hakkın amacı kişinin menfaatlerini korumak, ihtiyaçlarını karşılamak, avantaj ve kazanç sağlamaktır. Kişinin iradesini harekete geçiren asıl güç hakkın özünü oluşturan çıkar düşüncesidir. Böylece bir hakka sahip olmak, bir çıkarın sahibine özgülenmiş biçimde koruma altına alınması anlamına gelmektedir. Çıkar teorisinin bir başka versiyonu hakkı hukukun yüklediği ödevler yoluyla korunan korunan kişilere özgülenmiş çıkar düşüncesi etrafında açıklamaktadır. Bu çerçevede ödev ile hak kavramı arasında ilişki kurmaktadır. Karma teori ise hakkı insana irade gücü tanımak suretiyle korunan çıkar olarak tarif etmektedir. Nazime Beysan, **Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi**, İstanbul, XII Levha, Mayıs 2015, s. 283-284, 291, 295; M. Emin Emni, “Hak Kavramı”, **Konya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 12, 2005, s. 206-208. Bu görüşler çerçevesinde TCK m. 99/1’de belirtilen ve sadece rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cenini düşürtme fiilinin kadın bakımından bir hak olduğu kanaatindeyiz. Çünkü annenin iradesi doğrultusunda hekim hukuken bu işlemi gerçekleştirmeye zorunludur. Bunun için sadece kadının rızası yeterlidir. Kadının iradesine üstünlük tanınmaktadır. Çıkar teorisi bakımından ise cenini düşürtmek annenin çıkarıdır ve bu çıkar doğrudan koruma altına alınmaktadır. Ancak çalışmamız asıl konusunu teşkil eden TCK m. 99/6, yani suç sonucu gebelikte durum TCK m. 99/1’deki kadar açık değildir. Çünkü

da sadece, karnındaki cenini düşürmek isteyen kadının, bu hakkından hangi koşullarda yararlanabileceğini düzenlemiş olan TCK m. 99 hükümleri ve ilgili mevzuat inceleme konusu yapılacaktır. TCK m. 99/1’de belirtildiği üzere; gebelik süresi on haftayı geçmeyen kadının karnındaki cenin, anne rızası ile alınabilecektir; ancak on haftanın sona ermesi halinde de kanun koyucu bazı istisnalar kabul etmiş ve bu istisnai halleri yine TCK m. 99/2⁵ ve 99/6⁶’da düzenlemiştir. Kanun koyucu, TCK m. 99/2’de “tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde...” ifadesini kullanarak tıbbi zorunluluğun varlığı halinde bu on haftalık sürenin dikkate alınmayacağını ortaya koymuştur. Bu hallerin neler olduğu, Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun’da (NPHK) gösterilmiştir. İkinci ve çalışmamızın asıl konusunu oluşturacak istisnai hal ise, TCK m. 99/6’da düzenlenmiş olan “mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının gebeliğinin sonlandırılmasıdır”. Bu hükümde kanun koyucu, mevcut süreyi yirmi haftaya kadar uzatmıştır. Ancak söz konusu maddenin uygulamasında belirsizlikler ve sorunlu sahalara vardır⁷.

Çalışmamızda mevcut düzenleme incelenecek ve düzenlemenin farklı yorumları ortaya konarak, “yeni bir düzenlemeye” ihtiyaç olup

annenin iradesine tek başına üstünlük tanınmamakta, yine çıkarı doğrudan korunma altına alınmamaktadır. Çocuk düşürme fiili için gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespiti gerekmektedir. Bu tespit varlığı yani zorunluluk hali önceliklidir. Ancak bu tespit ardından bunun bir hakka dönüşebileceği ileri sürülebilse de, biz çalışmamızda sadece m. 99/1’de belirtilen hal için hak ifadesini kullanmayı uygun görmekteyiz.

- 5 TCK 99/2: “Tıbbi zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”
- 6 TCK 99/6: “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmaz. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”
- 7 Uygulamadaki sorunlara ilişkin örnekler için bkz. <http://www.haberturk.com/gundem/haber/805515-bakan-sahinden-ozel-not> (Erişim tarihi: 31.08.2015), <http://www.haberturk.com/gundem/haber/775713-tecavuz-bebegine-kurtaj-mahkemekararini-bekliyor>, (Erişim tarihi:28.08.2015), <http://www.haberturk.com/polemik/haber/772715-her-kosulda-kurtaj-olmak-istiyor> (Erişim tarihi: 30.08.2015).

olmadığı, varsa alternatif düzenlemelerin neler olabileceği tartışılacaktır. Bu tartışmada, Alman Ceza Kanunu'ndaki (Alm. CK) düzenleme ve bu anlamda Alman ceza hukukundaki uygulama örneklerinden de yararlanılacaktır.

A. Genel olarak

Suç sonucu gebelik halinde çocuk düşürtme, doktrinde “suç endikasyonu”⁸ olarak tanımlanmaktadır. Alman Ceza Hukuku'nda ise esas kullanılan terim, “kriminal endikasyon” olmakla beraber “etik endikasyon, insani endikasyon veya tecavüz endikasyonu” kavramları da tercih edilebilmektedir⁹.

Suç sonucu gebe kalan kadının gebeliği, gerek gebeliğin meydana gelme biçimi gerekse de gebelik sırası ve sonrasında yaşanan ruhsal çöküntü bakımından diğer gebelik hallerine göre farklılık göstermektedir. Gebelik sonucunu doğuran en yaygın ve ilk akla gelen suç tipi cinsel saldırıdır. Nitelikli cinsel saldırı sonucu gebe kalan kadının, gebelik sürecinin bir işkenceye dönüşeceği, hatta kişiyi intihara kadar sürükleyecek bir ruhsal çöküntü içine sokabileceği kabul edilmektedir. Doğum gerçekleşse dahi kadının çocuğuna karşı içinde bulunacağı şefkat yoksunluğu, hatta uğradığı haksızlığın faturasını bu çocuğa çıkarabileceği gibi durumlar meydana gelebilecektir^{10 11}.

⁸ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 5.bs., Ankara, Seçkin, Mayıs 2012, s. 798. Endikasyon “gereklilik, hastada belirli bir tedavi veya müdahale uygulanmasına karar verilmesini gerektiren durum veya belirti olarak tanımlanmıştır”. <http://saglik.sozlugu.org/indication/> (Erişim tarihi:30.08.2015). Şu halde suç endikasyonu, ceza hukuku anlamında “suç sonucu mağdura ortaya çıkan ve mağdura belirli bir tedavi veya müdahale uygulanmasına karar verilmesini gerektiren durum” olarak tanımlanabilir.

⁹ Kristian Kühl, **Lackner/Kühl StGB Kommentar**, 28. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014, StGB § 218a Rn 18.

¹⁰ Recep Gülşen, “Suç Sonucu Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 1209; Sibel Can, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/1, s. 101.

¹¹ Bazı yazarlar, söz konusu ruhsal çöküntü halini daha farklı bir terminolojiyle ifade etmiş ve anne karnındaki bebeği “tecavüz tümörü” olarak isimlendirmiş-

Çalışmamızın devamında, bu ruhsal çöküntü halinin TCK m. 99/2 çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışma konusu yapılacaktır.

Son olarak, nitelikli cinsel saldırı sonucu gebelik durumlarına özellikle savaş zamanlarında ve uluslararası suçların icrası sırasında rastlanıldığını belirtmek gerekmektedir. *Gülşen*'in bu minvalde dikkat çektiği Bosna Hersek Savaşı'nda yaşananlar¹² ve yine *Şafak*'ın belirttiği insan ticareti suçunun icrası sırasındaki tecavüz halindeki muhtemel hak kayıpları¹³ önemli örneklerdir. Bu bağlamda Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra düşman askerlerinin cinsel saldırıları sonucunda gebe kalan ve karnundaki cenini düşüren kadınlar hakkında Fransa mahkemeleri beraat kararı vermiş, İtalya'da ise genel af çıkarılmıştır¹⁴.

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu (ETCK), suç sonucu gebelikte ceninin düşürülmesiyle ilgili özel bir düzenleme getirmemiş, sadece 472. maddede "çocuk düşürtme fiillerinin kişinin kendisinin yahut akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş olması halinde, bu kişiler için ceza indirimini" öngören bir düzenlemeye yer vermiştir¹⁵. 5237 sayılı TCK ise suç sonucu gebelikte ceninin düşürülmesi halini ayrıca düzenleyerek bir yeniliğe imza atmıştır.

Alman ceza hukukunda suç sonucu gebelik halinde anne karnundaki cenini düşürtme kurumu, Alm. CK m. 218a/3'te düzenlen-

lerdir. "...tejavüz başlı başına çok ağır bir travma. Siz, bu travmayla başa çıkmaya çalışsan ve zor zamanlar geçiren bir insana sürekli o travmasını hatırlatacak bir oluşumu 9 ay boyunca taşımasını söylüyorsunuz. Bu, kadının her gün yeniden tecavüze uğraması demek. Çünkü o gebelik tecavüzün ürünü ve travmanın bir parçası zaten. O parçayı hızla oradan uzaklaştırmak gerekiyor ki, o insan bu zarardan kurtulabilsin, iyileşmek yönünde adım atabilsin" diyen, Fincancı, bu terminolojiyi insanları sarsmak için kullandığını belirtiyor. <http://www.evrensel.net/haber/36328/tejavuz-gebeliklerinde-caresizdegiliz> (Erişim tarihi: 31.08.2015). Bu yöndeki kullanımlar için bkz., Yetener, Müge <http://www.hekimedya.org/index.php/temalar/30-kadin/1371-ttb-li-kadnlar-qcinsel-saldr-sonucu-oluan-gebelikler-ve-kuertajq-caltaynda-bulut.html> (Erişim tarihi: 31.08.2015), Şebnem K. Fincancı, <http://www.evrensel.net/yazi/35955/tejavuz-tumoru> (Erişim tarihi: 30.08.2015).

¹² Gülşen, a.g.e., s. 1210.

¹³ Şafak, a.g.e., s. 38.

¹⁴ Sahir Erman/Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, 1994, s.189.

¹⁵ Erman/Özek, A.e., s. 296.

miştir. Almanya’da ilk olarak 1974 yılında, 5. Ceza Hukuku Reformu Kanunu kapsamında “on iki haftalık süre içinde annenin rızası ile gebeliğinin sonlandırılabilceğine” ilişkin ifade, Alm. CK m. 218a’da hüküm altına alınmıştır¹⁶. Yine tıbbi gerekçelerle ve ceninin olası özürüllük durumu nedeniyle anne karnındaki cenini düşürtme fiili de düzenleme kapsamındadır¹⁷. Ancak cenini belirli bir süre içinde annenin rızasıyla ve yine zorunluluk hallerinin varlığında düşürtmeyi yasal hale getiren düzenleme, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından 1975 yılında iptal edilmiştir. Söz konusu mahkeme kararında anne karnında büyüyen canlının anneden bağımsız anayasal güvence altına alındığı, bu anlamda ceninin yaşam hakkının anneye karşı dahi korunması gerektiği, ceninin bu hakkının annenin kendi kaderini tayin etme hakkına terk edilemeyeceği ve bu korumanın bir süreye tabii olamayacağı vurgulanmıştır¹⁸. Ardından 1976 yılında, Anayasa Mahkemesi’nce belirtilen yasak korunarak, on iki haftalık sürenin varlığında anne rızasının yeterli olacağına ilişkin düzenleme kaldırılmakla beraber bazı istisnai haller için cezasızlık durumu öngörülmüştür. Bu zorunluluk halleri, anne ve embriyo sağlığı nedeniyle cenini düşürtme ile suç sonucu gebelikte cenini düşürtme olarak karşımıza çıkmaktadır. Batı ve Doğu Almanya birleşmesinden sonra, mevcut düzenleme korunarak 1992’de, “Hamilelere ve Ailelere Yardım Kanunu” ile Alm. CK m. 218a maddesi yeniden ele alınmış ve süreye ilişkin düzenleme tekrar getirilmiştir. Ancak 1993’te Anayasa Mahkemesi bu kanunu tekrardan iptal etmiştir. Mahkeme kararında; yine ceninin yaşam hakkına ve insan onuru kavramı üzerinden ceninin korunmasına vurgu yapmıştır. Buna göre çatışan hukuksal yararlar bakımından anneye ilişkin haklar ikincil ve istisnaidir. Buna göre cenini düşürtme fiiline ancak istisnai hallerde ve bazı koşulların yerine getirilmesi suretiyle izin verilebilecektir¹⁹. Bu koşulların güven duyulan kişi ve kurumlarca, denetlenebilir nitelikte tespit edilmesi

¹⁶ Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Beta, 2009, s. 135.

¹⁷ Strohner, **Die Strafbarkeit der schwangeren Frau beim Schwangerschaftabbruch**, Hamburg, Kovac, Dr. Verlag; 2013, s. 29.

¹⁸ Strohner, **A.e.**, s 30.

¹⁹ Strohner, **A.e.**, s. 32-33; Johannes Wessels/Michael Hettinger, **Strafrecht Besonderer Teil 1**, C.F. Müller, 35. Auflage, s. 66- 67.

gerektiği belirtilmiştir. Kararda bu koşullar; a) kadının rızasının varlığı ve b) bu hallerin uzman hekimce yapılacak operasyondan en az üç gün önce resmi makamlardan alınan bir belge ile tespit edilmesi olarak ortaya konulmuştur. Yine kararda devlete anneye gebeliğin devamı konusunda nasihat verme yükümlülüğü yüklenmiştir. Buna göre devlet, ceninin yararına davranması için anneye gerekli şartları sağlamalıdır²⁰. Nihayetinde 1996 yılında yürürlüğe giren “Hamilelere ve Ailelere Yardım Kanunu Hakkında Değişiklik Kanunu” ile bu durum, düzenlenmiş ve mahkemenin belirttiği söz konusu şartlar aynen Alm. CK m. 218a’ya taşınmıştır. Suç sonucu gebe kalma hali ise diğer zorunluluk hallerinden ayrı olarak m. 218a/3’te düzenlenmiştir²¹. Burada özellikle gebe kadının operasyondan en az üç gün önce resmi bir danışman tarafından verilmiş bir belgeyi kürtaj operasyonunu yapacak doktora getirmesi şartı koşulması ilgi çekicidir. Ancak önemle belirtelim ki bu danışma şartı cenini düşürmek için sadece anne rızasının yeterli olduğu haller için geçerlidir. Bir suç sonucu gebelik halinde gebe kadından böyle bir belge talep edilmeyecektir²².

Anayasa Mahkemesi’nin kararının ardından doktrinde iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüş kadının karındaki cenini düşürme hakkının genişletilmesi gerektiğini yönündedir. Bu yazarlar, çoğunlukla mahkemenin görüşünü olumlarken, diğer yandan mahkemenin cenini koruma anlayışını gereğinden fazla öne çıkardığı ve annenin haklarının ikincilliğine vurgu yaptığı gerekçesiyle kararı eleştirmişlerdir. Karşı görüşte olan yazarlara göre ise, söz konusu kararla Anayasa Mahkemesi, ceninin yaşam hakkının korunmasına ilişkin

²⁰ Strohner, a.g.e., s. 35.

²¹ Wessels-Hettinger, a.g.e., s. 71.

²² Albin Eser, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, München, 29. Auflage 2014, StGB § 218a, Rn. 25. Devletin nasihat verme yükümlülüğü çerçevesinde resmi danışman, Alm. CK m. 119 gereği “kadını gebeliğini sürdürmesi açısından cesaretlendirmeli ve ona çocuğu ile birlikte yaşayacağı hayatın açılımlarını anlatmalı, kadının henüz doğmamış olan ceninin gebeliğin her aşamasında kadına karşı da, yaşam hakkının bulunduğu ve bu nedenle, hukuk düzeninin çocuk düşürmeyi sadece istisnai durumlarda kabul ettiği konusunda bilinçlendirilmelidir”. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul, Beta, 2009, s. 293. Danışmanın tüm tavsiyelerine rağmen kadının gebeliği sona erdirme isteği halinde söz konusu belge verilecektir.

sınırı ortadan kaldırarak bunu denetlenemeyecek olan annenin beyanına bırakmış ve cenini koruma anlayışından vazgeçmiştir. Bu nedenle mahkemenin kararı, ağır biçimde eleştirilmiştir²³. Yine, Alman doktrininde bazı yazarlarca danışman aracılığıyla sağlanan nasihat yükümlüğünün, ceninin yaşam hakkının korunması bakımından etkisiz bir araç olduğu ileri sürülmüştür²⁴. *Kühl* bu anlamda mahkeme kararını her iki görüşün bir uzlaşması olarak değerlendirmektedir²⁵.

Alm. CK m. 218a/3 aşağıdaki gibidir:

“Hekimlik bilgisine göre, gebe kadın üzerinde Ceza Kanunu’nun 176 ile 179’uncu maddelerinde yer alan hukuka aykırı fiillerden biri işlenmiş olduğu belirlenir, gebeliğin bu suçtan kaynaklandığını kabul etmek için ağır sebepler bulunur ve gebeliğin başlangıcından itibaren on iki haftadan fazla süre geçmemiş ise, çocuk düşürtmenin gebe kadının rızasıyla ve bir hekim tarafından gerçekleştirildiği hallerde, 2’inci fıkrada²⁶ tanımlanan koşullar yerine getirilmiş sayılır”²⁷.

B. TCK m. 99/6’nın hukuki niteliği

Fıkrada belirtilen “suç sonucu gebe kalma” bir zorunluluk haline işaret etmektedir. Bunun yanında “kadının rızasının aranması” şartının da koşulması, söz konusu rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Doktrinde TCK m. 99/6’nın, TCK m. 25/2’den ayrı olarak özel bir zorunluluk hali olduğu

²³ Kühl, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 218–219 b Rn 10.

²⁴ Eschelbach, **Beck’scher Online-Kommentar StGB**, BeckOK StGB § 218a, Rn.1, https://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/BeckOK_StR_27/StGB/cont/beckok.StGB.p218a.gIB.htm (Erişim Tarihi: 03.09.2015).

²⁵ Kühl, **a.g.e.**, Vorbemerkung zu den §§ 218–219 b Rn 11.

²⁶ Söz konusu fıkra tıbbi nedenlerle yapılan çocuk düşürtmeyi düzenlemektedir. Atıf, bu fıkrada belirtilen “hukuka aykırı sayılmayacak durum” ifadesinedir.

²⁷ Yenisey/Plagemann, **a.g.e.**, s. 289. Maddenin Almanca aslı şu şekildedir: “Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten bei einem Schwangerschaftsabbruch, der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommen wird, auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 des Strafgesetzbuches begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.”

kabul edilmekle birlikte²⁸, düzenlemeyi bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul eden yazarlar da vardır²⁹. Şahsi cezasızlık sebepleri fiilin işlendiği anda var olan ve failin cezalandırılmasına engel olan şahsa bağlı nedenlerdir ve bundan sadece bu neden kendisinde bulunan kişi yararlanabilir³⁰. Çocuk düşürtme suçunun faili gebe kadın değil, yarıda da belirttiğimiz gibi kural olarak kadın dışındaki üçüncü kişilerdir. Bu üçüncü kişilerin cezalandırılmaması gebe kadının içinde bulunduğu durum nedeniyle ortaya çıkan bir zorunluluk halinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle üçüncü kişilerin cezalandırılmasının önüne geçen bu düzenlemenin şahsi bir cezasızlık sebebi değil bir zorunluluk hali olduğu kanaatindeyiz. Aşağıda da belirteceğimiz üzere TCK m. 99/2 ile TCK m. 99/6 arasında herhangi bir özel-genel norm ilişkisi olmayıp, birbirinden bağımsız iki farklı zorunluluk halidir. Madde metninde geçen rıza kavramı ise, bir hukuka uygunluk nedeni değil; kusurluluğu kaldıran zorunluluk haline ilişkin bir şarttır³¹. Özel zorunluluk halinden yararlanılması bu şartın varlığına bağlıdır.

C. TCK m. 99/6'nın Şartları

I. Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması

Bu başlıkta iki nokta üzerinde durmak gerekmektedir. Bunlardan ilki, "kadının mağduru olduğu suç nedeniyle gebe kaldığının nasıl tespit edileceği"; ikincisi ise, "hangi suçların gebeliğe neden olan suçlar kapsamında değerlendirileceği" hususudur.

²⁸ Gülşen, a.g.e., s. 1209; Hakeri, a.g.e., s. 739.

²⁹ Kitapçoğlu, a.g.e., s. 317.

³⁰ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, Şubat 2015, s. 370.

³¹ Gülşen, a.g.e., s. 1216. *Kanbur* hem TCK m. 99/1 hem de m. 99/6'da yer alan rızanın tipiklik unsuruna ilişkin olduğunu ileri sürmektedir. Nihat Kanbur, "Çocuk Düşürtme Suçu", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 1243; Özgenç ise rızanın kadının karnındaki cenini düşürtme fiilini hukuka uygun gele getirmeyeceğini, fiilin suç niteliğini koruyacağını ancak zorunluluk hali nedeniyle cezalandırılmayacağını savunmaktadır. Yazar yine TCK m. 99/1 bakımından anne rızasının yanında sosyal endikasyonun varlığını aramak gerektiğini ileri sürmektedir. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 364-365

1. Kadının mağduru olduğu suç nedeniyle gebe kaldığının tespiti

Madde metninde suç sonucu gebeliğin kim veya hangi kurum tarafından tespit edileceği belirtilmemiştir. Aslında söz konusu kurum, yapısı gereği belirsizliğe açıktır³². Çünkü ortada bir suçun var olup olmadığının tespiti “adli bir mesele” iken; kadının gebe olup olmadığı hatta nasıl gebe kaldığının tespiti ise “tıbbi bir meseledir”. Ayrıca düşürtmenin yirmi haftalık bir süre ile sınırlı olması, suç sonucu gebelik durumunun hangi kişi veya kurum tarafından tespit edilmesi gerektiği tartışmasını daha da önemli hale getirmektedir. Çünkü maddenin uygulanması bakımından ceza muhakemeleri sükeleri zamanla yarışmaktadır. Hal böyle iken kanun koyucunun, bu tespitin kim veya hangi kurum tarafından yapılacağına madde metninde ve NPHK başta olmak üzere mevzuatta yasal dayanağa kavuşturmamış olması eleştirilmiştir³³. Şu halde gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespiti konusunda farklı olasılıklar gündeme gelecektir. Bu olasılıklar aşağıdaki gibi sıralanabilir:

a. Gebeliğin suç sonucu meydana gelip gelmediği, yargılama sonucu mahkemenin vereceği kesin hükümlerle ortaya çıkacaktır. Özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda saldırının varlığının tespiti zordur ve maddi gerçeğe ulaşmak ancak yargılamanın sonucunda mümkün olacaktır. Bu durumda uzman hekim, yargılamanın sonucunu beklemek zorunda kalacaktır. Bu olasılık doktrinde kabul görmemektedir³⁴. Dava sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında tespiti

³² Söz konusu belirsizlik halinin nasıl çözüleceğine ilişkin husus TBMM’ye da taşınmış ve konu ile ilgili Aile ve Sosyal Politikalar Bakanı tarafından cevaplandırılmak üzere iki soru önergesi verilmiş ancak Bakanlıkça verilen cevaplarda yirmi haftalık sürede tespitin hangi kişi veya kurum tarafından yapılacağına ilişkin bir ifade yer almamıştır. Soru önermeleri ve cevapları için bkz., <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-10553sgc.pdf> (Erişim tarihi: 22.08.2015), <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-14859sgc.pdf> (Erişim tarihi: 22.08.2015).

³³ Bu yönde bkz., Yener Ünver, **Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevleri, 2005, s. 106; Hakeri, **a.g.e.**, s. 741.

³⁴ Serap Keskin Kiziroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, İstanbul, Pasifik Ofset, 2013, s. 183; Ünver, **a.g.e.**, s. 106.

tin bu şekilde yapılması, maddeyi fiilen uygulanamaz hale getirecektir. Ancak maddenin mevcut düzenlemesi, tespitin bu şekilde yapılacağına dair ifadeler içermektedir. Madde metninde geçen, “kadının mağduru olduğu bir suç sonucu...” ifadesi bunu göstermektedir. Kanun koyucu, “kadının mağduru olduğu bir suç sonucu meydana gelme ihtimalinin yüksekliği, kuvvetli veya yeterli şüphenin varlığı, suçun varlığı konusunda ciddi nedenlerin varlığı” gibi ifadelerle yer vermemiş, doğrudan bir suçun tespitinin varlığını aramıştır. Bu anlamda maddenin lafzı kanımızca sorunludur. Alm. CK, ilgili düzenlemede “gebeliğin bu suçtan kaynaklandığını kabul etmek için ağır sebepler (dringende Gründe) bulunursa...” ifadelerine yer vererek böyle bir tartışmanın önüne geçmiştir. Yine bu şekilde kişinin mahkeme sonucu beklenmeden çeşitli kurum veya kişilerce suçlu ilan edilmesi engellenmiş, “masumiyet karinesi” korunmuştur. Buradaki ağır sebeplerden kasıt, suçun kesin kanıtlara dayanması değil; suç fiiliyle gebelik arasındaki bağlantının, ciddi olarak ortaya çıkarılabilecek derecede bir olasılıkla saptanabilmesidir. Doktrinde bu durum, yüksek derecede olası olma (hoher Wahrscheinlichkeit) olarak da tarif edilmektedir³⁵. Bu, ceza muhakemesi anlamında “kuvvetli şüphe” (dringende Verdacht)³⁶ye tekabül etmektedir³⁷.

b. İkinci olasılık ise bu halin tespitinin soruşturma aşamasındaysa savcılık yahut sulh ceza hâkimince, kovuşturma aşamasında ise kovuşturmayı yapan mahkemenin hâkimi tarafından yapılmasıdır. Tespitin bu şekilde yapılması gerektiği doktrinde de hâkim olan görüştür. Bu görüşe göre, her ne kadar kanun koyucu bunu açıkça belirtmese de işin mahiyeti gereği, olay adliyeye intikal etmeli ve TCK m. 99/6 uyarınca anne karnındaki ceninin düşürtülebilmesine adli

³⁵ Kühl, a.g.e., § 218a Rn 19.

³⁶ Dirndegde Gründe ifadesinden farklı olarak tutuklama sebeplerinin düzenlendiği Alm. CMK m. 112’de yer alan terim Türkçe’ye kuvvetli şüphe olarak tercüme edilmiştir. Feridun Yenisey/Salih Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozessordnung (StPO)**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 164. Bu terim Alman Hukuku’nda, “o zamana kadarki soruşturma sonuçlarına göre şüphelinin suçu işlediği veya suça yardım konusunda büyük bir olasılığın varlığı” olarak tanımlanmıştır. Gerd Pfeiffer, **Strafprozessordnung Kommentar**, München, verlag C. H. Beck, 2005, § 112 Rn. 2.

³⁷ Eschelbach, a.g.e., StGB § 218a, Rn. 27.

makamlarca karar verilmelidir³⁸. Doktrinde soruşturmada suçun işlendiği ve gebeliğin suçtan kaynaklandığı konusunda kamu davası açılması için yeterli şüphenin oluştuğunun belirtilmesi veya kamu davasının açılması durumunda hekimin çocuk düşürtme operasyonunu yapabileceği de ileri sürülmektedir³⁹. Dolayısıyla yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmanın varlığı gereklidir. Her durumda söz konusu suça ilişkin iddia, önceden şikâyet veya ihbar yoluyla adliyeye yansımış olmalıdır. Yine bu noktada hekimin zaten suç sonucu gebe kaldığı iddiasıyla kendisine gelmiş kadının bu iddiasını, ortada bir suç şüphesi olduğu gerekçesiyle TCK'nın 279. veya 280. maddeleri uyarınca adli makamlara bildirmek zorunda olduğunu belirtelim⁴⁰. Bu, hekimin kanuni yükümlülüğüdür⁴¹. Ancak asıl soru, hekimin bu yükümlülüğünü kürtaj operasyonundan sonra mı yoksa önce mi yerine getireceğidir. Tespitin soruşturma veya kovuşturma sürecinde adli makamlarca yapılmasını savunan bu yazarlara göre, suç isnadını öğrenen hekim bunu derhal adli makamlara bildirmeli ve soruşturma sonucunda adli makamlardan bu konuda bir karar çıkmasını beklemeli, yani kendi inisiyatifine göre operasyon yapmamalıdır.

Uygulamada söz konusu olayların adliyeye yansıtılması bakımından mağdur açısından sorunlar yaşanabilmektedir. Yakın zamanda ülkemizde yaşanan örnekte suç sonucu gebe kaldığını iddia eden ancak töre cinayetine kurban gideceğinden korkan kadın, isminin açığa çıkacağı endişesiyle olayı savcılığa intikal ettirememiştir. Sorun, ancak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın devreye girmesi

³⁸ Özgenç, a.g.e., s. 350-351; Gülşen, a.g.e., s. 1217-1218; Hakeri, a.g.e., s. 741.

³⁹ Hasan Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1*, Ankara, Ütopya Grafik, 2011, s. 1322.

⁴⁰ Gülşen, a.g.e., s. 1220-1221.

⁴¹ *Kitapçoğlu*, hekimin sır saklama yükümlülüğüyle söz konusu yükümlülük arasındaki çatışmadan bağımsız olarak, bildirim yükümlülüğünün özellikle enstest veya cinsel istismar sonucu gebe kalan mağdurlar için sorun teşkil edebileceğini belirtmektedir. Buna göre mağdur, ailesinin fail olarak ihbar edilmesine sebep olduğu için psikolojik veya fiziksel baskılara maruz kalabilecek ve ikincil bir mağduriyet yaşayabilecektir. Bu nedenle yazar söz konusu yükümlülüğün bu istisnai haller dikkate alınarak sınırlandırılmasını önermektedir. *Kitapçoğlu*, a.g.e., s. 327.

ile çözülebilmıştır⁴². Cenini düşürmek için soruşturma şartının aranması benzer örnekleri gündeme getirebilecek ve maddenin uygulanmasını zorlaştırabilecektir.

c. Son olasılık ise bir suç sonucu gebe kalınıp kalınmadığının tespitinin hekimlerce yapılmasıdır. Bu görüşe göre söz konusu suç bakımından soruşturmaya başlanmış olup olmamasının, suçun takibinin şikâyete bağlı olup olmamasının, suç failinin belirli veya mağdurca bilinmeyen bir kimse olup olmamasının bir önemi yoktur⁴³. Buna göre hekim operasyonu gerçekleştirmeli ve derhal durumu savcılığa bildirmelidir. TCK m. 99/6'da, aksine bir düzenleme yoksa da bu yetkinin hekimlere verildiğini ortaya koyan bir ifade de bulunmamaktadır. Konuyla ilgili olarak sadece "...ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir." ifadesine yer verilmiştir.

Almanya'daki uygulamaya baktığımızda ise kanunun "hekimlik bilgisine göre, gebe kadına üzerinde Ceza Kanunu'nun 176 ila 179'uncu maddelerinde yer alan hukuka aykırı fiillerden biri işlenmiş olduğu belirlenir..." düzenlemesi ile bunun tespitinin hekimlere bırakıldığı açıkça belirtilmiştir. Madde, hayata karşı işlenmiş suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Buna rağmen, mevcut düzenlemeyle, kurumun uygulanmasının kolaylaştırılması amacıyla tespit hekimlere bırakılmıştır. Alman hukukundaki bir diğer dikkat çekmemiz gereken nokta ise, hekimin gebeliğin bu suçtan kaynaklandığını kabul etmek için ağır sebepler bulunup bulunmadığını tespit ederken elindeki verilere göre hareket edeceği ve mesleki bilgisi ölçüsünde karar vereceğidir. Bu anlamda hekimin kriminal bir araştırmaya başvurarak soruşturma makamı gibi hareket etme zorunluluğu yoktur. Bu konuda yürüyen bir soruşturma varsa savcılıktan belge istemek kendi inisiyatifindedir. Burada, hekimin somut subjektif değerlendirmesi önemli olacak ve hekimin tıbbi kavrama alanı dikkate alınarak, sadece görüşün hekimlik mesleği bakımından kabul edilebilir olup olmayacağına bakılacaktır⁴⁴.

⁴² <http://haber.gazetevatan.com/o-hamilelik-sonlandirilacak/501154/1/Haber>, (Erişim tarihi: 03.09.2015).

⁴³ Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. 2, Ankara, Yayın Matbaacılık, Şubat 2007, s. 817.

⁴⁴ Kühn, a.g.e., § 218a Rn 19.

Görüldüğü üzere kanunumuzda tespitin hekim tarafından yapılacağına dair Alm. CK'daki gibi açık bir ifade yoksa da aksi yönde bir ifade de bulunmamaktadır. Suç tespitinin adli bir mesele olması gerekçesiyle bunun hekimlere bırakılmayacağı düşüncesine rağmen Alman hukukundaki uygulama, bunun aksinin de mümkün olduğunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki, savcılık önüne böyle bir olay geldiğinde durumu hekimlere soracaktır. Şu halde zaman kaybını önlemek amacıyla hekimlerin bu durumu tespit edip, adli makamlara sonradan bildirmek şartıyla, mağduru en yakın uzman hekime yönlendirmesi ve operasyonun zaman geçmeden yapılması biçimindeki bir uygulama ve maddenin bu yönde bir yorumu kanımızca hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

2. Gebeliğe neden olan suçların kapsamı

Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması konusundaki bir diğer sorun ise, hangi suçların gebeliğe neden olan suçlar kapsamında değerlendirileceğidir. Bu konuda ilk olarak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında mütalaa edilen suçlar akla gelecektir. Ancak tıp bilimindeki gelişmelere paralel olarak yapay dölleme yöntemleri ve taşıyıcı annelik gibi yollarla gebeliğin mümkün olabilmesi, söz konusu suçun farklı biçimlerde de meydana gelebileceğini göstermektedir. Nitekim yakın zamanda yaşanan bazı örnekler⁴⁵ bu tespitin haklılığını ortaya koymaktadır. Bunlar içinde Adana Balcalı Hastanesi'nde başkalarından aldıkları spermle, kadın hastaların hamile kalmasını sağladığı iddia edilen hekim, TCK m. 257 uyarınca görevi kötüye kullanmak suçundan üç yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Kanımızca yine uygulanan yapay dölleme yöntemine⁴⁶ göre TCK m. 86 ve devamında düzenlenen "yaralama suçu" başta olmak üzere birçok suç çeşidi, gebeliğe neden olma bakımından gündeme ge-

⁴⁵ <http://www.milliyet.com.tr/spermci-profesore---yil-hapsi-yargitay-onadi/turkiye/sondakikaarsiv/23.10.2009/1153854/default.htm> (Erişim tarihi:03.09.2015), <http://magazin.milliyet.com.tr/kendi-spermini-vermis-/yasam/magazindetay/15.11.2009/1162068/default.htm> (Erişim tarihi:03.09.2015).

⁴⁶ Yöntemler için bkz. Yasemin Erol, **Yapay Dölleme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Ankara, Yetkin, 2012 Nisan, s. 69-71.

lebilecektir⁴⁷. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından ise TCK m. 102/2’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali, yine TCK m. 103/2’de düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali ile TCK m. 104’teki reşit olmayanla cinsel ilişki suçları⁴⁸ söz konusu olabilecektir⁴⁹. TCK m. 102/2’nin ikinci cümlesinde belirtilen eşler arası cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin de bu kapsamda olduğu vurgulanmalıdır. Ancak bazı yazarlar, eşi tarafından cinsel saldırıya maruz kalan kadının, çocuğunu düşürttükten sonra şikâyetinden vazgeçerek eşinin ceza almasına engel olabileceğini belirtmekte ve bu kurumun bu şekilde kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla “gebe kalan eşin yirmi hafta beklemesi için hukuken kabul edilebilir fiili ve tıbbi bir nedeninin bulunması gerektiğini” ileri sürmektedirler⁵⁰. Bu konuda *Gülşen*, ceninin yaşam hakkını savunmak için bu yönde bir düzenlemenin yapılması gerektiğini belirtmektedir⁵¹. Kanımızca kanunun öngörmediği böyle bir şartı aramak, her on haftayı geçirmiş suç sonucu gebe kalan kadına “neden ilk on hafta içinde gelmedin?” biçimde bir yaklaşıma neden olabilecektir ki, bu yaklaşım maddenin uygulanmasını daha da zorlaştıracaktır. Önemli olan gebeliğin suç sonucu meydana gelmesidir. Kanun koyucu, mağdura yirmi haftalık bir süre vermişse bunun ne zaman kullanılacağına mağdur kendisi karar verebilmeli, kurumun kötüye kullanılabilme ihtimalle-

⁴⁷ Bazı suç tipleri bakımından yaşanabilecek hukuki sorunlar için bkz., Mustafa Özen, “Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları”, *THD*, Ocak 2007, S. 5, s. 100.

⁴⁸ Alman doktrinde suç endikasyonuna mağdurun kendisinin sebebiyet vermemesi gerektiği belirtilmektedir. Strohner, *a.g.e.*, s. 153. Bu anlamda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kapsam dışı bırakılması olasılığı gündeme gelebilecektir. Ancak kanımızca iki husus bu olasılığın önüne geçmektedir. İlk olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna mağdurun kendisinin sebebiyet verdiği hususu tartışmaya açıktır. İkinci husus ise iki hukuk düzenindeki düzenlemelerin farklılık arz etmesidir. Aşağıda da belirteceğimiz üzere hangi suçların bu kapsamda değerlendirileceği Alm. CK’da tek tek sayıldığı ve bu suçların hepsinin mağdurun rızası hilafla gerçekleştiği düşünülürse Alman hukuku bakımından bu saptama doğrudur. Ancak bizim mevzuatımız sadece suç sonucu oluşan bir gebeliği yeterli gördüğü için reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da bu kapsamda değerlendirilecektir.

⁴⁹ *Gülşen*, *a.g.e.*, s. 1218.

⁵⁰ Hakeri, *a.g.e.*, s. 740; *Gülşen*, *a.g.e.*, s. 1219. *Ünver*’in bu şartın tüm suç sonucu gebelik halleri için aranması gerektiği görüşü için bkz. *Ünver*, *a.g.e.*, s.105.

⁵¹ *Gülşen*, *a.g.e.*, s. 1219.

rinin önüne aşağıda öneriler kısmında da belirteceğimiz üzere farklı hukuki düzenlemelerle geçilmelidir.

TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişkide her iki tarafın da reşit olmaması halinde mağdurun kim olduğu yahut mağdurun olup olmadığı tartışması, TCK m. 99/6'nın uygulanması bakımından önemlidir. *Hakeri*, her iki tarafın da suçun mağduru olabileceğini belirtmekte ve bu nedenle TCK m. 104'ün düzenlenmesinde hatalar ve eksiklikler olduğunu ileri sürmektedir⁵². Diğer bir görüşe göre ise kimin mağdur kimin fail olduğunun bilinmediği bir suç tipinin varlığı mümkün değildir ve söz konusu suç tipinin faili on sekiz yaşını doldurmuş kişidir. Şu durumda her iki taraf da çocuksa fiil cezalandırılmayacaktır⁵³.

Alm. CK'da, bu suçların tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. Alm. CK m. 218a/3'e göre Alm. CK m. 176 ile 179 maddelerinde yer alan suçların varlığı halinde kadın, bu kriminolojik endikasyon durumundan yararlanabilecektir. Alm. CK m. 176, çocukların cinsel istismarını düzenlerken Alm. CK m. 177, nitelikli cinsel saldırı suçunu düzenlemektedir. Alm. CK m. 178, cinsel saldırının neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini düzenlerken 179. madde ise suçun nitelikli halini ele almıştır. Şu halde m. 173'te düzenlenen rızaya dayalı reşitler arası aile içi cinsel ilişki (basit ensest) suçu sonucu ortaya çıkan gebelik kapsam dışı bırakılmıştır⁵⁴. Aynı biçimde Alm. CK m. 174-174c'de düzenlenen "himayesine verilen insanın cinsel istismarı" suçu sonucu oluşan gebelikler de m. 218a III kapsamında değerlendirilemeyecektir⁵⁵.

II. Gebelik Süresinin Yirmi Haftadan Fazla Olmaması

Ülkemizde kanun koyucu, suç sonucu gebelikte anne karnındaki cenini düşürtme bakımından yirmi haftalık bir süre öngörmüştür. Söz konusu süre, kanun hazırlanırken tartışma konusu olmuştur.

⁵² Hakeri, a.g.e., s. 740.

⁵³ Gazi Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Merkezi Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. 1, Seçkin, Ankara, Ekim 2012, s. 254.

⁵⁴ Kühl, a.g.e., § 218a Rn 19.

⁵⁵ Reinhard Merkel, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch Kommentar*, 4. Auflage, 2013, StGB § 218a Rn. 148.

2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda herhangi bir süre öngörülmemeyerek gebeliğin her aşamasında çocuk düşürtme mümkün kılınmışken, 2004 tarihli tasarı için oluşturulan Adalet Alt Komisyonu'nda bu süre yirmi dört hafta olarak belirlenmiştir. Adalet Komisyonu'nda ise sürenin on altı hafta olması gerektiği ileri sürülmüş en nihayetinde söz konusu süre yirmi hafta olarak tespit edilmiştir⁵⁶.

Anne karnındaki ceninin gelecekte var olma hakkının korunmasının gerekip gerekmediği, korunacaksa nasıl ve hangi andan itibaren korunacağı tartışmalıdır ve ülkemizde de güncel gelişmelere bağlı olarak yakın zamanda bu konu şiddetli biçimde tartışılmıştır. Yukarıda kanunumuzdaki suç tipinin eski kanunumuzda olduğu gibi⁵⁷ kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olmasının tartışma konusu olduğunu belirtmiştik. Şu halde kanun koyucunun cenini bir kişi olarak telakki ettiği sonucu ortaya çıkabilecektir. Aslında söz konusu tartışma, kanun koyucunun kabulünden bağımsız, basit bir terminoloji sorunu olmaktan ziyade, ceninin yaşamının bir insan bireyinin yaşamı olup olmadığı ve, ceninin insan bireyi olarak kabul edilsin edilmesin, ileride var olma hakkının gebe kadının kişilik hakları karşısındaki durumu tartışmasına dayanmaktadır⁵⁸. Bu anlamıyla ceninin varlığına son verilmesi hukuk ile etik arasındaki ilişkinin çokça tartışma konusu yapıldığı bir olaydır ki; dönem dönem siyasi gündeme de bu tartışmalar çerçevesinde konu olmaktadır. Tıp bilimi bize sadece ceninin gelişimi hakkında bilgi verebilmekte ve ceninin koruma sahası etik-hukuk tartışmaları ışığında çizilmektedir⁵⁹. Çalışmamızda söz konusu tartışmalara ilişkin görüşlere yer verilemeyecektir. Ancak, kanun koyucu varlık, kişi, insan vb. nasıl kabul edilirse edilsin anne karnındaki cenin ile annenin yarışan menfaatleri arasında tercih yapmak, bu menfaatleri dengelemek durumundadır. Yine söz konusu tercihte nüfus planlaması gibi toplumun menfaatlerini ilgilendiren hususların da devreye gir-

⁵⁶ Gülşen, a.g.e., s. 1221.

⁵⁷ Halil Yılmaz, "Çocuk Öldürme (Çocuk Düşürme/Düşürtme) Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, 2001-2, s. 72.

⁵⁸ Şahin Aksoy, "Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, 1996, C. 1, S. 1, s. 6.

⁵⁹ Harry J. Gensler, "Bazı Etik Kuralları Normları Işığında Kürtaj", Çev. Muhammed Enes Kala, **DEÜİFD**, XXXII/2010, s. 238.

diğini kabul edersek, durum daha bir önem kazanmaktadır. Şu halde çocuk düşürtme suçuyla korunan hukuksal yararın ne olduğu tartışmasına zorunlu olarak değinmek gerekecektir.

Dönmezer'e göre söz konusu suç tipiyle korunabilecek hukuksal yararlar olarak anne karnında meydana gelen canlı varlığın hayatı ve ya müstakil bir hayat sahibi olma imkanı ve devletin nüfus politikaları sayılabilecektir⁶⁰. Ancak nüfus politikaları çerçevesinde ulusun çoğalma gücünün korunması *Aydın'a* göre madde başlığı da dikkate alındığında korunan hukuksal yararlar içerisinde yer almayacaktır⁶¹. Suç tipiyle korunan diğer hukuksal yararlar yaşama hakkı, biyolojik anne olabilme hakkı, anne olup olmamayı seçebilme hakkı, beden dokunulmazlığı ve ruh sağlığı biçiminde sayılabilir⁶². *Kanbur'a* göre korunan öncelikli yarar ceninin gebelik süreci içerisindeki doğal gelişim hakkıyken⁶³; *Hakeri'e* göre ilk planda insan hayatı yer almaktadır⁶⁴. *Kızıroğlu'na* göre onuncu haftaya kadar sadece anne rızası çocuk düşürtmek için yeterli kabul edilerek, anne olup olmamayı seçebilme hakkı ceninin doğabilme hakkına göre daha üstün görülmüş; ancak onuncu haftadan sonra istisnai hallerde çocuk düşürtmeye izin verilerek bu andan itibaren bu iki hakkın eşit olduğu kabul edilmiştir⁶⁵. *Gensler'e* göre anne karnındaki ceninin yaşam hakkı derece derece artmaktadır. Üç aylık bir cenini düşürtmekle altı aylık bir cenini düşürtmek arasında ciddi bir mazeret farkı olmalıdır⁶⁶. Gebeliğin ilerleyen dönemlerinde yapılacak çocuk düşürtme işleminin anne sağlığı açısından daha tehlikeli olduğu, hatta yaşamsal tehlikenin de söz konusu olabileceği bilinmektedir. Gerçekten de kanun koyucu söz konusu haklar arasında zamana göre de şekillenen bir hiyerarşi yaratmış ve onuncu haftadan sonrası için hem annenin yaşam hakkını hem de ce-

⁶⁰ Sulhi Dönmezer, "Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünyü, Yarını", *İÜHFİM*, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 7.

⁶¹ Murat Aydın, "Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Cezai Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2011, s. 73.

⁶² Kızıroğlu Keskin, *a.g.e.*, s. 170.

⁶³ Kanbur, *a.g.e.*, s. 1231.

⁶⁴ Hakeri, *a.g.e.*, s. 717.

⁶⁵ Kızıroğlu, Keskin *a.g.e.*, s 170.

⁶⁶ Gensler, *a.g.e.*, s. 238.

nenin gelişmişlik düzeyini dikkate almıştır. Bu çerçevede ceninin gelecekte var olabilme hakkını kadının anne olup olmamayı seçebilme hakkına göre üstün görmüş, sadece TCK m. 99/2 ve TCK m. 99/6'daki istisnaların varlığın halinde çocuk düşürtme işlemine izin vermiştir. Kısacası anne olup olmamayı seçebilme hakkının belirli bir süreden sonra sınırı ceninin gelecekteki yaşam hakkı, ceninin bu hakkının sınırı anne rızası ve annenin ruh ve beden sağlığıdır⁶⁷. Ceninin gelecekte var olabilme hakkı da normal şartlarda göz önüne alınması gereken bir yarar olmasına rağmen, bu tartışmalar üzerinden çalışmamızın sonunda da belirteceğimiz üzere ortada bir suç sonuç gebelik varsa, annenin bu gebelikten kurtulma imkanının tek sınırının annenin yaşam hakkı olduğunu, hayati bir tehlikenin yokluğu halinde annenin rızası da mevcutsa her zaman gebeliği sonlandırılabilirliğini düşünmekteyiz. Bu şekilde tramva yaşayan anne ikincil bir mağduriyetten de korunacaktır.

Uygulama bakımından yukarıda bahsettiğimiz cinsel saldırı sonucu gebe kalan kadının, töre cinayetlerine kurban gitme, aile baskısı ve korkusu, travmanın etkisini üzerinden atamaması sebebiyle suskun kalması gibi nedenlerle bu süreyi kaçırabildiğini belirtmiştik. Bunun dışında özellikle ergen dönemdeki çocuklarda gebelik halinde, gebeliğin mağdur tarafından tespit edilebilmesinde de zorluklar yaşanabilmektedir. Özellikle ergen yaştaki çocuklarda adet kanamasının düzensizliği⁶⁸ ve bu yaştaki çocukların zaten gerek gebelikten korunma gerekse de gebelik konusundaki eğitimsizliği, gebeliğin zamanında fark edilememesine neden olabilmektedir. Saydığımız bu olasılıkların yanı sıra bir de olayın adli makamlara iletilmesinde ve adli makamlarla Adli Tıp arasındaki yazışmalarda geçen süreler eklenince, çocuk düşürtme operasyonunun süresi içinde yapılamaması söz konusu olabilecektir. Benzer biçimde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı veya hürriyeti tahdit gibi suçların icrası sırasında gebe kalan kadın, eğer yukarıdaki suçların tamamlanması ile sona ermesi anı arasındaki süre yirmi haftayı geçmişse, maddeden yararlanamayacaktır⁶⁹.

⁶⁷ Kiziroğlu Keskin, a.g.e., s. 171..

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., <http://www.jinekoloji.net/menometroraji2.html> (Erişim tarihi: 04.09.2015).

⁶⁹ Alman Hukukunda bu durumda genel zorunluluk hali hükümlerine kıyas yoluyla başvurulabileceği görüşü için bkz. Merkel, a.g.e., StGB § 218a Rn. 138.

Tartışılması gereken diğer bir önemli konu ise, yirmi haftalık süreye bağlı kalmaksızın, ağır ruhsal çöküntü içindeki mağdurun, tıbbi zorunluluk nedeniyle TCK m. 99/2 uyarınca çocuk düşürtme hakkına sahip olup olmayacağıdır. Bu sorunun cevabı iki noktada düşünülmektedir. Bunlardan ilki, suç sonucu oluşan ağır ruhsal çöküntü halinin, TCK m. 99/2 ve ilgili mevzuatta belirtilen tıbbi endikasyon halleri içinde yer alıp almadığıdır. TCK m. 99/2, tıbbi bir zorunluluğun bulunması halinde her hangi bir süre öngörülmezsizin ceninin düşürtebileceğini belirtmiştir. Bu durum, NPHK m. 5'te ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. NPHK m. 5/2-3'teki tıbbi zorunluluk diye tanımlayabileceğimiz haller şunlardır:

1. Çocuk ile onu takip edecek nesiller bakımından ağır maluliyete neden olma⁷⁰,

2. Annenin hayatı veya hayati organlarından birini tehdit eden acil haller.

Annenin hayatını tehdit eden acil hallerin neler olduğu, "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük' ün 5. maddesinin yönlendirmesiyle 2 Sayılı Ekli Liste'de gösterilmiştir. Burada hem anne hem de çocuk için fiziksel sağlık sorunları belirtilmişken, listenin L bendinde "ruh hastalıklarına bağlı nedenler" başlığı altında ruhsal sağlık sorunları da bu kapsama dahil edilmiştir. L bendinde bu haller "oligofreni, kronik şizofreni, psikoz manyak depresif (PMD), paranoya, uyuşturucu bağımlılıkları ve kronik alkolizm" olarak sayılmıştır. Suç sonucu gebelik halinde mağdurun somut olaya göre bu hastalıklardan birine dâhil edilip edilemeyeceğine psikiyatri bilimi karar verecektir. Ancak genel kabul, gebelik sonucu oluşan ağır ruhsal çöküntü halinin bu tanılar içine sokulamayacağı ve annenin ruh sağlığı bakımından psikolojik yıkıntı yaratacak durumların tüzükte dikkate alınmadığıdır⁷¹. Bu durumda suç sonucu gebe kalan mağdurun yaşadığı ruhsal çöküntü

⁷⁰ Özürlülük endikasyonu. Hakeri, a.g.e., s. 729.

⁷¹ Burcu Dönmez, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AHİM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2007, s. 123; Erman/Özek, a.g.e., s. 199.

hali bu kapsamda değerlendirilemeyecektir⁷². Erman/Özek, nitelikli cinsel saldırı sonucu gebe kalan kadının çocuğu doğurmak zorunda olmasının yaratacağı bunalımın kişiyi intihara dahi sürükleyebileceğini de belirterek, düzenlemeyi eleştirmiştir⁷³. Ancak burada Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün "annenin hayatını tehdit eden hallerin kapsamını" Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun'un hilafına sınırlandırdığı ileri sürülebilecektir. Bu ise anayasa hukuku bakımından "tüzüklerle, kanunun uygulanışını göstermenin yanında, onun amaçladığı kapsamı daraltacak idari düzenlemeler yapıp yapılamayacağı" sorusunu gündeme getirecektir. NPHK m. 5'te geçen "derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller" ifadesiyle kanımızca tüzüğün sınırlandırdığı nedenlerden daha geniş bir kapsam ortaya konulmaktadır. Kanun koyucu NPHK'daki düzenlemeyle daha geniş bir koruma sahası yaratmayı amaçlamaktadır. Gebe kadını intihara sürükleyebilecek bir ruhsal çöküntü hali kapsam dışı bırakılıp, sadece fiziksel rahatsızlıkları veya oligofreni (akıl geriliği), kronik şizofreni gibi kronik ve suç fiilinden bağımsız nedenleri belirtmesi, idarenin kanun koyucunun iradesini yok sayan bir işlemidir. Şu halde uygulamada tüzük yerine kanunun lafzına öncelik verilerek anne hayatı bakımından tehdit edici hallerin numerus klausus olarak sayılmayıp somut olaya göre tıp biliminin verilerine göre belirlenmesi, kanımızca hukuka daha uygun bir uygulama oluşturacaktır.

Doktrinde özürlü bir çocuk doğuracak kadının içinde bulunduğu bunalım haline dair de benzer tartışmalar yapılmaktadır⁷⁴.

Söz konusu ağır ruhsal çöküntü halini, TCK m. 99/2 içinde değerlendirebildiğimiz kabul edilse bile ikinci olarak cevap verilmesi gereken soru, TCK m. 99/6 mevcutken suç sonucu gebelikte TCK m.

⁷² Alm. CK m. 218/a (2)'de "ruh sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesinin" ifadesine yer verilerek bu durum açıkça düzenlenmiştir. Ülkelerin çok büyük bir kısmında da ruhsal sağlık sorunları tıbbi zorunluluk kapsamında kabul edilmiştir. Albin Eser/Hans-Georg Koch, **Schwangerschaftsabbruch und Recht: Vom internationalen Vergleich zur Rechtspolitik**, Nomos Verlag, 2003, s. 89.

⁷³ Erman/Özek, a.g.e., s.199.

⁷⁴ Tartışmalar için bkz. Hakeri, a.g.e., s. 732.

99/2'ye başvurmanın olanaklı olup olmadığıdır. Şu halde kanun dolanılmış mı olunacaktır? TCK m. 99/6 özel olarak, suç halinde gebeliği düzenlemiştir. Her suç sonucu gebelikte yaşanan ruhsal çöküntü çocuk düşürmek için tıbbi bir neden teşkil ediyorsa, bu durumda TCK m. 99/6, TCK m. 99/2'nin özel bir düzenlemesidir⁷⁵. Özel düzenlemeye rağmen genel düzenlemeye dönmek mümkün müdür? Bu tartışmaya girmeden, TCK m. 99/6'nın, TCK m.99/2'nin özel bir düzenlemesi olup olmadığı konusunun tartışmalı olduğu kanaatinde olduğumuzu belirtelim. Her ne kadar suç sonucu gebeliğin ayrı kurum olarak düzenlenmesi gerekçelerinden en önemlisi, yukarıda belirttiğimiz üzere, "mağdurun içinde bulunduğu ruhsal çöküntü" ise de her suç sonucu gebelik, mağdurda ruhsal bir rahatsızlığa neden olmaz. TCK m. 104'te düzenlenen "reşit olmayanla cinsel ilişki suçu" bakımından rıza ile cinsel ilişkiye girip gebe kalan reşit olmayan mağdur bu duruma örnek teşkil edebilir. Rıza ile cinsel ilişkiye giren ancak sırf yaşının küçük olması sebebiyle çocuğunu düşürmek isteyen mağdur yine TCK m. 99/6'dan yararlanacaktır ama burada mağdur ruhsal bir çöküntü içinde değildir. Yani TCK m. 99/6'nın, TCK m. 99/2'den tamamen ayrı bir düzenleme olduğu ileri sürülebilir. Suç sonucu gebe kalan kadının içinde bulunduğu ruhsal çöküntü, TCK 99/2'ye vücut verecek nitelikteyse, maddenin bu hükmüne başvurmak kanımızca hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

Alm. CK bakımından suç sonucu gebelik halinde anneye tanınan çocuk düşürme süresi, on iki hafta ile sınırlı tutulmuştur. Ancak bu süre tıbbi zorunluk hali için geçerli değildir⁷⁶. Ülkemizdeki gibi tıbbi zorunluluk durumunda belirli bir süre öngörülmemiştir. Alman kanun koyucu, suç sonucu gebelik halinde de süreyi on iki hafta olarak belirlemiştir. Şu halde gerek sadece anne rızasına dayanan çocuk düşürmede, gerekse de bir zorunluluk hali olan suç sonucu gebelikte çocuk düşürmede süre aynıdır. Bu durum kanımızca eleştiriye açık-

⁷⁵ Alman Hukukunda m. 218a/2'de düzenlenen tıbbi endikasyon ile 218a/3'te düzenlenen kirminal endikasyonun, aynı şartlara bağlanması sebebiyle, doktrinde hakim görüş kriminal endikasyonun, tıbbi endikasyonun bir çeşidi olduğudur. Eser, **a.g.e.**, StGB §218a Rn. 23; Merkel, **a.g.e.**, StGB §218a Rn. 80. Aksi görüş için bkz., Merkel, **a.g.e.**, StGB §218a Rn. 143-147.

⁷⁶ Merkel, **a.g.e.**, StGB 218a Rn. 106.

tır; çünkü söz konusu düzenlemeyle bu zorunluluk hali bir istisnai hal olmaktan çıkarılmakta ve suç mağduru kadına genel düzenlemelerden farklı bir olanak yaratılmamaktadır. Mevzuatımızda sürelerle ilişkin düzenlemeler bu yönüyle daha isabetli ve kurumun mantığına uygundur. Alman doktrininde de özellikle çocuk istismarı ve zeka geriliğine sahip kişilerin istismarı gibi hallerde söz konusu sürenin yeterli olmayacağı eleştirisi yapılmıştır⁷⁷.

III. Çocuk düşürtme konusunda kadının rızasının bulunması

Kanun koyucu çocuk düşürtmenin cezalandırılmamasını kadının rızasına bağlamıştır. Doktrinde, çocuğun ana rahminden tahliyesi operasyonunun, gebe kadının sağlığı bakımından ağır sonuçlara yol açabilecek herhangi bir riskinin bulunmaması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür⁷⁸. Bu durumda kadın rızası ancak kadının sağlığı için ciddi riskler taşımadığı haftalar için geçerli olmalıdır. Buradaki ciddi riskin ne anlama geldiği ve bu riskin tespitinde kadının iradesinin öneminin ne olduğu tartışması, bu çalışmanın sınırlarını aşacak niteliktedir. Ancak kanımızca her halükarda “kadın için ölüm tehlikesinin varlığı”, cenini düşürtmeye engel bir neden teşkil edecektir.

NPHK’de ise “gebeliğin sona erdirilmesinde izin” başlığı altında rızanın şekline dair daha ayrıntılı düzenlemelere gidilmiştir. Burada, bazı durumlarda kadının rızası yanında başka kişi veya kişilerin de izni, çocuk düşürme operasyonu için koşul olarak belirtilmiştir. Kanun koyucu küçüklerde velinin iznini, vesayet altında bulunanlarda ise vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin iznini, son olarak kadın evli ise eşin rızasını, kadın rızasına ek olarak istemiştir. TCK’da sadece kadının rızası aranırken, NPHK’de çocuk düşürtmek için başka şartların da aranması çelişkili bir düzenlemedir. *Ertuğrul* NPHK’deki bu açık düzenleme karşısında gebeliği istemeyen kadının haklı bir sebebinin olması ve bu haklı sebebin hakim kararıyla kabulünün gerektiğini ileri sürmektedir. Örnek olarak eş istemesine rağmen gebeliği istemeyen kadın, çıkan uyuşmazlıkta doğacak çocuğun bakımının maddi olarak aileyi zorlayacağı gerekçesiyle mahkmeden bu konu-

⁷⁷ Merkel, A.e., StGB 218a Rn. 156.

⁷⁸ Kanbur, a.g.e., s. 1241.

da bir karar alınmasını isteyebilecektir⁷⁹. Hâkim görüş ise bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, rıza ehliyetinin varlığı halinde tek başına kullanılabilmesi yönündedir⁸⁰. Doktrinde bu halde sadece disiplin cezasının gündeme geleceği belirtilmiştir⁸¹.

Alman ceza hukukunda da kadının rızası aranmaktadır. Rızanın kullanımı bakımından benzer tartışmalar söz konusu olup, burada da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, tek başına mağdurun rızasının yeterli olacağı kabul edilmektedir⁸².

IV. Gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi

TCK m. 99/6 suç sonucu ortaya çıkan gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine buna paralel olarak Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 6'da, on haftayı geçen gebelikte rahim tahliyesinin, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılacağı belirtilmektedir. Doktrinde bu düzenleme eleştirilmiş ve çocuk düşürtmenin mutlaka hastane ortamında yapılması şartının, hastane masraflarını karşılayamayacak, ekonomik olarak güçsüz durumdaki kişiler için bu hakkın kullanımını zorlaştıracığı ileri sürülmüştür⁸³. Ancak anne sağlığının korunması bakımından bu gibi önemli bir operasyonun kanunda belirtilen şartlarda yapılması gerektiği açıktır. Devletin bu konuda ücretsiz ve nitelikli bir hizmet sunması onun sosyal devlet olma gerekliliği içerisinde yer almaktadır.

⁷⁹ Hüseyin Ertuğrul, "Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu", **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 6, S. 2, Temmuz 2016, s. 369. Ancak yazar Ceza Kanunu'nda rıza aranmaması nedeniyle ceza hukuku anlamında sorumluluğun olmayacağı noktasında diğer yazarlarla aynı düşüncedir. Ertuğrul, **A.e.**, s. 370.

⁸⁰ Kanbur, **A.e.**, s. 1243; Gülşen, **a.g.e.**, s. 1224-1225; Hakeri, **a.g.e.**, s.740.

⁸¹ Şafak, **a.g.e.**, s. 38.

⁸² Köhl, **a.g.e.**, § 218a Rn 7.

⁸³ Ünver, **a.g.e.**, s.105.

Sonuç

Yukarıda yapılan madde incelemesi ve değerlendirmeler ışığında bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür:

İlk olarak TCK m. 99/6'da geçen "mağduru olduğu bir suç sonucu gebelik..." ifadesinin düzeltilmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Söz konusu düzenleme suç sonucu gebeliğin tespitinin, mutlakla kovuşturma makamlarınca ve kesin karar neticesinde yapılacağı şeklinde yorumlara neden olmaktadır. Böyle bir yorum ise TCK m. 99/6'nın fiilen uygulanamaması anlamını taşımaktadır. Kesin hüküm beklenmeden yapılacak herhangi bir tespit ise, madde metni esas alındığında şüpheli veya sanığın masumiyet karinesinden kaynaklı haklarını ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Bu nedenlerle TCK m. 99/6'nın, sorunu büyük oranda çözmüş olan Alm. CK'daki düzenlemeye benzer şekilde tekrar ele alınması ve bir suç sonucu meydana gelme ihtimalinin yüksekliğini yeterli sayacak bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir.

İkinci olarak gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespitinin nasıl yapılacağı mevzuatta belirtilmemiş ve bu durum birçok varsayım ve tartışmaya neden olmuştur. Bu belirsizliği aşmak için kanun koyucu ve uygulamacılar bakımından aşağıdaki öneriler ileri sürülebilir:

1) Kanun koyucu açık bir düzenlemeyle, söz konusu tespit kim veya hangi kurum tarafından ve nasıl yapılacağını düzenlemelidir. Bu düzenleme çeşitli biçimlerde olabilir:

a. Kanun koyucu açık bir ifade ile bunun tespitini hekimlere veya adli makamlara bırakabilir. Ancak kanımızca bu tespit adli makamlara bırakılacaksa, *Ünver*'in de ileri sürdüğü üzere bu konu öncelikli bir mesele olarak ele alınıp hızlı bir soruşturma veya kovuşturmayla zaman kaybetmeden karara bağlanmalıdır⁸⁴. Kanun koyucu bu usulü teminat altına alacak düzenlemelerde bulunmalıdır.

b. Suç sonucu gebeliğin tespiti yine *Ünver*'in önerdiği üzere; bir kurula da bırakılabilir⁸⁵. Farklı meslek gruplarının içinde bulunacağı

⁸⁴ Ünver, A.e., s. 106.

⁸⁵ Ünver, A.e., s. 106.

bu kurulun, çocuk düşürtme talebini birinci elden araştırıp karara bağlamasını öngören bir düzenleme söz konusu olabilir.

c. Kadın beyanının esas alınması suretiyle tespitte bulunulması yönünde bir düzenleme de söz konusu olabilir. Ancak bu beyanın doğru olmaması halinde kanımızca kadın ağır bir yaptırımla karşılaşmalıdır. TCK'da "adliye karşı suçlar" başlığı altındaki "iftira" suçuna bir fıkra eklenerek; yargılama sonucunda bu beyanın gerçek olmadığına anlaşılması halinde iftira suçunun nitelikli haline vücut verecek biçimde daha ağır bir cezanın öngörülmesi söz konusu olabilir. Şu halde bu kurumu kötüye kullanan anne hem TCK m. 100'de yer alan çocuk düşürtme hem de TCK m. 267'de yer alacak iftira suçunun nitelikli halinden gerçek içtima hükümleri çerçevesinde sorumlu olacaktır. Böyle bir düzenleme kurumun kötüye kullanılmasının engellenmesine hizmet edebilecektir.

2. Kanun koyucunun hiçbir düzenleme yapmaması halinde uygulayıcılar, yukarıda yaptığımız tartışmalar sonucu ortaya çıkan aşağıdaki öneriler ışığında hareket edebilirler:

a. TCK m. 99'6'nın lafzı aksini belirtmediği için hekimler, adli makamlardan izin almadan operasyonu gerçekleştirebilirler. Ancak her halükarda ortada bir suç isnadı olduğu için TCK. 280 uyarınca operasyondan sonra durum savcılığa bildirilmelidir.

b. Gerek yirmi haftalık süre içinde gerekse de sonrası süreçte, mağdur kadında TCK m. 99/2 kapsamında tıbbi zorunluluk hali niteliğinde bir ruhsal çöküntü oluşmuş ise; cenin hiçbir süreye bağlı kalmaksızın düşürtülebilecektir. NPHK m. 5'e göre tıbbi zorunluluğun varlığı kadın doğum uzmanı veya ilgili daldan bir uzman tarafından tespit edilecektir. Ancak somut olay bakımından travmanın boyutunun tespitinin, işin niteliği gereği, bu kişiler tarafından değil Adli Tıp Kurumu veya daha ivedi olması bakımından sadece bu durumun tespitiyle yükümlü bir kurul eliyle yapılması daha uygun olacaktır.

Konuya ilişkin öne sürdüğümüzden farklı birçok öneri gündeme gelebilir. Ancak kanımızca bu öneri ve değerlendirmeler yapılırken, özellikle cinsel saldırı suçunun mağduru olan bir kadının gebeliğinin sonlandırılması bakımından, ceninin gelecekteki var olabilme hakkına nazaran annenin ruh ve beden bütünlüğünün korunması daha üstün nitelikte bir hak olarak telakki edilmelidir. Ancak yukarıda

belirttiğimiz gibi çocuk düşürtmenin gebe kadın bakımından ağır sonuçlara yol açabilecek herhangi bir sağlık riskine de neden olması gerekmektedir. Bu durumlarda mağdur kadının içinde bulunması muhtemel ruhsal çöküntü halleri nazara alınarak, özellikle cinsel saldırı suçlarının varlığında, gebeliğin sonlandırılmasını sınırlandıracak ölçüt ceninin yaşam hakkı değil, operasyonun anne sağlığı bakımından ciddi bir riski oluşturup oluşturmadığı ve anne rızasının varlığı olmalıdır.

Kaynakça

Aksoy, Şahin: Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 1996, C. 1, S. 1, s. 6-9.

Altıparmak, Saliha/Çiçeklioğlu, Meltem/Yıldırım Gülay: Abortus ve etik, Cumhuriyet Tıp Derg 2009, S. 31, s. 84-90.

Aydın, Murat: “Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Cezai Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2011, s. 68-100.

Beysan, Nazime: Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, İstanbul, XII Levha, Mayıs 2015.

Can, Sibel: “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s. 81-104.

Çakmut, Yenerer Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Beta, 2009.

Dönmez, Burcu: TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, s. 99-141.

Dönmezer, Sulhi: Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü, Yarını, İÜHFİM, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 2-11.

Emini, M. Emin: “Hak Kavramı”, Konya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 12, 2005, 203-216.

Erman, Sahir/Özek, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994.

Erol, Yasemin: Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Ankara: Yetkin, 2012.

Ertuğrul, Hüseyin: Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 2, Temmuz 2016, s. 361-386.

Eser, Albin: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, München, 29. Auflage 2014.

Eser, Albin/Koch, Hans-Georg: Schwangerschaftsabbruch und Recht: Vom internationalen Vergleich zur Rechtspolitik, Nomos Verlag, 2003.

Gazi Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Merkezi Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. 1, Seçkin, Ankara, Ekim 2012.

Gensler, Harry J.: Bazı Etik Kuralları Normları Işığında Kürtaj, Çev. Muhammed Enes Kala, DEÜİFD, XXXII/2010, s. 235-241.

Gerçekler, Hasan: Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1, Ankara, Ütopya Grafik, 2011.

Gülşen, Recep: V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 1209-1228.

Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku (5. Baskı), Ankara, Seçkin, 2012.

Kanbur, Nihat: V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 1229-1258.

Kitapçioğlu, Tülay: Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme Suçu, MÜHF-HAD, C. 18, S.1, s. 307-308.

Kızıroğlu Keskin, Serap: Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, İstanbul, Pasifik Ofset, 2013, s. 165-190.

Kühl, Kristian: Lackner/Kühl StGB Kommentar, 28. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014.

Özdemir, B./Celbiş, O./İris, M./Üzün, İ.: Doğumla Sonuçlanan Baba-Kız Ensesti: Olgu Sunumu, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2012;19(1), 30-32.

Özen, Mustafa: Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, THD, Ocak 2007, S. 5, s. 97-101.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Bası), Ankara, Seçkin, 2015.

Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, Ankara, Yayın Matbaacılık, Şubat 2007.

Reinhard, Merkel: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, 2013.

Strohner, Sandra: Die Strafbarkeit der schwangeren Frau beim Schwangerschaftabbruch, Hamburg, Kovac, Dr. Verlag; 2013.

Şafak, Ayşe Aydın: Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması, Güncel Hukuk, 2012/7, s. 38 vd.

Tezcan Durmuş/ Erdem Ruhan/ Önok Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. bs., Ankara, Seçkin, Temmuz 2012.

Ünver, Y. (2005). Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, s. 86-118.

Wessels, Johannes/Hettinger, Michael: Strafrecht Besonderer Teil 1, C.F. Müller, 35. Auflage.

Yılmaz, Halil: Çocuk Öldürme (Çocuk Düşürme/Düşürtme) Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2001-2, s. 69-88.

Yenisey, Feridun/Oktar, Salih: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozessordnung (StPO), 2. Bası, Beta, İstanbul, 2015.

Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried: Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul, Beta, 2009.

Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta, Şubat 2015.

<http://www.haberturk.com/gundem/haber/805515-bakan-sahinden-ozel-not>, (Erişim tarihi: 31.08.2015).

<http://www.haberturk.com/gundem/haber/775713-tecavuz-bebegine-kurtaj-mahkeme-kararini-bekliyor> (Erişim tarihi:28.08.2015).

<http://www.haberturk.com/polemik/haber/772715-her-kosulda-kurtaj-olmak-istiyor> (Erişim tarihi: 30.08.2015).

<http://www.evrensel.net/haber/36328/tecavuz-gebeliklerinde-caresiz-degiliz> (Erişim tarihi: 31.08.2015).

<http://www.evrensel.net/yazi/35955/tecavuz-tumoru> (Erişim tarihi: 30.08.2015).

<http://www.hekimedya.org/index.php/temalar/30-kadin/1371-ttb-li-kadnlar-qcinsel-saldr-sonucu-oluan-gebelikler-ve-kuertajq-caltaynda-bulut.html> (Erişim tarihi: 31.08.2015).

https://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/BeckOK_StR_27/StGB/cont/beckok.StGB.p218a.gIB.htm (Erişim Tarihi: 03.09.2015).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-10553sgc.pdf> (Erişim tarihi: 22.08.2015).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-14859sgc.pdf> (Erişim tarihi: 22.08.2015).

<http://haber.gazetevatan.com/o-hamilelik-sonlandirilacak/501154/1/Haber>, (Erişim tarihi: 03.09.2015).

<http://www.milliyet.com.tr/spermci-profesore---yil-hapsi-yargitayonadi/turkiye/sondakikaarsiv/23.10.2009/1153854/default.htm> (Erişim tarihi:03.09.2015).

<http://magazin.milliyet.com.tr/kendi-spermini-vermis-/yasam/magazindetay/15.11.2009/1162068/default.htm> (Erişim tarihi: 03.09.2015).

<http://www.jinekoloji.net/menometroraji2.html> (Erişim tarihi: 04.09.2015).

<http://saglik.sozlugu.org/indication/> (Erişim tarihi:30.08.2015).

İntihal Suçları*

(The Crimes of Plagiarism)

Büşra DEMİRAL BAKIRMAN**

Öz

Bu çalışmada Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen "kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma" ve "yetersiz, yanlış veya aldattıcı mahiyette kaynak gösterme" suçlarının unsurları ve bu suçlar için öngörülen yaptırımlar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eser, Eser Sahibi, Fikri Haklar, İntihal, İktibas.

Abstract

In this study the elements and the sanctions of the crimes which called "citing without giving references" and "giving insufficient, incorrect and deceptive references" regulated in Law on Intellectual and Artistic Works will be discussed.

Key words: Work, Author, Intellectual Property, Plagiarism, Quotation.

* Geliş Tarihi: 22 Ağustos 2016, Kabul Tarihi: 20 Ekim 2016.

** Araş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, 34116, Beyazıt-İSTANBUL, bdemiral@istanbul.edu.tr.

GİRİŞ

İnsan kimliğini temsil eden ürünlerin başında gelen fikir ve sanat eserleri, sadece onu meydana getiren kimsenin değil, tüm insanlığın ortak ürünü olarak kabul edilmektedir¹. Fikir ve sanat eserleri bu yönüyle sahibinden bağımsız olarak düşünülemezse de, her eser sahibinin eseri üzerinde sahip olduğu haklarının korunması ihtiyacı bulunmaktadır. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 27. maddesi "*Herkesin yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hakkı vardır*" şeklindeki düzenlemesiyle bu hususa işaret etmektedir. Bu hakların uluslararası alanda korunması amacıyla 1886 yılında Bern Sözleşmesi imzalanmış, ülkemiz de bu sözleşmeye 1948 yılında katılmıştır. Ayrıca Anayasamızın 25. maddesinde "*düşünce ve kanaat hürriyeti*", 26. maddesinde "*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*", 27. maddesinde "*bilim ve sanat hürriyeti*", 28. maddesinde "*basın hürriyeti*" ve 64. maddesinde "*sanatın ve sanatçının korunması*" düzenlenerek fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar koruma altına alınmıştır.

Fikir ve sanat eserlerinin hem hukuki hem de cezai yönden korunması amacına hizmet eden 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ise bu Kanun tarafından eser olarak kabul edilen fikri ürünler ile eser sahibinin bunlar üzerindeki maddi, manevi ve bağlantılı hakları düzenlenmiş ve bu hakların ihlali durumunda uygulanacak cezai müeyyideler öngörülmüştür.

Çalışmamızda eser sahibinin bahsi geçen haklarının ihlali niteliğinde olan ve genel olarak intihal suçları olarak adlandırılabilenimiz FSEK md. 71/I-3'te düzenlenen "*kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma (eserden aşırma)*" ve md. 71/I-5'te düzenlenen "*yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermek (atıf sahteciliği)*" suçları ve bu suçlar için öngörülen yaptırımlar ele alınacaktır². Öncelikle 71. maddenin 3. bendinde düzenlenen kaynak göstermeksizin iktibasta bu-

¹ Zeki Hafızoğulları, "Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y: 1999, C: 48, S: 1-4, s. 1.

² FSEK md. 71/I-2'de düzenlenen ve bir diğer intihal suçu olarak değerlendirilen "*başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçu*" ise inceleme kapsamına alınmamıştır.

İntihal suçuna ilişkin teorik açıklamalara yer verdikten sonra yeri geldikçe bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçu bakımından özellik gösteren hususlara değinilecektir.

A. Genel Olarak

İntihal suçları, 5846 sayılı FSEK'in "hukuk ve ceza davaları" başlıklı 5. bölümünde yer alan "manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz" başlıklı 71. Maddesinin ilk fıkrasında üç bent halinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

"(Değişik: 23/1/2008-5728/138 md.) Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek:

2. Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır. Bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adlî para cezasına hükmolunamaz.

3. Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır.

5. Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Görüldüğü üzere bu madde 2008 yılında değişikliğe uğramıştır. İncelememize devam etmeden önce yapılan değişiklik ile ilgili olarak genel bilgi verilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 5846 sayılı FSEK'in 5. bölümü değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikten önceki düzenlemede Kanun'un 71. maddesinde "manevi haklara tecavüz", 72. maddesinde "mali haklara tecavüz", 73. maddesinde "diğer suçlar", 74. maddesinde "fail", 75. maddesinde "kovuşturma ve tekerrür" hususları düzenlenmekte idi. Değişiklikle birlikte FSEK'in 71. maddesinde "manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz", 72. maddesinde "koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri" ve 75. maddesinde "soruşturma ve kovuşturma" şekline dönüştürülmüş ve 73 ve 74. maddeler de ilga edilmiştir.

Değişikliğin gerekçesinde ise Kanunun mevcut metninde suçlar tanımlanırken, manevi haklara tecavüz ve mali haklara tecavüz ayrımı esas alındığı, ancak Kanunun koruma altına aldığı manevi ve mali haklara tecavüz fiillerinin iç içe bir mahiyet taşıdığı ifade edilmiştir. Buna göre, bir fiille, bir kişinin sadece manevi hakkı veya mali hakkı ya da bunların her ikisi de ihlal edilmiş olabilir. Ayrıca korunan haktan hareketle aynı fiilin iki ayrı suç olarak nitelendirilmesi, ceza hukukundaki suç tanımlarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmamaktadır³.

Değişiklikten önceki düzenlemede inceleme konumuzu oluşturan suçlar, 71. maddenin 4. fıkrasında “32, 33, 34, 35, 36, 37 ve 40’inci maddelerdeki hallerde kaynak göstermeyen veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak gösteren” şeklinde düzenlenmişti. Bu hükümde, mevcut düzenlemedeki “eserden aşırma” (md. 71/1-3) ve “atıf sahteciliği” (md.71/1-5) suçları birlikte yer almaktaydı ve her iki fiilin yaptırımı da iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyardan yüz elli milyara kadar ağır para cezası veya zararın ağırlığı dikkate alınarak ikisi birden şeklinde idi⁴.

Yeni düzenleme ile bu suçlar farklı bentlerde düzenlenmiş ve farklı yaptırımlara tabi tutulmuştur. Bu iki bentte düzenlenen suçlar intihalin değişik görünümüleri olarak adlandırılmakta ve özel olarak FSEK md.35’te düzenlenen iktibas serbestisinin ihlali durumunda uygulanacak yaptırımları göstermektedir.

B. İntihal Kavramı

İntihal kavramı kelime anlamı itibarıyla aşırma olarak ifade edilmektedir⁵. Fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında “kaynak gösterilmeden başkasının yapıtından alınan parça” anlamına gelen intihal kelimesi Arapçadan dilimize aynen geçmiştir. İntihal, Türk Hu-

³ 5728 sayılı Kanun’un gerekçesi, (çevrimiçi) <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf>, 16 Aralık 2013.

⁴ Dilara Yaman, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu (m. 71/1-III)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:12, Özel S., 2010, (Basım Yılı: 2012), s. 1558.

⁵ (çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 16 Aralık 2013.

kuk Lügati'na göre "başkasına ait bir telifi, güzel sanatlardan bir eseri, kendisine nispet etmek; bir kitabın ibarelerini, musiki bestesinin namelerini, takdim ve tehir ile veya aslının baştanbaşa hissölunur derecede ifade tarzını tahrif ile kendi namına vermek" anlamına gelmekte; hukukta ise "failin, bir başkasının eserine kendi eseri imiş gibi yani kendisi eser sahibiymiş gibi ismini vermesi veya bir eserden kaynak göstermeden alıntılar yapması yahut bir eserden yaptığı alıntılara ilişkin olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermesi" olarak tanımlanmaktadır⁶.

Eserin tümünün değil de bazı bölümlerin, pasajların, ezgilerin veya ibarelerin, eser sahibinin adı zikredilmeksizin alınması da intihaldir. İntihalden söz edilebilmesi için eserin aynen alınmış olması da şart değildir, eserde bölümlerin, namelerin, figürlerin diziminde değişiklikler halinde de intihal vardır. Hatta özgün eser, çalma eserde büyük ölçüde tekrarlanıyor ve hissediliyorsa da intihal gerçekleşmiştir. Ancak intihal için aranan temel şart, özgün eser sahibinin hususiyetinin çalıntı esere aynen geçmesidir; yoksa bir eserden esinlenip kendi hususiyetini yansıtarak meydana getirilmiş eserlerde intihalden söz edilemez⁷.

I. KAYNAK GÖSTERMEKSİZİN İKTİBASTA BULUNMA VE YETERSİZ, YANLIŞ VEYA ALDATICI MAHİYETTE KAYNAK GÖSTERME SUÇU

A. Korunan Hukuki Değer

Bu suçlarla korunan hukuki değer ile ilgili açıklamalara geçmeden önce FSEK'te yer alan eser sahibinin hakları kavramına açıklık getirmemiz gerekmektedir.

⁶ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 156; Yılmaz Yazıcıoğlu, **Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 233. İntihal kavramına ve benzer kavramlardan farkına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz., Filiz Ceritoğlu-Sengel, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal ve Esinlenme**, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2009, s. 75 vd; **Bilimsel Araştırmada Etik ve Sorunları**, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara, 2002, s. 38 vd.

⁷ Levent Yavuz, Türkay Alica, Fethi Merdivan, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, C:1, 1.Bs., Ankara, Seçkin, 2013, s. 1280.

Mutlak haklar içerisinde kabul edilen eser sahibinin fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları, manevi ve mali haklar olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir⁸. Ancak bu hakların kullanılması genelde birbirine bağlı olduğundan bu ayrım sadece teoride önem taşımaktadır. Zira haklardan birinin ihlali diğerini de etkilemektedir⁹.

Eser sahibinin manevi hakları; umuma arz yetkisi (md. 14), adın belirtilmesi yetkisi (md. 15), eserde değişiklik yapılmasını men etme yetkisi (md. 16), eser sahibinin eserin aslına ulaşma ve eseri sergileme hakkı (md. 17)dır. Eser sahibinin mali hakları ise eseri işleme hakkı (md. 21), çoğaltma hakkı (md. 22), yayma hakkı (md. 23), kiralama ve kamuya ödünç verme hakkı (md. 23), temsil hakkı (md. 24) ve iletim hakkı (md. 25)dır¹⁰.

71. maddede düzenlenen suçların çoğu eser sahibinin manevi haklarına ilişkindir¹¹. İktibas yapılan eserin ve sahibinin adının belirtilmemesi adın belirtilmesi hakkını, alıntılanan kısmın sahiplenilmesi çoğaltma hakkını, bu eserin ticari dolaşıma veya internette ulaşımına sunulması yayma ve kamuya iletim hakkının ihlali niteliğindedir.

Madde içerisinde eser sahibinin manevi haklarından eseri umuma arz yetkisi, adın belirtilmesi yetkisi ve eserde değişiklik yapılmasını men etme yetkilerine yönelik tecavüzlerin önlenmesi, böylece eser sahibinin eseri oluşturarak elde ettiği manevi duyguların, eser oluşturma hazzının ve sahiplenme olgusunun korunması amaçlanmaktadır¹². Bu nedenle kişilere karşı işlenen suçlar kapsamında değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte bu suçlar ile eser sahibi dışındaki kişilerin onun fikri ürününü herhangi bir ödeme yapmadan kullanması engellendiğinden mali hakların da koruma altına alındığı belirtilmektedir¹³.

⁸ Tekinalp, a.g.e., s. 159; Mustafa Ateş, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2003, s. 102.

⁹ Şafak N. Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bs., Ankara, Yetkin, 2009, s. 135.

¹⁰ Tekinalp, a.g.e., s. 164 vd.; Ateş, a.g.e., s. 132, 162.

¹¹ Caner Yenidünya, "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.:10, S.:3-4, s. 240.

¹² Yaman, a.g.e., s. 1559.

¹³ Yazıcıoğlu, a.g.e., s. 258; Yaman, a.g.e., s. 1560.

B. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Hareketi Konusu

Kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma ve yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçunda hareketin konusu iktibas yapılarak yararlanılan eserdir. Kanun'da eserin tam bir tanımına yer verilmemiştir. Toplumsal ve kültürel yaşamdaki değişiklikler nedeniyle belirli bir eser tanımının yapılmamış olması isabetli olarak değerlendirilebilir. Bir uyumsuzluk halinde ise eser niteliğinin tayini yargı organlarına bırakılmıştır¹⁴. Eser dışında kalan veya eser niteliği taşımayan fikir ürünlerinden iktibas yapılırken kaynak gösterilmemesi bu suçu oluşturmaz.

Kanun'da eserin tam bir tanımı olmasa da eser, md. 1/B a bendine göre "*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleridir*". Burada sadece eserin unsurları açıklanmıştır. Bu tanıma göre bir fikri ürünün eser olarak korunması için kanunda sayılan eser kategorilerinden birine dahil olması (objektif unsur) ve sahibinin hususiyetini taşıması (subjektif unsur) gerekir¹⁵. Kanunda sayılan eser türleri; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleridir. Bir eserin sahibinin hususiyetini taşıması için ise onun kişiliğini ve bireyselliğini yansıtmaması, yaratıcı emek ürünü olması, yaratıcısının fikri çabasını yansıtacak şekilde hakimiyet ve etkisi olması ve bu etki sahibinin ürüne kattığı hususiyetini günlük hayatımızda karşımıza çıkan sıradan fikri çaba ve ürünlerden farklı kılmaması gerekmektedir¹⁶.

Fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında bir eserin varlığından söz edilebilmesi için diğer kimselerce algılanabilir biçimde, söz, yazı,

¹⁴ Yavuz, Alica, Merdivan, a.g.e., s. 46.

¹⁵ Halil Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1954, s. 4; Tekinalp, a.g.e., s. 103, 104; Ateş, a.g.e., s. 56; İlhami Güneş, **Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2008, s. 61 vd.

¹⁶ Erel, a.g.e., s. 52, 53.

resim, çizgi görüntü vs. şeklinde şekillendirilmesi gerekir. Ancak fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için mutlaka maddi olarak, fiziki ortamda tespit edilmiş olması gerekmez. Bu nedenle örneğin bir konferansta yapılan konuşma yazılı olarak tespit edilmemiş olsa bile diğer şartları taşıyorsa, yani sahibinin hususiyetini taşıyorsa FSEK kapsamında korunur. Bu durumda eserin sözlü olarak şekillendiği kabul edilir¹⁷.

b. Hareket

71. maddenin 3. bendinde yer alan suçun hareket unsurunu bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak oluşturur. Bu sebeple öncelikle iktibas kavramına açıklık getirmek gerekmektedir.

İktibas kelime anlamıyla ödünç alma, ödünç alınan şey, alıntı anlamına gelmektedir¹⁸. Fikir ve sanat eserleri ile ilgili iktibas ise eserin bir bölümünün yeni oluşturulan bir başka eser içerisinde gerektiği kadar kullanılması olarak ifade edilebilir¹⁹. İktibas serbestisi sayesinde kişiler fikirlerini, ifade ederken veya yeni bir eser ortaya koyarken daha önce alenilemiş eserlerden eser sahibinin iznine ihtiyaç duymaksızın alıntı yapma imkanına sahip olur. Bu serbesti, kamu yararı düşüncesine dayanan, insanlığın bilim ve kültür alanında gelişmesini sağlayan bir istisnadır²⁰. İktibas serbestisi aynı zamanda bilimsel ve kültürel alanda ilerleme ve yeni eserlerin oluşturulması için bir zorunluluk arz etmektedir.

İktibasın, aynen (birebir alma) ve mealen (iktibas yapanın anladığı biçimi ve kendi ifadeleriyle aktarım) iktibas, tam veya kısmi iktibas, büyük ve küçük iktibas gibi türleri bulunmaktadır²¹.

İktibas serbestisi, üçüncü kişilerin eser sahibine karşı sahip oldukları mutlak bir yetkidir²². Bu sebeple eser sahibi tarafından sınır-

¹⁷ İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s. 19; Özge Öncü, *İktibas Serbestisi ve Sınırları*, Ankara, Yetkin, 2010, s. 138; Yavuz, Alica, Merdivan, *a.g.e.*, s. 50.

¹⁸ (çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, 20 Aralık 2013.

¹⁹ Öncü, *a.g.e.*, s. 22.

²⁰ Öncü, *a.g.e.*, s. 59; Güneş, *a.g.e.*, s. 100.

²¹ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 204; Erel, *a.g.e.*, s. 250; Yavuz, Alica, Merdivan, *a.g.e.*, s. 126.

landırılması bir takım koşullara bağlanması mümkün değildir. Ancak bu kullanım, alıntı yapılan eser sahibinin haklarına sınırlandırma taşıdığından belirli yasal koşullara sahiptir.

İktibas serbestisi FSEK'in 35. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. FSEK md. 35 düzenlemesi şu şekildedir:

“İktibas serbestisi:

Madde 35: Bir eserden aşağıdaki hallerde iktibas yapılması caizdir:

1. Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması;

2. Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması;

3. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderacatını aydınlatmak maksadiyle bir ilim eserine konulması;

4. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi.

İktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir.”

Kaynak gösterme zorunluluğu 35. madde dışında 32, 33, 34, 36, 37, ve 40. maddelerde de gösterilmiştir. Bu düzenlemelere göre iktibasın bir takım ortak şartları bulunmaktadır. Bunlar; alıntılanan eserin alenileşmesi, yeni oluşturulan eserin bağımsız nitelik taşıması, iktibasın maksadın haklı gösterecek ölçüde ve belli olacak şekilde yapılması şeklinde sıralanabilir.

Eserin alenileşmesi FSEK'in 7. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre; *hak sahibinin rızasıyla umuma arzedilen bir eser alenileşmiş sayılır. Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arzedilirse o eser yayımlanmış sayılır”*. Bir eser aleni değilse henüz tamamlanmamış sayılır. Bu aşamada eser sahibinin mahremiyet ve tam hakimiyet alanını henüz terk

²² Yavuz, Alica, Merdivan, a.g.e., s. 1264.

etmemiştir²³. Eser henüz alenileşmeden iktibas yapılırsa eser sahibinin eseri kamuya arz hakkı ihlal edilmiş olur²⁴. Ancak eser sahibinin izni varsa aleniyetten önce de iktibas olur. Bu durum eser sahibinin eserini arz şekli kabul edilebilir²⁵.

Yeni oluşturulan eserin bağımsız bir eser oluşturmasından maksat eserin müstakil bir eser niteliği taşımasıdır. Yani yeni oluşturulan eser alıntılara rağmen yararlanılan eserlerden bağımsız olmalıdır²⁶. Buradaki değerlendirme hem miktar hem de nitelik bakımından yapılmalıdır²⁷.

Bir konuda belirli bir yönetime uygun olarak sistematik araştırma ve elde edilen bilgiyi inceleyen eser olarak tanımlanan bilimsel eserlerden, amacın haklı göstereceği ölçüde ve içeriğin aydınlatılması maksadıyla yararlanmak serbesttir(FSEK md.35/1-3, büyük iktibas)²⁸. Örneğin bir hukuk alanındaki eserde başkasına ait aynı konudaki eserden yapılan alıntının yazarın görüşünün ve öncekilerden ayrıldığı noktaların yeterince açıklanması için gerekli olan bir bölümle sınırlı olması gerekir²⁹. Eserin bütünüyle sahiplenilmesi durumunda ise Kanun'un md. 71/1-2. bendindeki başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçu oluşur³⁰.

Son olarak iktibasın belli olacak şekilde yapılması gerekir. Yapılan iktibas, yeni eserden yararlanacak kişilerin alıntıyı anlamasını sağlayacak nitelikte olmalıdır³¹. Bu sebeple kullanılan eserin ve eser

²³ Yavuz, Alica, Merdivan, **a.g.e.**, s. 1266.

²⁴ Öncü, **a.g.e.**, s. 142.

²⁵ Yavuz, Alica, Merdivan, **a.g.e.**, s. 1266.

²⁶ Erel, **a.g.e.**, s. 249, 250.

²⁷ "Esere alınan kısım önceki eserin esaslı bölümü müdür değil midir burada alınan kısmın kalitesi ve miktarı dikkate alınır. Büyük miktarda alınmışsa ihlal olduğu kabul edilir. İktibasın yeni meydana getirilecek eserin bağımsızlığını ve özelliğini ortadan kaldıracak ve asıl esere olan ihtiyacı giderecek ölçüye varmaması gerekir. Yeni eser alınan parçalara rağmen yaratıcısının bağımsız fikri çalışmasını yansıtmalı, özellik taşıyan ayrı bir eser sayılmalı ve iktibaslar miktar olarak yeni esere galip gelmemelidir. Maksadın haklı göstereceğinden fazla alıntılar kabul görmez." **Y11. HD 28.02.2008, E 2007/917, K. 2008/2291.**

²⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz., Öncü, **a.g.e.**, s. 193 vd.

²⁹ Yavuz, Alica, Merdivan, **a.g.e.**, s. 1274; Öncü, **a.g.e.**, s. 188.

³⁰ Yazıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 260.

³¹ Erel, **a.g.e.**, s. 250; Ateş, **a.g.e.**, s. 310.

sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yerin yeterince açık olarak belirtilmesi önem taşımaktadır.

FSEK'e göre ilim eserlerinde, kullanılan eser, eserin sahibi ve alındığı yer belirtilmelidir. Ancak buna ilişkin ayrıntılı bir usul belirlenmemiştir. Okuyucu alıntıyı, alıntı yapılan eseri, eserin sahibini ve alındığı yeri istediğinde bulacak şekilde anlıyorsa yasal koşul sağlanmış olarak kabul edilmelidir. Uygulamada değişik atıf yöntemleri kullanılmaktadır. Alıntılanan kısmı italik ya da kalın yapmak veya dipnot göstermek suretiyle yazar, eser, baskı sayısı, yılı, sayfa numarası belirtilmektedir³².

Alıntı yapılan eserin sahibi belli değilse FSEK md. 12'deki karinelere yola çıkarak, yayımlayan, o da yoksa çoğaltan kişi belli edilmelidir. Bunlar yasal zorunluluk olmayıp eserin bilimsel düzeyini gösterir. Mealen yapılanda iktibasın anlam itibarıyla farklılaştırılmadan ve yanlış anlamaya neden olacak şekilde eksik aktarılmaması gerekir. Yoksa yetersiz veya yanlış ya da usule aykırı iktibas ortaya çıkabilir³³.

Sonuç olarak, yapılan bir iktibasın hukuka uygun sayılabilmesi için; iktibasa elverişli bir eser bulunması, yeni oluşturulan eserin bağımsız nitelik taşıması, iktibasın maksadın haklı gösterecek ölçüde ve belli olacak şekilde yapılması gerekmektedir. Bu koşullara uyulmadığı takdirde kaynak göstermeksizin atıfta bulunma suçunun hareket unsuru gerçekleştirilmiş olur.

Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçunun oluşması için zararın oluşmasına gerek yoktur. Ancak suçun oluşabilmesi için yeni oluşturulan eserin alenileşmesinin gerekli olup olmadığı hususu üzerinde durulması gerekir. Bir görüşe göre, suçun oluşması için kaynak göstermeden iktibasta bulunma fiilinin başkaları tarafından öğrenilmeye, failin üçüncü şahıslarca eser sahibi olarak kabul edilmesine müsait olması gerekir. Dolayısıyla failin kendi kişisel ortamında birtakım alıntılar yapması bu suçu oluşturmaz. Aleniye çıkmayan ve toplumu oluşturan bireyler tarafından öğrenilme imkanı olmayan alıntılar bakımından bu suç oluşmayacaktır³⁴. Ancak

³² Yavuz, Alica, Merdivan, **a.g.e.**, s. 1269.

³³ Yavuz, Alica, Merdivan, **a.g.e.**, s. 1270.

³⁴ Yaman, **a.g.e.**, s. 1562; Yazıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 261.

suçun oluşması için aleniyetin gerekli olmadığı, kaynak göstermeksizin atıfta bulunma ile suçun oluşacağı, aleniyetin ise objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülebilir.

Fikir ve sanat eserleri hukukunda eser sahibinin haklarının eserin yaratılmasıyla kendiliğinden doğduğu bununla birlikte bu hakların fikri hukuk bağlamında korunması için kural olarak alenileşmesi veya yayınlanması gerektiği kabul edilmektedir. Eser alenileşmeden önce ise eser sahibinin hakları kişilik hakları kapsamında korunur. Eser alenileştikten sonra FSEK'teki koruma ve sınırlamalara tabidir³⁵. Buradan hareketle intihal yapılarak yeni bir eser oluşturulması durumunda bu fiilin suç teşkil etmesi için eserin alenileşmiş olması gerektiği kabul edilmelidir.

FSEK md. 71/I-3'teki suçun oluşması için iktibasın kaynak gösterilmeden yapılmış olması gerekir. İktibas yapılırken kaynak gösterilmiş ancak bu gösterim, yetersiz, yanlış veya aldatıcı nitelikte ise md.71/I-3'teki suç değil md. 71/I-5. bentteki yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçu oluşur.

Yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçu seçimlik hareketli bir suçtur. İktibas sırasında kaynağın yetersiz, yanlış veya aldatıcı olarak yapılması suçun oluşması bakımından yeterlidir. Kaynağın yanlış gösterilmesi başka bir kaynağın gösterilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Burada eser sahibinin adın gösterilmesi manevi hakkının ihlali oluşmaktadır.

Yapılan atfın aldatıcı nitelikte olması; kaynağın değil, iktibasın içinde verilen bilgilerin gerçek dışı ya da yanıltıcı olması anlamına gelmektedir. Örneğin alıntı yapılan yer ya da metnin gerçeğinden farklı olması bu niteliktedir.

Yetersiz olmasından maksat ise; iktibasın belli olacak şekilde yapılmamasıdır. Yeterli olması için eser adı, kime ait olduğu, yeni esere aktarılan kısmın açıkça gösterilmesi gereklidir. Bilimsel eserden diğer bilimsel esere yapılan atıflarda bunlara ek olarak iktibas yapılan kısmın alındığı yerin de belirtilmesi zorunludur. Bu hususlardan birinin eksik olması durumunda yetersiz atıf söz konusu olur³⁶.

³⁵ Arslanlı, a.g.e., s. 42,43; Tekinalp, a.g.e., s.11.

³⁶ Yavuz, Alica, Merdivan, a.g.e., s. 2207.

Bilimsel bir çalışmada konuyla ilgili temel eserlerden yararlanılmamış olması ve iktibas yapılmaması eserin bilimsel düzeyi hakkında bilgi verebilir. Ancak bir eserden yararlanılmamasına rağmen yararlanmış gibi gösterilip gerçek dışı veya başka bir eserde yapılan atıflar benimsenip doğrudan asıl kaynağa atıf yapılması bilimsel çalışma ilkeleri ve etiğine aykırı olduğu gibi yanlış ve yetersiz atıf söz konusu olduğunda ceza sorumluluğu gündeme gelebilir³⁷.

c. Fail

Bu suçlar herkes tarafından işlenebilen suçlardandır³⁸. FSEK md. 71/I-3'te düzenlenen suç bakımından bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi, 5. bentteki suç bakımından ise bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi bu suçun faili olabilir. Bu suç bakımından özel faillik niteliği aranmamıştır.

d. Mağdur

Bu suçların mağduru kaynak göstermeksizin iktibasta bulunulan veya yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterilen eserin sahibidir. FSEK md. 8/1'e göre eser sahibi eseri meydana getiren kişidir. Eser olarak kabul edilen bir derleme veya işlemeyi yaratan kimse de eser sahibidir (FSEK md. 8/2). Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler (FSEK md. 8/3). Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır (FSEK md. 8/3-son cümle).

Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır (FSEK md. 9). Bu durum müşterek eser sahipliği olarak adlandırılmaktadır. Burada gerektiğinde eser kısımlara ayrıldığında eser tahrip edilmeden birbirinden ayrılabilir. Eseri oluşturanlardan her biri meydana getirdiği kısımda bağımsız eser sahipliğine sahip-

³⁷ Yaman, a.g.e., s. 1270.

³⁸ Hafızoğulları, a.g.e., s. 3; Yenedünya, a.g.e., s. 246.

ken, anlam bütünlüğü içinde oluşan eserin tümü üzerinde ortak eser sahipliğinden doğan mali ve manevi hakları mevcuttur³⁹.

Müşterek eser sahipliğinde, eser üzerinde değişiklik yapılması yayınlanması ve diğer mali haklar bakımından oybirliği gerekir. Eser sahiplerinden biri geçerli neden olmadan izin vermezse diğerleri mahkemeye başvurarak izin ister⁴⁰. Manevi haklar bakımından ise diğerlerinin hakkına tecavüz etmeden tek başına hareket etme hakkı vardır⁴¹. Eserin kamuya arzı, yayın zamanı gibi bazı manevi haklar bakımından oybirliği gerekir. Örneğin ortak bir bilimsel eserde kısımlardan biri bilimsel araştırmaya ve yönetime dayanmıyorsa diğer bölümlerin sahipleri istemedikçe eser yayınlanamaz. Ancak muhalefet haklı sebebe dayanmıyorsa mahkemeden yayım istenebilir.

Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir (FSEK md. 9/2). Bu durum elbirliği eser sahipliği olarak adlandırılmaktadır⁴². Burada esere yapılan katkılar tek başına değerlendirilemez. Elbirliği eser sahipliği için eser sahiplerinden her biri eserin meydana getirilmesine nitelikli katkıda bulunmalıdır. Eser, sahipleri arasındaki yardımlaşmanın ürünü olmalıdır. Eserin bölünmesi mümkün olmamalıdır. Eser birden fazla yaratıcının ortak çaba ve katkıları ile meydana gelmiş olmalıdır. Sırf yol gösterme bu açıdan birlikte eser için yeterli değildir. Örneğin bir profesörün yazacağı bilimsel makale için asistanının kaynak toplamasında birlikte eserden söz edilemez⁴³.

İştirak halinde eser sahipliğinde birliğe adi şirket hükümleri uygulanır. Eser sahiplerinden biri birlikte yapılacak işleme haklı bir sebep olmadan izin vermezse mahkeme izin verebilir. Esere tecavüz halinde eser sahiplerinden her biri tek başına hareket edebilir.

FSEK md. 10/3'e göre *"bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirake esas teşkil etmez."* Örneğin eserin redaksiyonunun yapılması bu türden bir yardımdır.

³⁹ Tekinalp, a.g.e., s. 151; Erel, a.g.e., s. 93; Ateş, a.g.e., s. 81.

⁴⁰ Arslanlı, a.g.e., s. 73.

⁴¹ Erel, a.g.e., s. 94.

⁴² Tekinalp, a.g.e., s. 142; Ateş, a.g.e., s. 82.

⁴³ Erel, a.g.e., s. 92.

Belirtilen şekillerde müşterek eser sahipliği veya iştirak halinde eser sahipliği durumlarında eseri oluşturanlardan her biri mağdur sıfatını taşır.

Suçun tanımında başkasına ait eserden kaynak gösterilmeksizin atıfta bulunmak denmemiş, “bir eserden” denmiştir. Bu nedenle acaba kişinin daha önceden sahip olduğu bir eserden kaynak göstermeden alıntı yapması durumunda suç oluşur mu? Bu durumda mağdur ve fail sıfatının birleşmesi söz konusu olduğundan suç oluşmayacaktır. Ancak önceki eser kısımlara ayrılmamış, iştirak halinde meydana getirilmiş bir eser ise, eserin sahibi sadece fail değil, diğer kişi de olduğundan suç oluşacaktır⁴⁴.

2. Manevi Unsur

Bu suçların manevi unsuru kasttır. Failin kastının varlığını oluşturan bilme ve isteme unsurlarının kapsamına, kaynak gösterilmeksizin iktibasta bulunma suçu bakımından başkasına ait bir eserin bazı bölümlerinin failin hakkı olmadığı halde kendi yarattığı bir esermiş gibi alıp kullanmayı bilmek ve kendi eseri imiş gibi kamuya sunmayı istemek olguları girer. Failin bilme ve istemesi, iktibas edilen kısımların başkasına ait olmasına rağmen kendisi yaratmış gibi eserinde yer verdiğini ve kamuya böyle sunduğunu bilmeyi ve bunu istemeyi kapsar. Yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçun da ise failin iktibas edilen kısımlara ilişkin olarak yapılan atıfların gerçeğe aykırı olduğunu bilmesi ve bu şekilde atıf yapılmasını istemesi gerekir. Bu suçların olası kastla da işlenmesi mümkündür.

Bu suçlar bakımından kastı kaldıran hata halleri gündeme gelebilir. Kaynak gösterilmeksizin iktibasta bulunma suçu bakımından fail iktibasta bulunduğu fikri ürünün eser olduğu konusundaki bilgisizliği nedeniyle suçun maddi unsurlarında hataya düştüğünü ileri sürebilir. Yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçunda ise fail örneğin sayfa numarasını yanlış yazarak hataya düşebilir. Bu gibi durumlarda failin düştüğünü ileri sürdüğü hata kabul edilirse kastı ortadan kalkacağından suç oluşmaz.

⁴⁴ Yavuz, Alica, Merdivan, a.g.e., s. 2202.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçlar bakımından maddi ve manevi unsurların gerçekleşmesi ile birlikte karine olarak hukuka aykırılık da gündeme gelecektir. Ancak bu unsurların gerçekleşmiş olmasının yanı sıra, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığının da araştırılması gerekmektedir. Bu suçun kanuni tanımında özel bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmediğinden, başta Türk Ceza Kanunu'nda yer alan genel hukuka uygunluk nedenlerinden; kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası olmak üzere hukukun diğer alanlarında yer alan hukuka uygunluk nedenleri koşullarının varlığı durumunda uygulanabilecektir.

Bu suçlar ile koruma altına alınan, eser sahiplerinin fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları olduğundan, eser sahibinin izni ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni kapsamında gündeme gelebilir. Zira yazılı iznin varlığı, suçun gerçekleşmesine engel teşkil eder⁴⁵. Bu yazılı izin her halde, eserin sahibinin manevi hakkına tecavüz teşkil eden fiilin yapılmasından önce veya en geç fiil yapıldığı sırada mevcut olmalıdır.

C. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Suça Teşebbüs

Kanun koyucu suçun gerçekleşmesi için hareketten ayrı bir neticenin varlığını aramadığından bu suçlar sırf hareket suçu niteliğindedir. Ancak icra hareketleri kısımlara bölünebiliyor ve fail başkasının eserinden aşırıldığı kısımları kamuya ilan edeceği sırada veya buna ilişkin icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen kamuya iletilmeden önce esere el konulmuş olursa icra hareketlerinin yarıda kaldığından bahisle faili teşebbüsünden dolayı sorumlu tutmak mümkün olabilecektir⁴⁶. Aynı şekilde yetersiz, yanlış veya aldatıcı kaynak gösterme suçunda da eser alenileşmeden önce esere el konulursa suçun teşebbüs aşamasında kaldığı belirtilmelidir.

⁴⁵ Yenidünya, a.g.e., s. 253; Bu iznin sözlü de olabileceği yönünde bkz., Teknail Özderiyol, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar*, İstanbul, Vedat, 2006, s. 116.

⁴⁶ Yenidünya, a.g.e., s. 254.

2. Suça İştirak

Bu suç birden fazla kişi tarafından müştereken işlenebileceği gibi bu suça azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmek mümkündür.

Yukarıda açıklandığı üzere eser sahipliğinin müşterek eser sahipliği ve elbirliği eser sahipliği şeklinde görünüşleri mevcuttur. İntihal yapılarak oluşturulan yeni eserin bu nitelikte bir eser olması durumunda eser sahiplerinden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır⁴⁷.

Faile birlikte icra hareketlerini gerçekleştirilmemekle birlikte suçun işlenmesine yardım edenler yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilirler.

FSEK md. 8/2'ye göre, *“bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir”*. Eser sahibinin mali haklarından biri eserden işlenmek suretiyle yararlanılması olduğundan eserin işlenmesi sahibinin iznine tabidir. İşleme eser, önceki- ne bağımlı olmakla birlikte işleyenin hususiyetini taşır. İşleme bir eser olarak kabul edilen çeviri eserler bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Çeviri yapılan eserin intihal yapılmış bir eser olması durumunda çevirmenin bu suça iştirak edip etmediği hususu üzerinde durulması gerekir. Bu durumda çevirisi yapılan eserde yer alan intihaller bakımından suç tamamlanmış olduğundan tamamlanmış suça iştirak edilmesi mümkün değildir.

Editör toplama esere girecek eserleri seçerken, değerlendirirken ve eseri planlarken hususiyetini yansıtmışsa, toplama eserdeki her bağımsız eserin sahibinin hakları saklı kalmak kaydıyla toplama eserin sahibidir. Bütün üzerinde işleyici olarak sahiplik kazanır. Bütüne ilişkin manevi ve mali haklara sahip olur. Kısımlara ilişkin haklar ise o kısmın sahibine aittir. Yaptıkları intihalden o kişiler sorumludur. Editörün sorumluluğu somut olayın şartları haklı göstermesi durumunda söz konusu olabilir⁴⁸.

İnternet yoluyla yayınlanan eserler bakımından sorumluluk İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar

⁴⁷ Yavuz, Alica, Merdivan, a.g.e., s. 2202.

⁴⁸ Tekinalp, a.g.e., s. 148; Yavuz, Alica, Merdivan, a.g.e., s. 194.

Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu Kanun'a göre internet süjelerinden yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcının sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. Ancak içerik sağlayıcı internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumluyken, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Bu düzenlemelerden yola çıkarak yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve içerik sağlayıcıların bu suça iştirak etmelerinin mümkün olmadığı ifade edilmelidir.

3. Suçların İçtimaı

Fail aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı eserlerinde aynı kişiye ait bir veya birden fazla eserden kaynak göstermeden iktibasta bulunur ise bu durumda zincirleme suç söz konusu olur. Bu durumda aynı neviden fikri içtima hükümleri gereğince faile tek bir ceza verilir, ancak bu ceza belli oranlarda artırılır.

Fail bir eser oluştururken birden fazla kişinin sahip olduğu eserden kaynak göstermeden alıntı yapmışsa, bu durumda aynı neviden fikri içtima hükümleri gereğince cezalandırılır. Failin bir eserinde hem 3. hem de 5. bentteki suçları işlemesi durumunda ise gerçek içtima uygulanır.

D. Kusurluluk

İntihal suçları bakımından kusurluluğu etkileyen bir hal olarak haksızlık hatası değerlendirilebilir. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz. Kişinin bir eserden kaynak gösterilmesine ilişkin normun varlığını ve kapsamını bilmemesi yani hataya düşmesi ve düştüğü hatanın kaçınılmaz olması durumunda kusurluluk mevcut olmayacağından failin cezai sorumluluğuna gidilemez. Düşülen hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise fail kusurlu kabul edilecek ancak bu durum cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Kaçınılabılırlik değerlendirmesi somut olayın özellikleri ve failin kişisel nitelikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle yapılmalıdır.

E. Yaptırım ve Kovuşturma

FSEK md. 71/I-3'teki suçun yaptırımını altı aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. FSEK md. 71/I-5'teki suçun yaptırımını ise altı aya kadar hapis cezasıdır. Bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Bu nedenle de uzlaşmaya tabidirler.

Müşterek eser sahipliğinde eser sahiplerinden her biri iştirak halinde eser sahipliğinde ise birliği oluşturanlardan her biri şikayette bulunma yetkisine sahiptir⁴⁹. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için md.75/1 gereğince, hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

SONUÇ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen intihal suçları ile fikir ve sanat eserlerinin ceza hukuku aracılığıyla korunması amaçlanmıştır. Cezai yönden korumanın yanı sıra yine aynı Kanun'da hukuki korumaların da ayrıntılı bir biçimde sağlandığı görülmektedir. Bilimsel eserlerin korunması bakımından ise Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nde aynı zamanda bilim etiğine aykırı bir davranış olarak bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünün veya bir kısmının kaynak belirtmeden kendi eseri gibi gösterilmesi bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir.

Bilimsel ve kültürel alanda ilerleme ve yeni eserlerin oluşturulması için eser sahiplerinin haklarının etkin bir biçimde korunması gerekmektedir. Ancak intihal teşkil eden fiillerle ilgili cezai kovuşturmaların ve içtihatların azlığına bakıldığında bu ihlallerin daha çok hukuk davaları yolu ile çözümlenmeye çalışıldığını, bilimsel eserler bakımından ise daha çok disiplin yaptırımlarının uygulama alanı bulduğunu söylemek mümkündür. Bu durum söz konusu fiillerin

⁴⁹ Erel, a.g.e., s. 354.

cezaya liyakati konusundaki tereddütleri de beraberinde getirmektedir. Özellikle kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçunun yaptırımını olarak adli para cezasının alternatif olarak öngörülmesi karşısında, daha az haksızlık içeriğine sahip olan yetersiz, yanlış veya aldatıcı kaynak gösterme suçunun yaptırımının sadece hapis cezası olması da bir problem teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

Arslanlı, Halil: **Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1954.

Ateş, Mustafa: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2003.

Ceritoğlu-Sengel, Filiz: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal ve Esinlenme**, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2009.

Erel, Şafak N.: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bs., Ankara, Yetkin, 2009.

Güneş, İlhami: **Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2008.

Hafızoğulları, Zeki: "Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y: 1999, C: 48, S: 1-4, s. 1-14.

Öncü, Özge: **İktibas Serbestisi ve Sınırları**, Ankara, Yetkin, 2010

Özderyol, Teknail: **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar**, İstanbul, Vedat, 2006.

Öztrak, İlhan: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971.

Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bs., İstanbul, Arıkan, 2012.

Yaman, Dilara: "Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu (M. 71/1-III)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 12, Özel S., 2010, (Basım Yılı: 2012), s.1551-1567.

Yavuz, Levent/ Alıca, Türkey / Merdivan, Fethi: **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, C:1, 1.Bs., Ankara, Seçkin, 2013.

YAZICIÖğlü, Yılmaz: **Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

Yenidünya, Caner: "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.:10, S.:3-4, s. 237-272.

Yazar Belirtilmemiş: **Bilimsel Araştırmada Etik ve Sorunları**, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara, 2002.

<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.tdk.gov.tr>

5237 Sayılı TCK'nın Genel Hükümlerinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi*

Şerafettin İSTE**

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girişinin 9. Yıl dönümünde bizleri bir araya toplayan ve bundan 45 yıl önce mezun olmaktan onur duyduğum İstanbul Hukuk Fakültesinin Dekanı Sayın Adem Sözüer'e teşekkürlerimi sunuyorum. Bu tebliğimiz, 01.6.2014 tarihindeki sunumumuzun 2015 tarihli Yargıtay kararları çerçevesinde güncelleştirilmiş halidir.

Bu çalışmamızda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun; faillik, yardım, teşebbüs, haksız tahrik, gönüllü vazgeçme gibi müesseselerin uygulamaları ile tehdit, korku, kaygı veya panik yaratabilecek şekilde silahla ateş etme veya patlayıcı madde kullanma suçuna dair Yargıtay'ın yaklaşımına satır başlarıyla değinilecektir. Bu hususta örnek kararlar ışığında konu açıklanmaya çalışılacaktır.

1- Bildiğimiz gibi 5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

O tarihe kadar 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'na göre lisans eğitim görmüş, daha sonra kimimiz akademisyen, kimimiz de hakim, savcı ya da avukat olarak uygulamada görev aldık. Kanun değişikliğiyle, yeni Ceza Kanunu'nu öğrenmeye, onun ruhunu anlamaya çalıştık.

Uygulamada bazı aksaklıklar var ise de, bunun asıl nedeni eski Yasa zihniyetinden uzaklaşmamaktan kaynaklanmaktadır.

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** *Yargıtay 1. Ceza Dairesi Başkanı*

Dairemiz Üyesi sayın Eyüp Yeşil yeni Ceza Kanunu'nun 40. maddesindeki -bağlılık- kuralını, yine Dairemiz Üyesi sayın Muzaffer Özdemir de 44. maddedeki-fikri içtima- kuralını anlatacağından, onların anlatacağı konulara girmek istemiyorum.

Ancak şu kadarını söyleyeyim ki eski TCK'nın da bağlılık kuralı ile ilgili olarak 66. ve 67 maddeleri vardı. Vakıf olma (bilme) koşuluna bağlı olarak 66. maddede şahsa bağlı artırıcı nedenler, 67. maddede de fiile bağlı artırıcı nedenler düzenlenmişti. Yeni Ceza Kanununda ise müşterek işlenen (TCK'nın 37. maddesi kapsamında) suçlarda bağlılık kuralı yoktur. Ancak suça katılanlardan (iştirak edenlerden) azmetirme (TCK'nun 38. maddesi) ve yardım etme (TCK'nun 39. maddesi) durumlarında 40. maddedeki bağlılık kuralı işlemeye başlar.

2- Yine eski yasadaki 451, 452, 463 ve 464. maddeler yeni yasada yoktur.

Gerek bazı akademisyenler, gerekse bazı uygulayıcılar eski yasadaki 463. maddenin gayet yerinde bir düzenleme olduğunu söylemekte iseler de; ben şahsen 463. maddenin kaldırılmış olmasını gayet yerinde bir düzenleme olarak görüyorum. Kürsüde görevli iken bu madde beni rahatsız ediyordu. Adeta suçun cezasının paylaşılması gibi geliyordu.

Gerçi o zaman da şimdi ki yasadaki 37. maddenin karşılığı olan 64. madde o şekilde yorumlanmayabilirdi. Ama önemli olan uygulamanın bakış açısıdır. Maddenin Türkiye'deki uygulaması, cezanın paylaşılması sonucuna yol açıyorken, 463. maddeyi korumanın uygun olmadığını düşünüyorum.

O zamanki Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bahsedeceğim üzere, bizim düşündüğümüz gibi düşünmüyordu.

1982 yılında Kilis Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı iken verdiğimiz bir kararın bu konudaki gerekçesini aynen kararda yazıldığı gibi harfine, virgülüne dokunmadan aktarmak isterim. Olayda birden çok sanık, iki tane de maktül vardır. Kararın gerekçe kısmı aynen şöyledir: "Her iki maktülde de birer adet mermi yarası görülmüştür. Maktül B'de bir giriş ve bir çıkış deliği, maktül M'de sadece bir giriş deliği mevcuttur. Yukarıda öldürme olayına katıldıkları belirtilen sanıklar-

dan her biri de kavgada tabancalarla ateş etmişlerdir. Acaba burada bu sanıklar için 765 sayılı TCK'nın 64. maddesi mi, 65. maddesi mi uygulanmalıdır? Yoksa 765sayılı TCK'nın 448. maddesinde belirtilen fiili birkaç kişi birlikte yapmış olduğundan ancak failin de kim olduğu belirlenemediğinden 765 sayılı TCK'nın 463. maddesi mi uygulanmalıdır? Bu durumun tartışılması gerekir. Şayet sanıklardan sadece birisi silahı ile ateş etmiş ancak ateş eden sanık tespit edilememiş olsa idi diğer sanıklar icra hareketini yapan sanıklara ortaklık yapmamış olacaklarından sanıklardan her biri fer'i maddi fail durumunda kalacağından TCK'nın 65. maddesinin uygulanması gerekecektir. Bunun için de atışın tek olması sebebiyle sanıklar asli faili belli olmayan bir suçun fer'i failleri durumunda olacaklardır.

Bir olayda TCK'nın 463. maddesinin uygulanabilmesi için sanıkların ayrı ayrı icrai fiillere ortaklık etmiş olmaları ve ancak bunlardan hangisinin asli maddi fail olduğunun belli olmaması lazımdır. Örneğin birden çok sanık silahları ile ateş etmiş fakat mağdurda oluşan veya ölümüne neden olan yaranın bunlardan hangisinin attığı silahla oluştuğunu tespit edilememiş bulunması gerekir. İşte olayımızda da bu son anlatılan durum vardır. Yukarıda isimleri belirtilmiş olan sanıkların hepsi maktüle ateş etmiş her biri icrai fiillere ortaklık etmişlerdir. Ancak hangisinin asli maddi fail olduğu tespit edilemediğinden sanıklar hakkında TCK'nın 463. maddesi uygulanmıştır.”

Bu karar o tarihte Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından onanmıştır.

Bu karar şimdi verilse, suç tarihi 01.06.2005'ten sonra olmak koşulu ile tüm sanıklara TCK'nın 37. maddesi uygulanarak her bir sanığın eyleminin TCK'nın 81. maddesi kapsamında olduğunu söyleyebiliriz. İşte yeni yasadaki bakış açısı budur. Fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulup kurulmadığına bakılacaktır. Suç ortaklarının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. Bu açıklama ve kabule göre örnek verilen olayda her bir sanığın suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde hakimiyet kurduklarından 37. madde gereğince her birine 81. maddeden ceza verilecektir.

3- Eski yasadaki 65. madde ile yeni yasadaki 39. maddede de aynı şey söz konusudur. Önemli olan suçun işlenişine katılma düzeyi-

dir. Suçun işlenmesi için yazılan senaryoda her bir sanığın ayrı ayrı rolleri vardır.

İki kişi düşünelim ki maktül (M)'yi öldürmek için onun evine giderler. İkisi de silahlıdır. Oluşturdukları senaryo gereği biri kapının zilini çalacaktır. Bu sırada diğeri evin arka penceresinin önünde bekleyecektir. Maktül hangi taraftan çıkarsa oradaki sanık ateş edecektir. Sonuçta maktül (M), birinin ateşi ile ölür. Onun öldüğünü birlikte kontrol ettikten sonra, birlikte kaçarlar.

Artık burada ateş edene asli fail diğeri yardımcı fail diyemeyiz. Her ikisi de asli faildir. Önemli olan suçu birlikte işleme kastıdır. Suç üzerinde ortak hakimiyet kurmaktır. Eski deyimle "irtikap" etmektir. Genel Kurullarda bile eski ve yeni yasa zihniyetlerinin karıştırıldığını pek az da olsa görüyoruz.

4- Yukarıdaki anlatımlarım doğrultusunda, yeni uygulamanın şekillenmesini destekleyen yeni dönemdeki bir kısım Yargıtay Kararlarını örnek olarak belirtmek isterim:

a. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.05.2011,1-59/85

"Sanıkların maktül ile aralarında yaşadıkları olay nedeniyle bardan ayrılarak geldikleri sanık F'in evinde birlikte aldıkları suç işleme kararı ve yaptıkları iş bölümü çerçevesinde, sanık M. barın bulunduğu pasajın içinde gözcü olarak kalırken, sanık F'nin elinde av tüfeği ile önde, sanık K'nın ise kuru sıkıdan dönüştürülen tabanca ile onun arkadaşının da bara girmesi, maktule 6-7 metre mesafeden iki el ateş ettikten sonra, elindeki av tüfeğini maktule yeniden ateş etmek üzere dolduran sanık F'ye barda bulunan kişilerin müdahale etmemesi ve bunun sonucunda sanık K'nın elinde bulunan tabanca ile barın içine rastgele ateş etmesi ve bunun sonucunda sanık F'nin av tüfeğini en az iki kere doldurup daha da yaklaşarak maktule en az dört el daha ateş etmesi sonucu maktülün ölmesi şeklinde gelişen olayda, suçun işlenmesinde üstlendiği rol ve yaptığı katkı göz önüne alındığında sanık K'nın diğer sanık F ile birlikte kasten öldürme suçunu 5237 sayılı TCY'nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak gerçekleştirildiğinin kabulü gerekmektedir."

b. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 447/4222 sayılı kararı

“Kabul ve gerekçeye göre; Sanığın olay öncesi Darıca’da ev tutması, diğer sanık Tayfur adına olaydan önce olayda kullanılan aracı satın alması, telefon baz istasyonlarından anlaşıldığı üzere sabah ve akşam saatlerinde maktulün öldürüldüğü olay yeri ve çevresinde olduğunun tespit edilmesi ve olay sabahı olay sabahı olay yerine araç ile giderek sanık Tayfur’un tabanca ile maktulü öldürdüğü sırada çalışan araç içinde olay yerinde bekleyerek, olay sonrası maktulün ölüp ölmediğini kontrol ettikten sonra, idaresindeki araçla diğer sanık Tayfur ile fikir ve eylem birliği içerisinde suçun işlenişini üzerinde ortak hakimiyet kurarak, müşterek fail olarak eylemlerini gerçekleştirdiği anlaşıldığı halde, sanığın 5237 sayılı TCK’nun 37. Maddesi kapsamında suça müşterek fail kabulü ile TCK’nun 37,82/1-a ve 62 maddeleri gereğince hüküm kurması yerine, aynı Yasanın 39. Maddesi uyarınca yardım eden olarak katıldığının kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması..”

c. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 20.05.2015 gün ve 6131/3232 sayılı kararı:

“Sanık A.İ. hakkında maktule yönelik eyleminden kurulan hüküm yönünden; olay akşamı sanıkların, sanık H.İ.’nin sevk ve idaresindeki araç ile olay yerine geldikleri, olay yerinde maktulü gören sanık H.İ.’nin onu yanına çağırdığı, maktul ile konuşurken aralarında tartışma çıktığı, tartışmanın kavgaya dönüşmesi üzerine kavgayı gören sanık A.İ.’nin araçtan inerek kavgaya dahil olduğu, sanık H.İ.’nin üzerindeki bıçağı çıkararak kabzası ile maktulün kafasına vurduğu sırada maktulü tuttuğu, maktule yumruk vurduğu, mağdurların kavgaya müdahale ederek aralamak istediklerinde sanık H.İ.’nin mağdurlara bıçak ile saldırarak yaralamak istediği, kavga sırasında sanık H.İ.’nin bıçak ile maktulü göğüsten yaraladığı, sanık A.İ.’nin maktulün eve kaçmak istemesi üzerine ona engel olduğu, maktulün yaralanması nedeniyle yere düştüğünde diğer sanık da maktulü kollarından yerde sürükleyerek götürmeye çalıştıkları sırada olay yerine polis gelmesi üzerine maktulü bıraktıkları olayda:

Sanık A.İ.’nin diğer sanık H.İ. ile birlikte irade birliği içerisinde ve fiil üzerinde ortak hakimiyet kurarak suça müşterek fail olarak katıldıkları anlaşıldığı halde haklarında 5237 sayılı TCK’nın 37/1

maddesi yerine suça yardım eden olarak katıldıklarının kabulü ile aynı yasanın 39. maddesinin tatbiki ile yazılı şekilde karar verilmesi...”

d. Yargıtay 1. Ceza Diyesi 24.06.2015 gün ve 466/4047 sayılı kararı:

“Maktul E. ile sanık H.’nin teyzesinin kızı, suça sürüklenen çocuk A. ise sözlüsü olan HJ’nin internet ortamında tanışarak görüşmeye başladıkları, sanık ile suça sürüklenen çocuğun bu görüşmelerden rahatsız olduğu, olay günü, A., HJ ve HJ.’nin kardeşi G’nin oturmak amacıyla H.’nin evine gittikleri, maktulün cep telefonundan HJ.’ye mesaj göndererek buluşmak istediği teklifinin reddedilmesi üzerine bu kez arayarak birlikte içki içmeyi teklif ettiği, telefona çıkan H.’nin maktule kızdığı ve bir daha aramamasını söylediği, buna rağmen maktulün ısrarla HJ’nin cep telefonunu aradığı, üçüncü aramayı cevaplayan A.’ya maktulün küfrettiği, bunun üzerine A.’nın “Erkeksen yüzüme söyle. Yeşiltepe’deyim, bekliyorum” diyerek telefonu kapatıp, öldürülecekse ölecek, öleceksek öleceğiz dediği, bunu üzerine H.’nin “Hadi göreceğiz bakalım erkekliğini, her şeyimle yanındayım ama ne olursa olsun beni karıştırmayacaksın, her şeyi sen üstleneceksin” dediği, A.’nın da “tamam” diye cevap verdiği, H.’nin mutfaktan aldığı bıçaklardan birini yanına aldığı diğerini ise A.’ya verdiği, birlikte Yeşil Tepe Mevkii’ne gittikleri, kısa süre sonra maktul E. ve katılan Ali’nin de olay yerine geldikleri, A.’nın “o benim sözlüm lan” diyerek E.’ye sataştığı, kavga çıkacağını anlayan Ali’nin konuşarak halledebiliriz diyerek araya girdiği sırada H.’nin bıçakla Ali’yi bacağundan yaraladığı, daha sonra E.’nin bacağına bıçakla vurduğu, kaçmak isteyen maktulü yakaladığı ve göğsünden bıçaklayarak öldürdüğü, suça sürüklenen çocuk A.’nın ise yanında getirdiği bıçağı çıkararak Ali’nin üzerine gittiği anlaşılan olayda

aa. Sanık H. ve suça sürüklenen çocuk A.’nın fikir ve irade birliği içerisinde fiil üzerinde ortak hakimiyet kurarak suçu birlikte işledikleri, sanık H.’nin eylemine etkin şekilde katılan suça sürüklenen çocuğun eyleminin yardım düzeyin aşım doğrudan katılma düzeyine ulaştığının kabulü ile 5237 sayılı TCK’nın 37/1, 81/1, 29, 31/3 ve 60/1 maddeleri uyarınca fail olarak cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi,

bb. Kabule göre de; suça sürüklenen çocuk A.'nın TCK.nun 81/1 maddesi uyarınca verilen müebbet hapis cezasının aynı yasanın 29.maddesi gereğince 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasına indirilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile 8 yıla indirilmesi..." bozma nedeni sayılmıştır.

e. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 12.05.2015 gün ve 5304/3088 sayılı kararı:

"Maktul Özcan ile evli ve iki çocuğu bulunan mağdur A. arasında duygusal yakınlık olduğu, olaydan 15 ila 20 gün öncesinde Özcan ile A.'nın yanlarına çocukları da alarak K... iline kaçtıkları, ailelerin araya giresi ile 3 gün sonra A.'nın döndüğü ancak kocasının değil de babası sanık G.'nin evinde kalmaya başladığı, ailesi tarafından cep telefonunun alındığı ve dışarı çıkmasına izin verilmediği, A.'nın amcası sanık İ.'nin "Namusumuzu temizleyelim, bu kızı öldürelim, camdan aşağı atalım, kendisi atladı deriz" dediği, yine kardeşi İi.'in faklı zaman diliminde "Bunu kafana sok, seni de onu da öldüreceğiz" diye söylediği, maktulün ise A'ya ulaşmak için defalarca A.'nin annesi Ayten'e mesaj attığı, A. ile görüşmek istediğini belirtmesine rağmen görüştürülmediği, bunun üzerine "hepinizi kurşuna dizeceğim, E.N.'yle S. ile vedalaş, A.'ya karşılık üç kişiden biri ya Süreyya ya S. ya da E.N." şeklinde aile fertlerine tehdit içerikli birçok mesaj attığı, olay günü de "PTT'nin önündeyim Ayça'm(A) çık balkona" şeklinde mesaj attığı, bunu üzerine sanık G.'nin maktulü beklemeye başladığı, G.'nin yeğenleri olan sanıklar Saycan ve Yücel'in de maktulü yolda görmeleri üzerine darp etmeye başladıkları, maktul ise ellerinden kurtularak olayın meydana geldiği işyerine sığındığı, sanık G.'nin işyerine girdiği, arkasından sanığın oğlu İi. ile sanıklar Saycan ve Yücel'in de G., maktulü bıçaklarken İi'nin de tekmelediği, maktulü aldığı bıçak darbeleri sonucu öldüğü olayda:

Sanıklar Yücel ve Saycan'ın G. ve suça sürüklenen çocuk İi. ile birlikte hareket edip, fikir ve eylem birliği içerisinde bulunarak maktulü kovalayıp olay yerine getirdikleri, daha sonra dükkanın içine de girmek sureti ile suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet kurdukları anlaşılınca, eylemlerinden dolayı TCK'nın 37/1.maddesi kapsamında müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları yerine yazılı şekilde

39/1.maddesi ile yardım eden olarak cezalandırılmalarına karar verilmek suretiyle sanıklar hakkında eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından” bozma nedeni yapılmamıştır.

f. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 08.06.2015 gün ve 57/3690 sayılı kararı:

“Oluşan, güvenlik kameraları görüntülerine tanık A.’nın anlatımlarına ve tüm dosya kapsamına göre; olaydan bir buçuk yıl önce sanık Alp’in ablasının kızı Şakir’in ise amcasının kızı olan İ.’nin intihar ettiği; İ.’nin intiharında maktulü sorumlu tutan Şakir ile yaşça büyük olan Alp’in ne zaman aldıkları belli olmayan suç işleme kararı çerçevesinde, fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurarak olay gecesini araçları ile maktulü aramaya çıktıkları, Alp’in kullandığı araçla evine giden yolda defalarca gidip geldikleri ve evine gelişini bekledikleri, maktulü görmeleri üzerine Şakir’in araçtan inerek maktule ateş edip koşmaya başladığı, Alp’in kaçmakta olan Şakir’in bulunduğu yere kullandığı araçla gelerek onu araca aldıktan sonra hızla olay yerinden uzaklaştığı, hastaneye kaldırılan maktulün yaşamını yitirdiği anlaşılan olayda; sanığın davranışlarının yardım boyutunu aşarak müşterek faillığe ulaştığı gözetilmeden yanılığın değerlendirme sonucu yazılı şekilde kasten öldürmeye yardım suçundan mahkumiyet hükmü kurulması” bozma nedeni sayılmıştır.

g. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 10.02.2010 gün, E.2008/1940, 2010/737 sayılı kararı:

“Oluşan ve dosya içeriğine göre; sanık Yeliz’in, Fırat ile birlikte yaşamasına rağmen maktulle de arasında cinsel ilişki oldu yönünde söylenti başladığı, bu durumu Fırat’ın da arkadaşları Ahmet ve Sinan’a anlattığı, olaydan bir gün önce Sanık Sinan’ın arkadaşı olan maktulün işlettiği kahvehaneye giderek “Sakin unutma yarın akşam telefon ile arayacağım, sonra birlikte gideceğiz” dediği, olay günü sabah saatlerinde sanık Yeliz ve Fırat’ın, sanık Ahmet’in evinin yanında olan dükkanına geldikleri, akşamüzeri saat 17.00 sıralarında Fırat’ın sanık Sinan’ın kendi aracıyla gitmesi halinde maktulün aracı tanıyacağından araca binmesini sağlamak için sanık Ahmet’ten aracını vermesini istediği, onun da kabul ettiği, sanık Sinan’ın maktulün iş yerine gittiği ve saat 22.00 sıralarında maktulü aldığı, bu sırada sanık

Ahmet'in Fırat ve Yeliz ile birlikte Fırat'a ait aracın içerisinde bekledikleri, aracın içinde iken Fırat'ın sanık Yeliz'e çantasının içindeki tabancayı çıkartarak içindeki fişekleri avucunun içinde ovalatarak şarjöre bastırıldığı, "bu çamur senin çamurun, çamuru temizlemek de senin görevin" dediği, saat 23.00 sıralarında sanık Sinan ile maktulün buldukları araç ile sanık Ahmet'in kullanımında olan Fırat ve Yeliz'in bulunduğu aracın karşılaştıkları, sanık Ahmet'in diğer aracı takip ettiği, bir süre sonra önde giden sanık Sinan'ın kullandığı aracın önüne geçerek aracı durdurduğu, araçtan inen Fırat'ın maktulü sanık Sinan'ın kullandığı araçtan alarak Sanık Ahmet'in kullandığı araca bindirdiği, sanık Ahmet'in kullandığı araç ile yaklaşık 8 km sahil yolundan dağa doğru ilerlediği, aracı ıssız bir yerde park ettiği, maktulün araçtan inmesini müteakip sanık Yeliz'in de araçtan inerek maktulü tabancasıyla vurarak öldürdüğü olayda; sanık Ahmet'in maktulün getirilmesi için sanık Sinan'ın kendi arabasını almasına izin vermesi, Fırat'a ait aracın içinde Fırat ve Yeliz'in konuşmalarına şahit olması, maktul araca bindikten sonra aracı olayın gerçekleştirdiği yere kadar kullanarak diğer sanıklarla eylem birliği içerisinde hareket etmesi, olay esansında ve olaydan sonra yetkili mercilere olayı bildirmemesi dikkate alındığında; sanık Ahmet'in suça müşterek fail olarak katıldığı'nın kabulü ile 5237 sayılı TCK'nın 37/1 maddesi gözetilerek cezalandırılması yerine suça yardım eden olarak kabulü ile TCK'nın 39.maddesi uygulanarak eksik ceza tayini" bozma nedeni sayılmıştır.

Görüldüğü gibi sanıkları "fikir ve eylem birliği içerisinde suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet" kurmaları, " fikir ve eylem birliği içerisinde" hareket etmeleri TCK'nın 37.maddesinin uygulanmasına birlikte suç işleyen veya müşterek fail sayılmalarına neden olmaktadır.

5- Eski yasada 260. maddede pasif mukavemet suçu vardır. Yeni yasada böyle bir suç yoktur.

6- Eski yasada 264/7. maddesinde korku, kaygı veya panik yaratabilecek şekilde meskun yerlerde silahla ateş etmek suçu vardır. Madde de "eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca" ifadesi vardı.

Bu maddenin yeni yasadaki karşılığı 170/1-c maddesidir. Ancak yeni madde de "eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca..." ibaresi yoktur.

Örneğin tehdit amacıyla muhatabının evinin önünde ateş eden kişiye hem tehdit suçundan hem de 170/1-c maddesinden ceza veren mahkeme kararları ile karşılaşılıyor. Bu, Yasa'nın yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır.

Örneğin Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 27.01.2015 gün ve E. 2015/39, K.2015/261 sayılı kararı buna bir örnektir.

a-) Sanık hakkında mağdur Ahmet'i silahla tehdit ve kasten yaralamaya teşebbüs suçlarından kurulan hükümler yönünden:

Sanığın mağdura tabanca ile bir el ateş edip "yaklaşma vuru- rum" demek suretiyle tehdit ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın eylemlerinin bir bütün halinde silahla tehdit niteliğinde olduğu ve sanığın yalnızca TCK'nın 106/2-a maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde silahla tehdit ve ayrıca kasten yaralamaya teşebbüs suçlarından mahkumiyetine karar verilmesi

b-) Sanık hakkında mağdurlar Yeliz ve Mehmet'i silahla tehdit ve genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçlarından kurulan hükümler yönünden:

Sanığın, mağdurlar Yeliz ve Mehmet'e silahını doğrultup "çekilin yoksa vururum" demek suretiyle tehdit ettiği, daha sonra havaya bir el ateş ederek olay yerinden uzaklaştığı anlaşıldığından sanığın eylemlerinin bir bütün halinde Yeliz ve Mehmet'i silahla tehdit niteliğinde olduğu ve sanığı TCK'nın 106/2-a, 43/1-2 maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde silahla tehdit ve ayrıca genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarından mahkumiyetine karar verilmesi" bozmayı gerektirmiştir.

7- Buna benzer bir konu da TCK'nın 220. maddesinde yazılı suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçudur. Dikkat edilirse maddenin 1. fıkrasında "kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurular veya yönetenler....." deniliyor.

765 sayılı TCK'nın da 313. maddesinde " her ne suretle olursa olsun cürüm işlemek için teşekkül oluşturanlara veya teşekküle katılanlara....." deniliyordu.

01.08.1999 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4422 sayılı "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu'nda da 1. maddesinde suçun tanımlanması vardı.

O zamanki yani TCK 313 ve 4422 sayılı yasalar yürürlükte iken de belirli olan, muayyen olan suçları işlemek için en az üç kişinin bir araya gelmesi yeterli değildi. Şimdiki 220. maddede de bu böyledir. Örgüt suçunun oluşabilmesi için gayri muayyen, belirli olmayan suçları işlemek için bir araya gelinmesi gerekir. Aksi takdirde yani belirli suçları işlemek için bir araya gelinmesi durumunda Ceza Kanunu'nda yazılı olan iştirak hükümleri uygulanır. Yani TCK 37, 38, 39. maddeler gibi.

Oysa önümüze gelen bazı kararlarda görüyoruz; sanık sayısı fazla olunca iddianameye bir de 220. madde ilave ediliyor. Çok az da olsa bu şekilde kararlarda çıkabiliyor.

8- Teşebbüs konusuna gelince:

Önceki 765 sayılı Kanun'da 62. maddede tam teşebbüs, 61. maddede ise eksik teşebbüs tanımlanıp, yaptırıma bağlanmıştı. 62. maddede, fiil ağırlaştırıcı müebbet hapis cezası ise 20 seneden aşağı olmamak üzere hapse, müebbet hapis cezası ise 15-20 seneye kadar hapse, sair hallerde 1/6'dan 1/3'üne kadar indirilirdi.

61. maddede ise; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası 15-20 seneye, müebbet hapis ise 10-15 seneye, sair hallerde ise 2/3'ne kadar indirilir denilmekteydi.

5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu'nda önceki yasada olduğu gibi tam teşebbüs, eksik teşebbüs ayırımı terk edilmiştir. 35. maddenin başlığı, "suça teşebbüs" tür. TCK 35/2'ye göre:

a-) Meydana gelen zarar

veya,

b-) Tehlikenin ağırlığına

göre, hakim, yasada belirlenen aşağı ve yukarı sınırlar arasında bir cezayı belirleyecektir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis olduğunda 13-20 sene, müebbet hapis olduğunda 9-15 sene, diğer hallerde ceza 1/4'ten 3/4'e kadar indirilecektir.

Yeni 5237 sayılı Kanun uygulamasında, bazı Ağır Ceza Mahkemeleri, biraz da eski sistemin verdiği alışkanlıklarla önceleri bu maddesi yasanın amacına göre uygulamadı. Örneğin kişiye ateş ediliyor veya bıçaklanıyor, dalağı alınıyor, karaciğeri ve akciğeri yaralanıyor, gözünün biri çıkıyor ancak kişi ölmüyor. Sonuçta suç teşebbüs halinde kalıyor. Suçun müebbet hapislik bir suç olduğunu düşünelim. 35/2. maddesine göre hakim cezayı 9-15 yıl arasında belirleyecektir. Böyle bir durumda sanığa 9 ya da 10 yıl ceza verilirse, öldürmeye teşebbüsün unsurlarını içeren ancak çok daha hafif basit tıbbi tedavi ile iyileşebilecek hallerde ne ceza verilecektir?

Yaralama suçlarında da aynı şekilde hareket edilmesi gerekmektedir. Örneğin, TCK'nın 86/1 maddesindeki yaralamalarla ilgili olarak yasa koyucu 1-3 yıl arasında ceza öngörmüştür. Mağdurda oluşan yaraların niteliğine göre hakimin yasadaki sınırlar içinde kalarak meydana gelen zarara ya da tehlikenin ağırlığına göre uygun ve makul bir ceza vermesi gerekir. Nitekim, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 27.01.2015 gün ve E.2015/104, K.2015/238 sayılı kararında:

“Oluşa ve dosya kapsamına göre olay günü mağdur Cihan'in arkadaşları ile birlikte otururken sanık Şükrü ve Mehmet'in mağdurun yanına geldiği taraflar arasında arazi meselesi nedeniyle tartışma çıktığı, Mehmet ve Cihan'ın birbirlerini darp etmeye başladığı, bunun üzerine sanığın da mağdur bıçakla sol akciğerde lazerasyon meydana getirecek ve ayrıca hayati tehlike geçirecek şekilde yaradığı olayda;

A. Olayın oluş şekli ve kullanılan aletin etki derecesi birlikte değerlendirildiğinde, TCK'nın 86/1 maddesi uyarınca TCK'nın 61.maddesindeki ilkeler doğrultusunda 1-3 yıl arasında makul bir temel ceza belirlenmesi gerekirken temel cezanın yazılı şekilde 1 yıl olarak belirlenmesi eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından,

B. Sanık hakkında TCK'nın 86/1,3-e maddelerinin uygulamasıyla belirlenen 1 yıl 6 ay hapis cezasını önce aynı yasanın 87/1-d maddesi gereğince bir kat artırılarak 2 yıl 12 ay hapse çıkarılması ve daha sonra 87/1-son maddesi uygulanmak suretiyle somut cezanın 5 yıl olarak belirlenmesi gerekirken, 87/1-d maddesi ile “2 kat” artırım yapıldığı belirtilip doğrudan doğruya 87/1-son maddesi uyarınca 5 yıl hapis cezasına hükmedilmiş olması sonuca etkili olmadığından bozma ne-

deni yapılmamıştır” denilerek aleyhe temyiz olmadığı için eleştiri yapılarak karar onanmıştır.

Örnek gösterdiğim bu kararda, hakimlerin yasa maddelerinde belirtilen iki sınır arasında ceza tertip edilirken keyfi olarak değil objektif kıstasları ve mağdurda oluşan zararı ve tehlikenin ağırlığını gözetmesi gerektiği vurgulanmıştır.

9-Diğer bir konu da, yeni TCK'nın 29. maddesinde yazılı haksız tahrik konusudur.

Eski yasamızda 51/1 de adi tahrik, 51/2 de ise ağır haksız tahrik düzenlenmişti. 51/1 de ağırlaşmış müebbet hapis müebbet hapse, müebbet hapis ise 24 seneye kadar hapis cezasına dönüştürülüyor, sair hallerde cezanın 1/4'ü indiriliyordu. 51/2'de ise ağırlaşmış müebbet hapis 24 seneye, müebbet hapis 15 seneden aşağı olmamak üzere hapis cezasına dönüştürülüyor, sair hallerde ise cezanın yarısından 2/3'ne kadarı indirilir deniliyordu.

5237 sayılı yeni TCK'da haksız tahrik kurumu 29. maddede düzenlenmiştir. Burada adi tahrik, ağır tahrik gibi ayrımlar yoktur. “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye” tahrik hükümlerinin uygulanacağı yazılmış ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının yerine 18-24 seneye müebbet hapis cezasının yerine 12-18 sene arası ceza verileceği belirtilmiş, diğer hallerde ise cezanın 1/4'ünden 3/4'ne kadar indirilmesi öngörülmüştür.

Özellikle 5237 sayılı Kanun'un 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile kesinleşmiş hükümlerin uyarılama yargılamasına uygulamada çok sık rastlanıldı. Kişiye, önceki yasa zamanında maktül basit bir müessir fiil ya da sövmeye bulunmuş, Mahkeme 448. maddesi gereğince 24 sene ceza verdikten sonra adi tahrik nedeniyle 51/1 madde gereğince cezadan 1/4 oranından indirme yaparak 18 sene hapis cezası vermiş, karar Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından onaylanıp kesinleşmiştir. Yeni yasa yürürlüğe girince, uyarılama yargılaması sırasında 81. madde gereğince müebbet hapis cezası verilip tahrik nedeniyle 29. madde gereğince cezanın 12 seneye indirilmesine dair kararlar verildiği görülmüştür. Tabi ki bunlardan temyize konu olanlar Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından bozulmuştur. Temyiz edilmeyen ne kadar dosya var bunu kimse bilmiyor.

10- Oysa yeni yasadaki 29. ve 35. Maddeler, hakime, olaya en yakın vakıf olan kişi olarak takdir yetkisi veriyor. Anglo-Amerikan sistemine yakın bir yasa. Hakimi kalıplarla bağlı tutmuyor.

Şunu da memnuniyetle söyleyeyim ki artık hakimlerimiz bu konularda eskisi gibi yanlış değerlendirmede bulunmuyorlar. Değerlendirme hataları önemli ölçüde azalmıştır.

11- Son olarak değinmek istediğim iki konu daha var.

TCK'nın 36. maddesinde yazılı olan Gönüllü Vazgeçme meselesi:

765 sayılı TCK'nın 61/son maddesinde "müteşebbis cürmün ef'ali icraiyesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır" denilmekteydi.

5237 sayılı TCK'nun 36. maddesinde ise; "Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticelerin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır." denilmektedir.

Görülüyor ki gönüllü vazgeçme kurumu genişletilmiştir. Uygulamada bu konu önümüze çokça çıkmaktadır. Dairemiz de (1. Ceza Dairesi) yasayı geniş bir şekilde yorumlamaya devam etmektedir. Örneğin sanık mağduru birden çok bıçaklamıştır. Yaralar öldürücü bölgelelere isabet ettirilmiştir. Fail bu durumda yaralıyı bırakıp kaçarsa:

a-) Mağdur başkaları tarafından bulunup hastaneye götürülür ve yapılan tedavi sonucu ölüm gerçekleşmezse sanık öldürmeye teşebbüsten cezalandırılacaktır.

b-) Ancak sanık bıçaklama olayından sonra içinde acıma hissi oluşabilir, pişman olur, örneğin onu hemen hastaneye kaldırabilir, ya da ambulans çağırır ya da (155) Polis İmdat'a haber verip olayı anlatıp olay yerini net bir şekilde tarif eder, ancak kendisi korkuya kapılıp kaçabilir.

Bu şekilde mağdur bulunup hastaneye götürülür ve yapılan tedavi sonucu iyileşirse faillere yine de 36. madde uygulanmaktadır.

12- Yeni yasada cezaların içtimaı infaz işi olarak görülmüş mahkeme kararlarında cezaların toplanması kabul edilmemiştir.

Bu durum ise temyiz yolunu kapamaktadır. Her ne kadar CMK 308'deki eski adı (yazılı emir) olan kanun yararına bozma müessesesi getirilmişse de bu güne kadarki uygulamalardan bunun yeterli olmadığını içtima müessesesinin Türk Ceza Kanunu içine alınmasını daha uygun olacağını düşünüyorum.

Sonuç olarak görülmektedir ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında bazı aksaklıklar çıksa da, bu aksaklıklar uygulamaların sayısı arttıkça giderilmekte ve içtihat birliği sağlanabilmektedir. Mevcut çelişkili yorumların ise, eski Kanun sistematığıne alışmış hukukçularımızın, yeni Kanun sistematığıne uyum sağlamadaki zorluktan kaynaklandığını düşünüyoruz.

Kasten Öldürme Suçlarında Bağlılık Kuralı*

Eyüp YEŞİL**

1- GENEL OLARAK

Çok failli olmayan suçlar bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden çok kişi tarafından da işlenebilir. Bu suç tiplerinde fail genellikle “her kim”, “kimse”, “bir kimse” veya “kişi” terimleri ile gösterilir. (1) Bu suç tiplerinde suç ortaklarının sorumluluk statüleri iştirak hükümleri doğrultusunda belirlenecektir.

Suçta iştirak 765 sayılı Ceza yasasında “asli iştirak” ve “fer’i iştirak” olarak düzenlenmişken, asli iştirak, asli maddi iştirak (m.64/1) ve asli manevi iştirak (m.64/2) olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayrımında fiili irtikap etme ve doğrudan doğruya birlikte işleme, asli maddi iştirak şekilleri olarak öngörülmüştür. Azmettirme ise asli manevi fail olmayı gerektirmektedir.

Tek tek sayılmak suretiyle belirlenen fer’i iştirak (m.65) hallerinde ise cezadan indirim yapılması yöntemi benimsenmiştir. Zorunlu fer’i iştirakte (m.65/son) indirim yapılmamaktadır.

5237 sayılı yasanın sisteminde asli iştirak ve fer’i iştirak ayrımı kaldırılmıştır. Sistem değişikliği, madde gerekçesinde; “eski sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Eski sistemde suça iştirak eden kişilerin çoğu zaman asli fail olarak mı, fer’i fail olarak mı sorumluluğu gerektiği duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanamamaktadır. Halbuki yeni sistemde kişinin katkısının suçun gerçekleştirilmesine etkisi bir bütün olarak

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** *Yargıtay 1. Ceza Dairesi Üyesi*

değerlendirildiğinde, diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişi üzerine ortak hakimiyet kurup kurmadıkları rahatlıkla anlaşılabilir. şeklinde izah edilmiştir.

Suçta iştirak faillik ya da şeriklik olarak iki şekilde tezahür etmektedir.

Ceza normunda yasaklanan haksızlığı yalnız başına gerçekleştiren kişiye “doğrudan” ya da “müstakil” fail denir. (2)

Kanunda tanımlanan haksızlık birden fazla suç ortağı tarafından gerçekleştirilirse müşterek faillik söz konusudur. (m.37/1) Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icrai hareketleri birlikte gerçekleştirilmekte dolayısıyla fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurulmaktadır.(3)

Dolaylı faillikte ise kişi suçu bir başkası vasıtasıyla gerçekleştirir. (m.37/2)

Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, suçun işlenişine bulunduğu katkı suçun kanuni tanımına uygun olmayan diğer suç ortaklarının da gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri gerekir. (4) Suçun işlenişine bulunduğu katkı kanuni tarifteki haksızlığı gerçekleştirmeye diğer suç ortaklarına şerik denmektedir. Kanunun şerikliğe ilişkin genel hükümleri (m.38-39) **sorumluluk alanını genişleten hükümler** olarak telakki edilmektedir.(5)

Azmettirme ve yardım etme olarak iki farklı görünüş şeklinin söz konusu olduğu şeriklikte, suç ortaklarının gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri ancak **bağlılık kuralı** vasıtasıyla mümkün olabilecektir.

2- BAĞLILIK KURALININ DÜZENLENİŞİ:

TCK 40. madde de, (1) “Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu Suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren ya da yardım eden olarak sorumludur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebüs aşamasına varmış olması gerekir.”

Fail kanuni tarife uygun haksızlıkla doğrudan temas halinde olmasına rağmen, şerik bu ilişkiyi ancak fail aracılığıyla gerçekleştirmektedir. İcra ettiği fiil ilgili suç tanımıyla korunan hukuki değeri ihlal mahiyetinde olan ve ancak suçun kanuni tarifine uygun haksızlık niteliğine varmayan şerik fail ile doğrudan ilişki halindedir. (6) Bağlılık kuralı şerikin söz konusu haksızlıktan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece; fiil üzerinde hakimiyet kuramadığı veya özel faillik vasfını bünyesinde taşımadığı için fail olamayan suç ortağı bağlılık kuralı vasıtasıyla gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmektedir. Bu yönü itibariyle bağlılık kuralının çifte fonksiyonundan bahsetmekteyiz. Şeriklik halinde cezalandırılabilirliğin dayanağını teşkil eden bağlılık kuralını söz konusu fonksiyonun ifade edilebilmesi için; esas fiilin bir haksızlık ifade etmesi başka bir deyişle mutlaka kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir ve yeterlidir. Kanuni tarife uygun fiili gerçekleştiren suç ortağının yani failin ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Keza cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran şahsi sebepler ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğururlar.(7)

Suçun objesiyle doğrudan teması olmayan şerik ancak bu kuralla haksızlıktan sorumlu olacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise; özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyanların fail olacağı, diğer kişilerin ise ancak suça yardım eden ya da azmettiren olarak katılabileceği düzenlenmiştir.

Bağlılık kuralı, özgü suçun özel faillik vasfını taşıyan kişiyle bu vasfı taşımayan kişinin iştirakiyle işlenmesi halinde, özel faillik vasfını taşımayan kişinin bu suçtan dolayı şerik olarak sorumluluğunu sağlamak yönünde bir fonksiyon icra etmektedir. Bağlılık kuralının çifte fonksiyonu gereğince özel yükümlülük altında bulunmayan kişi, özel yükümlülük altında bulunan bir diğer kişinin işlediği özgü suça iştirak etmesi halinde bu suçtan ancak şerik olarak sorumlu tutulacaktır.

Özgü suç; belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlardandır.

Suçun temel şekli bakımından failde insan olmanın dışında bazı nitelikler aranmışsa “gerçek özgü suç” söz konusudur. Zimmet ve işkence gibi, sadece kamu görevlilerinin fail olduğu suçlardandır.

Suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilmekte birlikte failde belli özellikler aranıyorsa “görünüşte özgü suç”(8) söz konusudur. Kamu görevlisinin belgede sahteciliği, öldürmenin eşe, kardeşe,altsoy veya üstsoya karşı işlenmesi gibi, bu suçlarda fail ancak belli bir sıfatı taşıyan kişiler olabilmekte diğer kişiler ise suça şerik(azmettiren veya yardım eden) olarak katılabilmektedirler.

Bu itibarla da bağıllık kuralı şeriklik halinde cezalandırılabilmenin dayanağını oluşturmaktadır.

Bağıllık kuralının gereği olarak şeriklik halleri haksızlık içeriklerini failin işlediği fiilden aldığına göre bu fiilin en azından icrasına başlanmalıdır ki, iştirak yoluna gidilebilsin. Bu nedenle maddenin 3. fıkrasında niceliksel bağıllık kuralına yer verilmiştir. Buna göre suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. (9)

765 sayılı TCK da bağıllık kuralına yer verilmediği için, suçun unsurlarının yanı sıra kişisel ağırlatıcı nedenler ve fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere sirayetine yer verilmiştir. İştirak halinde işlenen suçlar yönünden, suç ortaklarının sorumlulukları aşağıdaki maddeler kapsamında değerlendirilmekte idi;

TCK 66. maddede kişisel ağırlatıcı nedenlerin, 67. madde de ise fiili ağırlatıcı nedenlerin sirayet düzenlenmişti.

Şahsa bağlı ağırlatıcı nedenlerin suç ortaklarına sirayeti için vukuf şartı aranmıştır. Fiile bağlı ağırlatıcı nedenlerin sirayeti bakımından bilmeme savunması dikkate alınmayacaktır. Zira fiili gerçekleştiren fail zaten fiilden haberdardır. Örneğin yakarak öldürme olayında fiile bağlı ağırlatıcı neden olduğu için suç ortağına sirayet edecektir. Kişinin babasını öldürmesi veya kan gütme saiki ile öldürme ise şahsa bağlı ağırlatıcı neden olduğu için suça iştirak eden bu nedeni biliyor ise nitelikli halden sorumlu olacaktır. Tasarlama ile öldürmenin fiile bağımlı yoksa şahasa bağımlı olduğu uygulama ve teoride tartışmalıdır. Yeni TCK da bu hükümlere yer verilmeyip konu bağıllık kuralı kapsamında çözüme kavuşturulmuştur. Bağıllık kuralı ile nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayeti konusunu kapsamadığı veya düzenlemenin yetersiz olduğu eleştirisi doktorinde bir kısım yazarlar tarafından yapılmıştır(10)

Bağlılık kuralı gereğince ‘şeriklerin sorumluluğunun failin fiiline bağlı olması.’ TCK 40. maddenin birinci fıkrasının kaleme alınışında yeterince açıklıkta ifade edilmemesi karşısında uygulamada tereddütler yaratmış, nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayetini kapsamadığı düşüncesiyle aşağıda görüleceği üzere eski ceza kanunu etkisiyle 1.CD. de farklı kararların verilmesine sebebiyet vermiştir.

3- BİRİNCİ CEZA DAİRESİNİN UYGULAMALARI:

1- A. Bir suçun delillerini gizlemek için C’yi öldürür,

B. Silah temin ederek yardımda bulunmuştur,

B. Nitelikli hali biliyorsa, failin fiilinden sorumlu olacağından TCK 82/1-h, 39. maddeler gereğince, bilmiyorsa suçun temel şeklinden TCK 81/1 ve 39 maddeleri gereğince cezalandırılacaktır.

2- A, babası C’yi zehirleyerek öldürür.

B de zehir temin ederek yardım eder.

fiili bilmekte ve özgü suçun failinin fiiline bağlı olduğundan,

basit öldürmeden değil TCK 82/1-d maddesindeki tanımlanan suça yardım eden olarak sorumludur.

3- A ile B, müşterek fail sıfatı ile A’nın kardeşi C’yi öldürürler. Faillerin sorumluluğu; A, görünüşte özgü suçun faili olduğundan, B’nin ise ölen C ile akrabalık ilişkisi bulunmayıp, özgü suça ancak şerik olarak katılabilecek (m.40/2) ise de “şerikliğe nazaran failliğin asliliği” kuralı gereğince kendi fiiline göre sorumlu olacaktır.

A nin eylemi TCK 82/1-d maddesi gereğince,

B nin eylemi TCK 81/1 maddesi gereğince cezalandırılacaktır.

Maktulle akrabalığı bulunmayan ve TCK 40/2 maddesi uyarınca eşini öldürme suçunun faili olması mümkün olmayan sanık Nuri hakkında suçun niteliğinde yanılığa düşülerek sanık hakkında 82/1-a madde ve fıkrasının yanında TCK 82/1-d madde ve fıkranın uygulandığı anlaşılmakta ise de ceza miktarı dikkate alındığında bu durum yeniden yargılamayı gerektirmediğinden CMUK 322 maddesindeki yetkiye dayanarak sanık Yazgülünün tasarlayarak eşini öldürme suçundan TCK82/1-a, d sanık Nuri’nin ise tasarlayarak öldürme suçundan 82/1-a maddeleri uyarınca ayrı ayrı ağırlaştırılmış mü-

ebbet hapis cezası ile cezalandırılmalarına.(1. Ceza Dairesi 06.03.2012 tarih 2012/310 – 2012/1490 sayılı kararı)

4- A, babası B'yi öldürtmek için C'yi azmettirir.

Bağlılık kuralı gereğince A'nın sorumluluğunu gerektiren haksızlık muhtevası C'nin fiilinden kaynaklandığından ayrıca azmettiren işlenen suçun cezası ile cezalandırılması(m.38/1) gerektiğinden TCK 82/1-d maddesinden değil, öldürmenin temel şeklinden TCK 81/1 maddeden cezalandırılacaktır. Yüksek Yargıtay 1. CD bu sonuca farklı gerekçe ile ulaşmıştır.

Maktulle Besime'nin sanık Orkidenin babaannesi olduğu, maktulenin, Orkide ile Gökhanı uygunsuz vaziyette görmesi üzerine ailesine anlatacağından korkan Orkidenin sanık Gokhan'ı azmetirmesi sonucu, her iki sanığın birlikte maktuleyi öldürdüğü olayda; TCK 40/2 maddesi gözönüne alındığında, sanık Orkideden kaynaklanan şahsi ağırlatıcı nedenin suçun faili olan sanık Gokhana sirayet etmeyeceği düşünülmeksizin, sanığın kasten öldürme suçundan TCK 81/1 maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken, TCK 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (1. ceza dairesi 10.02.2010 T. 2009/2844 – 2010/758 sayılı kararı)

5- A ve B karı koca, Bayan A, eşi B'nin öldürülmesi için evde bulunma zamanını C ye bildirerek kapıyı açık bırakır, gizlice eve giren C, B nin arkasından yaklaşarak bıçak darbeleri ile öldürür. C ye yardım eden A 'nın sorumluluğu değerlendirildiğinde; B ile C arasında "eş" ilişkisi olmadığından, A'nın sorumluluğu C'nin fiilinden kaynaklandığından TCK 81/1 ve 39 maddeler gereğince cezalandırılacaktır.

6- Bayan B, eşi E'yi öldürmesi için sevgilisi S'yi azmettirmişse S ile E arasında eş ilişkisi olmayıp görünüşte özgü suç niteliğindedir. S özel faillik niteliği taşımadığından suçun temel şeklinden 81/1 den cezalandırılmalıdır. B'de TCK 38. maddeye göre işlenen suçun cezası ile cezalandırılması gerektiğinden 82/1-d, değil 81/1 den cezalandırılacaktır.

1. CD si farklı görüştedir, Yüksek daireye göre; B eşini öldürtmeye azmettirdiğinden 38. madde yollamasıyla 82/1-d, 35 maddeleri gereğince, S ise 81/1 ve 35. maddeler gereğince cezalandırılmalıdır.

Sanık Mehmet Cabbar'ın, kızı Ebru'yu öldürmesi için sanık Şehmuz'u azmettirdiği, sanık Şehmuz'un bıçakla Ebru'ya vurarak öldürmeye teşebbüs ettiği olayda, sanık Şehmuz ile mağdure arasında akrabalık bağı bulunmadı-

ği 5237 sayılı TCK'NIN 40/2 madde hükmüne göre TCK 82/1-d maddesinin uygulanamayacağı gözetilmeksizin, TCK 81 maddesinin uygulanması gerektiğinden hükmün bozulmasına. Sanık Mehmet Cabbar TCK 82/1-d ve 35 maddeleri gereğince cezalandırılmıştır. (1 CD. 23.8.2008 tarih 2007/9263-2008/6219 sayılı karar.)

7- 6. örneğin tersi durumunda yani S'nin, B yi azmetirmesi halinde B eşi E yi öldürürse her ikiside TCK 82/1-d maddesi gereğince cezalandırılacaktır.

4- SONUÇ:

Görüldüğü üzere bağlılık kuralının uygulanmasında, müşterek fail sıfatı ile işlenen suçlar yönünden, öğreti ile 1 CD dairesinin uygulamaları arasında fark yoktur. Ancak sanıkların şerik olarak katıldığı suçlarda bir kısım içtihatlarda öğreti ile daire uygulaması arasında farklılıklar olup bu konu henüz Yargıtay Ceza Genel Kurulunun gündemine gelmemiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere uygulamadaki tereddüt TCK 40/1. fıkradaki düzenlemenin yeterince açık olmamasından kaynaklanmaktadır. Ancak son dönemde dairemizden çıkan kararların doktrinindeki çoğunluk görüşüne uygun olduğu görülmektedir.

Kaynakça

1. Gökçen- Balcı Kasten Adam Öldürme Suçları (181. Sf)
2. Gökçen- Balcı age(183. Sf)
3. Gökçen- Balcı age (183. Sf)
4. Özgenç Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 7.Baskı (497. Sf)
5. Özgenç age 7.Baskı (497. Sf)
6. özgenç age 497-498sf
7. Özgenç age 499sf
8. Önder, ceza hukuku dersleri 169 sf
9. Özgenç age 499sf
10. Hafizoğulları –Özen, TCK genel hükümler 358. s, İskender Salih Zeki, Yargıtay Dergisi 2011 Temmuz sayısı)

Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi*

*(The Assessments of Case Law of Court of Cassation in respect
to Special Appearance Forms of Crime)*

Mahmut KOCA**

Öz

Bu çalışma ile yeni TCK'nın teşebbüs, iştirak ve içtimaya ilişkin hükümlerinin uygulamaya ne ölçüde taşındığını incelemek amaçlanmaktadır. Ancak suçun özel görünüş biçimleri konusunu genişliği dikkate alındığında bu çalışma, Yargıtay kararları dahilinde konuyu ele almayı amaçlamıştır.

Anahtar kelimeler: Teşebbüs, İştirak, içtima, İçtihat

Abstract

This study aims to indicate how significant are special appearance forms of crime such as attempt and participation to crime, and concurrence. However, its scope is limited by the case law of Court of Cassation seeing that the issue of special appearance forms of crime has a broad concept.

Keywords: Attempt, participation to crime, concurrence, case law

* Geliş Tarihi: 01. 06. 2014, Kabul Tarihi: 21. 12. 2015.

** Prof. Dr., İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

I. GENEL OLARAK

Suçlar, yapısal unsurlarındaki farklılıklar nedeniyle, genelde kasıtlı, taksirli ve ihmali suçlar olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutularak incelenir. Ceza hukukunda suç teorisi, kasten, icrai hareketle işlenen, tamamlanmış suçlar esas alınarak oluşturulur. Bunun dışında kalan taksirli ve ihmali suçlar, suçun diğer görünüm şekilleri olarak kabul edilir. Nitekim TCK'ya baktığımızda, suçların büyük bir kısmının kasten, icrai hareketle işlenen ve tamamlanmış suçlar şeklinde tanımlandığı görülür.

Ancak ister icrai, ister ihmali hareketle işlensin, kişinin davranışı belli bir suçun kanuni tanımına uygun olmadığı halde kanuna konulan özel hükümlerle cezalandırılması yoluna gidilmektedir. Bir başka deyişle cezalandırılabilirliğin alanı sadece tipik fiillerle sınırlandırılmamakta, tipe uygun olmayan fiillere de teşmil edilmektedir. Örneğin suça teşebbüse (TCK m. 35) ve iştirake ilişkin (TCK m. 38, 39) hükümler bu niteliktedir. Diğer taraftan, kanuni tanıma uygun her fiilden dolayı faile ceza verilmesi gerektiği halde, yine kanuna konulan özel hükümlerle faile işlediği suç sayısınca değil, tek ceza verilmesi yoluna gidilmektedir (TCK m. 43, 44). İşte cezalandırılabilirliğin alanını genişleten ve sınırlandıran bu hükümler, "suçun özel görünüş şekilleri" olarak adlandırılmaktadır.

Yeni TCK'nun teşebbüs, iştirak ve içtimaya ilişkin hükümleri, benimsenen suç teorisine uygun olarak, 765 sayılı mülga TCK'dan oldukça farklılık taşımaktadır. Yeni Kanunun yürürlüğe girmesinin üzerinden dokuz yıl geçmiştir. Kuşkusuz, mülga Kanunun yaklaşık seksen yıldır uygulanmasının ortaya çıkardığı alışkanlıkları ve kabulüleri terk etmek kolay değildir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın, dokuz yıllık süre içerisinde, teşebbüs, iştirak ve içtima konularıyla ilgili olarak verdiği kararların büyük çoğunluğunda, yeni TCK'nun kabul ettiği hükümlerin arkasında yatan teorik esasları benimseyerek uygulamaya taşımak için yoğun çaba sarf ettiği görülmektedir.

Bu tebliğin konusunu yeni TCK'nun teşebbüs, iştirak ve içtimaya ilişkin hükümlerinin uygulamaya ne ölçüde taşındığını incelemek oluşturmaktadır. Ancak bu kadar geniş bir konunun bir tebliğ çerçevesinde ayrıntılarıyla tartışılması mümkün olmayacağından, burada

yalnızca dikkatimizi çeken ve tartışmaya değer gördüğümüz konulara ilişkin içtihatların değerlendirilmesi yapılacaktır.

II. TEŞEBBÜS

1. Kastın varlığı

Suçta teşebbüse ilişkin hükümler, ancak *kasten* işlenen suçlarda uygulanabilir. Doğrudan kastla işlenen suçlarda bir tartışma bulunmamakla birlikte, olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında bir birlik bulunmamakla birlikte, yeni TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararların büyük çoğunluğunda olası kastla işlenen suçlara teşebbüs kabul edilmemektedir. İsbetli bulduğumuz bu görüşe göre, olası kastın bulunduğu hallerde sorumluluk neticeye göre belirlenmeli; teşebbüs nedeniyle uygulama yapılmamalıdır¹. Aksi bir anlayış ceza sorumluluğunun katlanılmaz şekilde genişlemesine yol açacaktır. Yargıtay, yerel mahkemelerin olası kastla öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurmalarını yasaya aykırı gö-rerek bozmaktadır².

Yargıtay neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara teşebbüsü kabul etmediği gibi³, objektif cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçlara teşebbüsün de cezalandırılmayacağı⁴ görüşündedir.

¹ "Sanığın tabanca ile etkili mesafeden mağdur Muhammet'e ateş etmesi sırasında, mağdurun yanında bulunan üçüncü kişilerin de isabet alarak ölebilecekleri veya yaralanacaklarını öngörmesi karşısında, diz altından isabetle yaralanan mağdur Mustafa'ya yönelik eylemin, kastı neticenin belirleyeceği kuralı gereğince, olası kastla silahla yaralama suçunu oluşturduğu anlaşıldığı halde öldürmeye teşebbüsten hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir (Y. 1. CD., 8.10.2008, 3143/6846; aynı yönde Y. 1. CD., 5.7.2006, 902/2966; Y. 1. CD., 10.4.2007, 5922/2559; kararlar için bkz. **Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 1, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 1017, dn. 1345).

² Y. 1. CD., 17.10.2012, 2009/3857 E., 2012/7680 K. (**Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2. Baskı, C. 1, s. 1049).

³ "Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması nedeniyle teşebbüsün suç işleme kastına ilişkin şartının gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenme-

2. İcra hareketlerine başlanması

Suçta teşebbüsten bahsedilebilmesi için failin kastının belirlenmesi yeterli değildir. Bununla birlikte failin, kastettiği suçun kanuni tanımındaki fiilin icrası kapsamında bir davranışta bulunması da gerekir. TCK, suçun **doğrudan doğruya icrasına başlanmış olmasını** esas almaktadır (m. 35). Bir başka deyişle TCK'da icra hareketlerine başlama konusunda objektif esaslardan hareket edilmesi gerektiği kabul edilmekte, sırf failin kastını ortaya koyan hareketlerin yapılmış olması tek başına yeterli görülmemektedir.

Hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımı konusunda Yargıtay da, objektif görüşten hareket ettiğini çeşitli kararlarında belirtmektedir. Ancak doğrudan doğruya icraya başlama ölçütünün somut olayda ne şekilde anlaşılması gerektiği ve cezalandırılabilen davranışın ne zaman başlayacağı hususunda tereddütler yaşanmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (YCGK) kararına konu olan bir olayda, yargı mercileri arasında sanığın fiilinin hırsızlık suçunun icra hareketi mi, hazırlık hareketi mi olduğu konusu tartışılmıştır. Olay şöyledir: 08.01.2006 günü gece saat 05.30 civarında 17 yaşında olan sanık, üç arkadaşıyla birlikte, bir gıda deposunun kepenklerindeki asma kilitleri elindeki boru anahtarını ile açmak ister. Kepenkteki altı kilitten iki tanesini çıkarttıktan sonra işyeri sahibi ve kardeşinin depoya gelmesi üzerine diğer dört taneyi açmadan kaçmaya başlayan sanık, müşteki ve kardeşi tarafından yakalanır ve çevredeki vatandaşların da yardımı ile polise teslim edilir.

Bu olayla ilgili olarak sanık hakkında hırsızlık suçuna teşebbüs (m. 142/1-b) ve mala zarar verme suçundan (m. 151) cezalandırılması talebiyle dava açılır. Yerel Mahkeme yargılama sonunda mala zarar

diğinden, bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden sanığa verilen cezadan TCK'nun 35. Maddesi ile indirim yapılması kanuna aykırıdır." (Y. 5. CD., 20.05.2008, 3349/4695; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1018).

⁴ "Sanığın eyleminin hukuka aykırı olduğu kabul edilse dahi, 257. Maddenin öngördüğü mağduriyet, kamu zararı ya da kişilere haksız kazanç sağlama hususları gerçekleşmediğinden, sanığın cezalandırılması olanağı yoktur. Objektif cezalandırma koşulu öngören suçlarda teşebbüsten söz edilemez" (Y. 4. CD., 1.5.2008, 21/10; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1020).

verme suçundan şikayetden vazgeçme nedeniyle düşme kararı verir. Hırsızlık suçuna teşebbüsten ise icra hareketlerine başlanmadığı ve fiilin hazırlık hareketleri niteliğinde kaldığını belirterek beraat kararı verir. Yargıtay Ceza Dairesi ise hırsızlık suçuyla ilgili olarak verilen kararı bozar ve olayda hırsızlığa teşebbüsün bulunduğunu belirtir. Yerel Mahkemenin kararında direnmesi üzerine sorunu ele alan YCGK da, özel dairenin bozma kararının isabetli olduğunu, yerel mahkemenin direnme hükmünün hukuka aykırı olduğunu belirtir ve bozulmasına karar verir. YCGK, kararında, “*yasanın benimsediği objektif teori esas alındığında, mağdura ait işyerinin önüne gelen ve işyeri kepenginin altı adet asma kilidinden iki tanesini kırarak açan, diğerlerini de açmak için uğraşırken yakalanan sanığın, mağdurun taşınır malını koruduğu egemenlik ve tasarruf alanına bizzat müdahale ederek, işlemek istediği hırsızlık suçunu gerçekleştirmeye elverişli hareketleri yaptığı, gece sayılan zaman dilimi içinde işyeri binasına hırsızlık amacıyla girmek için kepenk kilitlerini kırmak suretiyle suçun yasal tanımında, unsur ve nitelikli hal olarak belirtilmiş davranışları gerçekleştirerek elverişli hareketlerle doğrudan icraya başladığını*” kabul etmiştir⁵.

Bu kararda, çoğunluk görüşüne katılmayan altı üye olayda hırsızlık suçuna teşebbüsün şartlarının gerçekleşmediğinden yerel mahkeme direnme hükmünün onanması gerektiği yönünde görüş belirtmişlerdir. Bu üyelere göre (S. Bakıcı, M. Şahin) hırsızlık suçunun icra hareketi *almak* olduğundan ve sanık tarafından henüz taşınır malı almaya yönelik bir hareket bulunmadığından olayda suça teşebbüs yoktur. Hırsızlık düşüncesi yeterli değildir, olayda sanığın hırsızlık suçuna ilişkin yakınlık gösteren ve bağlantılı bulunan hareketleri bulunmamaktadır. Konutta hırsızlık suçu için işlenmesi zorunlu olan konut dokunulmazlığını bozma suçu henüz işlenmediğinden ve bu suça teşebbüsün de oluştuğu kabul edilmeden, mala zarar verme fiilinden sonra işlenmesi gereken suç atlanarak ilk suç ile en son suç olan hırsızlık suçuna teşebbüsten söz edilemez.

Kanaatimizce de karara konu olayda failin hırsızlık kastının varlığı belirlenmiş olsa bile, işlediği fiili hırsızlık suçunun kanuni tanı-

⁵ YCGK., 22.5.2012, 2011/6-340, 2012/209 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1059-1063).

mına göre doğrudan icraya başlama olarak kabul etmek güç gözük-
mektedir. Zira sanığın kepengin kilitlerini kesmesi, dükkan içindeki
taşınır malın alınması bakımından henüz belirleyici değildir ve alma-
ya uzak hareketlerdir. Olayda tamamlanmış mala zarar verme ve
teşebbüs aşamasında kalmış konut dokunulmazlığını ihlal suçu ol-
mak üzere iki suç vardır. Bu suçlar ve kabul edildiği şekilde hırsızlığa
teşebbüs suçları tek fiille işlendiği için, farklı neviden fikri içtima hü-
kümüne göre (TCK m. 44) faillerin sorumluluğunun belirlenmesi
isabetli olurdu⁶.

3. Elverişli hareketler

Teşebbüsün diğer bir koşulu da elverişli hareketlerin varlığıdır.
Fiilin kastedilen suçu meydana getirmeye elverişli olması gerekir.
Fiilin suçun kanuni tanımındaki neticeyi meydana getirmeye elverişli
olmaması halinde, suça teşebbüsten bahsedilemez.

Elverişlilik değerlendirmesi yapılırken somut olayın koşulları
göz önünde bulundurulmalıdır. Bu değerlendirme olayın oluş şartla-
rına göre ex ante yapılmalıdır. Somut olayda fiilin neticeyi meydana
getirmeye elverişli olmasına rağmen, neticenin gerçekleşmemesi ha-
linde kastedilen suça teşebbüsten ceza verilmelidir⁷.

Belirtmek gerekir ki Yargıtay, pek çok eski tarihli kararında elve-
rişliliğin mutlak ve nispi oluşuna göre ayırım yaparak sorumluluğun
belirlenmesi yoluna gitmekteydi⁸. Hatta suçun konusuyla ilgili olarak
da bu değerlendirmede bulunmaktaydı⁹. Yargıtay'ın bu konularla
ilgili yeni tarihli kararlarına rastlamadık. Eski içtihatların, yeni

⁶ Kararın eleştirisi ve aynı yönde görüş için bkz. **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, Eylül 2013, s. 459, dn. 851.

⁷ Bu nedenle Yargıtay'ın şu kararına katılmamaktayız. "Sanığın silahını Ahmet Doğuş A.'ya doğru yönelttiğini, adı geçeninin kaçmaya başlaması üzerine tetiği çektiğini ancak silahın patlamadığını bildirmeleri karşısında, fiil silahla yaralama teşebbüs olup şikayete bağlı bulunmadığı gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir" (Y. 3. CD., 5.11.2012; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1051).

⁸ Y.CGK., 18.4.1938, 169/388; Y.1. CD., 16.5.1963, 320/1134 (Sözür, Suça Teşebbüs, s. 188)

⁹ Y. 6. CD., 14.6.1983, YKD, Ekim 1983, s. 1543 (**Özgenç**, Genel Hükümler, 9, s. 466-467).

TCK'nın anlayışıyla bağdaştırılması zordur. Özellikle suçun konusunun mutlak veya nispi olarak elverişsizliğinden söz etmek hatalıdır. Zira suçun konusu bir olayda ya vardır; ya da yoktur. Bulunmuyorsa suça teşebbüsü kabul etmek mümkün değildir (işlenemez suç)¹⁰.

III. SUÇA İŞTİRAK

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin bu tebliğin yayına hazırlanması sırasında elimize geçen iki yeni kararında¹¹, yeni TCK'nın iştirake ilişkin düzenlemelerinin teorik arka planı ve iştirake ilişkin hükümlerin kapsamı çok net bir şekilde ortaya konulmuştur. Yargıtay bu kararlarında, iştirakin hukuki mahiyetine, iştirak şekillerine, iştirak şekillerinin belirlenmesinde esas alınan ölçüte ve bunların içeriğine ve koşullarına ilişkin yeni TCK'nın benimsediği sisteme uygun ve madde gerekçelerini de ihtiva eden oldukça doyurucu açıklamalara yer vermiştir. Bu içtihatların, bundan sonra verilecek kararlarda esas alınması gerekir.

Yargıtay, müşterek faillik konusunda mülga 765 sayılı TCK'nın "fiili birlikte irtikap edenler", "fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler" ve "zorunlu ferî şerikler" şeklindeki ayrımını terk etmiş, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet kuran herkesi müşterek fail olarak kabul etmiştir. Yeni Kanununun müşterek failliğin varlığını belirlemede kişinin fiilinin tek başına ifade ettiği fonksiyonun değil, diğer faillerle birlikte fiilin işlenmesindeki rolünün esas alınacağı belirtilmiştir^{12 13}. Kuşkusuz bazı kararlarda, iştirake iliş-

¹⁰ Bkz. **Mahmut Koca/İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Ağustos 2013, s. 404-405.

¹¹ Bkz. Y. 1. CD., 25.06.2014, 2014/1428 E., 2014/3654 K.; Y. 1. CD., 25.06.2014, 2013/3531 E., 2014/3655 K. (kararlar yayınlanmamıştır. Kararların temininde gösterdiği yardımdan dolayı Yargıtay 1. Ceza Dairesi üyesi sayın Muzaffer Özdemir'e çok teşekkür ederiz).

¹² Bkz. Y. CGK., 2.2.2010, 2009/1-239 E., 2010/14 K.; Y. CGK., 3.7.2012, 2012/6-134, 2012/270; Y. CGK., 6.3.2012, 2011/1-345, 2012/73. (**Özgenç**, Genel Hükümler, s. 485-486).

¹³ "Sanık Seyfullah B.'in aralarında anlaşma gereği gözcülük yapmak suretiyle TCK'nın 37/1. Maddesinde tanımlandığı üzere suça fail olarak katıldığı halde, yardım etmeden faydalandırılarak TCK'nın 39. Maddesinin yersiz tatbiki, bozmayı gerektirmiştir (Yarg. 13. CD., 4.7.2012, 2011/12550, 2012/15705; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1129).

kin hükümlerin somut olaya uygulanması ve suç ortaklarının sorumluluk statüsünün belirlenmesi hususunda sapsmalar yaşanmaktadır. Örneğin bir kasten öldürme olayında, fiilin işlenişi üzerinde müşterek hakimiyet tesis eden kişilerden birisi (araç sürücüsü) müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmuştur¹⁴. Ancak müşterek faillik konusunda isabetli kararları daha fazladır¹⁵.

Yargıtay nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişi konusunda da, yeni TCK'nin kabul ettiği **bağlılık kuralını** esas alarak kararlarını vermektedir. Yukarıda anılan 25.06.2014 tarihli kararlarında bu husus şu şekilde izah edilmiştir: *“Buna karşılık şeriklerin sorumluluğu doğrudan değildir, şerikler, suçtan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulurlar. Başka bir anlatımla, şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmektedir. Bu nedenle, şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiilden veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler”*.

Öncelikle fail ile mağdur arasında bulunan yakınlığın nitelikli hal olarak kabul edildiği hallerde (örn. TCK m. 82/1, d), müşterek faillerden hangisinde bu nitelikli hal varsa yalnızca onun nitelikli

¹⁴ Bkz. Y. CGK., 9.6.2009 tarihli ve 2009/1-10, 2009/149 kararı (Özgenç, genel hükümler, s. 489).

¹⁵ *“... sanıklar Bahattin, Hamdullah, İzzetin ve Mehmet Ş.ın maktulenin bulunduğu odaya girip, sanık Bahattin'in kapıyı tuttuğu bir esnada diğer sanıklardan Memduh ve İdris'in salonda bulunan müdahil ve tanıkların içeri girmelerini önlediği, sanık Ömer'in odanın penceresinin dışında beklediği ve sanık Mehmet Ş.'in ise kaleşnikof tüfek ile maktulenin saklandığı sandığa birçok kez ateş ederek öldürdüğü olayda, tüm sanıkların fikir ve irade birliği içerisinde ve fiil üzerinde ortak hakimiyet kurarak lekelendiğini düşündükleri namuslarını temizlemek amacıyla ve töre saiki ile maktuleyi öldürdükleri anlaşılmalı, sanıkların 5237 sayılı TCK.nun 37. Maddesi kapsamında suça müşterek fail yerine, aynı yasanın 39. Maddesi uyarınca yardım eden olarak katıldıklarının kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir”* (Y. 1. CD., 13.6.2012, 2012/1475, 2012/4900; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1129); *“sanıkların olay yerine, eylem ve irade birliği içerisinde mağdur Burhan'ı öldürmek için gittikleri, aralarında yaptıkları iş bölümü gereği sanık Mehmet E.ın tabancayla ateş ettiği, sanık Mehmet Z.nin de tabancasını çekerek kiraathanedekilerin müdahalesini engellemek suretiyle eylem üzerinde doğrudan hakimiyet kurup eylemi birlikte gerçekleştirdikleri anlaşıldığından, sanık Mehmet Z.nin fail olarak cezalandırılması yerine, yazılı şekilde suçun işlenmesine yardım eden olarak kabulü ile eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir* (Y. 1. CD., 12.4.2012, 2011/8069, 2012/2825; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1131).

halden sorumluluğu kabul edilmekte, diğer müşterek fail suçun temel şekliinden dolayı cezalandırılmaktadır¹⁶. “Suça iştirak ile ilgili olarak; uygulamada ortaya çıkan sorunların en önemlilerinden birisi şeriklerin sorumluluklarının kapsamının belirlenmesi ile ilgilidir: Müşterek fail işlediği haksızlıkla doğrudan muhatap olduğundan, onun cezalandırılabilmesi için başka bir kurala ihtiyaç yoktur. Bu nedenle suçu birlikte işleyen failler, kendi fiillerine göre cezalandırılırlar. Zira, müşterek faillerin her birinin fiili haksızlık niteliğini kendi fiilinden alır ve diğerine bağlılık arz etmez. Bu nedenle, müşterek faillerden birisinde bulunan nitelikli hal, diğerleri tarafından bilinse de onu etkilemez”¹⁷.

Yine, Yargıtay, birçok kararında, bağlılık kuralından hareketle, şeriklerden kaynaklanan kişisel nedenlerin diğer suç ortakları hakkında uygulanamayacağına karar vermektedir¹⁸. Buna karşılık Yargıtay kan gütme saiki, töre saiki gibi fiile bağlı nitelikli hal olarak vasıflandırılan hallerin şeriklere sirayet edeceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme azmettirenlerden kaynaklanan nitelikli hal olan kan gütme saikine ilişkin hükümlerin fail hakkında uygulanmasını hukuken aykırı bulmamıştır¹⁹. Belirtelim ki, fail veya müşterek failin, kast dışında amaç veya saikin manevi unsur olarak arandığı nitelikli hallerden, ancak bu saikle hareket eden müşterek fail sorumludur. Azmettiren de bulunan bu saikten, bu saikle hareket etmeyen faili sorumlu tutmak mümkün değildir.

Yargıtay, yukarıda anılan 25.06.2014 tarihli kararlarında nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişi konusunda bağlılık kuralını esas alarak değerlendirmede bulunmuştur. Buna göre kasten öldürme su-

¹⁶ Y. 1. CD., 30.4.2012, 2012/1264, 2012/3369 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1130).

¹⁷ Y. 1. CD., 25.06.2014, 2014/1428 E., 2014/3654 K. (yayınlanmamıştır).

¹⁸ “Sanık Saim M.’in öz babasını tasarlayarak öldürmeye azmettirme, sanık Semai B.’in tasarlayarak öldürme, sanıklar Yakup ve Nurdoğan’ın tasarlayarak öz babanın öldürülmesi suçuna **yardımcı fail** olarak katılma suçlarından mahkumiyetlerine dair hükümlerin CMUK.nun 322. Maddesi gereğince; a) 5237 sayılı TCK.nun 40/1-2 maddeleri gereğince, **şahsa bağlı ağırlatıcı nedenler** müşterek faille sirayet etmeyeceğinden sanık Semai B.’in hüküm fıkrasında 82/1 maddenin d bendinin çıkartılmasına,” (Y. 1. CD., 12.6.2008, 489/4996; (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1179).

¹⁹ Y. 1. CD., 01.07.2009, 5808/4145.

çunda 82. maddenin birinci fıkrasının d bendinde sayılan üstsoy, altsoy, eş ve kardeş ilişkisinden kaynaklanan nitelikli hallerin şeriklere sirayet edebilmesi için, şerik ile mağdur arasında anılan yakınlığın bulunmasının önemli olmadığını, fail ile mağdur arasında söz konusu yakınlığın bulunmasının ve şerik tarafından bu durumun bilinmesinin şart olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle olayda kardeşini öldürmesi için kızını azmettiren anneyi, fail ile mağdur arasında 82. maddede sayılan yakınlık ilişkisi olmadığından ve şerikin failinin failin şahsına bağlılık arz etmesinden dolayı, suçun temel şekli cezalandırılmıştır. Yargıtay'ın kararında bu anlayışı şu şekilde özetlenmiştir: "...ister fiilden, isterse failin veya mağdurun şahsından ya da özelliklerinden kaynaklanmış olsun, eylemin "nitelikli kasten öldürme" suçunu oluşturup oluşturmadığı faile göre belirlenir ve bu hal şeriklere sirayet ettirilir. Bu durum, TCK'nın 82. maddesinde sayılan tüm nitelikli haller için geçerlidir. Örneğin; (A) kendi babasını öldürmesi için (F)'yi azmettirdiğinde, suçun gerçekleşmesi halinde, her ikisi de 81. madde uyarınca sorumlu olurlar. Çünkü, failin işlediği suç "basit kasten öldürme" suçudur. Aksine, (F)'nin, (A)'yı, (A)'nın babasının öldürülmesine azmettirdiği durumda ise, hem (A)'nın, hem de (F)'nin "82/1-d" maddesi uyarınca nitelikli hallerden olan "yakın akrabayı kasten öldürme suçundan" sorumlu tutulması gerekir. Zira, failin işlediği suç "nitelikli öldürme"dir. Azmettiren ise, azmettirirken failin bu suçu işleyeceğini bilmektedir, (A)'nın babasını, (A) ile (F)'nin birlikte öldürmeleri haline gelince; bu durumda ikisi de müşterek fail olacaklarından, (A) nitelikli kasten öldürmeden, (B) basit kasten öldürmeden cezalandırılmalıdır. Buna göre somut olayda; Sanık G'nin, kızı olan C'yi, kardeşi olan A.y'ı öldürmeye azmettirdiği anlaşılmalı; sanık G. hakkında basit kasten öldürmeye azmettirmeden TCK'nın 38 ve 81. maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine bağlılık kuralına yanlış anlam verilmesi suretiyle nitelikli (akrabayı kasten öldürme) kasten öldürmeye azmettirmeden, TCK'nın 38 ve 82/1-d maddeleri uyarınca hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir" ^{20 21}.

²⁰ Y. 1. CD., 25.06.2014, 2014/1428 E., 2014/3654 K. (yayınlanmamıştır).

²¹ Bu çerçevede "somut olayda; sanıklar M ve K.'ın, maktule ile sanık Z'nin evli olduğunu bildikleri halde sanık Z'nin "eşini kasten öldürme" suçuna yardım et-

İcrai hareketle işlenen suça ihmali davranışla iştirak edilmesi konusunda Yargıtay ilginç bir karar vermiştir. Karar şöyledir: “Sanık Hacer’in yanında işçi olarak çalıştığı ve başkasıyla evli olduğunu bildiği sanık Zekeriya ile girdiği ilişki sonucu hamile kaldığı, olay tarihinde Hacer’in doğum sancılarının başlaması üzerine Zekeriya’nın aracı ile Hacer’i alarak hastaneye götürdüğü, hastanede bebeğin canlı olarak doğduğu, doğumdan sonra sanık Hacer ve Zekeriya’nın araca binerek çocuğu da alarak olay yeri olan ıssız mahalle götürdükleri, çocuğa ne yapacaklarını konuştukları, sanık Zekeriya’nın çocuğu öldüreceğini söyleyerek Hacer’in kucağından aldığı, Zekeriya’nın elleriyle çocuğu boğarak öldürdükten sonra götürüp dere kenarına gömdüğü olayda; sanık Hacer’in öldüreceğini söyleyerek çocuğu kucağından alan Zekeriya’ya engel olma konusunda bir çaba sarf etmediği, öldüreceğini söylediği halde bu duruma karşı sessiz kaldığı, Zekeriya’nın çocuğu öldürüp gömdükten sonra olay yerinden Zekeriya ile birlikte ayrıldığı anlaşılma ile, sanık Hacer’in eyleminin 5237 sayılı TCY.nun 39/2-c maddesi kapsamında yeni doğan bebeği kasten öldürme suçuna yardım etme niteliğinde olduğu kabul edilerek TCK.nun 82/1-d-e, 39, 62 ve 53. Maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, suç niteliğinde yanılığa düşülerek, öldürme suçunun müşterek faili kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayin edilmesi” hukuka aykırı bulunmuştur²².

Kararın hatalı olduğunu düşünüyoruz. Burada babanın icrai hareketle çocuğunu öldürmesi karşısında bunu önlemekle yükümlü bulunan annenin ihmali davranışı söz konusudur. İcrai hareketle işlenen bir suça ihmali davranışla müşterek fail olarak katılmak mümkün olmaz²³. Bu yönü itibarıyla karar doğrudur. Yine yükümlü

tikleri anlaşılma ile, TCK’nun 82/1-d,39 maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine bağlılık kuralına yanlış anlam verilme suretiyle kasten öldürme suçuna yardımdan, TCK’nun 81,39 maddeleri uyarınca hüküm kurulması, yasaya aykırı olup, sanık M. müdafii, sanık K. müdafii ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu nedenle tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak bozulmasına” karar verilmiştir.” (Y. 1. CD., 25.06.2014, 2013/3531 E., 2014/3655 K. (yayınlanmamıştır).

²² Y. 1. CD., 9.5.2012, 2011/6102, 2012/3766 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1168).

²³ Nitekim bu husus Yargıtay’ın yukarıda atıfta bulunulan 25.06.2014 tarihli 2014/1428 E. ve 2014/3654 K. nolu kararında da kabul edilmiştir: “Aralarında ira-

olduğu halde suçu önlemeyen annenin bu fiilinin icrai harekette bulunan kişiye yardım etme niteliğinde olduğunda da kuşku yoktur. Fakat annenin ihmali davranışı aynı zamanda onu 83. maddede düzenlenen ihmali davranışla işlenen kasten öldürme suçunun faili yapmaktadır. *Failliğin şerikliğe göre önceliği kuralı* gereğince olayda anneyi 83. maddeden dolayı sorumlu tutmak gerekirdi.

IV. SUÇLARIN İÇTİMAI

1. Zincirleme Suç

Yargıtay'ın zincirleme suçun koşullarından birisi olan aynı suçun müteaddit defa işlenmesi koşulundaki **"aynı suç"** kavramından neyin anlaşılması gerektiği konusundaki bir kararı dikkat çekicidir. TCK m. 43/1'de "Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır" denilmektedir. Bu hükme rağmen Yargıtay bir olayda hem resmi belgede sahtecilik hem de özel belgede sahtecilik suçunu işleyen fail hakkında zincirleme suç kuralını uygulamıştır. Yargıtay'a göre her ne kadar bu suçlar TCK'da farklı maddelerde düzenlenmiş olması nedeniyle gerçek içtima kuralı uyarınca cezalandırılmaları gerektiği ileri sürülebilirse de, *bu suçların korudukları hukuki değer in kamu güveni olması, her iki suçun geniş anlamda mağdurunun toplumu oluşturan tüm bireyler olması, unsurlarının tamamen benzer olarak düzenlenmesi de göz önüne alındığında*, resmi belgede sahtecilik suçu ile özel belgede sahtecilik suçlarının aynı suç olduğunun kabulü gerekir²⁴. Bu karar, TCK m. 43'deki aynı suç tanı-

de birliği oluşsa bile, sırf garantörlüğün yerine getirilmemesi suretiyle bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir. Burada kişi kendi ihmali suçundan sorumlu olur. Bunun sebebi de failliğin şerikliğe aslılığı prensibidir."

²⁴ "Sanıkların aynı suç işleme kararıyla, etkin bir iş bölümü, fikir ve eylem birliği içinde gazeteye iş ilanı vermek suretiyle mağdurların kimlik bilgilerine ulaşarak, bu bilgilerle fotoğraf dışında aslına uygun nüfus cüzdanları düzenleyip, üzerinde kendi fotoğraflarını yapıştırarak resmi belgede sahtecilik suçunu işlediklerini, bu nüfus cüzdanlarıyla daha önceden cep telefonu başvurusu ile onaylanmış olan kredileri almak için katılan bankanın şubelerine başvuruda bulunup, mağdurlar adına olmakla birlikte içeriği itibarıyla sahte kredi sözleşmesi düzenlenmesini sağlayıp, bu sözleşmeleri mağdurlara atfen imzalayarak özel belgede sahtecilik

mına aykırı olduğu gibi, iki suçun unsurlarının tamamen benzer olduğuna ilişkin düşünce de isabetsizdir²⁵. Her şeyden önce bu suçların konuları birbirinden farklıdır. Resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu “resmi belge”, özel belgede sahtecilik suçunun konusunu ise “özel belge” oluşturmaktadır. Yine resmi belgede sahtecilik suçu seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmişken, özel belgede sahtecilik suçu çok hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla unsurları birbirinden tamamen farklı olan bu suçların aynı suç sayılarak zincirleme suç kuralının kapsamına alınması isabetli olmamıştır.

Zincirleme suçla ilgili karşılaştığımız diğer bir sorun da, kuralda geçen “**değişik zamanlarda**” işlenmesi koşuluyla ilgili bulunmaktadır. Yargıtay zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için suçların mutlaka değişik zamanlarda işlenmesi gerektiğini belirterek, aynı mağdura, aynı zamanda, aynı suçun birden fazla işlenmesi halinde tek suçun oluşacağını kabul etmektedir. Özellikle resmi veya özel belgede sahtecilik suçlarında **sahte olarak düzenlenen belge sayısınca sahtecilik suçunun işlendiğinin kabulü yerine**, aynı anda birden fazla sahte evrakın düzenlenmiş olması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını ve bu hususun temel cezanın tayininde göz önünde alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Yargıtay kararında “aynı zaman” ve “değişik zaman” kavramları üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre bu konuda kanunda bir açıklık olmadığından her somut olayın özelliğine göre durum değerlendirilmeli fiillerin değişik zamanlarda işlenip işlenmediği belirlenmelidir. Bu bağlamda “aynı zamanda” kavramı dar yorumlanmayarak, çok kısa zaman aralıkları da aynı zaman dilimi olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan birden fazla belge üzerindeki sahteciliğin kısa zaman aralığında yapılmış olması ya da birden fazla sahte belgenin kısa zaman aralığında

suçunu işledikleri, sanıkların böylece aynı suç işleme kararıyla aynı mağdura karşı aynı suçu değişik zamanlarda işlediklerinin ve bir bütün halinde zincirleme şekilde resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılmaları gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. (Y. CGK., 5.6.2012, 15/491-219; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1265-1269). Bu karara konu olayda ilk derece mahkemesi sanıkların fiilinin resmi belgede sahtecilik ve özel belgede sahtecilik suçunu oluşturduğuna karar vermiş ve Özel Daire kararı onamış, Yargıtay C: Başsavcılığının itirazı üzerine YCGK yukarıdaki kararı vermiştir.

²⁵ Kararın eleştirisi için ayrıca bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 545, dn. 1096.

üretmiş olması halinde de bunların aynı zamanda düzenlendiğinin, başka bir ifadeyle “değişik zamanlarda” düzenlenmediğinin kabulü zorunludur”. Yargıtay, kararında, sanığın katılandan aynı anda aldığı birer milyar TL bedelli iki adet çekin keşide tarihlerini değiştirerek parafladığı ve arkasını ciro ederek beraat eden diğer sanığa olan borcuna karşılık verdiği olayda, sanığın suça konu iki adet çek yaprağı üzerindeki sahteciliği de dosya içeriği karşısında aynı zaman dilimi içinde gerçekleştiğinin kabulü gerektiğine karar vermiştir²⁶.

Bu içtihadın da hatalı olduğunu düşünüyoruz. Zira zincirleme suçun oluşabilmesi için, bir suçun birden çok defa işlenmesi gerekir. Bir fiilin aynı anda birden çok defa işlenmesi esasen mümkün olmadığından, aynı suçun kısa da olsa farklı zamanlarda işlenmesi zorunluluk arz etmektedir. İki adet çek yaprağının sahte olarak düzenlenmesi halinde, suça konu iki adet belgenin varlığı kabul edilmelidir. Bunlar kısa da olsa birbirini takip eden zamanlarda işlendiğinden, her bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi ayrı ayrı sahtecilik suçunu oluşturur. Bunlar aynı suç işleme kararıyla gerçekleştirildiğinde zincirleme şekilde belgede sahtecilik suçunun işlendiği sonucuna varılmak gerekir.

2. Fikri İçtima

Burada fikri içtimaya ilişkin hükümlerin uygulanması konusunda önemli bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Yargıtay, 765 sayılı Kanun döneminden beri, fikri içtimada fiilin tek olmasını, hareketin tekliği olarak anlamaktadır.

Bu konuyla bağlantılı olarak iki sorun üzerinde duracağız. Bunlardan birincisi TCK'nın 43. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemenin 44. madde bakımından da uygulanma alanı bulup bulmayacağıdır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi bu konuyla ilgili olarak, kanaatimizce isabetli bir çözüme ulaşmıştır. Yargıtay'a göre şayet tek fiille birden çok kişiye karşı kasten öldürme veya kasten yaralama suçu işlenmişse, aynı neviden fikri içtimanın varlığına rağmen, 43.

²⁶ Y. CGK., 8.6.2010, 2010/11-98 E., 2010/143 K. (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2. Baskı, Cilt 1, s. 1292-1294). Aynı yönde bkz. Y.CGK., 18.12.2012, 2012/11-999 E., 2012/1862 K.; Y. CGK., 4.10.2011, 2011/8-115 E., 2011/197 K.

maddenin 3. fıkrası gereğince her bir mağdura karşı işlenen suçtan dolayı fail ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Buna karşılık tek fiile bir kişi öldürülmüş, bir başka kişi yaralanmışsa farklı neviden fikri içtima nedeniyle sadece en ağır suçtan dolayı fail cezalandırılacaktır. Bu ihtimalde 43/3'ün uygulanması kıyas yasağını ve dolayısıyla kanunilik ilkesini ihlal edecektir²⁷.

Fikri içtima ile bağlantılı olarak üzerinde durmak istediğimiz diğer bir sorun, TCK m. 85/2 de düzenlenen özel içtima düzenlemesine ilişkin hükmün ne şekilde uygulanacağıdır. Sorun şudur; taksirli fiil sonucunda bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden çok kişi yaralanmışsa, fakat yaralanmalar 89. madde kapsamında şikayete tabi ise ve şikayet şartı gerçekleşmezse, failin 85. Maddenin birinci fıkrasından dolayı mı, yoksa 85/2 den mi cezalandırılacağına ilişkindir. Yargıtay böyle bir durumda failin 85/1 den dolayı cezalandırılacağına karar vermektedir²⁸.

Kanaatimizce 85. maddenin ikinci fıkrasında kendine özgü bir içtima şekli vardır. Tek taksirli fiille birden çok kişiye karşı taksirle öldürme veya taksirle öldürme ile birlikte taksirle yaralama suçları işlenmektedir. Bir başka deyişle, bu fıkra da, aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima hallerini birleştiren bir içtima şekline yer verilmiştir. Böyle bir durumda, şikayet şartı da aranmamıştır. Bununla birlikte uygulama, bu özel içtima hükmünün uygulanması gereken olaylarda neticeleri tekrar ayırmakta ve her bir neticeyi kendi maddesine tabi tutmaktadır. Böyle bir kabulün 85. Maddenin ikinci fıkrasıyla bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. Bu fıkra da kanun koyucu fiilin meydana getirdiği birden çok neticenin oluşturduğu ağır zarar durumunu göz önünde bulundurarak failin daha ağır cezalandırılmasını istemektedir. Buna rağmen uygulama kanuni düzenlemeye aykırı şekilde, yaralanan kişilerin şikayetçi olmadığından bahisle 85. Madenin birinci fıkrasını uygulamakla yetinmektedir.

Böyle bir durumda yaralanan kişilerin şikayetçi olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Önemli olan tek taksirli fiilin ölüm ve yaralama neticelerini birlikte gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespit

²⁷ Y. 1. CD., 29.04.2014, 2013/4663 E., 2014/2722 K. (yayınlanmamıştır).

²⁸ Y. CGK., 05.04.2011, 9-254/31 (Akçin ve diğerleri s. 425-426).

edilmesidir. Fiilin böyle bir zararı doğurması nedeniyle, daha ağır cezaya tabi tutulduğu kabul edilmelidir.

Bu tür olaylarda şayet zararlı neticelerden biri veya bir kaç failin yakınlarına karşı gerçekleşmişse, neticeler “münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından” mağdur olmasına yol açmadığı için, TCK m. 22/6’nın uygulanma kabiliyeti olmayacaktır. Bu olaylarda TCK m. 22/6 ancak tüm neticelerin münhasıran failin mağduriyetine yol açması halinde uygulanabilir.

Kaynakça

Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Ağustos 2013.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, Eylül 2013.

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 1, 2. Baskı, Ankara, 2014.

6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*

(Review of the Amendments by Act No. 6545 of the Provisions on Offenses against Sexual Immunity)

Handan YOKUŞ SEVÜK**

Öz

Türk Ceza Kanunu'nun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin hükümleri 18 Haziran 2014 tarihli 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değiştirilmiştir. Bu makalede 6545 sayılı Kanun ile değişik Türk Ceza Kanunu'nun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin hükümleri incelenmektedir. Bu değişiklikler kapsamında öncelikle suç siyaseti açısından cezaların ağırlaştırılması tartışılmaktadır. Daha sonra cinsel saldırı (TCK m.102), çocukların cinsel istismarı (TCK m.103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m.104) ve cinsel taciz (TCK m.105) suçları öğretideki görüşler ve uygulama dikkate alınarak ele alınmakta; son olarak da bu suçların cezalarının infazı açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cezaların ağırlaştırılması, suç siyaseti, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel taciz.

* Geliş Tarihi: 11. 11. 2015, Kabul Tarihi: 21. 12. 2015.

** Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Abstract

Turkish Criminal Code provisions relating to crimes against sexual immunity was amended by the Act Amending the Turkish Criminal Code and some Acts numbered 6545 dated June 18, 2014. In this article, the provisions amended through Act No. 6545 on crimes against sexual immunity is examined. In the amendments context firstly, aggravated the penalties are discussed in terms of crime policy. Then, taking into account to the critiques of doctrine and practices, sexual assault (TCC art.102), sexual abuses of children (TCC art.103), sexual intercourse between/with persons not attained the lawful age (TCC art.104) and sexual harassment (TCC art.105) are mentioned. Finally, the execution of the punishment of such crimes is reviewed.

Keywords: Aggravated the penalties, crime policy sexual assault, sexual abuse of children, sexual intercourse with minor, sexual harassment.

I. GENEL OLARAK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı bölümünde, cinsel saldırı (TCK m.102), çocukların cinsel istismarı (TCK m.103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m.104) ve cinsel taciz (TCK m.105) suçları düzenlenmiştir. Değişen ceza hukuku anlayışı ile bu suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölüm başlığı altında düzenlenerek cinsel özgürlük korunmuş olmakla birlikte, suçların kanunda düzenleniş şekli öğretide eleştiriye maruz kalmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun dokuz yıllık uygulamasında çıkan sorunlar, bu suçların işlenmesinin toplumda yarattığı infial dikkate alınarak 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla¹ bu suçlarda bazı değişiklikler yapılmış ve özellikle bu suçların karşılığında öngörülen cezaların artırılması söz konusu olmuştur. Bu makalede 6545 sayılı Kanun ile değişik Türk Ceza Kanunu'nun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin hü-

¹ 18 Haziran 2014 kabul tarihli, 6545 sayılı Kanun 28 Haziran 2014 tarihli 29044 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

kümleri uygulamada karşılaşılan sorunlar da dikkate alınarak değerlendirilmektedir².

II. CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA CEZALARIN ARTIRILMASININ SUÇ SİYASETİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir eylemin suç olarak düzenlenip düzenlenmemesi gibi, suç teşkil eden eylemler karşılığında öngörülen yaptırımın türü ve ağırlığı izlenen suç siyasetinin sonucudur. Ceza hukuku alanındaki suç siyaseti, ceza adaletinin görevinin belirlenmesi ve incelenmesinin yanında, öngörülen ceza normlarının uygulanması ile önleme ve iyileştirme olanaklarının belirlenmiş kontrolünü içerir. Suç siyaseti, bir yandan somut olay karşısında toplumun tutumunu, tepkisini, değerlerini, suç ile korunmak istenen hukuksal değeri dikkate alırken, diğer yandan da suçla mücadelede akılcı ve geliştirici bir takım şartların yaratılmasını ve sistematik bir stratejinin oluşturulmasını ifade eder. Ceza Kanunları bakımından, suç siyaseti itibarıyla en önemli hususlardan biri, bireyi korumakla yükümlü hukuk devletinin, sosyal güvenliği ve toplumsal adaleti sağlamak, toplumun adalet duygusunu incitmemektir, bunun için ise belirli fiillerin suç teşkil edip etmemesi ve suç karşılığı öngörülen cezanın ağırlığı hususunda, toplumun tepkisi önem arz eder³.

² Bu makalenin konusu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesince düzenlenen 31 Mayıs-1 Haziran 2014 tarihinde 9. Geleneksel Ceza Hukuku Günleri Kongresinde tebliğ olarak sunulmuş olup, yeniden gözden geçirilerek yayınlanmak üzere hazırlanmıştır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik öngören, Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı 9. Geleneksel Ceza Hukuku Günleri Kongresinin düzenlendiği 31 Mayıs-1 Haziran 2014 tarihinde TBMM’de görüşülmekteydi. Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı gerekçesi ile birlikte Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğüne 2165 sayılı ile 12.5.2014 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuştur. Tasarının kanunlaşması ve 28 Haziran 2014’de yürürlüğe girmesi sebebiyle kongrede tasarı dikkate alınarak yapılan tartışmalar, yeniden değerlendirilmektedir.

³ Suç siyaseti kavramı için bkz. Cihan Erol, “Demokratik Bir Toplumda Suç Siyaseti Kavramı”, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, 526; Bayraktar Köksal, “Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti”, İÜHFİM, C. LI, S.1-4, 1985, 46; Dönmezer Sulhi, Kriminoloji, 8. Bası, İstanbul 1994, 16 vd.

Sosyal gerçeklerden ayrı düşünülemez olan suç siyaseti, somut olayları dikkate alarak, suça karşı sosyal ve bireysel korunmanın nasıl sağlanacağını belirlemeye çalışır. Son yıllarda cinsel suçlardaki artış, toplumun bu suçlar karşısında gösterdiği tepki, kanunkoyucu-yu bu suçlarda cezaların artırılmasına yöneltmiştir.

Mağdurun şikâyeti üzerine cezalandırılan cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyi düzenleyen TCK m.102/1'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel şeklinde öngörülen ceza, iki yıldan yedi yıla kadar iken, 6545 sayılı Kanunla değişik 102 maddenin 1.fıkrasında cezanın beş yıldan on yıla kadar hapis cezası şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin düzenlendiği TCK m. 102/2'de, fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, eski düzenlemede yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, yeni düzenlemede bu suçun karşılığında, cezanın alt sınırı belirlenerek oniki yıldan az olmamak üzere hapis cezası öngörülmüştür.

Çocukların cinsel istismar suçunun düzenlendiği TCK m. 103/1'de çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüşken, 6545 sayılı Kanununun 59. maddesiyle değişiklik yapılarak, bu ceza sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası şeklinde düzenlenmiştir. Yine suçun nitelikli hali olan TCK m.103/2'deki cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda ise, değişiklikten önce suçun karşılığında sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası öngörülmüş iken, 6545 sayılı Kanun ile değişik m.103/2'de failin onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK m.104'de cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüşken, 6545 sayılı Kanununun 60. maddesiyle iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülerek ceza artırılmıştır.

Bu suçlar karşılığında öngörülen cezaların artırılması suretiyle, cezanın caydırıcılığı niteliğinden yararlanılmak istemiştir. Cezaların

bu şekilde artışı, TCK'nın 3. maddesinde düzenlenen, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenacağını ifade eden, suç ve ceza arasında orantılılık ilkesi bakımından eleştirilebilir. Elbette ki sadece suç karşılığında öngörülen cezaların ağırlaştırılmasıyla bu suçlarla mücadele sağlanamaz. Bununla birlikte cezaların ağırlaştırılmasının, cezanın genel ve özel önleme fonksiyonunun etkin hale gelmesinde, böylece toplumun adalete olan güveninin sağlanmasında etkisi söz konusu olacaktır. Ayrıca bu şekilde bir düzenlemenin, Türk Ceza Kanununun 1. maddesinde öngörülen toplumsal barışı koruma ve suç işlenmesini önleme amacının gerçekleşmesine de hizmet edeceği söylenebilir. Ancak bu hususun, kriminoloji, penoloji, sosyoloji, psikoloji gibi bilim dallarının multidisipliner bir çalışmasıyla doğrulanması gerekir. Adli sicil istatistiklerine bakıldığında, 765 sayılı TCK'nın 414, 418 ve 421. maddelerinde düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarının karşılığı olan 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 102 ve 103. maddelerinde cezalar mülga 765 sayılı TCK'ya nazaran daha ağırlaştırılmışken, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların işlenmesinde bir azalmanın olmadığı, hatta daha fazla işlendiği görülmektedir⁴. Dolayısıyla buradan yola çıkarak dahi, cezaların ağırlaştırılmasının cezanın caydırıcılığındaki etkisi sorgulanabilir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar için öngörülen cezaların artırılmasının, gerek bireyin cinsel özgürlüğünün korunması ve bu suçlarla etkin mücadele bakımından, gerek ise sosyal adaletin sağlanması bakımından yerindeliği tartışmalıdır. Nitekim sivil toplum kuruluşlarınınca bu düzenlemelere ilişkin eleştirilerde ve TBMM'de Kanunun görüşülmesi sırasındaki tartışmalarda, cezaların bu şekilde artışı yerine cinsel suçlarla mücadele için kurumsal mekanizmaların oluşturulması gerektiği, cezaların ağırlaştırılması karşısında hakimlerin doğal olarak ceza vermeme eğiliminde olacağı, failin suçunu örtmek amacıyla adam öldürme gibi işlediği suçtan daha ciddi suçlar işlemeye teşebbüs edeceği, cezadan kurtulmanın yolu olarak maddi

⁴ 2002 yılında cinsel saldırı suçundan dolayı açılan dava sayısı 4988 iken, 2012 yılında bu rakam 8144 dür. Çocukların cinsel istismarı suçundan 2002 yılında açılan dava sayısı 4592 iken, 2012 yılında bu rakam 17589 dur. Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2012/ist_tab.htm

yarar sağlama yoluna gideceği belirtilerek, cezaların ağırlaştırılması eleştirilmiştir⁵.

III. CİNSEL SALDIRI ve ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMAR SUÇLARI

1. Cinsel Davranış ve Cinsel İstismarın Sarkıntılık Düzeyinde Kalması

Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçu bakımından önceki hükümlerde yer almayan, fiilin daha hafif cezalandırılmasını öngören bir düzenleme, 6545 sayılı Kanunla öngörülmüştür. TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre; *"Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir."*⁶. Benzer düzenleme cinsel istismar suçu bakımından da öngörülerek, TCK'nın 103 maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine *"Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir."* hükmü eklenmiştir⁷. Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri, suçun temel şekline nazaran daha hafif cezalandırılmıştır. Maddenin gerekçesinde, bu düzenlemeye duyulan ihtiyacın gerek cinsel saldırı suçunun gerek ise cinsel istismar suçunun temel şekline ilişkin cezaların artırılması sebebiyle olduğu belirtilmektedir⁸.

Türk Ceza Kanunu'nun 102 ve 103. maddesindeki suçların oluşması için gerçekleştirilen hareketin objektif olarak şehvi olması yeterlidir; failin şehvi duygularını fiilen tatmin etmiş olması gerekmemektedir⁹. Maddenin 6545 sayılı Kanun ile değişiklikten önceki halinde, hareketin ani olmasının, tek veya birden fazla yapılmış ol-

⁵ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil4/ham/b10101h.htm>; ayrıca bkz. <http://www.bianet.org/bianet/kadin/156203-243-kadin-orgutu-cinsel-suclar-yasa-tasarisina-itiraz-ediyor>

⁶ TBMM'ne sunulan Tasarının 42. maddesine göre; *" Fiilin ani hareketlerle işlenmesi halinde iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilir."*

⁷ TBMM'ne sunulan Tasarının 43. maddesine göre; *" Fiilin ani hareketlerle işlenmesi halinde dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir."*

⁸ Bkz. TBMM'ne sunulan Tasarının 42. maddesinin gerekçesi.

⁹ Bkz. TCK'nın 102. maddenin gerekçesi.

masının suçun oluşumu bakımından önemi olmayıp, hareketin cinsel amaçlı olarak yapılması önem arz etmekteydi. Bu durumda da fail, suçun temel şekli için öngörülen iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı. Ancak 6545 sayılı Kanunla cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâli öngörüldüğünden, failin cinsel amaçlı olarak mağdura tek bir dokunuş şeklindeki eylemi, cinsel saldırı suçunun temel şekline nazaran iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası şeklinde daha hafif cezalandırılmasını gerektirecektir. Tasarıda “*failin ani hareketlerle işlenmesi hali*”nden söz edilirken, bu düzenleme “*sarkıntılık düzeyinde kalması hali*” şeklinde değiştirilerek kanunlaşmıştır. Fiilin ani hareketle işlenmesi halinin benimsenmesinin nedeni tasarının gerekçesinde, cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği düşüncesiyle “*sarkıntılık*” ibaresinin yerine “*suçun ani hareketle işlenmesi*” ibaresinin tercih edildiği şeklinde açıklanmaktadır¹⁰. Oysa cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için bedensel temas olmaksızın cinsel amaçla kişinin rahatsız edilmesi, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için ise cinsel amaçla vücudun ihlal edilmesi gerektiğinden, bir başka deyişle cinsel saldırı ve cinsel istismar suçunun temel şeklini cinsel taciz suçundan ayıran ölçütün, cinsel amaçla vücut dokunulmazlığının ihlal olduğu göz önüne alındığında, sarkıntılığın cinsel tacizle karıştırılması gibi bir olasılık da söz konusu olamayacağından, böyle bir gerekçe kanunkoyucunun tercih nedenini açıklayamamaktadır.

Öğretide, suçun tek bir dokunuşla işlenmesi halinde öngörülen cezanın ağırlığı eleştirilmiş¹¹, bu durumda mahkemelerin alt sınırdan ceza verme yoluna gideceği belirtilmiştir¹². Ancak yeni düzenlemeyle cezaların ağırlaştırılması karşısında, bu yöndeki eleştiriler devam edecektir. TBMM komisyon görüşmeleri sırasında ani hareketle işlenme yerine

¹⁰ Bkz. TBMM’ne sunulan Tasarının 42. maddesinin gerekçesi.

¹¹ Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,10. Baskı, Ankara 2013, 335; ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok,11.Baskı, 337; Galatasaray Üniversitesi, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Yarsuvat Duygun, Bayraktar Köksal, Yüzbaşıoğlu Necmi..., Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, 308.

¹² Bkz. Yokuş Sevük Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005,248.

cinsel saldırının sarkıntılık düzeyinde kalması hali benimsenmekle birlikte, sarkıntılık düzeyinde kalmadan kastedilenin ne olduğu açık olmayıp, bu düzenlemeye ilişkin bir gerekçe de söz konusu değildir. Hangi hareketlerin bu kapsamda değerlendirileceği uygulamada şekil alacaktır¹³. Yargıtay'ın içtihatlarından yola çıkıldığında cinsel saldırının sarkıntılık düzeyinde kalması hali, mağdurenin belinden tutarak sarılma¹⁴, mağdura sürtünerek geçme¹⁵, yanaktan makas alma, kalabalık bir ortamda kişinin göğsüne çarpma şeklindeki cinsel amaçlı eylemler bu

¹³ 765 sayılı TCK uygulamasında; “Devamlılık ve sırnaşıklık arz eden sanığın eyleminin kül halinde TCK'nun 421/2 maddesinde yazılı sarkıntılık suçunu oluşturduğu halde, söz atmaktan hüküm kurulması, karşı temyiz yapılmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. (Y.5.CD 30.10.2001,1342/6809), bkz. Meran Necati, Gereçeli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, 505.

¹⁴ Sarkıntılık suçundan hükümlü Ferhat'ın hakkında 5237 sayılı TCK.nun uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili olarak (Ayancık Sulh Ceza Mahkemesinden verilen) 13.06.2005 gün ve 2004/142 Esas, 2005/63 Karar sayılı Ek kararın süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi hükümlü tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenmiştir. “Oluş ve kabule göre; hükümlünün olay günü evlerine gelen mağdurenin belinden tutarak sarıldığı, onun da karşı koyup tekme atması üzerine bıraktığı anlaşılma, hükümlünün fiilinin 5237 sayılı TCK.nun 102/1. maddesinde düzenlenen vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel saldırı suçu niteliğinde olduğu ve bu suça ilişkin yargılama yapmak ve 5252 sayılı Kanunun 9/3. maddesine göre lehe olan yasayı belirleme görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözletilmeyerek eylemin 105/1. maddesine uyan cinsel taciz suçu kapsamında olduğunun kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılması” bozmayı gerektirmiştir.; Y.5.CD, 16.2.2006, 2006/306 E. 2006/901K; www.adalet.org.tr;

“Suç tarihinde 22 yaşında bulunan müdahil Şerife'nin gündüzleyin evde tek başına olduğu sırada, komşuları olan sanığın eve girip mağdureye sarıldığına dair oluş ve kabul karşısında, bedensel teması içeren sanığın fiilinin 5237 sayılı TCK'nun 102/1. maddesinde tanımlanan cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmayacağı ve bu konudaki delilleri araştırma ve tartışma görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesi'ne ait bulunduğu nazara alınarak görevsizlik karar verilmesi yerine duruşmaya devamla yazılı şekilde hükme varılması” bozmayı gerektirmiştir., Y.5.CD, 23.01.2008, 2007/13856E., 2008/336K., <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>

¹⁵ “Pazar yerinde mağdureye sürtünerek geçtiği ve bedensel temas içermesi nedeniyle de TCK.nun 102/1 maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturabileceği” Y.5.CD, 20.05.2009, 2006/8007, 2009/6057, karar için bkz. Yaşar Osman / Gökcan Hasan Tahsin / Artuç Mustafa; Yorumlu -Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, Ankara 2010, 3291-3292.

kapsamda değerlendirilecek, failin TCK m.102/1 ikinci cümle uyarınca ceza sorumluluğu doğacaktır. Somut olayda; suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı gibi hususlar göz önünde bulundurulacak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezanın tespiti mümkün olacaktır (TCK m.61).

Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde, bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olup olmadığı hususu, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Oysa soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlar, kanun maddelerinde açık olarak belirtilmektedir. Bir suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu kanun maddesinde açıkça belirtilmediğinde, bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının kamu adına yapılması söz konusu olacaktır. Yargıtay'ın bu konudaki içtihadını¹⁶ ve TCK m.103/1, 2. cümle, TCK m.104'deki şikayete bağlı olup olmadığına ilişkin açık hükümleri göz önünde bulundurduğumuzda, bu hususun açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aksi halde cinsel saldırı suçunun temel şeklinin düzenlendiği 102/1. maddenin 1. cümlesindeki suçun şikayete bağlı olarak düzenlenmiş olması karşısında, uygulamada bu suça nazaran daha hafif cezalandırılan sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırı suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının da şikayete bağlı olduğu şeklinde yoruma yol açacaktır. Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırı suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olup olmadığı hususu kanunda açıkça düzenlenmelidir.

Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâli, resen soruşturulabilen ve kovuşturulabilen bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı tutulmuştur (TCK m.103/1). Kanunkoyucu, sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçunun failinin çocuk olması halinde, fail çocuğu korumak amacıyla tasarıda bulunmayan bir hükme yer vermiştir. Ancak bu durumda 16 yaşında bir çocuğun, 5 yaşında bir çocuğa karşı sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismarda

¹⁶ Bkz.YCGK, 03.10.2006, 2006/5-193 E., 2006/203 K.

bulunması halinde mağdurun velisi veya vasisi şikayet hakkını kullanabileceğinden, şikayet hakkı kullanılmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağından, mağdur çocuğun korunduğundan söz etmek de mümkün olmayacaktır. Fail çocuk ile mağdur çocuk arasındaki yaş farkının örnekte olduğu gibi çok olması halinde, mağdur çocuğu korumak için sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismarın resen soruşturulan bir suç olarak düzenlenmesi gerekir. Nitekim Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismardan Korunması Sözleşmesinin (Lanzarote Sözleşmesi)¹⁷ 25/6 maddesinde¹⁸, cinsel istismar suçunun soruşturması ve kovuşturmasının şikayete bağlı olmadan yapılması öngörülmektedir. Kaldı ki sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturmanın şikâyete bağlı olacağına öngörülmesi, her ne kadar cinsel suçlarda uzlaşma yasağı söz konusuysa da (CMK 253/3), tarafları maddi menfaat sağlamaya ve edinmeye yöneltecek, bu durumda da mağdur çocuğun korunduğundan söz edilemeyecektir. Bununla birlikte kanunkoyucunun, bu suçta fail çocuk bakımından gösterdiği duyarlılığı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçlarının failinin çocuk olması halinde neden göstermediğinin de sorgulanması gerekmektedir.

2. Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu m.102/2'de cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir. Oysa cinsel saldırı suçunun temel şekli

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti adına 25/10/2007 tarihinde Lanzarote'de imzalanan "Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi" 25/11/2010 tarihli ve 6084 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Sözleşme, Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 18/7/2011 tarihinde onaylanmış ve 10 Eylül 2011 tarih ve 28050 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁸ Lanzarote Sözleşmesi m.25/5'e göre; "Taraflardan her biri, bu Sözleşmenin 18, 19. maddeleri, 20 maddesinin 1a fıkrası ve 21. maddesi gereğince belirlenen suçların kovuşturulması amacıyla 1d ve e fıkraları söz konusu olduğunda yargılama yetkisinin ancak mağdurun bildirimini veya suçun işlendiği ülkenin şikayeti üzerine kovuşturma açılabilmesi şartına bağlı olmamasını sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır."

bakımından sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırı şeklinde yeni bir düzenleme getirildiği dikkate alındığında, sarkıntılık düzeyinde kalan hareket dışındaki rıza hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlarla eşin vücut dokunulmazlığını ihlal edilmesi hali de cezalandırılmalıydı. Kaldı ki sadece cinsel saldırı suçunun nitelikli hali değil, temel şeklinin eşe karşı işlenmesi halinde de, korunan hukuksal değer aynı olduğu, bazen cinsel saldırının temel şeklinin mağdur için daha ağır sonuçlar doğurabileceği ve suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu düşünülünce, suçun temel şeklinin de eşe karşı işlenmiş olması ceza hukukunun korumasından yararlanmalıdır¹⁹.

Evli olan çocuklar bakımından ise bir başka deyişle çocuk yaşta evlenen kişilere karşı eşlerinin gerçekleştireceği cinsel istismar fiilleri de açıkça 103. maddede düzenlenmelidir. Ancak 102. maddede olduğu gibi cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda değil, suçun temel şekli bakımından da korunma sağlanmalıdır.

3. Cinsel Saldırı Suçunun Nitelikli Halleri

Türk Ceza Kanunu m.102/3'de öngörülen cezanın ağırlaşmasına neden olan nitelikli haller, gerek basit cinsel saldırı suçu gerek ise nitelikli cinsel saldırı suçu bakımından söz konusudur. 102. maddenin üçüncü fıkrasıyla, bazı ilişkiler ve bazı sıfatlara sahip olma ile mağdurun içinde bulunduğu durum veya suçun işlendiği ortamın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak cinsel saldırı suçunun işlenmesi hali daha ağır cezalandırılmaktadır²⁰. Bir başka deyişle bu hallerin varlığı halin-

¹⁹ Yokuş Sevük, Cinsel Saldırı, 260; aynı yönde bkz. Özbek Veli Özer/ Kanbur M.Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2013, 314.

²⁰ 6545 sayılı Kanununun 58. maddesi ile değişik TCK m.102/3'e göre; " Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır."

de suçun işlenmesindeki ve mağdurun direncini kırmadaki kolaylık göz önünde tutularak ceza ağırlaştırılmaktadır²¹. 6545 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki düzenlemeye ek olarak²², suçun vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık ilişkisi nedeniyle bu suçun işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Ayrıca cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları (102/3-e.103/3-b) bakımından, suçun insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde, ortamın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi hali, isabetli olarak cezanın artırılmasını gerektiren bir hal olarak kabul edilmektedir. Bu gibi ortamlarda mağdur daha korumasız olduğu gibi, fiil de daha kolay işlenebilmektedir.

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olması karşısında, TCK m.102/3 de öngörülen ve bu suçun nitelikli hallerini oluşturan eylemlerin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olup olmadığı hususunun kanunda açıkça düzenlenmemiş olması öğretide eleştirilmiş, nitekim bu husus YCGK'nın bir kararına da konu olmuştur. Bu kararda bir suçun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olmasının, nitelikli hallerinin de şikayete tabi olduğu şeklinde yorumlanamayacağına, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olan suçlar, kanun maddelerinde açık olarak belirtildiği için, bu kapsamın dışında kalan suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının kamu adına yapılacağına kabulünün zorunluluğuna dikkat çekilmektedir²³. 6545 sayılı Kanununun 58. maddesiyle düzenlenen cinsel saldırı suçunun düzenlendiği madde gerekçesinde²⁴ de, bu hususa açıklık getirilerek, suçun maddenin birinci fıkrasında düzenlenen temel şekliyle üçüncü

²¹ Yokuş Sevük, Cinsel Saldırı, bkz. 265 vd.

²² 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki TCK m.102/3'e göre; " Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır."

²³ YCGK, 03.10.2006, 2006/5-193 E., 2006/203 K.

²⁴ Bkz. Kanun tasarısının 42. maddesinin gerekçesi.

fıkrasında tanımlanan nitelikli hallerinin birlikte gerçekleşmesi durumunda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesinin şikayete bağlı olmayacağı belirtilmektedir. Suçun şikayete bağlı olarak takibi için kanunda açık düzenlemenin olması gerekmele birlikte, kanun-koyucunun bu yaklaşımı tüm suçlar bakımından göstermesi beklenir. 6545 sayılı Kanunun 60. maddesi ile değişik 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da şikayete bağlı iken, nitelikli hallerde failin “şikayet aranmaksızın” cezalandırılacağı şeklinde bir düzenleme yapıldığı dikkate alındığında (TCK m.104/3), cinsel saldırı suçunun temel şekline ilişkin nitelikli hallerin de açıkça resen soruşturulup kovuşturulacağına madde metninde düzenlenmesi, kanunun sistematığına uygun olacaktır.

4. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Halleri

Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halleri TCK m.103/3'deki değiştirilmeden önceki düzenlemeye nazaran daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir²⁵. 6545 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce failin üvey baba olması hali öngörülmüşken, üvey ananın öngörülmemiş olması öğretide eleştirilmekteydi²⁶. 6545 sayılı Kanunun 59. maddesi ile değişik 103/3. maddesinde cinsel istismar suçunun üvey ana ve üvey kardeş tarafından işlenmesi hali cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hali de, Lanzarote Sözleşmesinin m.28 hükmüne uygun olarak 6545 sayılı Kanunun 59. maddesiyle cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren haller arasında isabetli olarak sayılmıştır. TCK m.103/3 uyarınca suçun, birden fazla insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı - kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde,

²⁵ 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki TCK m.103/3'e göre; “Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza oranında artırılır.

²⁶ Yokuş Sevük Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet, 2005, Yıl 2, S.5, 288.

ortamın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi hali- kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi de cezanın artırılmasını gerektiren bir başka nitelikli haldir. Sözü edilen bu haller yanında, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından; vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından; kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, 103/1 ve 103/2'ye göre verilecek ceza yarı oranında artırılabacaktır (TCK m.103/3).

Türk Ceza Kanunu m.103/4'de cinsel istismarın, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilî hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir veya tehditle işlenmesi halinde cezanın artırılacağı öngörülmüştür. Yetişkinlere yönelik gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun silahla işlenmesi halinin cezanın artırılmasını gerektiren bir hal olarak öngörülüp (TCK m.102/3-d), onbeş yaşını tamamlamış, fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunun silahla işlenmesinin cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olarak öngörülmemesi bir eksiklikti. 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu husus düzenlenmiştir. 15-18 yaş arasında olup da fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların cinsel istismarından söz edebilmek için cebir ve tehdide dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların söz konusu olması gerektiğinden (TCK m.103/1-b) bir başka deyişle bu çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunda cebir ve tehdit suçun unsuru olduğundan, bu çocuklara karşı sadece silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar halinde verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir.

5. Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması Hali

6545 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce TCK m.102/4'de, cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, failin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı da cezalandırılacağı öngö-

rülmüştü. Bu durumda cinsel saldırı suçunu işlemek için mağdura karşı kullanılan cebri cinsel saldırı bakımından kullanılan cebrin ölçütü olarak, *“basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde”* yaralamayı kabul etmişti²⁷. Mağdur üzerinde kullanılan cebrin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamayı aşması halinde ise fail, TCK m.86/1 ve m.87 uyarınca ayrıca cezalandırılacaktı²⁸.

Yetişkinine karşı işlenen cinsel saldırı suçunun failinin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için kabul edilen ölçüt, kullanılan cebrin *“mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde”* olması iken, mağdur çocuk olduğunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için *“cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması”* ölçütü getirilmiştir. Cebir kullanılarak işlenen cinsel saldırı suçunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için, mağdur yetişkin olduğunda öngörülen ölçüt ile mağdur çocuk olduğunda öngörülen ölçütün çelişki arz etmesi öğretilde eleştirilmekteydi²⁹.

Türk Ceza Kanunu'nun 102 maddenin 4. fıkrasında cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülerek, çocukların cinsel istismar suçundaki düzenlemeyle uyum sağlanmıştır. Cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun işlenmesiyle mağdurun yaralanması, mağdura bir hastalık bulaşması, bu suçun işlenmesi sonucunda mağdurun üreme yeteneğini kaybetmesi gibi durumlarda, maddenin dördüncü

²⁷ Sanığın zorla cinsel saldırı eyleminde bulunduğu mağdureyi bu eylem sırasında bıçakla ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif şekilde yaraladığının anlaşılması ve 5237 sayılı Yasanın 102/4 maddesinin *“suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır”* hükmü karşısında, sanığın mağdureyi yaralama eyleminin cinsel saldırı suçunun zor ... unsuru... ya da 102/4 maddesi kapsamında kalıp kalmadığı hususu karar yerinde tartışılmadan kasten yaralama olarak kabulü ile 86/2-3. maddelerine göre hüküm kurulması, kanuna aykırıdır.,Y.5.CD., 12.09.2006, 2006/6774,2006/7134, Yaşar/Gökcan/Artuç, C.III, 3240, dn.553.

²⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, C.III, 3240.

²⁹ Bu durumun eleştirisi için bkz. Yokuş Sevük, Cinsel Saldırı, 265; Yokuş Sevük, Cinsel İstismar, 230-231.

fıkrası hükmüne göre, cinsel saldırı veya cinsel istismar için başvuru-
lan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticeleri söz ko-
nusu olacaktır. Bu durumda failin, cinsel saldırı veya cinsel istismar
suçundan ceza sorumluluğunun yanında, ayrıca kasten yaralama
suçundan da sorumluluğu doğacaktır³⁰.

6. Suçun Sonucunda Mağdurun Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Hali

Cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun sonucu, mağdurun
bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet
hapis cezasına hükmolunacağına (TCK m.102/5, m.103/6) ilişkin
suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali değişikliğe uğramamıştır.
Buna karşın cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun neticesi se-
bebiyle ağırlaştırılmış bir hali olarak düzenlenen, suçun sonucunda
mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâli yürürlükten
kaldırılmıştır.

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce suçun sonucunda
mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâli, cinsel saldırı
suçu bakımından TCK m.102/5'de, çocukların cinsel istismarı suçu
bakımından ise TCK m.103/6'da düzenlenmişti. Cezanın artırılmasını
öngören bu hale yer verilmemekle birlikte, suçun temel ve nitelikli
şeklinin düzenlendiği birinci ve ikinci fıkralarda cezalar artırılmak
suretiyle, tasarı metninin gerekçesinde de belirtildiği üzere şüpheli,
sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğması önlenmek
istenmiştir³¹. Ancak sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırı suçu
bakımından öngörülen cezanın iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası
olduğu (TCK m.102/1, 2.cümle), cinsel istismarın sarkıntılık düzeyin-
de kalması hâlinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası (TCK
m.103/1, 2.cümle) olduğu göz önüne alındığında, şüpheli, sanık veya
hükümlüler bakımından lehe sonuç doğması olasıdır. Zira cinsel sal-
dırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâ-
linde on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı,
cinsel istismar suçunun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlı-

³⁰ Bkz. Bkz. Kanun tasarısının 42. maddesinin gerekçesi

³¹ Bkz. Tasarı metninin 42 ve 43. maddelerinin gerekçesi.

ğının bozulması hâlinde onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştü.

Her cinsel saldırı suçunda mağdurun doğal olarak psikolojik bir travmaya maruz kaldığı göz önünde tutulduğunda, mağdurun ruh sağlığındaki bozukluğun tespiti için uzman görüşünden yararlanılacağı, uygulamada kısa süreli/geçici veya sürekli/kalıcı gibi ölçütlere gereksinim duyulacağı öngörülebilen bir durumdu³². Nitekim adli tıp uygulamasında “sürekli” bir bozukluğa yol açması durumunda bu nitelikli halin uygulanacağı yönünde bir eğilim söz konusu olmuştur. Ruh sağlığının bozulması bakımından, 2-6 ay arasında devam eden tedaviye rağmen iyileşme gerçekleşmemişse kalıcı ruhsal bozukluğun varlığı kabul edilmiştir³³. Yargıtay Ceza Genel Kurulunca da mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının bir artırım nedeni olabilmesi için kalıcı bir hasarın varlığı aranmıştır³⁴. Uygulamada cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınarak sonucuna göre TCK m.102/5 uyarınca cezanın arttırılarak verilmesi³⁵, adli tıp uzmanından, tam teşekküllü devlet hastanesinden ve üniversite hastanelerinden alınan raporların Yargıtay tarafından kabul edilmeyerek, mutlaka Adli Tıp Kurumundan rapor alınmasının gerektiği belirtilmekteydi³⁶. Mağdur hakkında değişik raporlar söz konusuysa raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi, mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığının kesin olarak saptanması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi gerektiği için de,

³² Bkz. Yokuş Sevik, Cinsel Saldırı,269

³³ Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/ Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006, 159.

³⁴ YCGK, 20.11.2007,2007-5142,2007-240

³⁵ “Katılan vekilinin itirazı da gözetilerek TCK m.102/5 maddesinin uygulanabilirliği açısından, suçun sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınarak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken Nevşehir Adli tıp Şube Müdürlüğünün raporuyla yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması” bozmayı gerektirmiştir. Y.5.CD, 23.11.2009, 2009/11386 E., 2009/13062 K., Yaşar/Gökcan/Artuç, C.III, 3277; benzer yöndeki Y.5.CD, 21.05.2009, 2006/8920, 2009/6121karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C.III, 3293.

³⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, C.III, 3250.

mağdurların birçok kez hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmeleri, burada müşahedeye tabi tutulmaları ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamak suretiyle ikincil mağduriyetleri söz konusu olmaktadır. Bu fıkranın kaldırılmasıyla mağdurların bir kez daha mağdur olmaları önlenmiş, cinsel saldırı veya cinsel istismar eyleminin doğal olarak mağdurun ruh sağlığını bozacağı da kabul edilmiştir. Bununla birlikte Türkiye tarafından onaylanan Lanzarote Sözleşmesinin, çocukların cinsel istismarı suçunun, mağdurun fiziksel ve akıl sağlığını ciddi olarak zarar vermiş olması halinde, yaptırımlara karar verilirken ağırlaştırıcı durum olarak değerlendirilmesini sağlamak için gerekli yasal düzenlemenin yapılmasının öngörüldüğü 28. maddesi dikkate alındığında, cinsel istismar suçunun sonucunda mağdurun akıl sağlığını ciddi olarak zarar görmesi hali TCK m.103'de cezanın artırılmasını gerektiren bir hal olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Suçun, mağdurun fiziksel sağlığına ciddi zarar vermesi hali bakımından ise, cinsel istismar için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngören TCK m.103/5 hükmü sebebiyle ayrıca bir düzenleme gerekmemektedir.

IV.REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği 104. maddede, 15 yaşını tamamlamış reşit olmayan çocuk ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın bir başka deyişle rızasına dayalı cinsel ilişki, şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmektedir³⁷. Bu suçun cezası 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası iken, 6545 sayılı Kanununun 60. maddesiyle 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası şeklinde artırılmış, maddeye iki fıkra halinde suçun nitelikli halleri eklenmiştir³⁸. Bu suç, cinsel suçlar arasında

³⁷ TCK m.104/1'e göre; "Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

³⁸ TCK m.104/2'e göre; "Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." . TCK m.104/3'e göre; " Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur."

kanunilik ilkesi açısından öğreti tarafından en çok eleştiriye maruz kalan suçtur³⁹.

Madde başlığı reşit olmayanla cinsel ilişki iken madde metninde 15 yaşını bitirmiş çocuktan söz edilmesi karşısında, rızasıyla cinsel ilişki kuran çocuğun reşit olmasının aranıp aranmayacağı hususu öğretilerde tartışılmıştır. Bu suçun mağduru 15 yaşını doldurmuş 18 yaşını doldurmamış olan, fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş ergin olmayan kız veya erkek çocuktur. Her ne kadar madde metninde “15 yaşını bitirmiş olan çocuk”tan söz edilip, reşit olmaktan söz edilmese de, maddenin başlığı “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” olunca, 15 yaşını bitirmiş olan çocuğun ayrıca reşit olmaması da gerekmektedir.

Bu suç öğretilerde haklı olarak iki çocuk arasındaki cinsel ilişkinin, failin kim olacağı konusunda tartışmaya neden olacağı, hükmün kötüye kullanmaya son derece elverişli bir mahiyet taşıdığı, ileri sürülerek eleştirilmiştir⁴⁰. Gerçekten de maddenin bu düzenleniş şekliyle, fail ve mağdurun tespitinde ayrıca şikayet hakkının kimin tarafından kullanılacağına tespitini sorun teşkil etmektedir. Maddenin gerekçesinde çocuğun cinsel ilişkinin anlam ve sonuçlarını kavrama yaşı, bir başka deyişle cinsel ilişkiye “rıza yaşı”nın nasıl tespit edildiğine ilişkin bir açıklama yoktur. Üstelik Medeni Kanuna göre evlenme yaşı 17, hakim kararıyla 16’dır. 16 ve 17 yaşında çocuğun evlilik içinde cinsel özgürlüğünü kullanabileceği kanunla öngörülürken, 16 ve 17 yaşındaki çocuğun evli olmaması halinde cinsel özgürlüğünün sınırlandırılmasının nedeni açıklanamaz⁴¹. Çocukların cinsel istismarının suç olarak düzenlenmesini öngören Lanzarote Sözleşmesinin bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırının belirlenmesine ilişkin 18/2. madde hükmü ve küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin bu kapsamda ele alınmaması gerektiğine

³⁹ Yokuş Sevük, Cinsel İstismar, 293 vd.

⁴⁰ Bu hükmün eleştirisi için bkz, Özgenç İzzet, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu Ankara 2004, 205-206; Yokuş Sevük, Cinsel İstismar, 296; Tezcan/Erdem/Önok, 11.Baskı, 376; Nuhoglu Ayşe, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar’a Armağan, 2010/1, C.1. 296.

⁴¹ Yokuş Sevük, Cinsel İstismar, 294-295.

ilişkin 18/3 madde hükmü uyarınca da, 15-18 yaş arasındaki çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki suç olmaktan çıkarılmalıdır.

6545 sayılı Kanununun 60. maddesiyle 104. maddenin 2. fıkrasında, suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür⁴². Böylece enest ilişki soruşturulması ve kovuşturulması resen yapılacak olan bir suç olarak düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesine göre, bu hükümle bu suçla etkin mücadele edilebilmesi ve çocukların sömürüsünün önlenmesi amaçlanmaktadır⁴³. Bu suçun mağduru, 15 yaşını tamamlamış fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuktur. Bu çocuklarla cinsel ilişki cebir tehdit ve hile ile gerçekleştirilirse, bu suç değil çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. 15 yaşını tamamlamış veya 15 yaşını tamamlamamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuğa karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar oluşturacağından, bu çocukların rızasına itibar edilmediğinden, bu çocukların rızayla olsa dahi evlenme yasağı bulunan kişilerle aralarındaki cinsel ilişki TCK m.103/3-c uyarınca failin sorumluluğunu doğuracaktır.

Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkinin evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, suç şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (TCK m.103/3). Bu hüküm sadece failin "*çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi*" olması hâlini öngördüğü için, suçun, "*vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından*" işlenmesini öngören TCK m.103/3 (d) ve 105/2 (b) maddelerine nazaran sınırlı, çocuğu korumaktan uzak bir düzen-

⁴² Tasarının 44. maddesinde suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, altı yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştü. Kanunda cezanın alt sınırı 6 yıldan 10 yıla çıkarılmıştır.

⁴³ Bkz. Tasarının 44. maddesinin gerekçesi.

leme getirmektedir. Bu durumda 15 yaşını dolduran bir kişi rızasıyla eğiticisiyle cinsel ilişkiye girerse, mağdurun şikayeti üzerine fail suçun temel şekli (TCK m.104/1) uyarınca cezalandırılacaktır.

V. CİNSEL TACİZ SUÇU

6545 sayılı Kanununun 61. maddesiyle TCK'nın 105. maddesinde değişiklik yapılmış, suçun cezasında (üç aydan iki yıla kadar hapis cezası) herhangi bir artırım yapılmamakla birlikte, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hali ayrıca düzenlenmiş, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Suçun nitelikli halinin düzenlendiği maddenin ikinci fıkrası ise değiştirilmiştir⁴⁴.

Cinsel taciz suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amacıyla, cezayı ağırlaştırıcı nedenlerin düzenlendiği maddenin ikinci fıkrasında da değişiklik yapılmış⁴⁵, belli durumların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle fiilin işlenmesi ya da koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişiler tarafından işlenmesi hâlleri, bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.

Cinsel taciz suçunun teşhir suretiyle işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmekte, belli bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel amaçlı teşhir söz konusu olduğunda ceza ağırlaştırılmaktadır. 105 inci maddenin ikinci fıkrasına (e) bendi olarak eklenen hükme göre, cinsel taciz suçunun teşhir suretiyle işlenebilmesi için, teşhi-

⁴⁴ 6545 sayılı Kanununun 61. maddesiyle değişik TCK m.105/1'e göre; 1 Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

⁴⁵ 6545 sayılı Kanununun 61. maddesiyle değişik TCK m.105/2'e göre; " Suçun; a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz."

rin belirli bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmesine rağmen, teşhirin aleni olması gerekmemektedir. Dolayısıyla bu hüküm, TCK'nun 225. maddesinde suç olarak tanımlanan hayâsızca hareketler kapsamındaki teşhircilikle aynı unsurları taşımamaktadır⁴⁶.

Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismar suçunda, cinsel istismar deyiminden ne anlaşılması gerektiği belirtilmekle birlikte, TCK m.103/1'de çocukların cinsel istismarını oluşturacak cinsel davranış/davranışlardan söz edilmekte, ancak basit cinsel saldırı suçunda olduğu gibi cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal edilmiş olması hususu madde metninde belirtilmemektedir. Bu nedenle vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışların bu çocuklara karşı gerçekleştirilmesinin, bir başka deyişle cinsel taciz niteliğindeki davranışların çocuklara yöneltilmesinin basit cinsel istismar suçu kapsamında mı değerlendirileceği tartışma konusu olmuştur⁴⁷. Yargıtay, bedensel teması içermeyen cinsel nitelikli davranışların cinsel istismar suçunu değil, cinsel taciz suçunu oluşturacağını kabul etmektedir⁴⁸. 6545 sayılı Kanunun cinsel taciz suçunu düzenleyen 61. maddesiyle cinsel amaçlı bedensel teması içermeyen hareketlerin mağdur çocuk da olsa, cinsel taciz kapsamında ele alınacağı açıkça öngörülmüştür. TCK'nın 105/1. maddesine göre; cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesi halinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Bu durumda, çocuğun cinsel organını göstermesini isteyen

⁴⁶ Bkz. Tasarının 45. maddesinin gerekçesi.

⁴⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, C.III, 3335; Tezcan/Erdem/Önok, 10.Baskı 362.

⁴⁸ "Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen "yönetimindeki araç ile okul sorma bahanesi ile mağdureye yaklaşip hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten" ibaret eyleminin TCK.105 maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi" nedeniyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.,Y.5.CD, 02.02.2009, 2007/3731E.,2007/4315K, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>; "Sanığın mağdure...in göğüslerini elleyip bir iki gün sonra da gel seninle kucaklaşalım yoksa üzerin kirlili mi? şeklinde sözler söylediği anlaşılma ile bedensel temas içeren eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 103/1. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturduğu nazara alınmadan yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması," bozmayı gerektirmiştir., Y.5.CD, 13.03.2007, 2006/714 E., 2007/1887 K., karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C.III, 3393.

kişi, fiziksel temas içermeyen bu fiilinden dolayı, çocuğa karşı cinsel taciz suçundan dolayı sorumlu tutulacak, cinsel istismar suçuna nazaran daha az bir ceza ile cezalandırılacaktır. Bu düzenlemenin, cinsel taciz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması için şikayet şartının arandığı göz önüne alındığında, maddenin gerekçesindeki “çocukların cinsel taciz suçuna karşı daha iyi korunabilmesi için” bu hükmün öngörüldüğüne ilişkin açıklamanın doğruluğu tartışılır hale gelmektedir. Çocuğun bu suça karşı daha iyi korunması amaçlanıyorsa mağdurun çocuk olduğu durumda suç resen kovuşturulmalıdır. Mevcut haliyle bu hüküm çocuğu koruyucu bir düzenleme değildir.

VI.CİNSEL SUÇLARIN CEZASININ İNFAZI

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun *mükerrirlere ve bazı suç faillerine özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin düzenlendiği* 108. maddesinde cinsel taciz suçu hariç, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan mahkum olanların koşullu salıverilme süreleri özel olarak düzenlenmiştir.

6545 sayılı Kanununun 82 m. ile eklenen CGTİK 108. maddesine 9. fıkrasında, birinci fıkradaki koşullu salıverme sürelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102/2. fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104/2 ve 3. fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür. Bu durumda TCK m.102/2, m.103 ile m.104/2 ve m.104/3'den dolayı mahkum olunan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuzdokuz yılını, müebbet hapis cezasının otuzüç yılını, süreli hapis cezasının dörtte üçünü, infaz kurumunda iyi hâlli olarak çeken hükümlü koşullu salıverilmeden yararlanabilir (CGTİK m.108/1).

Ayrıca bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bunlar; tıbbi tedaviye tabi tutulmak; tedavi amaçlı programla-

ra katılmak⁴⁹; suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak; mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak; çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak; çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmaktır. Bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenecektir (CGTİK 108/11). Bu hükümlerin, çocuklar hakkında uygulanması yasaklanmıştır (TCK m.108/10). Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkum olanlar hakkında vücut dokunulmazlığına bir müdahale teşkil edecek olan tedavi tedbirinden kastedilenin ne olduğu, kastrasyonun bu kapsamda olup olmadığı açık değildir. Vücut dokunulmazlığına bir müdahale teşkil edecek olan tedavi tedbirinin düzenlemesi yönetmelikle değil, kanunla yapılmalıdır (AY m.13, m. 17).

Çocukların cinsel istismar suçunun sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilen bir kimse. otuzdokuz yılını infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçirirse koşullu salıverilmeden yararlanılabilecektir (CGTİK m.108/9, m.108/8)⁵⁰.

VII. SONUÇ

- Son yıllarda cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardaki artış, toplumun bu suçlar karşısında gösterdiği tepki, kanunkoyucuyu bu suçlarda cezaların artırılmasına yöneltmiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile sadece suç karşılığında öngörülen cezaların ağırlaştırılmasıyla mücadele sağlanamaz. Cezaların ağırlaştırılmasının bu suçlarla mücadeledeki rolünün, cezanın genel ve özel önleme fonksiyonu-

⁴⁹ Sanıkların “tedavisinden” söz edilmesinin, devlet nezdinde eylemin hala bir suç değil, hastalık olarak görüldüğünü ve toplumca böyle algılanmasını sağladığı görüşü için bkz. <http://www.bianet.org/bianet/kadin/155853-cinsel-suclar-yasasi-ne-getiriyor>

⁵⁰ 6545 sayılı Kanununun 82 m. ile eklenen CGTİK 108.maddesine 8.fıkrasına göre; “Çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde birinci fıkradaki koşullu salıverilme süreleri uygulanır.”.

nun etkinliğinin, kriminoloji, penoloji, sosyoloji, psikoloji gibi bilim dallarının multidisipliner bir çalışmasıyla doğrulanması gerekir.

- Cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir hali olan, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâli yürürlükten kaldırılmak suretiyle, cinsel saldırı veya cinsel istismar eyleminin doğal olarak mağdurun ruh sağlığını bozacağı kabul edilmiş; uygulamada bu durumun tespitine ilişkin rapor alınması esnasında bu suçların mağdurlarının ikincil bir mağduriyeti önlenmiştir. Bununla birlikte Türkiye tarafından onaylanan Lanzarote Sözleşmesinin gereği olarak, çocukların cinsel istismarı suçunun sonucunda mağdurun akıl sağlığını ciddi olarak zarar görmesi hali, TCK m.103'de cezanın artırılmasını gerektiren bir hal olarak düzenlenmelidir.

- Çocukların cinsel istismarı ile mücadele için, Lanzarote Sözleşmesinden doğan yükümlülük de dikkate alınarak⁵¹, cinsel istismar suçuna teşebbüs halinde indirim yapılmamalı, fail suçun cezası ile cezalandırılmalıdır. Bu suça yardım ve yataklık şeklinde iştirak eden faillerin, ceza indiriminden yararlanması önlenmeli, bu konuda açık hüküm öngörülmalıdır.

- Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK 104. maddede yapılacak açık düzenlemeyle 15-18 yaş arasındaki çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki suç olmaktan çıkarılmalıdır.

- TCK'nın cinsel taciz suçunu düzenleyen 105/1. maddesinde cinsel amaçlı bedensel teması içermeyen hareketlerin, çocuğa karşı işlenmesi halinde cinsel taciz suçunun oluşacağı açıkça öngörülmüş; çocuğa karşı işlenen cinsel taciz suçu yetişkine karşı işlenen cinsel taciz suçuna nazaran daha ağır cezalandırılmıştır. Cinsel taciz suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu dikkate alındığında, bu hüküm çocuğu korumaktan uzaktır. Çocuğa karşı işlenen cinsel taciz suçu resen soruşturulmalı ve kovuşturulmalıdır.

⁵¹ Bkz. Lanzarote Sözleşmesinin "İştirak ve teşebbüs" başlıklı m.24'e göre; " Taraflardan her biri, bu Sözleşme uyarınca belirlenen suçlardan herhangi birine yardım ve yataklığın kasten işlenmesinin suç olarak düzenlenmesi için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır. • Taraflardan her biri bu Sözleşme uyarınca belirlenen suçlardan herhangi birine teşebbüsün kasten işlenmesinin suç olarak düzenlenmesi için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır."

KAYNAKÇA

Artuk Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/ **Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006.

Cihan Erol, "Demokratik Bir Toplumda Suç Siyaseti Kavramı", Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.

Bayraktar Köksal, "Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti", İÜHFM, C. LI, S.1-4, 1985.

Dönmezer Sulhi, Kriminoloji, 8. Bası, İstanbul 1994.

Galatasaray Üniversitesi, "Türk Ceza Kanunu Tasarı'sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", Yarsuvat Duygun, Bayraktar Köksal, Yüzbaşıoğlu Necmi..., Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.

Meran Necati, Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004.

Nuhoğlu Ayşe, "Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar'a Armağan, 2010/1, C.1.

Özbek Veli Özer/ **Kanbur** M.Nihat/**Doğan** Koray/**Bacaksız** Pınar/**Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2013.

Özgenç İzzet, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu" Ankara 2004.

Tezcan Durmuş/**Erdem** Mustafa Ruhan/**Önok** Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,10. Baskı, Ankara 2013.

Tezcan Durmuş/**Erdem** Mustafa Ruhan/**Önok** Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2014.

Yaşar Osman / **Gökcan** Hasan Tahsin / **Artuç** Mustafa; Yorumlu -Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, Ankara 2010.

Yokuş Sevük Handan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", Hukuk ve Adalet, 2005, Yıl 2, S.5.

Yokuş Sevük Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005.

<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr>

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil4/ham/b10101h.htm>

<http://www.bianet.org/bianet/kadin>

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>

Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı*

(The Terms of Public Officer in the Application of Turkish Penal Code)

Hasan Tahsin GÖKCAN**

Öz

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/1-c maddesinde kamu görevlisi kavramını açıkça tanımlamıştır. Bununla birlikte konunun Yargıtay kararlarındaki önemi nedeniyle bu çalışma hasıl olmuştur. Bu doğrultuda bu çalışma ile Türk Ceza Kanunu uygulamasındaki kamu görevlisi kavramının anlamının ve sonuçlarının ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Rüşvet, Yargılama, İzin, Muhakeme Koşulları

Abstract

The terms of public officer is explicitly defined by the new Turkish Penal Code. However, it is highly significant to deal with this issue seeing that it is placed importance in the case law of court of cassation. Therefore, this study aims to show the meaning and consequences of the term of public officer in the application of the Turkish Penal Code.

Keywords: Public officer, bribery, trial, permission, the procedural requirements.

* Geliş Tarihi: 01.06.2014 Kabul Tarihi: 21.12.2015

** *Anayasa Mahkemesi Üyesi*

A. Kamu Görevlisi Kavramının Ceza Hukuku Uygulamasındaki Yeri

Anayasanın 128. maddesi uyarınca Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür. Memurlar ve diğer kamu görevlilerine Anayasanın 129. maddesinde, görevleri sebebiyle işledikleri fiiller dolayısıyla disiplin ve ceza soruşturması ile tazminat davası açılması konusunda güvenceler getirilmiş ve fakat ayrıca “anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları” ifade edilmiştir. Böylece Anayasa, kamu görevlilerine görevlerinde Anayasa ve kanuna sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülüğü getirmiştir.

Anayasal ve yasal yükümlülükleri dolayısıyla, memur ve diğer kamu görevlilerinin işleyecekleri fiillerin ceza hukukunda, diğer suç faillerinden ayrıca ve cezalandırma bakımından daha ağır suç tiplerinin düzenlenmesi genel kabul gören bir suç politikası olmuştur. Bu anlamda 5237 sayılı Ceza Kanununda da zimmet, rüşvet, irtikap, görevi kötüye kullanma, kamu görevlisinin sahtecilik suçu vb. suç tipleri düzenlenmiştir. Esasında sözü edilen suçlar, kamu görevlilerinin yükümlülüklerini ihlal eylemlerini kapsamaktadır.

Diğer taraftan, kamu görevlilerinin görevlerini her türlü etki- den uzak ve bağımsız olarak yerine getirebilmeleri amacıyla onları koruyucu suç tipleri veya bazı suçların nitelikli halleri öngörülmüştür. Örneğin; kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kasten öldürme (m.82/1-g), kasten yaralama (m.86/3-c), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m. 109/3-c), hakaret (m. 125/3-a) ve görevi yaptırmamak için direnme (m.265) eylemleri özel olarak düzenlenmiş ve kamu görevlisi korunmuştur. İlgili suç tiplerinin uygulanabilmesi için, yerine göre fail veya mağdur durumunda bulunan kişinin kamu görevlisi olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Kamu görevlisi kavramı, Türk Ceza Kanununun 6/1-c maddesinde tanımlanmıştır.

B. 5237 sayılı Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı

1. Genel olarak

Yeni kanunun getirdiği düzenlemenin farkını ortaya çıkarabilmek için, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'da geçerli 'memur' kavramına kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır.

765 sayılı mülga Ceza Kanununun 279. maddesinde kamu fonksiyonu *kamu görevi* ve *kamu hizmeti* olarak ikiye ayrılmış ve ceza kanunu tatbikatında memur; "devamlı veya geçici şekilde teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören devlet veya diğer her türlü kamu kurumları memur, müstahdemleri ile belirtilen kamu görevini devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak yapan diğer kimseler" biçiminde ifade edilmişti. Bu tanım uyarınca kamu hizmeti yükümlüsü olan kimseler ise memur sayılmamaktaydı. Bu uygulamanın neticesinde aynı kamu kurumu veya Devlet dairesinde tahakkuk memuru, daktilo memuru ve yönetici sınıfındaki kimseler 'memur' sayılmaktayken, aynı dairede şoför, ahçı, hizmetli, vb. kadrolarda istihdam edilenler ise kamu hizmeti yükümlüsü olmaları nedeniyle memur olarak kabul edilmemekteydi. Bu şekilde, sayılan kimselerin bir kısmı zimmet suçunun faili olabilirken, diğerleri zimmetin değil, genel nitelikli güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilmekteydi. Bu durum doktrinde eleştirilmiş, istihdam edilenlerin az ya da çok kamu gücünü temsil etmeleri nedeniyle böyle bir ayırım yapılmaması gerektiği ileri sürülmüştür.¹ Bu eleştiriler doğrultusunda 5237 sayılı Kanunda kamu görevi-kamu hizmeti yükümlüsü ayrımı terkedilmek suretiyle yeni bir tanım getirilmiştir.

TCK'nın 6/1-c maddesinde kamu görevlisi; "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu

¹ İtalyan doktrininde Antolisei, ayırımın yanlış olduğunu ve bunun yerine kamu fonksiyoneri teriminin kullanılmasını gerektiğini savunmuştur; nakleden Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. B., Ankara 1999, s. 518.

Özgenç de benzer eleştirileri yapmış ve memur terimi yerine 'kamu görevlisi' terimini önermiştir; Özgenç, İzzet, "Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, 1994, S. 1-2, s. 332-335.

tanımdan da kamu görevlisinin kim olduğu kolayca anlaşılacaktır.

Bu tanımda anahtar kelime kamusal faaliyet ve bu faaliyete katılma usulüdür.

Daha önce idare ve anayasa hukukunda kamusal faaliyet terimi kullanılmamıştı. İdare hukukunda en yakın terim ise kamu hizmeti kavramıdır. Ancak idare hukukunda kamu hizmeti kavramı, 'kamuya yararlı' faaliyetleri de bünyesine katan da oldukça geniş bir anlamı haizdir. Bu nedenle, kamusal faaliyetin kamu hizmeti vasfında olduğu söylenebilir ise de, her kamu hizmetinin kamusal faaliyet mahiyetinde olduğu ileri sürülemez.

2. Kamusal faaliyet ve bu faaliyete iştirak

Düşüncemize göre kamusal faaliyetin ölçütleri olarak üç öğeden söz edilebilir²:

- 1- Kamu adına yürütülen bir faaliyetin varlığı,
- 2- Hizmetin kuruluşunun kanuna ve siyasi iradeye dayanması,
- 3- Hizmetin yürütülmesinde kamu erkinin, otoritesinin kullanılması.

Kamu görevlisinin kim olduğunu söyleyebilmek için çözümlenmesi gereken ikinci problem, kamusal faaliyete iştirakin ne şekilde olması gerektiği ile ilgilidir. Tanımda; atama, seçilme ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak talan kişi" denilmektedir. Bu ifadedeki 'herhangi bir surette' ibaresi sözlük anlamıyla anlaşılırsa, örneğin; çocuğunu nüfus dairesine kaydettirmek için beyan veren

² Kamusal faaliyet ve ölçütleri için bkz; **Gökcan**, H.Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2008, s. 33; **Gökcan**, H.Tahsin/**Artuç**, Mustafa, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.B. Ankara 2012, s. 43 vd. Nitekim Yargıtay da kararlarında önerdiğimiz ölçütleri benimsemiştir; "...yapılan faaliyetin "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir."; CGK. 12.04.2011, 2010/9-258-2011/46.

baba, emlak beyannamesini sunan mal sahibi ve vergi beyannamesini sunup vergi veren tacirin de kamu görevlisi sayılması icap eder. Şu halde tanımdaki “kamusal faaliyete iştirakı anlatan ‘herhangi bir suretle’ ibaresi, ‘kamu hukuku usulüne uygun bir surette’” biçiminde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, iştirakin kamu hukukuyla ilgili bir kanuna ve dolayısıyla genel idare esaslarına uygun bulunması gerekir. Ancak bu takdirde kişi ile yürütülen faaliyet arasında kanunun amaçladığı şekilde ‘kamu hukuku ilişkisi’ kurulmaktadır.

Örneklerle açıklarsak; milletvekili, muhtar, belediye başkanı gibi seçimle ya da seçim dolayısıyla görev alan seçim sandık kurulu üyeleri gibi belirli süreli olarak görev alanların iştirak usulü özel kanun ile belirlenmiştir. Yine, Devlet veya kamu kurum ve kuruluşlarının memur, sözleşmeli ve işçi kadrosu ile sürekli istihdam ettiği çalışanların kamusal faaliyete istihdam usulü de 657 sayılı DMK ve ilgili diğer özel kanunlarda düzenlenmektedir. Geçici bir kamu görevinin, yetkili makamın görevlendirmesiyle üstlenilmesi de çeşitli kanunlara göre yapılmaktadır. Örneğin, tanık, bilirkişi ve tercüman, usul kanunları gereği adli merciler tarafından belirli bir görevin yapılması süresince görevlendirilmektedir.

Sonuç olarak 5237 sayılı yeni TCK’nın kabul ettiği kamu görevlisi terimi ile eski dönemde geçerli olan; kamu görevi ve kamu hizmeti ile yükümlü olanlar ayırımına son verilmiştir. Artık, kamusal faaliyetin yürütülmesine usulünce iştirak etmek kaydıyla, kişinin ne iş yaptığı değil, usulünce iştirak edilen faaliyetin kamusal faaliyet olup olmadığı önem kazanmaktadır. Böyle olunca örneğin, belediye veya nüfus müdürlüğünde hizmetli, aşçı, marangoz, şoför vb. kadrolarda daimi olarak istihdam edilen kamu hizmeti yükümlüleri de artık kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir.

C. Kamu Görevlisi Tanımıyla İlgili Sorunlar

Yeni TCK’nın kabulünden sonra ceza hukukçularının bir süre iki farklı tepki verdiklerini gözlemek mümkündür. Bu tepkilerin ilki, “aslında bir şey değişmedi, biz yine eskisi gibi uygulama yaparız” şeklindeydi. İkinci tepki ise, eski uygulama oturmuştu, şimdi daha büyük bir karmaşa ortaya çıktı” biçimindeydi.

Bu tartışmaların, Kanunun yürürlüğünden sonraki birkaç yıl yoğun bir şekilde sürdüğü söylenebilir. Esasında, eski TCK döneminde ‘memur’ olarak kabul edilenlerin, yeni kanun döneminde ‘kamu görevlisi’ olarak kabul edildikleri noktasında bir şüphe bulunmamaktadır. Sorun, eski dönemde kamu hizmeti yükümlüsü olanlarla ilgilidir.

Tartışmalı olan başlıca konular şunlardır:

- Devlet ve kamu kurumlarında istihdam edilen kadrolu ve kadrosuz işçilerin durumu
- KİT personelinin durumu
- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının durumu
- Belediye İktisadi Teşebbüsleri (BİT) personelinin durumu
- TCK’nun 6/1-c maddesindeki kamu görevlisi tanımının 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uygulamasına etkileri.

1- *İşçiler*: Düşüncemize göre, 657 sayılı DMK’nun 4. maddesinde gösterilen usule göre istihdam edilen kadrolu işçiler, kamu hukuku usulünce kamusal faaliyete iştirak etmeleri nedeniyle kamu görevlisi sayılmalıdır. Geçici olarak çalıştırılan işçiler ise, Anayasanın 128/1. maddesinde belirtilen; “kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” hükmü uyarınca, kamu görevlisi olarak kabul edilemezler. Bu tartışmada Yargıtay’ın bazı Daireleri kararlarında, kadrolu işçiler yanı sıra geçici işçileri de kamu görevlisi olarak kabul etmişlerdir.³

³ Belediyede geçici işçi olup menşe şahadetnamesi düzenlemekle görevli olan sanık Hasan’ın, aynı kurumda çalıştığı için tanıdığı sanık Atalay’ın, Lokman’a sattığı 26 adet hayvanları olduğunu ancak 2 tanesinin kulak küpelerini sonra taktıracağı beyanı üzerine 24 hayvanın kulak küpe numaralarını yazıp belgedeki 25, 26. hanelerin sonradan doldurulmak üzere boş bırakıldığı olayda Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliğinin 73. maddesinde belirtilen hususlara riayet edilmeden belge düzenlemesi eyleminin 5237 sayılı TCK’nun 257. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunu, sanıklar Atalay T. ve Lokman V.’ün kamu görevlisine geçiğe aykırı beyanda bulunarak menşe şahadetnamesi düzenlettirmekten ibaret eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nun 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır. **11.CD. 18.2.2013, 2010/14128-2013/2565**

2- *Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) Personeli*: 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı KHK'nın 11. maddesinin (3771 sayılı Kanununun 3. maddesiyle eklenen) (b) bendi uyarınca KİT personeli, para, evrak, senet, rapor ve belgeleri üzerinde işledikleri fiillerle, ifa ettikleri görevden doğan suçlardan dolayı memur sayılmaktadırlar. Ancak bu hüküm uyarınca, kendilerine karşı işlenen suçlarda memur olarak kabul edilmemişlerdir.

KİT'ler 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi ve 6/1-c maddesindeki tanım açısından değerlendirildiğinde: Kanunla ve başbakanlık veya bazı bakanlıkların ilgili kuruluşu olarak siyasi kararlar kurulmaları, kamu hizmetini yürütmek üzere örgütlenmeleri, personelinin özel hukuk hükümlerinden ayrı bir idari rejime tabi tutulması ve bu nedenlerle işleyişinde kamu otoritesinin hakim oluşu, daha doğru bir ifadeyle genel idare esaslarına göre yönetilmeleri gibi özellikler gözetildiğinde KİT'lerin kamusal faaliyet yürüttüğü düşünülmelidir.⁴ Bu nedenle KİT bünyesindeki müessese ve bağlı ortaklık adı verilen kuruluşların, KHK rejimi kapsamında istihdam edilen personeli kamu görevlisi sayılmalıdır. Buna karşın, iştirak adı verilen ve mevcut bir anonim şirkete yüzde elliye geçmeyen oranda kamu sermayesinin katılımıyla kurulan şirketler hakkında 233 ve 399 sayılı KHK hükümleri uygulanmamaktadır (Bkz. 233 sayılı KHK m.2, 22, 27,28; 399 sayılı KHK m.1). İştirakler tümüyle ticari esaslara göre faaliyet görmektedir. Bu nedenle iştiraklerin kamusal faaliyet yürüttükleri düşünülemeyecektir.⁵ Bu bakımdan, konumuz açısından KİT personeli denildiğinde İştirak personeli hariç tutulmaktadır.

(Tekel) Dağıtım Başmüdürlüğünde daimi işçi olarak görev yapan sanığın, suç tarihinde Genel Müdürlüğün talimatı üzerine Başmüdürlük tarafından toptan satıcıların kontrolü ve perakendeci bayilerin bilgilendirilmesi amacıyla görevlendirildiği, bu görev kapsamında ...4733 ve 4926 sayılı Yasaların ilgili hükümleri uyarınca sanığın kaçak sigaraların tespiti halinde bu işyeri veya kişiler hakkında yetkili kurumlara sadece ihbar yükümlülüğü bulunmasına rağmen sigaralara el koyması nedeniyle eyleminin TCK'nın 257/1. maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, kaçak olmadığını anlaşılması halinde ise eyleminin aynı Yasanın 250/2. maddesinde tanımlanan ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturacağı gözetilerek, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır. **5.CD. 17.10.2012, 2012/10395 - 2012/10444**

⁴ **Özgenç**, İzzet, TCK Gazi Şerhi, 3.B. Ankara 2006, s. 105, 106.

⁵ **Gökcan/Artuç**, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.B. s. 213.

Yargıtay da bazı kararlarında KİT'lerin kamusal faaliyet yürüttüğü görüşünü benimsemiştir.⁶ Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararı da bulunmaktadır.⁷

3- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları

Anayasanın 135. maddesine göre kanunla kurulan meslek kuruluşları; meslekten kişilerin üye olma zorunluluğu bulunan, organları üyeleri arasından seçim yoluyla oluşturulan ve yalnızca kuruluş amaçlarıyla sınırlı faaliyet yapabilen kamu tüzelkişileridir.

Meslek kuruluşları faaliyet alanlarıyla ilgili olarak yönetmelik çıkarabilir, üyelerine idari veya disiplin cezası uygulayabilirler, kamu-laştırma kararı alabilirler. İşlemlerine karşı idari yargıda dava açılabilir. Merkezi idarenin idari ve mali denetimine tabidirler.⁸ Bütün bu özellikleri gözetildiğinde meslek kuruluşlarının, üyelerinin genel yararları için kamusal faaliyet yürüttükleri düşünülür.⁹ Bu nedenle, meslek kuruluşlarının organlarının üyeleri ile kendi mevzuatı kapsamında istihdam edilen çalışanlarının kamu görevlisi sayılmaları gerektiği görüşünderiz.

Ne var ki, sonradan yapılan bazı kanuni düzenlemelerde aksi yönde hükümler getirilmektedir. 5174 sayılı Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun, ceza sorumluluğuna ilişkin 76. maddesi, 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunla değiştirilmiş, yine

⁶ "Posta dağıtıcısı olan sanığın, ... 5237 sayılı TCY'nın 5, 6/c maddeleri gereği 'kamusal faaliyete' katılması dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmede..." 4.CD. 18.10.2006, 2081/17292. Aynı yönde, 4.CD. 16.6.2010, 13771/11870; **Gökcan/Artuç**, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.B. s. 213.

⁷ "5237 sayılı TCK.nun 6. maddesindeki tanıma göre kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olup, bu anlamda ceza hukuku açısından, kamusal bir faaliyet yürütmeyen ve bir kamu iktisadi teşekkülü (KİT) olan Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ)'ta görev yapan personelinin kamu görevlisi sayılamayacağı, ..." (11.CD. 11.06.2008, 2008/2388-2008/5926)

⁸ **Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun**; İdare Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2006s. 292, 293.

⁹ **Gökcan/Artuç**, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.B. s.55.

'memur gibi cezalandırma' niteliğinde bir düzenleme yapılmıştır.¹⁰ Dolayısıyla, kuruluşun para ve evraklarına karşı işledikleri suçlar nedeniyle kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklar, ancak görevleri sebebiyle kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi kabul edilmeyeceklerdir. Eğer bu değişiklik yapılmamış olsa idi, TCK 6. maddedeki tanım dolayısıyla Oda ve Borsalar ile Birliğin kamusal faaliyet yaptığı ve organlarının üyeleri ile personelinin de kamu görevlisi sayılmaları gerektiği söylenebilirdi. Ancak, sözü edilen yasal değişiklik sonucunda, yasa koyucunun artık bu meslek birliği ve örgütlerinin kamusal faaliyet yapmadığını kabul ettiği yorumu yapılmalıdır.

4- Belediye İktisadi Teşebbüsleri (BİT)

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 26. maddesinde de bulunmaktadır.¹¹ 26. madde uyarınca Ticaret Kanunu hükümle-

¹⁰ **5174 sayılı Kanun Madde 76-** (Değişik madde: 23/01/2008-5728 S.K./539. mad) Odalar, borsalar ve Birliğin organ üyeleri ile personeli, görevlerini yerine getirirken görevleriyle ilgili suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden, bu kuruluşların paralarıyla para hükmündeki evrak, senet ve sair varlıkları ile muhasebe ve muamelata ilişkin her çeşit defter ve evrak ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi olarak cezalandırılırlar.

¹¹ **5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu Madde 26** – (Değişik madde: 29/03/2011-6215 S.K./21.md.) Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir."

26. maddenin 6215 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metni: Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre *sermaye şirketleri* kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, kendine ait büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir.

rine göre kurulacak sermaye şirketlerinde, belediye ile bağlı kuruluşların yöneticileri, yönetim ve denetim kurullarında görev almamaktadırlar. Kurulan şirketler özel hukuk alanında faaliyet gösteren özel hukuk tüzelkişisi durumundadırlar. Bunun dışında, 5393 sayılı Belediye Kanununun 71. maddesi gereği belediyelerin bütçe içinde yer alan *işletmeler* kurması ya da Büyükşehir Belediyesi Kanununun 26. maddesi gereği çay, büfe ve otoparkları işletmesi de mümkündür.

Belediye şirketleri, doğrudan kanunla değil, kanunda verilen yetkiyle kurulmakta, işleyiş kuralları ve personel rejimleri bakımından da KİT'lerde olduğu gibi özel bir düzenlemeye tabi bulunmamaktadırlar. Hatta, KİT rejimine tabi olmadıklarına ilişkin özel hüküm vardır.¹² Bu şirketler kamu tüzel kişisi dahi sayılmamaktadırlar. Zira Anayasanın 123/3. maddesine göre kamu tüzel kişilikleri ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulabilir. Belediye şirketlerinin kurulmasına kanuni dayanak bulunmakta ise de, anılan düzenlemelerde kurulan şirketlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu belirtilmemekte, aksine 'ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre' ifadesiyle özel hukuka gönderme yapılmaktadır. Bu husus bir Yargıtay kararında da dile getirilmiştir.¹³

Belediye şirketleri tümüyle özel hukuk (Ticaret Hukuku) hükümlerine tabi bir şekilde faaliyet göstermektedirler. Bunların yönetiminde belediye başkanı veya diğer kamu görevlilerinin yer almaları, nite-

¹² **233 Sayılı KHK Madde 58 - 1.** Atatürk Orman Çiftliği, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketi, Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi, Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi, Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Anonim Şirketi, İller Bankası Genel Müdürlüğü ve İller Bankası Genel Müdürlüğü ile il özel idareleri ve **belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler**, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi değildir.

¹³ "B... AŞ. Belediyenin ortak olduğu ve TTK hükümlerine göre kurulmuş bir AŞ olup, belediyenin 1580 sayılı yasada tanınan kamusal imtiyazlardan hiçbirine sahip değildir ve kamu kuruluşu da değildir. İştirak sözcüğü sadece 233 sayılı KHK kapsamındaki teşekkül ve kuruluşlara ait bir deyimdir. Belediyelerin kurduğu veya iştirak ettiği şirketler, (233 sayılı KHK'nın 2.) maddedeki iştirak kavramı içinde yer almazlar." **Y. 10. HD. 11.5.2000, 4920/3418**

liklerinin farklı yorumlanması için yeterli değildir.¹⁴ Esasen Türk Ticaret Kanununun 275. maddesinde de, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul yerine bir kamu tüzel kişisi tarafından da atanabileceği belirtilmektedir. Ancak, bu şekilde atanan kişiler yetki ve sorumluluk bakımından diğer yönetim kurulu üyelerinden farklı değildirler.¹⁵ Başka deyişle belediyede görevli iken şirket yönetim kuruluna atanan kişilerin şirketteki görevleri tamamen Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olup, kamu görevi mahiyetinde değildir. Anonim şirkette çalışan personel ise hizmet akdi ile çalışmaktadırlar. Şu halde belediye şirketlerinin kamuya yararlı konularda faaliyet göstermelerine karşın, bu faaliyetin kamusal faaliyet biçiminde örgütlenmediği ve ‘asli ve sürekli görevliler’ tarafından yürütülmediği söylenmelidir. Dolayısıyla düşüncemize göre ilgili mevzuat karşısında, gerek sermayenin tamamı ve gerekse yüzde ellisinden fazlasına belediyenin sahip olduğu Belediye *şirketlerinin* KİT niteliğinde bulunmadıkları, tümüyle özel hukuka göre faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişileri (*tacir*) oldukları, bu nedenle de kamusal faaliyet yürütmedikleri düşünülmelidir.

Yargıtay ise aksi düşüncededir. Ankaray İşletme Müdürlüğü gişe görevlisi¹⁶ hakkındaki kararında, failleri kamu görevlisi olarak değerlendiretilip zimmet suçunu işlediklerini kabul etmiştir. Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde de, belediye şirketleri olan TANSAS¹⁷ ve BEL-KO şirketi personelinin¹⁸ zimmet suçu faili olabileceklerini kabul etmiştir.

¹⁴ Nitekim İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü’nün 12.12.2000 tarihli ve 47539 sayılı Genelgesinde bu konuda şu ifadeler kullanılmıştır;

“Belediye şirketleri de diğer şirketler gibi T. Ticaret Kanununa tabi olan birer özel hukuk tüzel kişisidir. Şirketin yönetim kurulunda belediye personelinin bulunması, bu şirketlerin hukuki niteliğini değiştirmemektedir.”

¹⁵ **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003, s. 311.

¹⁶ 5. CD. 28.5.2007, 3692/4007. Ancak belirtelim ki, adı işletme olmakla birlikte Ankaray İşletmesi, bir belediye şirketi olan ve tümüyle Ticaret Hukuku hükümleri kapsamında faaliyet gösteren BUGSAŞ AŞ’nin yönetiminde olan bir birimdir. Bu nedenle ANKARAY işletmesi personelinin kamu görevlisi olarak kabul edilmemesi gerekir.

¹⁷ “TANSAS Entegre Et Tesislerinde muhasebe müdürü, muhasebe müdür yardımcısı ve veznedar sıfatıyla çalışan sanıkların şirket mallarına karşı işledikleri fiil, sübutu halinde zimmet suçunu oluşturur.” 11. CD. 27.4.1998, 3099/3137

5393 sayılı Kanununun 71. maddesi gereği kurulan **bütçe içi işletmeler** ise; belediye bütçesi kapsamında (kamu hizmeti amacıyla) faaliyet göstermek üzere kurulmakta, kuruluş için İçişleri Bakanlığından izin alınmakta, Sayıştay denetimine tabi tutulmakta ve personelinin belediye personeli arasından atanarak istihdam edilmektedir. Diğer bir deyişle, kuruluş ve işleyişi bakımından genel idare esasları geçerlidir. Bu bakımdan, bütçe içi işletmelerin belediye hizmetlerini yürütmek amacıyla kamusal faaliyet yürüttükleri ve personelinin de kamu görevlisi sayılması gerektiği düşünülmelidir. Yargıtay Çarşamba Belediyesi Su-Otobüs İşletmesi¹⁹ personeli hakkındaki kararlarında, failleri kamu görevlisi olarak değerlendirilip zimmet suçunu işlediklerini kabul etmiştir.

5- Hizmet satınalma yoluyla çalıştırılan şirket personeli

Kamu kurum ve kuruluşlarının temizlik, ulaşım gibi bir kısım hizmetleri ilgili özel hukuk tüzelkişilerinden veya gerçek kişilerden satın alarak gördürmeleri yaygın bir usul olmuştur. Bu şekilde hizmet veren şirket personeli fiilen bir Devlet dairesinde çalışıyor olsa da, kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir. Bu husus madde gerekçesinde de açıklanmıştır. Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir.²⁰

“Fethiye Tanzim Satış Mağazaları AŞ. (Fetansaş) nin statüsüne, sanıkların sıfatına ve suçun şirketin parasına karşı işlenmiş olmasına göre eylemin zimmet suçunu oluşturacağı” **11. CD. 28.9.1998, 6944/6052.**

¹⁸ “BEL-KO Limited Şirketi Ana Sözleşmesinde 50 milyon TL sermayenin 49 milyon lirasının Ankara Büyükşehir Belediyesine ait olduğu ve kamu kuruluşu niteliğinde olan şirketin yöneticilerinin şirket gelirlerini usulsüz harcadıkları iddiasının sübutu halinde zimmet suçunu oluşturabileceği gözetilmelidir.” **11. CD. 10.2.1999, 9004/1257;** Yaşar, O. s. 1322.

¹⁹ CGK. 17.10.2006, 5-165/213.

²⁰ “Cezaevi işyurdu müdürlüğüne yapılan ihale sonunda, işyurduna ait araçlara şoför hizmeti ihalesini alan Uğurlu Dekorasyon Ltd.Şti.nin **sözleşmeli elemanı** olan sanıkların bu araçlarda şoför olarak çalıştıkları, icra müdürlüklerinin yaptıkları hacizlerde kullanılan araçların ücretini haciz sonunda aldıkları ve cezaevi işyurdu müdürlüğüne ait maliye bakanlığından alınma perakende satış fişlerini düzenledikleri, icra dosyasına bırakılan asıl nüshalara gerçek miktar yazdıkları halde alt nüshalarına eksik miktar yazarak aradaki farkı işyurduna vermeyerek mal edindiklerinin iddia olunduğu olayda, paranın kendilerine tesliminde hile kullanılmaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı, eylemin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak suçunu, perakende satış fişleri-

6- Soruşturma usulü yönünden kamu görevlisi kavramı

5237 sayılı TCK ile kamu görevi yükümlüleri yanında kamu hizmeti yükümlülerinin de kamusal faaliyete iştirakleri dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri nedeniyle, 'memur' terimine nazaran 'kamu görevlisi' teriminin daha geniş kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, soruşturmaya ilgili 4483 sayılı Kanun uygulaması yönünden bazı tereddütlere yol açmıştır. Örneğin, 765 sayılı TCK döneminde ceza hukukunda memur sayılmayan hizmetli, ahçı, kaloriferci, şoför gibi istihdam edilenler hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanamazdı. 5237 sayılı TCK yönünden bu kişiler 'kamu görevlisi' olarak kabul edildiklerine göre, soruşturma usulü yönünden 4483 sayılı Kanun gereği izne tabi kimselerden olacaklar mıdır?

Yargıtay bu konuyu şu gerekçelerle çözmüştür:

"İncelenen dosyada posta dağıtıcısı sanığın 5237 sayılı TCY'nın 5, 6/c maddeleri gereği 'kamusal faaliyete' katılması dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmekte ise de, **anılan yasal düzenlemeler maddi ceza hukuku ile ilgili bulunup, soruşturma yöntemi bakımından 4483 sayılı Yasaya bir göndermede bulunulmamıştır.** Bundan ayrıca, Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasından 'kamu iktisadi teşebbüsleri' sözcükleri çıkarılmak suretiyle aynen alınan 4483 sayılı Yasanın 2/1. maddesindeki; *"Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır"* hükmü uyarınca, yasa kapsamının sınırlandırılmış bulunması ve yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCY. döneminde olduğu gibi 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden sonraki uygulamalar bakımından da bu durumun değişmeyeceği gözetilmelidir."²¹

nin alt nüshalarında yapılan sahteciliğin ise özel belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi, yasaya aykırıdır. **11.CD. 13.2.2013, 2010/15444 - 2013/2309**

²¹ 4.CD. 18.10.2006, 2081/17292. Aynı yönde, 4.CD. 16.6.2010, 13771/11870.

Kaynakça

Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev/ Akgüner, Tayfun: **İdare Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 2006.

Gökcan, H.Tahsin, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2008.

Gökcan, H.Tahsin/ Artuç, Mustafa, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.B. Ankara 2012, s. 43 vd.

Özgenç, İzzet, "Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, 1994, S. 1-2, s. 332-335.

Özgenç, İzzet, **TCK Gazi Şerhi**, 3.B. Ankara 2006, s. 105, 106.

Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. B., Ankara 1999.

Tekinalp, Ünal /Poroy, Reha /Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, İstanbul 2003.

Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi (Dava Süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları) *

Vuslat DİRİM**

Sayın Başkan,

Sizi, çok değerli meslektaşlarımı ve tüm katılımcıları saygıyla selamlıyorum.

Benim sunum konum “Ceza Yargılamasında Adil Yargılanma İlkesi” ve özellikle “Dava süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları “dır.

Öncelikle belirtmek isteriz ki;

İnsan Hakları ve Hukuk Devleti İlkesi, insanlığın ortak evrensel değerlerindedir. Türk Milleti de bu değerlere gönülden bağlıdır. Onun için Türkiye Cumhuriyeti Devleti, çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmayı hedeflemekte ve Türk Halkı Avrupa Birliğine girmeyi istemektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, AİHS’ni 1954 yılında onaylamış, 2001 yılında demokratikleşme hamlesi bağlamında yaptığı Anayasa değişikliği ile de, iç hukuk hükümleri ile Sözleşme hükümlerinin çelişmesi hâlinde, Sözleşmenin geçerli olduğunu kabul etmek suretiyle, iç hukukun üstünde olduğunu kabul etmiştir.

Aynı şekilde Ülkemiz, 1987 ve 1990 yıllarında AİHM’ne kişisel ve devlet başvurusunu kabul etmiştir.

TBMM tarafından kabul edilerek 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Kanunları adeta sessiz, ikinci bir hukuk devrimi gibidir. Meşhur Alman Hukukçusu Sayın **Prof. Dr. Claus**

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** *Yargıtay 13. Ceza Dairesi Üyesi.*

ROXİN'in de belirttiği üzere "Yeni Türk Ceza Kanunları Avrupa standartlarındadır."

Ancak, büyük kısmı uygulamadan kaynaklanan birtakım noksanlıklar nedeniyle, insan hakları alanında birtakım sıkıntıların yaşandığı da bir gerçektir.

Ülkemizde insan hakları ihlallerinin tümüyle önüne geçmek amacıyla ilgili bütün kurum ve kuruluşlar tarafından çok ciddi gayretler sarf edilmektedir.

Bu girişten sonra adil yargılanma ilkesi ile başlıyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "**Adil Yargılanma İlkesi**" başlıklı **6. maddesi**;

"1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, re'sen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.” biçiminde düzenlenmiştir.

ADİL YARGILANMA İLKESİ:

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalara konusundaki kararlar bakımından adil yargılama hakkı konumuzun dışında olduğu için doğrudan cezai alanda yani, “Suç isnadı karşısında” adil yargılama hakkını açıklayarak sunumumuza devam etmek istiyoruz.

I- CEZAI ALANDA ADİL YARGILANMA HAKKI:

A- SUÇ İSNADI:

AIHM içtihatları uyarınca **suç isnadı** kavramı; “Bir kimseye işlediği suç iddiasının yetkili makamlar tarafından resmen bildirilmesi” olarak tanımlanabilir.

Bir suç isnadı ve bir ceza tehdidi ile karşılaşılma ise cezai mada bir adil yargılama hakkının varlığından söz edilemez. Örneğin; Air Canada-Birleşik Krallık davasında, gümrük yetkilileri içinde esrar bulunan ve sevk irsaliyesi olmayan bir konteynır buldukları bir uçağa el koymuşlardır. Uçak, ancak para cezası ödendikten sonra ait olduğu şirkete iade edilmiştir. Bu davada AIHM, şikâyet konusunun “cezai alanda [bir] suç isnadına” dair bir karar içermediğini belirtmiştir.

Suç isnadı yapıldığı andan itibaren, “mâkûl süre” hesap edilme-ye başlanır, tâbiri caizse, süre suç isnadından itibaren işlemeye başlar.

B- CEZAI ALAN:

AIHM içtihatları uyarınca, suç isnadının cezai alanda olması gerekir. Kural olarak suç teşkil eden bir fiil dolayısıyla ayrıca uygulanan disiplin yaptırımı cezai alan kavramı içinde değildir. Cezanın ağırlık ve derecesi, cezai alanda adil yargılama hakkının kapsamının belir-

lenmesinde önemlidir. Örneğin; AİHM bir kararında, adli soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi neticesinde 500 İsviçre Frangına kadar bir tutarda uygulanabilen ve bazı hâllerde kısa süreli hapis cezasına çevrilebilecek bir para cezasının, sözleşme bağlamında cezai olarak nitelendirilmesi için yeterli olduğuna karar vermiştir.

C- ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAMI:

- *Adil Yargılanma İlkesi "Erişim Hakkı"nı içerir.* Sözleşmenin 6/1. maddesiyle güvence altına alınan hak, adil yargılanma hakkıyla sınırlı değildir. Bu konuda ayrıca ve ilk olarak mahkemeye erişim hakkından da söz etmek gerekir. Anayasamızın 36. maddesi uyarınca da; "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

Erişim hakkı, temyiz ve itiraz gibi iç hukuk yollarında uygulandığı gibi, davaların zamanaşımı ve mahkeme harçları bakımından da geçerlidir.

Özellikle Alman meslektaşlarımıza Yargıtay'ımız hakkında kısa bir bilgi vermek ve işyükü ilgili bazı sorunları açıklamak istiyoruz:

Türkiye yaklaşık 77 milyon nüfuslu ve 11-12.000 \$ civarında kişi başına milli geliri olan bir ülke olup, henüz istinaf mahkemeleri faaliyete geçirilemediği için **Yargıtay olarak hem sübut denetimi, hem de hukuksal denetim yapmaktayız ve üzerimizde çok çok ağır bir iş yükü vardır.** Üstelik, temyiz sebebiyle bağlı olmaksızın temyize gelen dava dosyalarını tüm yönleriyle inceleyip karara bağlamak durumundayız. Tabi ki bizde de aleyhe değiştirme yasağı geçerlidir. Bu şekilde **yılda yaklaşık 900.000 ilâ 950.000 civarında dosyayı karara bağlıyoruz.** Daha detaylı bilgi verebilmek amacıyla Yargıtay'ımızın 2013 yılı işyüküne ilişkin tabloyu yansıya verdim. Bu tablodan da anlaşılacağı üzere; 23 hukuk, 15 ceza dairesi ve 387 üyeden oluşan **Yargıtay'ımızda 2013 yılında; 507.525 hukuk ve 375.134'ü ceza davası olmak üzere toplam 882.775 dosyayı karara bağlamıştır.**

Hukuk Dairelerinin İş Durum Çizelgesi;

HUKUK DAİRELERİ	2012'den Devreden Dosya Sayısı	2013'de Gelen Dosya Sayısı	2013'de Çıkan Dosya Sayısı	2014'e Devreden Dosya Sayısı
Hukuk Genel Kurulu	652	2.463	1.801	1.314
1.Hukuk Dairesi	3.069	22.478	18.639	6.908
2.Hukuk Dairesi	11.031	26.927	30.788	7.170
3.Hukuk Dairesi	1.465	21.402	18.437	4.430
4.Hukuk Dairesi	7.703	19.329	20.855	6.177
5.Hukuk Dairesi	4.388	30.760	24.368	10.780
6.Hukuk Dairesi	4.722	17.054	17.493	4.283
7.Hukuk Dairesi	3.252	27.744	24.274	6.722
8.Hukuk Dairesi	4.722	24.314	20.434	8.602
9.Hukuk Dairesi	44.021	17.150	35.271	25.900
10.Hukuk Dairesi	10.376	25.510	26.183	9.703
11.Hukuk Dairesi	11.608	18.758	23.808	6.558
12.Hukuk Dairesi	6.631	36.438	40.968	2.101
13.Hukuk Dairesi	5.100	33.736	33.340	5.495
14.Hukuk Dairesi	1.804	16.882	16.035	2.651
15.Hukuk Dairesi	3.641	7.100	7.174	3.567
16.Hukuk Dairesi	775	14.632	13.807	1.600
17.Hukuk Dairesi	6.420	21.500	18.485	9.435
18.Hukuk Dairesi	2.399	21.082	18.456	5.025
19.Hukuk Dairesi	4.001	19.423	20.000	3.424
20.Hukuk Dairesi	4.238	11.249	12.349	3.138
21.Hukuk Dairesi	12.222	22.700	25.165	9.757
22.Hukuk Dairesi	10.089	38.310	31.021	17.378
23.Hukuk Dairesi	1.251	9.540	8.374	2.417
<u>Hukuk Daireleri Toplam Dosya Sayısı</u>	<u>165.580</u>	<u>506.481</u>	<u>507.525</u>	<u>164.535</u>

Ceza Dairelerinin İş Durum Çizelgesi;

CEZA DAİRELERİ	2012'den Devreden Dosya Sayısı	2013'de Gelen Dosya Sayısı	2013'de Çıkan Dosya Sayısı	2014'e Devreden Dosya Sayısı
Ceza Genel Kurulu	355	841	644	552
1.Ceza Dairesi	5.050	6.344	8.245	3.149
2.Ceza Dairesi	14.893	37.257	31.392	20.758
3.Ceza Dairesi	32.350	32.691	49.006	16.035
4.Ceza Dairesi	38.425	42.450	34.112	46.763
5.Ceza Dairesi	8.205	17.315	12.667	12.853
6.Ceza Dairesi	48.959	35.827	25.795	58.991
7.Ceza Dairesi	19.997	23.635	25.316	18.315
8.Ceza Dairesi	21.778	20.178	30.206	11.750
9.Ceza Dairesi	5.748	18.503	17.505	6.746
10.Ceza Dairesi	38.197	14.247	11.725	40.719
11.Ceza Dairesi	24.556	27.439	20.262	31.733
12.Ceza Dairesi	19.092	30.410	31.316	18.186
13.Ceza Dairesi	25.113	36.593	41.808	19.898
14.Ceza Dairesi	18.690	11.896	14.143	16.443
15.Ceza Dairesi	20.056	33.295	21.108	32.243
<u>Ceza Daireleri</u>				
<u>Toplam Dosya Sayısı</u>	<u>341.464</u>	<u>388.921</u>	<u>375.250</u>	<u>355.134</u>
<u>Yargıtay Genel Toplam</u>	<u>507.044</u>	<u>895.402</u>	<u>882.775</u>	<u>519.669</u>

31.05.2014 itibariyle derdest dosya sayısı;(165.606-H; 382.071-C olmak üzere) 547.677'dir.Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında tebliğname düzenlenmek üzere bekleyen 310.804 dosyanın da bu rakama eklenmesi hâlinde, derdest dava dosyası sayısı 858.481'e çıkmaktadır.

Bu bağlamda yaşadığımız paradoksal bir durumu da açıklamak istiyoruz:

Geçtiğimiz dönemde; haklı gerekçeye dayanmayan, tâbiri caizse gayriciddi olarak yapılan temyiz başvurularının bir kısmını önleyebilmek ve bu yolla Yargıtay'ın iş yükünü bir miktar olsun hafifletebilmek amacıyla çıkarılan 6217 sayılı Kanun'la, 40.00 Türk Lirası, yani yaklaşık 15 Euro civarında bir miktarda temyiz harcı getirilmişti. Ancak; Anayasa Mahkeme'miz, 29.12.2011 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesini öngördüğü 20.10.2011 günlü, 2011/54-142 esas ve karar sayılı kararıyla, AİHS'in 6/1. maddesindeki erişim hakkı ile Anayasa'mızın 2, 5 ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptaline karar vermiştir. Biz ise; Yargıtay 13. Ceza Dairesi olarak, (diğer birçok ceza dairesi gibi) iptal kararı henüz yürürlüğe girmeden önce de harç ödemeksizin yapılan temyiz başvurularını geçerli kabul edip işi esastan inceledik. (Örneğin; 18.10.2012 günlü, 2012/12718-21996 esas ve sayılı kararımızda olduğu gibi)

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında; salt temyiz için orantılı bir miktar harç konulmasının Sözleşmeye ya da Anayasa'ya aykırı olmadığı kabul edilmiştir. Ancak; ödeme gücü olmayanlara etkili bir adli yardım sağlayacak sistem bulunmadığından bu kişiler yönünden erişim hakkı engelleneceğinden ilgili hükmün iptaline karar verilmiştir.

Oysa Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı verdiği tarihte, yâni 20 Ekimde, diğer bir ifadeyle yılın 293. gününde karar sayısı sadece 142'dir.

Biz de 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı getirildi. Bu düzenlemeye göre, bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi için yaklaşık 200 Türk Lirası bir başvuru harcı yatırılması gerekiyor.

Şimdi ilgili herkese bir soru sormak istiyorum;

AİHM, mâkûl sürede adil yargılama yapılmadığı kararını ya da başka bir insan hakkının ihlâl edildiğine dair kararını mâkûl süreyi aşarak veriyorsa, bu adil yargılanma hakkının AİHM tarafından ihlâlî sayılabilir mi?

Aynı şekilde, ikincil bir yargılama olsa da bireysel başvuru harcı erişim hakkını ihlâl eder mi? (Bize göre iki soruya da hayır cevabı vermek gerekir.)

-Adil Yargılanma hakkının etkili olması gerekir. Mevzuat anlamında erişim hakkının mevcut olması yetmez, etkili olması da gerekir. Örneğin; karmaşık bir davada avukat yardımından yararlanma hakkı bu hakkın etkili olmasının doğal bir sonucudur.

-Erişim hakkı, mutlaka üst bir mahkemeye başvuru imkanı sağlamaya zorunluluğunu içermez. Yâni, daha önemli işlere daha fazla zaman ayırabilmek bakımından, bazı cezaların miktar itibariyle kesin olarak kabul edilmesinin sözleşme hükümlerine aykırı olarak kabul edilemeyeceği söylenebilir.

Bu bağlamda, AİHM ve Anayasa Mahkemesi (17.11.2005 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 30.06.2004 günlü, 2004/36-92 esas ve karar sayılı iptal kararı) kararları doğrultusunda, 1412 sayılı CMUK'nda bulunan ceza kararnamesi düzenlemesine, yâni yalnız hafif veya ağır para cezasını ve/veya üç aya kadar hafif hapis cezasını ... gerektiren suçlarda sulh hakimine yargılama yapmaksızın evrak üzerinde ceza verme yetkisi sağlayan bu kuruma yâni ceza kararnamesine, adil yargılanma hakkına aykırı olduğu için, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nda yer verilmediğini belirtmek isteriz.

-Adil yargılanma hakkı sınırsız bir hak değildir. Bu hakka da, özüne dokunulmamak kaydıyla bazı sınırlamalar getirilebilir.

-Adil yargılanma hakkı önceden verilen mahkeme kararını uygulama hakkını da içerir.

-Adil yargılanma hakkı yargılamanın bütün aşamalarını kapsar.

D- BAĞIMSIZ ve TARAFSIZ MAHKEME İLE KARAR KAVRAMLARI:

-Tarafsızlık:

AIHM içtihatları uyarınca mahkeme; yetkisi dahilindeki konuları hukuk kuralları temelinde, belirlenen usule bağlı olarak görülen davaların neticesinde karara bağlayan bir mercidir.

Mahkemenin ve dolayısıyla hâkimin tarafsızlık ve bağımsızlığı ile ilgili olarak özetle şunları söylemek isteriz:

İlk derece mahkemesince verilen hükme katılan bir hâkimin bu hükmün temyizi aşamasında incelemeye ya da karara katılması tarafsızlık ilkesinin ihlâli dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırıdır. (bkz.: AIHM, Oberschlik-Avusturya Kararı)

Aynı şekilde AIHM; Wettstein-İsviçre kararında, ... bir davada karşı tarafı temsil eden bir avukatın başvuruçunun taraf olduğu başka davalarda hakimlik görevini üstlenmesi sebebiyle, Buscemi-İtalya kararında, ... bir çocuğun velâyet davasına bakan bir hakimin basında çocuğun babasıyla tartışma yaşaması sebebiyle, 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

-Bağımsızlık:

Adil bir yargılama için diğer erklerden bağımsız bir mahkemenin varlığı gerekir. Bizde kaldırılmış olan Devlet Güvenlik Mahkemelelerinde bulunan askeri hâkim dolayısıyla AIHM (Örneğin Altay-Türkiye kararında) özetle şunları belirtmiştir:

“Askeri hakimlerin, diğer silâhlı kuvvetler mensuplarına göre bir takım güvenceleri bulunmakta ise de, onların da hâlihazırda silâhlı kuvvetler mensubu olmaları, bu kurumun emirlerini yürütmeden alıyor olması ve bu kişilerin askeri disipline tâbi olmaları ve gerek atanmaları gerekse aday gösterilmelerinde yürütme ve idarenin büyük ölçüde dahil olması şeklinde belirlenmiştir. Hükümet'in ileri sürdüğü gerekçeler ışığında bu tür mahkemelerin kurulmasının gerekli olup olmadığını soyut düzlemde kararlaştırmak Mahkeme'nin görevi değildir; Mahkeme'nin görevi, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin işleyişinin Bay Altay'ın âdil yargılanmasına aykırılık oluşturup oluşturmadığını ve özellikle Bay Altay'ın kendisini yargılayan

mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğundan endişelenmek için nesnel açıdan haklı gerekçelerinin bulunup bulunmadığını değerlendirmektir (İncal-Türkiye Kararı, s. 1572, paragraf 70). Bu doğrultuda, Mahkeme başvuru gibi sivil olan Bay İncal ve Bay Çıraklar'a ait davalarda vardığı sonuçtan ayrılmak için bir neden görmemektedir. Bir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin önünde anayasal düzeni ve ulusun bölünmez bütünlüğünü bozmak ... ile suçlanan Bay Altay'ın ordunun hukuk işlerine bağlı profesyonel bir subayın kendisini yargılayan hâkimlerin arasında bulunmasından dolayı endişe duyması anlaşılabilir. Bu nedenden ötürü, Bay Altay'ın İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin haksız şekilde kendi davasının özellikleriyle ilgili olmayan düşüncelerden etkilenebileceğinden endişe duymaya hakkı vardır. Başka bir deyişle, başvuruçunun bu mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğuna ilişkin endişeleri nesnel açıdan haklı görülebilir. Bu bağlamda, Mahkeme Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrasının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır."

-Karar deyince, nihai hükümden bahsedildiğini kabul etmek gerekir. Bu konuda genel kural olarak adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurabilmek için, hükmün kesinleşmesi yâni, iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğini belirtmekle yetiniriz.

F-ADİL YARGILAMANIN NİTELİKLERİ:

Bölümde başlıca üç nitelikten söz edeceğiz.

1-YARGILAMANIN ADİL OLMASI:

-Genel olarak bir şeyler söylemek gerekirse,

AİHM birçok kararında, detaylardan ziyâde yargılamanın bir bütün olarak adil olması gerektiğini vurgulamıştır.

Örneğin; Unterpertinger-Avusturya davasında, hüküm giymeden önce, başvuruçuya tanıkları (karısı ve üvey kızı) sorgulatma imkânı verilmemiş olması sebebiyle 6. maddeye aykırılık tespit edilmiştir.

Buna karşılık birçok kararında (Örneğin; Doorson-Hollanda ...) bir mahkûmiyet kararının salt kimliği gizli tutulan tanıkların beyanlarına dayandırılmasını sözleşmeye aykırı kabul etmemiştir.

Bir başka kararında ise (Schenk-İsviçre Kararı ... bu davada başvuru telefon görüşmeleri yetkili hâkimin kararı olmaksızın kaydedilmiştir.) “İç hukuka göre yasal olmayan şekilde toplanmış delillerle ilgili olarak, bunların kural olarak ve soyut bir biçimde reddi gerektiğini düşünmemektedir. Yapılması gereken Bay Schenk’in yargılamasının bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirmektir.” denilmiştir.

-Nizalı Dava ve Silahların Eşitliği İlkeleri,

AİHM birçok içtihadında adil yargılama hakkının, tarafların yâni iddia ve savunma makamlarının iddia ve savunmalarını eşit bir şekilde ve serbestçe dile getirme imkânını da içerdiğini belirtmiştir. Özellikle savunma, gösterilen deliller, dosyaya sunulan bilirkişi raporları ve mütalâalar hakkında bilgi sahibi olmalı ve bunlarla ilgili olarak kolaylıkla görüş bildirebilmelidir.

-Kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı,

İçtihatlarla yansıyan şekilde ifade edecek olursak AİHM, bu hakkın en basitinden en karmaşığın kadar bütün ceza davalarını kapsadığını kabul etmektedir.

Kendi aleyhine tanıklık etmemek hakkı öncelikle, sanığın sessiz kalma isteği(susma hakkı)ne saygı gösterilmesiyle ilgilidir.

Sözleşmeye Taraf Devletler’in hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere bu hak, öncelikle baskı altında verilen bir ifadenin yâni ikrarın, mahkûmiyete esas alınmasını yasaklar.

Ulusal Mahkeme, sadece sanığın susma hakkını kullanmayı tercih etmesinden dolayı sanığın suçlu olduğu sonucuna varamaz

Bu hak ceza davalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılması mümkündür.

-Avukata erişim,

Kural olarak şüpheli veya sanığın soruşturmanın en başından itibaren avukat yardımından yararlanabilmesi gerekir. Ancak; yuka-

rıda belirttiğimiz üzere AİHM açısından yargılamada bir bütün olarak adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği değerlendirildiği için sonuçta büyük resmin görülmesi önemlidir.

John Murray-Birleşik Krallık kararına konu olan olayda, sanık soruşturmanın başlangıcındaki ilk kırksekiz saat içerisinde kolluk tarafından avukata erişim hakkından mahrum bırakılmış ise de; Mahkemece salt bu nedenle sözleşmeye aykırılığın varlığı kabul edilmemiştir.

2-DAVALARIN “MÂKÛL BİR SÜRE İÇİNDE” GÖRÜLMESİ:

AİHS 6/1. maddesi hükmüne göre davaların “mâkûl süre”de görülmesi gerekir.

Kural olarak mâkûl süre, suç isnadından başlayıp Anayasa Mahkemesi’nde görülen davayı dahi kapsar şekilde, iç hukuk yollarının tamamen tüketilmesine kadar geçen süreyi kapsar.

AİHM’in mâkûl süre ile ilgili olarak birçoğu da Ülkemiz hakkında olan çok sayıda kararı, yâni içtihadı mevcuttur.

Bu içtihatlarla göre, standart bir sürenin varlığından söz edemeyiz. AİHM, görülen davanın karmaşıklığı, başvuruçuların (Şüpheli veya sanığın yargılama esnasında kaçıp, kaçmadığı, erteleme talebinde bulunup bulunmadığı vb hususlar) ve adli (Cumhuriyet savcısının veya hâkimin soruşturma ya da kovuşturmanın uzamasına neden olup olmadıkları) veya idari makamların (kolluk ve benzeri idari makamların) davranışlarına incelemek suretiyle sürenin mâkûl olup olmadığını belirlemek gerektiğine hükmetmiştir.

Örneğin; AİHM Yağız ve diğerleri davasında, **yargılama beş yıl dört ay sürmüş ise de; dava örgüt üyeliği suçlaması ile ilgili olup karmaşık bir dava olduğu gibi, dosya iki sefer Yargıtay’dan bozularak geldiği için mâkûl sürenin aşılmadığına hükmetmiştir.**

Buna karşılık, trafik kazasına ilişkin Taşkın-Türkiye davasında 7 yıl 2 aylık, sahtecilik suçuna ilişkin Hasko-Türkiye davasında 11 yıl 2 aylık ve yine örgüt üyeliği suçlamasına ilişkin Dolutaş-Türkiye davasında 11 yıl 2 aylık süreleri, mâkûl sürenin aşılması olarak değerlendirilmiş ve Ülkemizi tazminata mahkûm etmiştir.

Mâkûl süre ile ilgili olarak Ülkemiz aleyhine açılmış davalar dolayısıyla yukarıda sorduğumuz soru, yâni **AİHM, mâkûl sürede adil yargılama yapılmadığı kararını ya da başka bir insan hakkının ihlâl edildiğine dair kararını mâkûl süreyi aşarak veriyorsa, bu adil yargılanma hakkının AİHM tarafından ihlâlî sayılabilir mi?** sorusuna daha fazla muhatap olunmaması adına, Hükümetimiz tarafından 3. Demokratikleşme Paketi çerçevesinde hazırlanan “**6384 sayılı AİHM’ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun**” TBMM tarafından onaylanıp, 19.01.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanuna göre oluşturulan bir komisyon tarafından, mâkûl sürenin aşıldığı iddiasına dayalı olarak AİHM’ne götürülen 2.600 adet davadan 1.600 adedi, tazminatın belirlenmesi ve ödenmesi de dahil olmak üzere, 115 gün gibi kısa bir süre içerisinde uzlaşmayla sonuçlandırılmıştır. Bu işlemlerde Kaplan-Türkiye davasında belirlenen kriterler esas alınmıştır. Diğer 1.000 davanın da en kısa sürede sonuçlandırılması için çalışmalar hızla devam etmektedir.

3- DAVANIN ALENİ OLARAK GÖRÜLMESİ ve HÜKMÜN AÇIK OTURUMDA VERİLMESİ:

Davanın yani duruşmaların aleni olarak görülmesi ve hükmün açık oturumda verilmesi önemli bir haktır ve şüpheli veya sanık açısından da önemli bir güvencedir. Ancak, AİHM içtihatlarında da açıkça belirtildiği üzere, bu ilke ve bu hak ta mutlak bir hak değildir.

Demokratik bir toplum içinde ahlâk, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

İlk derece ve istinaf ile temyiz mahkemelerine ait kararların tefhim ve tebliği bu bağlamda önem kazanan diğer bir husustur. Aynı şekilde, kararların gerekçeli olması da çok önemlidir.

Sanığın kendisi özgür iradesiyle davanın aleni olarak görülmesini isteme hakkından feragat edebilir. Feragat, sarih(açık) ve kamu yararına aykırı değilse geçerlidir.(Hâkanson ve Sturresson-İsveç kararı)

II-MASUMİYET KARİNESİ:

Zaman darlığı nedeniyle Sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesinin herhangi bir detayına giremeyeceğiz.

Ancak, kısaca belirtmek gerekirse, “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu sabit oluncaya kadar masum sayılır”

“**Kuşkudan sanık yararlanır.**” Bu kural yargılamanın her aşaması için geçerlidir.

Haksız tutuklamadan dolayı tazminata hükmedilmesinin 5. madde yanında ikinci gerekçesi de bu ilkedir.

Gelelim sunumumuzun son alt başlığı olan şüpheli ve sanık haklarına..

III-ŞÜPHELİ ve SANIK HAKLARI:

1-SUÇLAMADAN HABERDAR EDİLME HAKKI:

Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında 5 bent halinde düzenlenen bu haklardan birincisi Suçlamadan haberdar edilme hakkı olarak tanımlanabilir. En azından denilmek suretiyle bu bentte sayılan bütün hakların mutlak güvence altına alınması amaçlanmıştır.

Buna göre her şüpheli veya sanık kendisine yöneltilen suçlamaların niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek hakkına sahiptir.

AİHM içtihatlarına göre, “... Her ne kadar bu hüküm ilgili bilginin yabancı bir sanığa yazılı olarak verilmesinin veya yazılı olarak tercümesinin gerekli olup olmadığını belirtmese de, ‘suçlamaların’ sanığa bildirilmesi konusuna özel olarak dikkat edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. İddianame ceza yargılamasında hayati bir rol oynar; sanık kendisi hakkındaki suçlamaların olgusal ve hukuki temeli konusunda ancak iddianamenin kendisine verildiği andan itibaren resmî olarak ve yazılı biçimde haberdar edilmiş olur. Mahkemenin dilini konuşamayan bir sanık, şayet kendisine iddianamenin anlayabileceği bir dilde yazılı tercümesi sağlanmazsa dezavantajlı bir durumda kalacaktır.”

“...6. Maddenin 3 (a) bendi, sanığa aynı zamanda yalnızca suçlamanın nedeni konusunda, yani işlemiş olduğu iddia edilen ve suçlamanın temeli olan fiiller konusunda değil, bu fiillerin hukuki olarak nasıl nitelendiği konusunda da ayrıntılı olarak bilgilendirilme hakkını verir “

AİHM kararlarından naklettiğimiz bu alıntılardan da açıkça anlaşıldığı üzere, iddianamenin tebliği, hukuki nitelendirme, savunma ve ek savunma hakkı verilmesi bu bağlamda en önemli alt başlıkları oluşturmaktadır.

2- SAVUNMASINI HAZIRLAMAK İÇİN YETERLİ ZAMAN ve KOLAYLIKLARA SAHİP OLMA HAKKI:

Bu bağlamda irdelenecek konular dava dosyasını görme ve fotokopisini çıkartma hakkı ile savunmasını hazırlama için yeterince zaman tanınmasıdır.

AİHM içtihatları uyarınca, “... Avusturya Ceza Usul Yasası’nın 45. maddesinin 2. fıkrası gereğince dava dosyasını görme ve fotokopi çıkarma hakkı sanığın avukatı ile sınırlıdır; sanığın kendisi ancak hukuki olarak temsil edilmiyorsa dosyaya erişme hakkına sahiptir ... Avusturya Ceza Usul Yasası’nın 45. maddesinin 2. fıkrasının yerleştiği sistem kendi içinde 6. Maddenin 3 (b) bendinde (madde 6-3-b) korunmuş olan savunma hakkı ile bağdaşmaz bir nitelik taşımaz.(Kaminski - Avusturya)”

Aynı şekilde AİHM, ...suçlamanın son oturumda değiştirilmesi karşısında, sanıklara ek savunma hazırlanması için yeterli süre verilmemesini sözleşmeye aykırı bulmuştur. (Sadak ve diğerleri-Türkiye)

3- KENDİSİNİ ŞAHSEN SAVUNMA veya AVUKAT YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKI:

-Kural olarak soruşturmanın başladığı andan itibaren şüpheli veya sanığın avukat yardımından yararlanması gerekir. Ancak, yukarıda avukata erişim bahsinde de belirttiğimiz üzere, salt bir konuya değil, yargılamanın bütününe ve bu konuda bir sınırlama ya da kısıtlama getirilmişse, o kısıtlamanın gerekçesine de bakmak gerekir.

-Avukatla iletişimin gizliliği esastır. "...Mahkeme sanığın avukatıyla üçüncü bir kişinin kendilerini dinlemediği bir ortamda iletişim kurma hakkının demokratik bir toplumda adil bir yargılamanın temel gereklerinden biri ve AİHS'in 6. Maddesinin 3-c bendinin (madde 6-3-c) bir gereği olduğu kanısındadır.(S.-İsviçre Kararı)

-Duruşmada yardım ve temsilde herhangi bir sınırlama olmaması gerekir.

-Devletin maddi durumu müsait olmayan şüpheli ve sanıklara ücretsiz yâni parasız avukat yardımından yararlanma hakkını sağlaması gerekir.

-Her şüpheli veya sanığın avukatla birlikte ya da tek başına kendi kendini savunma hakkı vardır.

4- TANIKLARI SORGUYA ÇEKME HAKKI:

AİHM kararındaki ifadelerle açıklayacak olursak; "Bu hak Sözleşmeciler Devletleri, özellikle sanığın kendisi aleyhine ifade veren tanıkları sorguya çekmesi veya çektirmesi konusunda pozitif tedbirleri almaya mecbur kılar.(Sadak ve Diğerleri-Türkiye kararı)"

5- TERCÜMAN YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKI:

AİHM birçok kararında (Örneğin; Kaminski – Avusturya kararında olduğu gibi) sözleşmenin 6. maddesinin 3.fıkrasının e bendi uyarınca, şüpheli veya sanığın bir tercümanın hizmetinden ücretsiz yâni parasız yararlanma hakkının bulunduğu hükmetmiştir.

5271 sayılı CMK'nın 324/5. maddesinde; "Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercüman giderleri, yargılama giderinden sayılmaz ve bu giderler Devlet hazinesince karşılanır." denilmektedir. Bu bağlamda Yargıtay 13. Ceza Dairemizin sağır dilsiz olan sanık hakkında verdiği bir kararını hatırlatmak isterim: ...sanığın sağır dilsiz olması nedeniyle savunması alınan tercümanın ücreti yargılama giderinden sayılmaz ve Devlet hazinesinden karşılanması gerekir.(Y. 13. CD'nin 19.11.2012 günlü, 2011/23218-2012/24460 esas ve sayılı kararı)

Böylelikle, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen “Adil Yargılama Hakkı”na genel bir bakış yapmış olduk.

Sorularınız varsa cevaplamaya hazırım

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

SORU-CEVAP ve TARTIŞMA BÖLÜMÜNDE YAPTIĞIMIZ KATKILAR:

1- Hukuka uygun ya da hukuka aykırı deliller ve adil yargılanma hakkı ile ilgili iki adet Yargıtay Kararı:

A) Yargıtay 13. CD'nin YKD'nin Nisan / 2012 sayısında yayımlanan 26.03.2012 günlü, 2011/7180 esas ve 2012/8523 sayılı kararı.

Karara konu olayda, bir fakültede öğretim görevlisi olan mağdurun yalnızca kendisi tarafından kullanılan odasına kendi isteği ile yerleştirilen güvenlik kamerasından elde edilen görüntü delilinden hareketle mağdurun odada bulunan çantasından hırsızlık yaptığı tespit edilen sanık bu delile dayanılarak bu delile dayanılarak mahkûm edilmiştir.

Dairemizce; dava konusu olayda AİHS'nin 6., Anayasa'nın 36/1. ve TCK'nın 26/1. maddeleri uyarınca hakkın icrası hukuka uygunluk nedenlerinden olan iddia ve savunma hakkı kullanıldığı için, 5271 sayılı CMK'nın 206 ve 217/2. maddeleri uyarınca, elde edilen bu görüntüler hukuka uygun bir delil olarak kabul edilmiş ve mahkûmiyet hükmü onanmıştır.

B) Yargıtay 7. CD'nin YKD'nin Nisan / 2014 sayısında yayımlanan 27.11.2013 günlü, 2013/5178 esas ve 2013/23749 sayılı kararı.

Karara konu olayda, ... korsan kitap satıldığı yolunda soyut bir ihbar üzerine, ... ilinin, ... ilçesi, ... caddesinde, 1'den 25 no.'ya kadar bütün işyerlerinin aranmasına ilişkin olarak hâkimden arama kararı alınmış, bu karara istinaden sanığın işyerinde yapılan aramada korsan kitap bulunmuş ve sanık bu delile dayanılarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 81/9. maddesine aykırılıktan mahkûm edilmiştir.

7. Dairesi, dava konusu olayda arama hâkim kararıyla yapılmış olmasına rağmen, AİHS'nin 8., Anayasa'nın 20, CMK'nın 116 ve 119. maddelerine, dolayısıyla da hukuka aykırı olarak elde edilen delil söz konusu olduğu için 5271 sayılı CMK'nın 206 ve 217/2. maddeleri uya-

rınca, elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilmiş ve mahkûmiyet hükmü bozulmuştur.

Bizce iki karar da isabetlidir.

2- Ölçülülük ve Orantılılık İlkesinin Önemi:

5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında esas alınan önemli ilkelerden biri de ölçülülük ve orantılılık ilkesidir.

Eskiden maalesef Yargıtay kararlarının da etkisiyle cezanın bireyselleştirilmesinde, temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi ve atfet niteliğindeki bütün hükümler, bütün sanıklar bakımından adeta birer kazanılmış gibi uygulanıyordu. Artık TCK'nın 3. ve (uygulanırken adeta **hâkimlik sanatının** icra edildiği) 61. maddeleri uyarınca, cezanın bireyselleştirilmesinde çok sık olarak yapılan bu yanlış ortadan kaldırmalıyız. Yargıtay da buna öncülük etmelidir.

Örneğin; 5-10 liralık bir eşyanın çalınması hâlinde temel cezanın temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi normaldir. Ancak; çok kıymetli bir eşyanın çalınmasında da temel cezanın alt sınırdan belirlenmesinin, ölçülülük ve orantılılık ilkesine uygun olmadığını düşünmekteyiz.

Nitekim Yargıtay 13. Ceza Dairemiz; özellikle araç hırsızlığında, TCK'nın 61. maddesinde belirtilen "suç konusunun önem ve değeri", "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" kriterleri uyarınca, temel cezanın alt sınırından ayrılınmamasını bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

İnsan hakları ihlâlleri sadece, hukuka aykırı şekilde verilen bir mahkûmiyet kararıyla ortaya çıkmıyor. Çoğunlukla soruşturma evresinde ve koruma tedbirlerinin uygulanması dolayısıyla insan haklarının ihlâl edildiğini görüyoruz. Bu itibarla ölçülülük ve orantılılık ilkesini sadece cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında değil, yargılamanın bütün evrelerinde ve özellikle de koruma tedbirlerinde dikkate almalıyız.

Alman Federal Mahkemesi "...Bir iki adet ruj çaldığı iddia edilen şüphelinin evinin arama yapılması kararının ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna" hükmetmiştir.

Bu kararı da isabetli bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

3- Ülkemizde insan hakları ihlallerinin başlangıçtan itibaren asgariye indirilebilmesi için;

-Hâkim ve savcılar başta olmak üzere süreçte yer alan tüm adli personelin sayı ve kalitesi artırılmalıdır.

-Uzlaşma(ceza pazarlığı sistemi de dahil), kamu davasının açılmasının ertelenmesi, ön ödeme ve kamuya yararlı bir işte çalıştırma gibi yargı öncesi alternatif çözüm yolları geliştirilmeli ve yaygın bir şekilde uygulanmalıdır.

-Yeni sistemin önemli payandalarından biri olan iddianamenin iadesi kurumu iyi anlatılmalı ve uygulanmalıdır. Bu konuda Yargıtay 13. Ceza Dairemiz; iki adet karar(YKD'nin Şubat/2012 sayısında yayımlanan 30.11.2011 gün ve 2011/17629 – 6976 esas ve karar sayılı ve Mart/2012 sayısında yayımlanan 02.02.2012 gün ve 2011/27923 esas ve 2012/2008 karar sayılı) vermiştir. Bu kararlar da Dairemiz Yargıtay'ın diğer kararlarından çok farklı olarak *“Yeni Türk Ceza Adalet Sistemi'nde benimsenen, “Kişilerin Lekelenmeme Hakkı” ile “Eksiksiz soruşturma ve Tek Celsede Duruşma” prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının mâkul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev'i filtre görevi yapmaları gerekir.”* biçiminde değerlendirme yaparak savcının delil takdiri yapmasının önemine işaret etmiştir.

-İstinaf Mahkemeleri faaliyete geçmelidir.

Diye düşünmekteyiz.

Kısaltmalar:

AIHS:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AIHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

CMK: Ceza Muhakemeleri Kanunu(Yeni, 5271 sayılı ...)

CMUK: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu(Eski, 1412 sayılı ...)

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK: Türk Ceza Kanunu

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması*

(Implementation of the Right to Fair Hearing in Criminal Procedural Law)

Veli KAFES**

Öz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınan "adil yargılanma hakkı" kapsamında yer verilen meram anlatma ilkesine göre, herkes mahkeme önünde dinlenilmeyi talep etme hakkına sahiptir. Bu ilke "sanığın derdini anlatabilmesini, gereği gibi dinlenilmeden mahkûm edilememesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini" ifade eder. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen asgari hakların yanı sıra silahların eşitliği ilkesini, çelişmeli yargılama ilkesini, yargılamaya etkili katılım ve duruşmada hazır bulunma hakkını, susma ve kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlanmama hakkını, delillere ulaşma ve yorum yapma hakkını içermektedir. Türk ceza muhakemesi hukukuna hâkim olan ilkeler ve yasal düzenlemeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine paralel olmasına karşın, uygulamada meram anlatma ilkesinin sağlanmasına yönelik kuralların amacına uygun biçimde işletilemediği gözlemlenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Meram anlatma ilkesi, Adil yargılanma, Çelişmeli Yargılama ilkesi, Duruşmada sözlülük, İstinabe.

* Geliş Tarihi: 27. 10. 2015, Kabul Tarihi: 21. 12. 2015.

** *Yargıtay Cumhuriyet Savcısı*

Abstract

The right to fair hearing in criminal procedural law lays within the scope of the right to fair trial refers that everyone is entitled to be heard before the court. This is a principle which means that everyone can express her problems and cannot be sentenced without being heard in a proper manner and can refute an argument and evidence which are unfavorable of her and by doing so the accused or suspect can affect the entire criminal proceeding. The right to be heard in equitable way includes also the rights such as equality of arms, adversarial proceedings and effective participation to the proceedings, right to be in court sessions, right to be silent, *nemo tenetur* (nobody cannot be bound to accuse herself or her relatives) and access to evidence and right to comment. It is observed that the right to fair hearing in Turkish criminal procedural law does not function as it is supposed to be even though the main principles and regulations of Turkish criminal procedural law are in harmony with the 6th article of the European Court of Human Rights.

Keywords: The right to fair hearing, fair trial, adversarial proceedings, orality in court sessions, rogatory.

I. GENEL OLARAK

Ceza muhakemesinin temel amacı genellikle maddi gerçeğe ulaşmak olarak kabul edilmektedir. Ancak bu, *her ne pahasına olursa olsun elde edilecek bir maddi gerçeklik değil*, hukuk kuralları çerçevesinde ulaşılmaya çalışılan bir maddi gerçekliktir. Bu nedenle ceza muhakemesinin temel ilkelerinden hukuk devleti ilkesi ve bireyin adil yargılanma hakkı ilkesi önem kazanmaktadır¹.

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan *meram anlatma ilkesi* “her şüphelinin/ sanığın derdini anlatabilmesini, ne istediğini söyleyebilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkûm edilememesini,

¹ Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. bs., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 1998, no.14, 15; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, (Editör: Bahri Öztürk) Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 137.

öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini"² ifade eder.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan meram anlatma ilkesine göre herkes, mahkeme önünde dinlenilmeyi talep etme hakkına sahiptir³.

AİHS 6/1 maddesiyle güvenceye alınan bu ilke, bireyin insan onurunu koruyarak süje olmaktan çıkarılıp obje haline getirilmesini önleme işlevi de görür, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da hizmet eder. AİHS 6. maddesinde yer alan, özellikle 6/1, 6/3-a, b ve d. bentlerindeki hakların esasen sanığa tanınmış haklar olduğu görülmektedir. Öte yandan, müşteki, mağdur veya suçtan zarar görenin isnat yönünde veya isnada karşı görüş ve bilgileriyle tezlerini açıklayabilmesi, bir ispat aracına yönelik veya bilirkişi raporuna karşı görüşlerini açıklayabilmesi hakkı da "meram anlatma ilkesi" kapsamında değerlendirilmektedir⁴.

II. HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI VE MERAM ANLATMA İLKESİ:

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/1. maddesine göre "*Herkes davasının ... kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, ... dinlenmesini isteme hakkına sahiptir*". AİHS 6/1. maddesinde yer alan, "*kişinin davasının hakkaniyete uygun dinlenmesi*" kavramı, maddenin diğer fıkralarında yer alan masumiyet karinesiyle ve suçla isnat edilmiş kişinin asgari haklarıyla doğrudan bağlantılıdır. Hakkında bir suç isnadı bulunan kişiye tanınmış 2. ve 3. fıkradaki haklar, 1. fıkrada sözü geçen adil yargılanma hakkının spesifik yönleridir⁵.

² Yener Ünver/ Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.23.

³ Feyyaz Gölcüklü/ A. Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 1998, s.245.

⁴ David Harris/ Michael O'Boyle/ Ed Bates/ Carla Buckley/ Colin Warbrick/ Ursula Kilkelly/ Peter Cumper/ Yutaka Arai/ Heather Lardy, (*Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2009*) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2013, Avrupa Konseyi, 2013, Ankara, Şen Matbaba, s.309.

⁵ *Van Geyseghem v. Belçika, Appl. No.26103/95, para.27.*

Bu asgari haklar: suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı, savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, kendini savunmak ya da seçeceği veya tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanma hakkı, tanık dinletme ve sorgulama hakkı, ücretsiz tercüman hakkı olarak sıralanabilir. Öte yandan, hakkaniyete uygun yargılama çerçevesindeki haklar ve ilkeler 3. fıkrada belirtilen asgari haklar ile sınırlı değildir. AİHS 6/1. maddesi aynı zamanda silahların eşitliği ilkesini, çelişmeli yargılama ilkesini, yargılamaya etkili katılım ve duruşmada hazır bulunma hakkını, susma ve kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlanmama hakkını, delillere ulaşma ve yorum yapma hakkını içerir⁶.

Ceza muhakemesinde meram anlatma ilkesinin sağlanması bakımından AİHS'nin 6. maddesindeki diğer haklarla olan ilişkisi göz önünde tutulmalıdır. AİHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının sağladığı bütün güvenceler, birinci fıkradaki genel nitelikte olan adil yargılanma ilkesinin doğal sonuçlarıdır. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) üçüncü fıkranın ihlali iddialarını, tek başına bu fıkradaki hükümler açısından değil, 6. maddenin genel kuralı içeren ilk fıkrasıyla bağlantılı olarak incelemektedir⁷.

Anayasamızın 90. maddesine göre, bir davada uygulanacak yasa hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme arasında bir çatışma bulunduğu hâkim uluslararası sözleşmeyi uygulamak zorundadır⁸. Sözleşme, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde belirtilen temel kurala göre, antlaşmanın bütünü içinde, konu ve amacının ışığında verilecek olağan anlama uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır⁹.

Adil yargılanma hakkı *bütün yargılama sürecine ilişkin* olduğundan bu ilke ve haklar ilk derece yargılaması kadar istinaf ve temyiz aşama-

⁶ Gölcüklü/ Gözübüyük, s. 239.

⁷ *Magee v Birleşik Krallık, Appl. No.28135/95, para.41-46; John Murray v. Birleşik Krallık, Appl. No.18731/91, para.62-70.*

⁸ Sibel İnceoğlu/ Oya Boyar/ Ulaş Karan/ Olgun Akbulut/ Gülay Arslan Öncü/ Lami Bertan Tokuzlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, 1. Bs., Ankara, Şen Matbaba, 2013, s.10.

⁹ *Soering v Birleşik Krallık A 161, 87.*

ları için de geçerlidir¹⁰. Ancak AİHM yargılama sürecini bir bütün olarak ele aldığından, yargılamanın belli bir aşamasında ihmal edilen bir güvence daha sonraki aşamalarda telafi edilmişse veya telafi edilmesi imkânı verilmişse Sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayabilir¹¹.

III. CEZA MUHAKEMESİNDE MERAM ANLATMA İLKESİNİN SAĞLANMASI

Şüphelinin/ sanığın Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) ön-görülen haklar çerçevesinde, gerek soruşturma aşamasına gerekse kovuşturma aşamasına *etkili katılımı*, “bireyin adil yargılanma hakkı” kadar “hukuk devleti ilkesini” de yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle meram anlatma ilkesinin ve uygulamasındaki sorunların AİHS 6. maddesi ve AİHM kararları doğrultusunda değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır¹².

Meram anlatma ilkesi bakımından şüpheli ya da sanığın müdafiden yararlanma hakkı (CMK 147/1-c; 148/4), susma hakkı (CMK 147/1-e), kendi kendini suçlamaya ve kendi aleyhine aktif olarak muhakemeye katılmaya zorlanamama, soru sorma hakkı, tercümandan yararlanma hakkı, delil toplama ve ibraz etme hakkı (CMK 177 vd.), delillerin toplanmasını isteme hakkı (CMK 147/1-f) ve duruşmada hazır bulunma hakkı öne çıkmaktadır¹³.

Adil yargılanma hakkı, taraflar arasında *silahların eşitliği* ilkesinin gözetilmesini gerektirir¹⁴. AİHM tarafından yapılan tanıma göre “*silahların eşitliği, davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip*

¹⁰ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley/ Warbrick/ Kilkelly/ Cumper/ Arai/ Lardy, s.310; “6. madde kapsamındaki garantiler sadece mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmaz, bu süreçten önce ve sonraki aşamalarda da uygulanır” bkz. Nuala Mole/ Catharina Harby, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3, Council of Europe, 1.bs. 2001, s.16; *Buchholz v. Germany*, Appl. No.7759/77.

¹¹ *Pretto v. Italy*, Appl. No.7984/77.

¹² *Stanford v. Birleşik Krallık*, Appl. No.16757/90, para.26.

¹³ Mole/Harby, s.77; Ünver/ Hakeri, s.24 vd.

¹⁴ *Neumeister v Avusturya* Appl. No.1936/63, para.9.

olması zorunluluğu” demektir¹⁵. (AİHS 6/1 ve 3-d, Medeni ve Siyasi Haklar Söz. 14/1, Ay. 36). Silahların eşitliğinin denetlenmesinde önemli olan, eşitlik denetimine konu olan işlemin yargılamadaki önemidir. Mahkeme, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken, somut olayda şikâyet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır¹⁶.

Şüphelinin/ sanığın yasal haklarını etkili biçimde kullanabilmesi için, her şeyden önce ilgiliye hakkındaki suçlamanın en kısa zamanda, açıkça ve ayrıntılı olarak bildirilmesi gerekmektedir (AİHS 6/3-a, Anayasa 19/3, Medeni ve Siyasi Haklar Söz. 9/2, CMK md. 90/4, 101/2, 121/1, 147/1-b).

Soruşturma aşamasında özellikle ifade, sorgu, yakalama, gözaltı, arama, tutuklama gibi işlemlerde isnadı ve hakları öğrenme hakkı önem taşımaktadır. Hakların yeterince açık, anlaşılır, isnadın tür ve biçimi, yer, zaman, deliller ve kişilerle bağlantısını içeren biçimde anlatılması gerekir. Savunma hakkının silahların eşitliği ilkesine uygun şekilde yerine getirilmesi ve maddi gerçeğin hukuka uygun biçimde ortaya çıkarılması ancak bu şekilde sağlanabilir¹⁷.

Haklarını iyi bilmeyen şüphelinin/sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamasına etkili katılımı mümkün olmayacağından, yargı çalışanlarının ve özellikle de olaya ilk müdahale eden kolluk görevlileri tarafından şüphelinin/ sanığın bilgilendirilmesine özen gösterilmesi gerekmektedir. Uygulamada, soruşturma aşamasında gerek kollukta ve savcılıkta şüphelinin/ sanığın hakları önceden hazırlanmış matbu tutanaklarda yer almasına rağmen, ilgililere yeterli bilgilendirme yapılmadan muhakeme işlemleri gerçekleştirilmektedir. İşlemlerle ilgili tutanak içeriği hukuka uygun görünmekle birlikte, sonraki aşamalarda hakların şüpheliye/ sanığa okunmadığı ya da okunmasına imkân tanınmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu durumun duruşmada dahi sürdürüldüğü gözlemlenebilmektedir. Uygulamada, hemen her aşamada, sanığın hakla-

¹⁵ *Dombo Beheer B. V v. Hollanda*, Appl. No.14448/88, para.33.

¹⁶ *De Haes ve Gijssels v. Belgium*, Appl. No.19983/92, para.58.; *Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley/ Warbrick/ Kilkelly/ Cumper/ Arai/ Lardy*, s.249.

¹⁷ Nur Centel/ Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. bs., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2010, s.156; Mole/ Harby, s.85.

rının anlatıldığına ilişkin tutanaklar tam olarak gerçeği yansıtmadığından, ayrıntılı olarak kanundaki hakları içerecek broşürlerin, soruşturmanın başından itibaren her muhakeme işlemi öncesinde ilgisine verilmesi ve inceleme imkânı tanınmasıyla sorun çözülebilir.

Meram anlatma ilkesi açısından özen gösterilmesi gereken diğer bir hak olan “*masumluk karinesi*” bir suç ile itham edilen herkesin, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılmasını ifade etmektedir (AİHS m.6/2, Ay. m.38/4, Medeni ve Siyasi Haklar Söz. 14/2)¹⁸. Buna göre, kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmadıkça, yargısal veya idari bir makam tarafından bir kimsenin suçlu olduğuna veya kusurlu olduğuna ilişkin açıklama yapılması, masumluk karinesinin bir sonucu olarak “*lekelenmeme hakkını*” ihlal eder¹⁹. Bir suç işlediğinden şüphelenilen ancak henüz hakkında bir suç isnadı yapılmayan kişiler bu kapsamda değildir; ancak dava öncesindeki aşamada hakkında suç isnadında bulunulmuş bir kişi hakkındaki ifadeler 6(2) maddesinin uygulama alanına girecektir²⁰.

Uygulamada, soruşturma aşamasında delilleri toplama ve koruma²¹ konusunda uzman kolluk görevlisi bulunmaması, verilerin usulüne uygun biçimde elde edilememesine ve dolayısıyla bilimsel yöntemlerden yeterince yararlanılamamasına yol açmaktadır. Seyrek olmakla birlikte, rastladığımız bazı olaylarda, cinsel suçun işlendiği yerden alınan kıl, sigara, parmak izi gibi delillerin analizi sonucunda, bazen bu verilerin delilleri toplayan kolluk görevlisine ait olduğunun ortaya çıkması, bu sorunun vahim boyutunu ortaya koymaktadır. Özellikle cinsel suçlarda delil elde etmenin güçlüğü de göz önünde tutulduğunda, soruşturma görevlilerinin zayıf delillerle ısrarla şüpheliden delil elde etmeye çalışması muhakemenin her aşamasında ciddi ihlallere yol açabilmektedir.

Meram anlatma ilkesinin sağlanabilmesi aynı zamanda şüphelinin/ sanığın kendisine isnat olunan suçla ilgili lehine ve aleyhine olan

¹⁸ *I ve C v İsviçre*, Appl. No.10107/82, para.48

¹⁹ İnceoğlu/Boyar/Karan/Akbulut/Arslan-Öncü/Tokuzlu, s.257; Ünver/Hakeri, s.28; Centel/Zafer, s.152.

²⁰ *Krause v İsviçre*, Appl. No.7986/77, para.13.

²¹ Şahin/Göktürk, s.46.

delilleri öğrenmesiyle mümkündür. Ceza muhakemesi işlemlerinin tümünün ilgili görevli kişilerce tespit edilerek tutanak altına alınması gerekmektedir (CMK m.97, 121). Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında doküman oluşturulması ve dosyalanması, muhakeme sonucunda hüküm verme ve kanun yolu denetimi bakımından zorunlu olduğu kadar, dosya inceleme ve savunma hakkı açısından da gereklidir²².

Dosyadaki dokümanın amaca hizmet edebilmesi, muhakemenin her aşamasında gerçekleştirilen tespit ve işlemlerin zaman kaybetmeden yapılması ve bunlarla ilgili tutanakların okunaklı, görüntü - ses kayıtlarının ise anlaşılır nitelikte olmasıyla mümkündür. Uygulamada ise oluşturulan dokümanların özenli olmadığı gözlemlenmektedir. Özellikle kolluk görevlilerinin delil tespitine ilişkin tutanaklarının yeterli açıklıkta olmaması ve ilgililerin beden muayenesine ilişkin adli raporların görevlilerin el yazısıyla, okunaksız biçimde düzenlenmesi sıklıkla rastlanan, kanıksanmış sorunlardır. Yine, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında elde edilen beyanların tespitinde görüntülü - sesli kayıt yapılmış olsa da, kayıtların bazen arızalı olduğu, bazen de korunaksız biçimde, bir zarfla dosya kapağına tel zımba ile iliştilmesi sonucunda CD'lerin hasara uğradığına rastlanmaktadır. Oysa muhakemenin ilerleyen aşamalarında yeniden elde edilmesi mümkün olmayacak bu tür delillerin tespiti ve korunması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, delillerin tespiti açısından kolluk görevlilerinin uzmanlığı sağlanmalı, soruşturma aşamasında savcı tarafından, kovuşturma aşamasında hakim tarafından mevcut delillerin usulüne uygun olarak toplanıp toplanmadığı denetlenerek gerekli işlemlerin acil olarak telafi edilmesi için çaba gösterilmelidir. Örneğin, el yazısıyla düzenlenmiş okunaklı olmayan tutanakların yenilenmesi, görüntülü - sesli kayıtların CD ve benzeri gereçlere depolanması yerine belgelerin elektronik ortama (UYAP sistemine) aktarılması gibi çözüm yollarına başvurulmalıdır.

Şüphelinin/ sanığın en önemli hakkı savunma hakkıdır²³. AİHS 6. maddesinde yer alan (özellikle 6/1, 6/3-a, b ve d) hakların "sanığa" tanınmış haklar olduğu görülmektedir. Ancak uygulamada bu hakla-

²² Ünver/Hakeri, s.27, 30.

²³ Kunter/Yenisey, no.248.

rın gerek sanık gerek müdafii tarafından olmak üzere, savunma makamının tamamı tarafından kullanılabilir haklar olduğu kabul edilmektedir.

Sanığa veya müdafiiine savunmayı silahların eşitliği ilkesine uygun biçimde hazırlayıp yapabilmesi için, yeterli zaman ve kolaylık tanınmalıdır²⁴. AİHS, kural olarak poliste alınan ifade esnasında şüphelinin yanında bir müdafiiin bulunmasını gerektirmektedir²⁵. Ceza Muhakemesi Kanunu da soruşturma aşamasında şüpheliye müdafii seçme veya müdafii seçecek durumda değilse kendisine baro tarafından bir müdafii görevlendirilmesini isteme hakkını öngörmüştür (CMK 147/1-c)²⁶. Ayrıca “müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz” hükmüyle böyle bir durumda şüphelinin ikrarının geçersiz olacağı belirtilmiştir (CMK 148/4).

Sanığın müdafii duruşmada hazır bulunmadığı takdirde duruşmanın ertelenmesine karar verilerek mahkemece derhal bir müdafii görevlendirilmelidir (CMK'nın 151). Bu kurala uyulmayarak sanık müdafiiinin bulunmadığı oturumda hüküm verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması hukuka aykırıdır. Sanığın seçtiği müdafii görevini yapmıyor ve duruşmalara katılmıyorsa, kendisine yeni bir müdafii atanmalı ya da kendisinin seçtiği bir müdafiiin katılımı sağlanmalıdır²⁷.

Uygulamada CMK 149. maddesi uyarınca şüpheli ya da sanık tarafından seçilen müdafilerin savunma hakkına ilişkin görevlerini bir ölçüde yerine getirdiği söylenebilir ise de, CMK 150. maddesi uyarınca baro tarafından atanan zorunlu müdafilerin çoğunlukla görevlen-

²⁴ Mole/Harby, s.85.

²⁵ “Bu güvencenin amacı, bir sanığın yargılamasının, ‘savunma yeterli bir biçimde temsil edilmeden yapılmasına engel olmaktır’. Silahların eşitliği açısından amaç, ‘sanığın savcılık makamına nazaran daha dezavantajlı bir durumda kalmayacak şekilde kendisini savunmasını sağlamaktır’. Sanık avukatı aynı zamanda hem kamu yararı adına hem de müvekkilinin menfaatini korumak adına ‘usule uygunluğun bekçisi’ görevini üstlenmektedir” (Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley/ Warbrick/ Kilkelly/ Cumper/ Arai/ Lardy, s.316).

²⁶ Müdafiiin seçimi ve görevlendirilmesi hk. Bkz. Hakeri/ Ünver, s.274.

²⁷ Zorunlu müdafilik hk. Bkz. Centel/ Zafer, s.176.

dirildikleri dava dosyalarını yeterince incelemeyen duruşmaya katıldıkları gözlemlenmektedir. Zorunlu müdafilerin duruşmada hazır bulunmaması nedeniyle, CMK 151. maddesi uyarınca aynı davada birden çok müdafî görevlendirilmekte, bu da oturumun ertelenmesi-ne, yargılamanın uzamasına ve en önemlisi savunmanın sağlıklı biçimde yapılamamasına yol açmaktadır. Bu sorunun baro disiplin kurulları tarafından ciddi biçimde ele alınması gerekmektedir.

Kesin olmamakla beraber bir suç ile isnat edilen herkesin ihtiyaç duyulması halinde resmi olarak atanan bir avukat tarafından etkili bir şekilde temsil edilmesi adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından bir tanesidir²⁸.

Sözleşmenin 6/3-c maddesi, bir suç ile isnat edilen herkese “kendisini şahsen veya hukuki yardım alarak savunma” hakkını verirken bu hakkın nasıl kullanılacağı hususunu açıkça düzenlememiştir. Bu yüzden bu hakkın kullanım şeklinin seçimi ve ulusal hukukları nezdinde güvence altına alınması taraf devletlere bırakılmış olup mahkemenin görevi seçilen yöntemin adil yargılanma şartlarına uygun olup olmadığını tespit etmektir²⁹. Bu bağlamda Sözleşme’nin “teorik veya gerçekte var olmayan hakları güvence altına almak” amacıyla değil “gerçekte var olan ve etkili hakları” güvence altına almak için oluşturulduğunun hatırlanması gerekmekte olup bir avukatın atanması başlı başına etkili bir yardım değildir³⁰.

Sanığın susma hakkı (CMK 147/1-e), kendi kendini suçlamaya ve kendi aleyhine aktif olarak muhakemeye katılmaya zorlanamama (*nemo tenetur se ipsum accusare*) hakkı da meram anlatma ilkesi kapsamındadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ne göre *susma hakkı*, insan onuruna dayanmaktadır ve adil yargılamanın önemli bir unsurudur. Soruşturma aşamasında şüphelinin/ sanığın beyanları alınmadan önce ilgili görevliler tarafından bu konuda aydınlatılması gerekir. Susma hakkının kullanılmasından feragat etmek ancak bu durumda anlam ve hukuksal sonuçları itibariyle etkili olur. Diğer taraf-

²⁸ *Poitrimol v Fransa*, Appl. No.14032/88, para.34

²⁹ *Quaranta v. İsviçre*, Appl. No.12744/87, para.30.

³⁰ *Imbrioscia v. İsviçre*, Appl. No.13972/88, para.38 ve *Artico v. İtalya*, Appl. No.6694/74, para.33.

tan, şüpheli/ sanık susma hakkını kullanırsa, bu hakkı kullanması ne suçun oluşumu ne de cezanın tespit ve tayini açısından kendisi aleyhine kullanılamaz.

Ceza muhakemesi *kolektif bir faaliyettir*³¹; dolayısıyla bunun sonucunda ulaşılabilecek vicdani kanaat ancak duruşmada tartışılan veya tartışma imkanı olan delillerden oluşabilir. Hâkimler kararlarını, muhakemede öne sürülmüş ispat araçlarına dayanarak verebilirler. CMK'nın 217/1. maddesi uyarınca, hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve mahkeme huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu nedenle, duruşma aşaması mahkeme önünde gerçekleşen ve ilke olarak delillerin tartışıldığı en önemli aşamadır.

Silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkili olan *çelişmeli yargılama* ilkesi AİHM kararlarında birbirini tamamlar bir şekilde kullanılmaktadır. Çelişmeli yargılama ilkesi, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin tamamı hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma olanağının taraflara tanınması olarak tanımlanmıştır. Çelişmeli yargılama ilkesinin diğer bir yönü, suç isnat edilen kişinin asgari haklarından biri olan tanıkları çapraz sorgulama hakkıdır (İHAS 6/3-d). Bu ilkeye göre, sadece tanıkların değil, diğer delillerin de sanığın hazır bulunduğu bir sırada tartışılması gerekmektedir³².

AİHM'nin *Stanford v. Birleşik Krallık* kararındaki ifadesiyle *"etkili katılım, genel olarak, sadece sanığın duruşmada bulunma hakkını değil, duruşmayı izleme ve konuşulanları duyma hakkını da içerir. Bu haklar, çelişmeli usul içinde zımni olarak zaten vardır"*³³. Duruşmada hazır bulunma hakkı, AİHS'de açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, Mahkeme kararlarıyla, yargılamaya etkili katılımın, daha genel ifadeyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir parçasıdır³⁴.

AİHS 6/1 ve 6/3 hükümleri taraf devletlere, sanığa kendisinin bizzat hazır bulunduğu duruşmada, kendisi aleyhine beyanda bulunan tanığa soru sormak ve beyanlarının güvenilirlik, inandırıcılık ve

³¹ Delillerin kolektifliği hk. Bkz. Kunter/ Yenisey, no.17-31; Şahin/ Göktürk, s.20.

³² Gölcüklü/ Gözübüyük, s.264.

³³ *Stanford v. Birleşik Krallık*, Appl. No.16757/90, para.26.

³⁴ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley/ Warbrick/ Kilkelly/ Cumper/ Arai/ Lardy, s.253.

doğruluğunu kontrol etme olanağının tanınması ödevini yüklemektedir. Tanıkların dinlenmesi aşamasında, davanın taraflarına -kendileri açıkça feragat etmedikleri müddetçe- duruşmada hazır bulunma imkânı da tanınmalıdır³⁵.

Sanığın meram anlatması ilkesinin sağlanması bakımından silahların eşitliği ilkesi ile çelişmeli yargılama ilkesinin de muhakemenin her aşamasında gözetilmesi gerekmektedir. Örneğin temyiz aşamasında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinin sanığa gönderilmesi ve yorum yapma imkânının verilmesi çelişmeli yargılamanın gereğidir. Çünkü çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi, davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki dengeyi bozabilmektedir.

Hukukumuzda *duruşmada sözlülük* ilkesi geçerlidir (CMK 217/1). Sözlülük ilkesine göre, hüküm verme faaliyetinde yalnızca duruşmada sözlü olarak açıklanan hususlar dikkate alınabilir³⁶. Delillerin kolektifliğinin sağlanması ve çelişmeli bir yargılama sözlülük ilkesiyle olur³⁷. Bu ilke kural olarak yalnızca duruşmada geçerli olup, mahkemenin mümkün olduğu kadar doğrudan doğruya arada bir vasıta olmaksızın, delillerle temas etmesi ve fiilin nasıl gerçekleştiği konusunda vicdani kanaat edinmesini sağlar. Bunun için öncelikle mahkemenin duruşma yapması, duruşmanın kesintiye uğramaması ve belirli süjelerin orada hazır bulunması gerekmektedir³⁸.

Uygulamada ise yasal düzenlemenin aksine duruşma yazılıdır. Ceza hâkiminin duruşmada gerçekleştirilen tartışmaların CMK'daki usul hükümlerine uygun biçimde yapıldığını belgeleme kaygısı, bireyin adil yargılanma hakkı ilkesi çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşma gayesinin önüne geçmiştir. Bu yüzden, ceza mahkemesi dosyalarındaki duruşma tutanakları biçimsel olarak neredeyse kusursuz görünmektedir. Örneğin, tutanaklarda sanığın ya da mağdurun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri doğrultusunda, yasal hakları

³⁵ Gölcüklü/ Gözübüyük, s.278.

³⁶ Şahin/ Göktürk, s.88.

³⁷ Ünver/ Hakeri, s.72.

³⁸ *Colozza v. İtalya, Appl. No.9024/80, para.27.*

konusunda bilgilendirildiğine ilişkin oldukça ayrıntılı açıklamalar bulunabilmektedir. Öte yandan, duruşmadaki tartışmaları tutanağa yazdıran hâkim olağanüstü bir çaba gösterse de, tarafların kendine özgü ifadelerini hiçbir sözcüğü atlamadan, eksiksiz ve bu esnadaki kişisel hallerini de içerecek biçimde tutanağa aktarmasının imkânsızlığı ortadadır. Bu koşullarda gerçekleştirilen duruşma süreci -seyrek de olsa- yargısal faaliyetle bağdaşmayan tartışmalara dahi yol açabilmektedir.

Kanımızca, sorunun çözümü için öncelikle duruşmada hâkimin tutanak yazdırması uğraşısına son verilmelidir. Duruşma sürecinin sesli- görüntülü olarak ya da stenografi ile kaydedilmesiyle, duruşmanın sözlülüğü, doğrudan doğrualığı ve dolayısıyla meram anlatma ilkesinin sağlanması mümkün olabilecektir.

Hâkim önünde meramını anlatma hakkı AİHS'nin 6/3. maddesiyle güvence altına alınmış olup, zorunlu haller dışında sanığın duruşmada bulundurulmaması haklarını ihlal eder. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla tanık dinlenmesi ya da yüzleştirme gibi muhakeme işlemleri bakımından sanığın duruşmada hazır bulunması, duruşmanın önemli bir gereği ve parçasıdır. Sanığın duruşmada hazır bulunması/ bulundurulması yükümlülüğünün ihlali mutlak temyiz nedenidir. İstisna olarak duruşmada bulunmaktan bağışık tutulma hakkı, genelde sanığın tanığa soru sormaktan veya açıklama talep etmekten vazgeçmesi halinde mümkündür³⁹. Yargılandığı suç nedeniyle başka bir yer cezaevinde bulunan tutuklu ya da hükümlünün, CMK'nın 196/5. maddesinde belirtilen zorunlu nedenler bulunmadıkça, bizzat duruşmada hazır bulundurulması gerekir. Buna rağmen, istinabe yoluyla ifade alınarak hüküm kurulması bozma nedenidir⁴⁰.

Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanığın ya da bu hususta sanık tarafından yetkilendirilen müdafii istemi üzerine, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutabilir (CMK 196/1).

³⁹ *Colozza ile Rubinat v. İtalya ve Zana v. Türkiye* kararlarında "Sözleşmeyle garanti altına alınan bir hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, bunun açıkça söylenmesiyle mümkün olabilir" denilmek suretiyle, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmesinin mümkün olduğu vurgulanmıştır. (*Zana v. Türkiye*, Appl. No. 18954/91, para. 69, 72.; 242 *Colozza ile Rubinat v. İtalya*, (Komisyon Raporu), para. 117).

⁴⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.02.2012 tarih ve 248/37 sayılı kararı.

Sanığa yüklenen suçun alt sınırının beş yıldan daha az cezayı gerektirmesi durumunda istinabe yoluyla savunması alınabilir. Ancak istinabe suretiyle gerçekleştirilecek sorgudan önce sanığa, ifadesini yargılamanın yapıldığı mahkeme huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur (CMK 196/2).

Uygulamada, sanığın sorgusu istinabe yoluyla yapılırken, yetkili mahkeme tarafından düzenlenen talimat evrakında dosya kapsamındaki lehe ve aleyhe delillere genellikle yer verilmemekte, aracı kılınan mahkeme tarafından sanığa sorulması istenen konular belirtilmemektedir. Oysa bu hususların yerine getirilmesi hem meram anlatma ilkesinin sağlanması hem de maddi gerçeğe ulaşma gayesi bakımından zorunludur.

Öte yandan, tanık beyanları açısından istinabeye başvurulması ve alınan beyanların delil olarak kullanılması mümkün olmakla birlikte, hükümde sadece bu tür beyanlara dayanılması halinde, sanığın soru sorma imkânını ortadan kaldıran bu işlem adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Uygulamada, özellikle ağır ceza mahkemelerinde görülen davalarda tanıkların doğrudan doğruyalık ilkesine uygun biçimde duruşmaya çağrılarak dinlenilmesi yerine, aynı yargı çevresindeki ilçelerde ikamet edenler bakımından dahi asliye ceza mahkemelerine talimat gönderilmesi çelişmeli yargılama ilkesiyle bağdaşmamaktadır. AİHS'nin 6. maddesi açıkça tanıkların veya beyanda bulunmaya çağırılan mağdurların genel olarak menfaatlerinin korunmasını göz önüne alınmasını gerektirmemekle birlikte, bu kişilerin hayatları, özgürlükleri veya güvenlikleri söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında tanık veya mağdurların menfaatlerini dengeleme zorunluluğu doğurabilir⁴¹. Bunun dışında tanıkların yetkili mahkemede dinlenilmesi gerekmektedir.

Uygulamada, hâkim önünde meramını anlatma hakkı bakımından tartışılan diğer bir konu 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı kanunla değişen CMK 94/2 maddesiyle öngörülen istisnai düzenlemedir. Bu hükme göre, yakalama emri üzerine yakalanan kişinin en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarıla-

⁴¹ *Doorson v. Hollanda*, 1996-11, para.70; *Van Mechelen and diğerleri v. Hollanda*, 1997-III, para.53; *Marcello Viola v. İtalya*, Appl. No.45106/04.

maması halinde, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde ya da en yakın adliyede görüntülü-sesli iletişim sistemiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından sorgusu yapılabilecektir. Madde gerekçesine göre “böylelikle, kişinin yetkili hâkim önüne çıkarılmaması nedeniyle tutuklu kalmasının önüne geçilmesi ve mağduriyetinin önlenmesi temin edilmekte ve kamuoyunda ‘yol tutuklaması’ olarak bilinen uygulamaya son verilmektedir”. Ayrıca, yakalanan kişinin yanında ya da yetkili mahkemede müdafî yardımından yararlanılabileceği belirtilmektedir.

AIHM kararlarına göre, adil bir ceza yargılaması sürecinin oluşmasında sanığın mahkeme nezdinde hazır bulunmasının büyük bir önemi bulunmaktadır⁴², bunun sebebi hem adil yargılanma hakkının mevcudiyeti hem de beyanlarının doğruluğunun anlaşılması ve bu beyanların menfaatleri korunması gereken mağdur ve tanıkların beyanları ile karşılaştırılmasıdır⁴³. Bir suç ile isnat edilen bir kimse sadece duruşmada bulunmadığı gerekçesi ile bu hakkın korumasından faydalanmamış sayılmaz⁴⁴.

Marcello Viola v. İtalya kararında, çok sayıda cinayet, cinayete teşebbüs, mafya tarzı bir suç örgütüne üye olmak ve yasaya aykırı olarak silah bulundurma suçları ile suçlanan ve ilk derece mahkemesince bazı suçlardan mahkûm edilen başvuran, İstinaf Mahkemesi duruşmasında, 26 Temmuz 1975 tarihli 354 sayılı Hapishane Organizasyonu Kanununun 41. bölümü uyarınca, dış dünya ile temasını sınırlayan, sınırlandırılmış hapishane rejimine tabi tutulduğu, tutuklu bulunduğu hapishaneden duruşma salonuna getirilmemiştir. Bununla birlikte, başvuranın 21.02.2001, 15.06.2001 ve 05.03.2002 tarihlerinde yapılan duruşmalara İtalyan Ceza Usul Kanununun 146 maddesi uyarınca sesli ve görüntülü sistemler kullanılarak katılımı sağlanmıştır. Davalının duruşmalara video konferans yöntemi kullanılarak katılımının sağlanması Sözleşme’ye aykırı olmasa da, her bir davada bu yönteme başvurulmasının meşru bir amaç güdülerek yapılmasının sağlanması ve delil sunumu ile ilgili düzenlemelerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Mahkeme’ye göre bu durumdaki bir mahkûmun transferinde ciddi güvenlik önlem-

⁴² *Lala v. Hollanda*, A-297, para.33; *Poitrimol v. Fransa*, Appl. No.14032/88, para.35; ve *De Lorenzo v. İtalya (dec.)*, Appl. No.69264/01.

⁴³ *Sejdovic v. İtalya*, Appl. No.56581/00, 92.

⁴⁴ *Mariani v. Fransa*, Appl. No.43640/98, 40.

leri alınması gerekmekte olup firar etme veya saldırıya uğrama riski bulunduğu inkâr edilemez. Ayrıca tutuklunun mensubu olduğundan şüphe edilen suç örgütü ile tekrar temasa geçme olasılığını yaratma ihtimali de bulunmaktadır. Mahkeme başvuranın ikinci ceza yargılanması duruşmalarına video konferans yöntemiyle katılımının sağlanmasında savunmanın yargılamaya taraf diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde daha dezavantajlı bir konuma düşürülmediği ve başvuranın Sözleşme'nin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının özünde bulunan hak ve yetkilerini kullanma fırsatının bulunduğu kanaat getirmiştir. Bu gerekçelerle, mahkeme oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁵.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesinde bir suç ile isnat edilen herkesin "kendisini şahsen veya hukuki yardım alarak savunma" hakkı güvence alınırken, bu hakkın nasıl kullanılacağı hususu açıkça düzenlenmemiştir. Bu hakkın kullanım şeklinin seçimi ve ulusal hukukları nezdinde güvence altına alınması taraf devletlere bırakılmıştır; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görevi seçilen ulusal yöntemin adil yargılanma şartlarına uygun olup olmadığını tespit etmektir.

Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından olan sanığın meram anlatma ilkesinin sağlanması bakımından Anayasamızın (38/5-6, 39, 36, 141/3) sağladığı güvencelerin ve Ceza Muhakemesi Kanunundaki hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle paralel olduğu gözlemlenmektedir. Tebliğimizde CMK'da yer alan ilkeleri genel hatlarıyla ele alırken, uygulamaya ilişkin ampirik değerlendirmelere yer verilmiş ve sonuçta meram anlatma ilkesinin sağlanmasına yönelik kuralların amacına uygun biçimde işlemediği/işletilemediği ortaya çıkmıştır. Uygulamada yaşanan sorunların giderilmesi, ceza adalet sisteminin alt yapısının kusursuz hale getirilmesiyle ve ancak ceza muhakemesi aşamalarında görev alan kolluk, adli tıp, bilirkişi ve yargı çalışanlarının uzmanlaşmasıyla mümkündür.

⁴⁵ Veli Kafes, Marcello Viola v. İtalya Karar İncelemesi, <http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m6/Marcello-Viola.pdf> (Erişim tarihi:10.05.2014); *Marcello Viola v. İtalya, Appl. No.45106/04.*

KAYNAKLAR

Bahri Öztürk/ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma/ Yasemin F. Saygılar/ Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, (Editör: Bahri Öztürk), Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009.

Cumhur Şahin/ Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, II, 2.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

David Harris/ Michael O'Boyle/ Ed Bates/ Carla Buckley/ Colin Warbrick/ Ursula Kilkelly/ Peter Cumper/ Yutaka Arai/ Heather Lardy, (*Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Ankara, Şen Matbaba, 2013.

Feyyaz Gölcüklü/ A. Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 1998

Nuala Mole/ Catharina Harby, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3, Council of Europe, 1.bs. 2001.

Nur Centel/ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. bs., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2010.

Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. bs., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 1998.

Sibel İnceoğlu/ Oya Boyar/ Ulaş Karan/ Olgun Akbulut/ Gülay Arslan Öncü/ Lami Bertan Tokuzlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, Ankara, Şen Matbaba, 2013.

Yener Ünver/ Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

Veli Kafes, Marcello Viola v. İtalya Karar İncelemesi, <http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m6/Marcello-Viola.pdf> (Erişim tarihi:01.05.2014).

Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları*

*(Elements of the Accused's Right to Explaining View
in Criminal Procedure)*

Hakan KARAKEHYA**

Öz

Meramını anlatabilme hakkı, sanığın savunmasını etkin şekilde yapabilmesi bakımından ona tanınması zorunlu haklardan bir tanesidir. Bu hak en yalın haliyle sanığın yargılama makamı önünde kendini ifade edebilmesini garanti altına alır. Bu bağlamda sanığın muhakeme sürecini etkileyebilecek faaliyetlerde bulunmasını teminat altına almak suretiyle, sanığın bu süreçten tatminkar bir şekilde ayrılmasını sağlamaya da hizmet eder. Sanığın meramını anlatabilme hakkının bilgilendirilme, açıklamada bulunabilme ve açıklamalarının dikkate alınmasını isteme olmak üzere, üç temel unsuru bulunmaktadır. Çalışmada söz konusu hak, bu üç temel unsur üzerinden ele alınmış ve hakkın ceza muhakemesindeki yansımaları irdelenmiştir. Doktrindeki farklı görüşlerden ve yargı kararlarından faydalanılması suretiyle, görüşlerimizin neden sonuç ilişkisi içinde açıklanması ise çalışmada kullanılan temel yöntemi oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ceza muhakemesi hukuku, Sanık hakları, Meramını anlatabilme hakkı, Meramını anlatabilme ilkesi, Hukuki dinlenilme hakkı

* Geliş Tarihi:10. 11. 2015, Kabul Tarihi: 21. 12. 2015.

** Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Yunus Emre Kampüsü 26470 Eskişehir, hkarakehya@anadolu.edu.tr

Abstract

The right to explaining his view is one of the essential rights of the accused to do his defense effectively. This right in the purest form guarantees for accused to express himself in front of the court. In this context, by guaranteeing the activity possibilities of the accused in the process that could affect court, the right to explaining view provides that the accused can leave as being satisfied from the process. There are three elements of the right to explaining view as right to be informed, right to explanation and right to requesting the consideration of explanations by the court. In this study right to explaining view will be analyzed by considering the elements of this right. The basic method used in the study is constituting our ideas in cause and effect relationship by benefiting from different views of the doctrine and judicial decisions.

Keywords: Criminal procedure law, Rights of accused, Right to explaining the ideas, Principle of fair hearing, Right to fair hearing

GİRİŞ

Modern ceza muhakemesinde, muhakeme sürecinde sanığa tanınması gerekli haklardan birisi de meramını anlatabilme hakkıdır. Bu hak, en yalın haliyle sanığın yargılama makamı önünde kendini ifade edebilmesini teminat altına alır. Bu bağlamda etkin bir savunmaya imkan tanınması dolayısıyla, sanık hakları arasında önemli bir yere sahiptir. Söz konusu hakkın bilgilendirilme, açıklamada bulunabilme ve açıklamalarının dikkate alınmasını isteme olmak üzere, üç temel unsuru bulunmaktadır.

Meramını anlatabilme gereklerinin sanığa tanınması, muhakemede onun adalet duygularının tatmin olmasına da imkan sağlar. Nitekim kendilerini gerektiği gibi ifade edememiş ya da söyledikleri dikkate alınmamış bireylerin, gerçekleştirilen muhakemeden tatminkar bir şekilde ayrılması zordur. Bu durumu göre kamuoyunun da çoğu kez muhakemenin adil olduğuna inancı sağlanamayacaktır. Bu bağlamda verilen hüküm ne olursa olsun meramını anlatabilme hakkının gereklerinin muhakemede hayat bulması, yargısal faaliyetin sanık ve kamuoyu nezdindeki güvenilirliğini de arttıracaktır.

Biz bu çalışmamızda meramını anlatabilme hakkına ilişkin esasları inceleme konusu yapacağız. Hakkın hukuki dayanakları, kavramsal çerçevesi ve unsurları çalışma kapsamında ele alacağımız temel başlıklar olacaktır. Doktrindeki görüşlerden faydalanmak suretiyle, konuya ilişkin görüşlerimizin neden-sonuç ilişkisi içinde ortaya konulması ise temel çalışma yöntemimizi oluşturmaktadır.

1. CEZA MUHAKEMESİ AÇISINDAN MERAMINI ANLATABİLME HAKKININ HUKUKİ DAYANAKLARI

Meramını anlatabilme hakkı, adil yargılanma hakkının bir gereği ve bu hak kapsamında yer alan alt haklardan bir tanesidir. Dolayısıyla uluslararası alanda adil yargılanma hakkını güvence altına alan tüm uluslararası belgeler ve anlaşmalar, aynı zamanda meramını anlatabilme hakkını da teminat altına almaktadır. Bu bağlamda uluslararası anlaşma niteliğini haiz olmamakla birlikte önemli bir belge olan, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 10. maddesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14. maddesi, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 6. maddesi meramını anlatabilme hakkının uluslararası alandaki temel dayanaklarıdır.

Hukukumuzda ise Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi meramını anlatabilme hakkının önemli ulusal dayanaklarından biridir. Nitekim ceza muhakemesi bağlamında isnat altında bulunan bireyin, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin görüşlerini özgürce beyan edebilmesi, hukuk devleti ilkesinin gereklerindedir. Bunun dışında adil yargılanma hakkını güvenceye bağlayan Anayasanın 36. maddesi de meramını anlatabilme hakkının bir diğer anayasal dayanağıdır.

Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK'da) da meramını anlatabilme hakkını dolaylı da olsa güvence altına alan birçok düzenlemeye rastlanmaktadır. CMK'nın ifade ve sorguya ilişkin 147. maddesi, yine duruşmanın akışını ve duruşmada sanığın sorgusunu hükme bağlayan 191. maddesi, delillerin tartışılmasını düzenleyen 215. ve 216. maddeleri meramını anlatabilme ilkesinin CMK'daki başlıca yansımalarını oluşturmaktadır. Bu temel düzenlemeler dışında hakkın ceza muhakemesi hukukumuzdaki diğer yansımalarına ilişkin düzenlemeler de aşağıdaki daha ayrıntılı açıklar sırasında ele alınacaktır.

2. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Ceza muhakemesi bağlamında meramını anlatabilme hakkı, bireyin, karşı tarafın uyuşmazlık ve deliller hakkındaki görüşlerinden ve dosyadan haberdar olup, kendi görüşlerini yargılama makamı önünde adil bir şekilde açıklayabilme ve bu açıklamalarının dikkate alınmasını istemeye ilişkin hakkıdır. Hak, adil yargılanma hakkı bağlamında özellikle sanık açısından büyük önem arzeder. Ancak sadece onun bakımından geçerli değildir. Katılan, malen sorumlu, malı müsadereye tabi olabilecek kimse gibi diğer muhakeme sùjeleri bakımından da bu hak geçerlidir. Çünkü bu kimseler de kendilerine ilişkin kısımları bakımından uyuşmazlık konusu olaya ilişkin görüşlerini yargılama makamı önünde ifade edebilmelidirler. Ancak bu çalışmada meramını anlatabilme ilkesi, adil yargılanma hakkı bağlamında sanık odaklı olarak bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Meramını anlatabilme hakkının genel olarak üç temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar;

- ▶ Bilgilendirilme
- ▶ Açıklamada Bulunabilme
- ▶ Açıklamalarının Dikkate Alınmasını İsteme'dir.¹

Bu üç unsur olmaksızın meramını anlatabilme hakkının bireyler bakımından tam anlamıyla gerçekleşmesi söz konusu olmaz. Söz konusu üç unsur aynı zamanda birbiriyle de yakından ilişkilidir. Birinin eksikliği diğerinin etkinliğini de otomatikman etkileyebilmektedir. Örneğin isnatlar ve deliller konusunda iyi bilgilendirilmemiş bir sanığın etkin açıklamalarda bulunabilmesi çok zordur. Aynı şekilde sanığın açıklamaları göz ardı ediliyor ve dikkate alınmıyorsa, açıklamada bulunabilme hakkının sanığa tanınmasının bir anlamı kalmamaktadır. Bu bağlamda söz konusu üç unsurun bir arada sanık bakımından gerçekleştirilmesi gerekir ki; meramını anlatabilme hakkı sanığa layıkıyla kullanılmış olsun.

¹ Özkes, bu unsurları Almanca "rechtliches Gehör" terimin karşılığı olarak kullandığı "hukuki dinlenilme hakkı" kapsamında ele almaktadır. Bkz. Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.86 vd.

Meramını anlatabilme hakkının üç unsuru, aşağıda ayrı ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

3. BİLGİLENDİRİLME

Meramını anlatabilme hakkının ilk gereği sanığın bilgilendirilmesine ilişkindir. Bilgilendirilme kapsamında; sanığın isnattan haberdar edilmesi, soruşturma ve dava dosyasını görme imkanına sahip olması, Türkçeyi etkin olarak kullanamıyorsa bilgilere ulaşırken tercüman yardımından faydalanabilmesi, delillerin içeriğini, karşı tarafın bunlara ilişkin görüşlerini ve muhakemede verilen kararları öğrenebilmesi ve son olarak sürpriz bir kararla karşılaşmaması gereklidir. Aşağıda bunlar ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

► **İsnattan haberdar edilmelidir (CMK m.176/4, CMK m.90/4, CMK m.191/2/b).**

Bilgilendirilme unsuru, ceza muhakemesi bağlamında öncelikle kişinin neyle suçlandığından haberdar edilmesini ifade eder. Kaldı ki, neyle suçlandığını bilmeyen kişi buna karşı bir savunmada bulunamayacak, meramını gerektiğince anlatamayacaktır.² Yakalanan kişiye haklarının ve suçlamanın niteliğinin bildirilmesine dair CMK m.90, ifade ve sorgudan önce kişiye isnadın anlatılmasına ya da iddianamenin okunmasına dair CMK m.147 ve m.191 hükümleri hep şüpheli ve sanığın suçlama hakkında bilgilendirilmesini teminat altına almaya yönelik düzenlemelerdir. Nitekim isnadın tür ve nedeni hakkında mümkün olduğunca erken haberdar olma hakkı, şüpheli veya sanığın şaşkınlık ve gafil avlanmaktan korunmasına hizmet etmektedir.³ Bu noktada özellikle yargılamadan önce isnattan bilgilendirilmenin makul bir zaman önce yapılması zorunludur. Aksi takdirde sanık savunmasını tam hazırlayamayacak ve meramını istediği şekilde yargılama makamı önünde aktaramayacaktır. CMK'nın 176. maddesinde bu hak sanık bakımından garanti altına

² Hans-Meyer LADEWIG, "Adil Yargılanma Hakkı-II", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Hakan Hakeri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.95

³ Kai AMBOS, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.28

alınmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, *iddianame çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur*. Dolayısıyla mahkeme iddianameyi kabul edip duruşma gününü belirledikten sonra (CMK. m.175/2) sanığa iddianamenin bir suretini tebliğ etmelidir.⁴ Ayrıca CMK'nın 174. maddesinde iddianamenin iadesi kurumu da kabul edilerek, soruşturmanın eksiksiz yapılması ve isnadın, yargılama sırasında değil, soruşturmanın sonunda somutlaşmasının sağlanması amaçlanmıştır. Böylelikle sanığın, kendini hangi isnada karşı savunmak durumunda olduğunu, iddianame kendisine ulaştığı anda öğrenmesi hedeflenmiştir.⁵ Buradaki sözü geçen bir haftalık süre, sanığa verilmesi gereken en az süredir. Eğer iddialar fazla sayıda ve dava dosyası kabarık ise isnadın sanığa bildirilmesi ile duruşma günü arasında çok daha uzun bir süre olması gerekir. Bu bağlamda AİHM müdafinin kendisinin bizzat fotokopi çekmek zorunda olduğu 17.000 sayfalık doküman bakımından savunmayı hazırlamak için tanınan iki haftalık süreyi Öcalan / Türkiye kararında yetersiz bulmuş ve ihlal kararı vermiştir.⁶

► **Dosyayı inceleyebilmelidir (Kalem Yön. m.137; m.165 – Öcalan/Türkiye Kararı).**

Bunun yanında bilgilendirilme unsurunun gerçek anlamda gerçekleşebilmesi için sanığın soruşturma ve dava dosyalarını da görme imkanına sahip olması gerekir. Şüpheli ve sanığın dosya inceleme yetkisine ilişkin bir düzenleme CMK'da yer almamaktadır. Ancak Kalem Yönetmeliğinin 137. ve 165. maddelerinde, hem şüpheli hem de sanık bakımından bu hak ayrı ayrı güvenceye bağlanmıştır. Nitekim savunmayı hazırlayabilmek için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı, ancak sanığın araştırmaların sonucu hakkında bilgilendirilmesi durumunda garanti edilmiş olabilir. Bu ise büyük ölçüde, dosyayı

⁴ Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olunacak çağrı kağıdına mazereti olmaksızın gelmediği takdirde zorla getirileceği yazılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa bunun neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir. Müdafinin de sanıkla birlikte davet olunur (CMK. m.176).

⁵ Metin FEYZİOĞLU, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler," **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 62, Ocak/Şubat 2006, s.38 vd.

⁶ **AMBOS**, s.33

inceleyebilmekle mümkündür.⁷ Silahların eşitliği ilkesinin de önemli bir gereği olan dosyayı inceleme hakkı, özellikle duruşma bakımından sanığa tanınması gerekliliği tartışmasız bir hakktır.⁸ Bu itibarla şüpheliye en geç iddianamenin kabulüyle birlikte dosyadaki belgeleri inceleme yetkisi tanınmalıdır.⁹

Sanığın dosyayı incelenmesinin, onun dosyaya ve dolayısıyla davaya zarar verebileceği, vs. gibi nedenlerle engellenebileceği ileri sürülmektedir. Ancak teknolojinin ve fotokopi imkanlarının bu derece geliştiği bir çağda bu gerekçenin yeterli olmadığı ortadadır.¹⁰ Her ne kadar, çok geniş kapsamlı dosyaların bu şekilde çoğaltılması önemli bir masraf ve iş gücü gerektirse de, hukuk devletinde, bu tür zorluklara rağmen söz konusu imkanların bireylere tanınması gerekir kanaatindeyiz. Nitekim *devlet olmak zor ve pahalı bir iş; hukuk devleti olmak ise, çok daha zor ve daha pahalı bir iştir.*¹¹

Bu bağlamda AİHM'nin Öcalan / Türkiye kararında vardığı sonuç çok önemlidir: Bu davada şüpheli, müdafii olmasına rağmen, soruş-

⁷ Cumhur ŞAHİN, "Sanığın Dosyasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004/1-2, s.279

⁸ Ancak özellikle soruşturma evresi bakımından dosyayı inceleme hakkının ne zamana kadar geriye yürüyeceği AİHS organları tarafından şu ana kadar tam olarak tespit edilmemiştir. **AMBOS**, s.30

Buna rağmen Esser ve Ambos gibi yazarlarca bu hakkın soruşturma evresini de kapsar şekilde ele alınması gerekliliği kabul edilmektedir. Özellikle müdafii olmayan sanığın soruşturma dosyasını inceleyememesi, bu bağlamda haksızlığa neden olabilecektir. Ayrıca özellikle devletçe atanmış müdafinin söz konusu olduğu hallerde, müdafi ile şüpheli arasında tam bir güven ilişkisi olmazsa, müdafi dosya inceleme yetkisini kullanmaz ve şüpheliyi dosya hakkında bilgilendirmezse, şüpheli bakımından önemli bir dezavantajın doğacağı aşikardır. Robert ESSER, **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002, s.425; **AMBOS**, s.31

⁹ **LADEWIG**, s.96

¹⁰ Friedrich-Christian SCHROEDER, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999, s.62

¹¹ Bu sözler, kendisinden 2002-2003 öğretim yılında "Uluslararası Ceza Mahkemesi" doktora dersini aldığımız sırada, başka bir yerde tutuklu veya mahkum bulunan sanığın, duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin olarak Doç Dr. Metin Feyzioğlu tarafından ifade edilmiştir. Her hangi bir yerde yazılı olarak rastlamadığımız, ancak kendimize maletmekten de kaçındığımız için bu açıklamayı yapma gereği hissettik.

turma dosyasını bizzat görmek istemiş, ancak bu talep kabul edilmiştir. Özellikle başvuruda bulunanın yönetici kişiliğini dikkate alan mahkeme, müdafii olmasına rağmen, onun savunmanın bakış açısını ve dayanak noktalarını bilmeye en ehil kişi olduğuna (best able) ve bu nedenle dosyayı incelemesi gerektiğine karar vermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Öcalan'ın bir avukatı olması ve ona dosyanın açılmasına rağmen, Öcalan'a bizzat dosyanın gösterilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar verilmesidir.¹²

► **Bilgilere ulaşırken gerekliyse tercüman yardımından faydalanabilmelidir.**

Şüpheli/sanığın özellikle yargılama dilini etkin olarak kullanmadığı hallerde CMK'nın 202. maddesinde, duruşma sırasında meramını anlatacak derecede Türkçe bilmeyen sanığa bir tercüman atanması düzenlenmiş; duruşma sırasında iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların tercüme edilmesi gerekliliği hükme bağlanmıştır (CMK. m.202/1).¹³ Aynı şekilde engelli sanık bakımından, iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların, onun anlayabileceği şekilde anlatılması öngörülmüştür (CMK. m.202/2). Aynı maddenin 3. fıkrasında ise soruşturma evresinde dinlenen şüpheli hakkında da bu hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak özellikle soruşturma sırasında hiç dinlenilmemiş şüpheliye, iddianamenin çevrilerek tebliğ edileceği yahut da iddianamenin çevrilmesi için kendisine bir tercüman atanacağına ilişkin bir hüküm kanunda yer almamaktadır. Bu bağlamda yabancı veya engelli sanığa iddianame Türkçe olarak tebliğ edilecek, bunun çevrilmesi için de herhangi bir tercüman görevlendirilmeyecektir. Bu durumun yabancı veya engelli sanık açısından savunma hakkını önemli ölçüde kısıtlayacağı aşıkardır. Özellikle yabancı veya engelli şüphelinin soruşturma boyunca hiç dinlenmediği

¹² Öcalan / Türkiye; Başvuru no: 46221/99 Karar tarihi: 12.03.2003 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

¹³ Maddenin ilk fıkrasında "meramını anlatabilecek ölçüde" ibaresi kullanılarak, hüküm sadece Türkçe bilmeyenler için değil, yeterli derecede Türkçe bilmeyen herkes için geçerli hale getirilerek AİHM içtihatları ile uyum sağlanmıştır. Cumhuriyet ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005, s.582

hallerde, duruşmaya kadar tercüman yardımından faydalanamayacağı ve bu bağlamda isnadı da çoğu kez ancak duruşmada öğrenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır ki, bu da adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurur.

► **Delillerin içeriğini, karşı tarafın bunlara ilişkin görüşlerini ve muhakemede verilen kararları öğrenebilmelidir (CMK m.193, m.35)**

Aleyhine ve lehine olan delilleri, iddia makamının bu delillere ilişkin görüşlerini bilmeyen sanığın meramını tam olarak anlatması söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin de bir yansıması olan söz konusu husus,¹⁴ sanık bakımından teminat altına alınmış olmalıdır. Sanığın duruşmada bulunmasını teminat altına alan CMK m.193 hükmü ve dosya inceleyebilmesine ilişkin kalem yönetmeliğinin m.137 ve m.165 hükümleri, delillerin içeriğini ve karşı tarafın bunlara ilişkin görüşlerini öğrenebilme bakımından sanığı güvenceye bağlayan düzenlemelerdir.¹⁵

Sanığın meramını anlatabilme hakkını etkin olarak kullanabilmesi için muhakemede verilen kararlardan da haberdar edilmesi gerekir. CMK m.35’de verilen yargılama makamı kararlarının ilgililere bildirilmesi düzenlemeye bağlanmıştır. Buna göre; *“İlgili tarafın yüzüne karşı verilen karar kendisine açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir. Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgilisi-*

¹⁴ “Çelişmeli yargılama, tarafların, diğer tarafça sunulan delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında, bilgi sahi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkanına sahip olması demektir.” Ruiz-Mateos / İspanya, Sibel İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s.242

¹⁵ Türkiye’ye ilişkin olarak Göç kararında AİHM, çelişmeli muhakeme ilkesi bakımından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının Yargıtay’daki rolünü ele almıştır. Buna göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görevi temyiz taleplerinin esası hakkında mütalaada bulunmak ve bu şekilde verilecek karara etki etmeye çalışmaktır. Söz konusu mütalaanın niteliği dikkate alındığında, sanığa bu mütalaaya yazılı cevap verme hakkının tanınmamasının çelişmeli yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağına hükmedilmiştir. Göç / Türkiye; Başvuru no: 36590/97 Karar tarihi: 09.11.2000

ne tebliğ olunur. İlgili taraf serbest olmayan bir kişi veya tutuklu ise tebliğ edilen karar, kendisine okunup anlatılır.”

► **Sürpriz kararlar karşılaşılmamalıdır. Fiili veya hukuki isnat değişikliğinde bundan haberdar edilmelidir (CMK m.225, m.226).**

Kovuşturmaya geçilmeden önce isnat edilen ve sanığa tebliğ edilen iddianamede yer alan fiillerin veya bu fiillere ilişkin hukuki nitelermelerin sonradan duruşma devresinde değişiklik göstermesi mümkündür. Nitekim mahkeme fiilin hukuki nitelmesi konusunda savcıdan farklı bir düşünceye sahip olabilecek veya duruşmada ortaya konulan delillere bağlı olarak uyuşmazlık konusu fiilin, cezaya etki eder şekilde iddianamede belirtilenden farklı şekilde gerçekleştiği sonucuna varılabilecektir. Bu tür durumlarda savunma tarafının, haberdar olduğu isnada bağlı olarak yapacağı savunma çoğu kez anlamsız kalacaktır. Bu itibarla cezaya etki eden bu tür değişikliklerin savunmaya bildirilmesi ve savunma tarafının bu yeni durum uyarınca yeni bir savunma hazırlamasının mümkün kılınması adil yargılamanın önemli bir gereğidir.¹⁶ Bu durum aynı zamanda sürpriz kararlar karşılaşıma yasağı kapsamındadır.

AİHS organlarının içtihatlarına bakıldığı zaman, bu konunun geniş bir bakış açısıyla ele alındığı görülmektedir. Şöyle ki; isnat edilen fiilde sonradan değişiklik meydana gelmesi halinde, aynı türden olup, önem arzetmeyen diğer suçlara ilişkin olarak, sanığa haber verilmeksizin mahkumiyet kararı verilmesinin adil yargılamaya zarar vermeyecektir.¹⁷ Ancak özellikle ceza bakımından önem arzeden her türlü isnat değişikliğinin sanığa bildirilmesi zorunluluktur.

CMK'nın 226. maddesinde duruşma sırasında suçun niteliğinin değişmesi halinde ne şekilde hareket edileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre; suçun iddianamede belirtilen hukuki niteliği değişirse, bu değişiklikten sanık haberdar edilir ve yeni duruma göre savunmasını yapabilmesine imkan tanınır (CMK. m.226/1).¹⁸ Aksi takdirde ancak

¹⁶ LADEWIG, s.95

¹⁷ SCHROEDER, s.56

¹⁸ Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY-Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.1226

iddianamedeki nitelendirmeye göre karar verilebilir.¹⁹ Ek müdafaa veya ek savunma denilen bu tür durumlarda çoğu zaman sanığın yeni duruma göre müdafaasını hazırlayabilmesi için zamana ihtiyacı olur. Bu nedenle talep üzerine, ek savunma hazırlaması için sanığa süre ve duruşmaya da ara verilir.²⁰

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, fiilin hukuki nitelendirmesinin, birbirine dönüşme imkanı bulunan suçların birinden diğerine dönüşmesi halinde ek savunma hakkının verilmesi gereklidir.²¹ Aynı şekilde fiilin hukuki nitelendirmesinin, suçun basit şeklinden nitelikli hallerinden birine dönüşmesi halinde de sanığa ek savunma hakkı verilmeksizin hükmün kurulması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.²²

Kanun suçun niteliğinde ortaya çıkan değişikliğin sanığın lehine veya aleyhine olması bakımında bir ayırım yapmamıştır. Bu itibarla suç niteliğinde ortaya çıkan değişiklik sanığın lehine olsa bile, sanığa ek savunma hakkı verilmesi gereklidir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de belirtilmiştir.²³ Ancak bazı yazarlarca, fiilin hukuki nitelemesinin sanığın lehine olarak değişmesi halinde, sanığın ek sa-

¹⁹ Nevzat TOROSLU-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s.304

²⁰ Nur CENTEL-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.659

²¹ Sanığın iddianamede açıklanan ve C. Savcısınca zorla ırza geçmeye kalkışmak şeklinde nitelendirilen tek eylemine ilişkin olarak gerekli soruşturmaları yaptıktan ve değişen suç vasfı nedeniyle ek savunmasını da aldıktan sonra, dosya içeriğine ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde zorla kız kaçırmaya eksik teşebbüs suçundan cezalandırılmasına karar verilen yerel mahkeme kararında yasaya aykırı bir yön bulunmadığından C. Başsavcılığının itirazının reddine karar verilmiştir. (CGK. 01.06.1987-197/335)

Sanık hakkında ırza tasaddiden dava açılmış, ağırlaşan vasfından dolayı ek savunma hakkı verilmeden ırza geçmeye eksik teşebbüsten mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir. (5. CD. 02.11.1989- 3519/5108) Erhan GÜNAY, **Ceza Davalarında Ek Savunma ve Savunma Hakkının Kısıtlanması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s.23 vd, 42

²² Hakaret suçundan TCK'nın 482/2. maddesinden dava açıldığı halde, sanığa savunma hakkı verilmeksizin 482/3. maddeye göre hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (2. CD. 09.04.1987-3344/3678) GÜNAY, s.27

²³ Bkz. ŞAHİN, CMK Gazi Şerhi, s.713

vunması alınmaksızın da lehe olan nitelermeye uygun hüküm kurulması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁴

Sanık hakkında açılan davada, isnat edilen fiilin nitelik değiştirilmesi halinde yukarıdaki gibi ek savunma hakkı verilmek suretiyle dava hükme bağlanabilecektir. Ancak sanığın iddianamede belirtilen fiilden daha başka bir fiil işlediği duruşma sırasında ortaya çıkarsa, bu durumda ek savunma hakkı verilmesi suretiyle hükmün kurulması mümkün değildir.²⁵ Nitekim CMK'nın 225. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere, *hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve fail hakkında verilir*. Duruşma sırasında yeni bir fiilin ortaya çıkması halinde, bu yeni fiile göre de hüküm kurulması durumunda, iddianamede belirtilen fiille, hükmün verildiği fiiller farklı olacaktır. Bu itibarla davasız yargılama olmaz ilkesinin doğal bir sonucu olarak, söz konusu fiile ilişkin iddianame düzenlenmez, bu fiil hakkında hüküm kurulması hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz üzere, kişi hakkında yapılan her yeni fiile ilişkin isnadın, sanığa yazılı olarak bildirilmesi adil yargılanma hakkının önemli bir gereğidir. Bu itibarla yeni ortaya çıkan fiil hakkında hüküm kurulabilmesi için, fiil hakkında dava açılması ve davanın açıldığı iddianamenin de sanığa bildirilmesi gereklidir.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre de, unsurları ve mahiyeti ayrı olan, yek diğerine dönüşmesi mümkün olmayan suçlarda ek savunma hakkı verilmesi suretiyle hüküm kurulması yerine, yeni

²⁴ Bkz. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.1227; aynı görüşü paylaşan Centel-Zafer, ek savunma hakkı verilmesine ilişkin bu hükmün sanığın lehine konulmuş olduğunu ve bu nedenle onun aleyhine sonuç doğuracak şekilde kullanılmasının yorum kurallarıyla bağdaşmayacağını ileri sürerek görüşlerini gerekçelendirmektedirler. CENTEL-ZAFER, s.659 vd.

²⁵ Bu konuda eski kanun ve yeni kanun arasında önemli farklar bulunmaktadır. CMUK'un 259. maddesinde, sanığın iddianamede belirtilen suçtan başka bir suç işlemiş olduğunun duruşma sırasında ortaya çıkması halinde, savcının talebi üzerine ve sanığın da muvafakat etmesiyle, bu sonradan ortaya çıkan suç hakkında da duruşması yapılmakta olan işle birlikte hüküm verilebiliyordu. Buna sözlü iddianame denilmekteydi. CMK ise bu sözlü iddianame usulüne tamamen son vermiştir. Bu bağlamda sonradan ortaya çıkan suç hakkında yeniden soruşturma yapılarak iddianame düzenlenecektir. Bu yenilik savunma hakkı açısından da son derece yerinde olmuştur. Veli Özer ÖZBEK, **CMK İzmir Şerhi-Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.876 vd.

iddianame düzenlenmesi suretiyle dava açılmasının zorunluluğu kabul edilmiştir.²⁶

4. AÇIKLAMADA BULUNABİLME

Meramını anlatabilme hakkının ikinci gereği ise sanığın açıklamalarda bulunabilmesine ilişkindir. Bu bağlamda; duruşmaya katılma ve esas mahkemesi önünde sorgulanma imkanına sahip olmalı, deliller üzerindeki tartışmalara katılıp beyanda bulunabilmeli, kendini etkin şekilde ifade edemeyecekse ve dolayısıyla savunamayacaksa zorunlu olarak bir müdafii yardımından faydalandırılmalı, gerekliyse beyanda bulunurken tercüman hizmeti de kendisine sağlanmalıdır. Aşağıda bu unsurlar ayrıca ele alınıp incelenecektir.

► **Duruşmaya katılma ve esas mahkemesi önünde sorgulanma imkanına sahip olmalıdır (CMK m.193, m.191, m.196 – Zana/Türkiye Kararı)**

Sanığın meramını gerektiğince açıklayabilmesi, öncelikle hakkındaki duruşmaya katılma imkanının kendisine sağlanmış olması gerekir. Sanığın duruşmada bulunması kendisi açısından avantajlı bir durum olmakla birlikte, aynı zamanda bir yükümlülüktür.²⁷ Bu hak sanığın doğrudan doğruya savunmasını yapabilmesi açısından önem taşır.²⁸ Nitekim sonucunda özgürlüğünün kısıtlanmasının söz konusu olabileceği yargılamayı izlemekte sanığa ait önemli bir menfaat söz konusudur. Sanık duruşmada hazır bulunabildiği sürece davaya aktif olarak katılabilecek, gerektiğinde delil gösterecek, müdafii tavsiyelerde bulunacak veya gerektiğinde savunmasını bizzat kendisi yapacaktır.²⁹ Ayrıca sanığın duruşmada bulunması cezanın bireyselleştirilmesi ve takdiri hafifletici sebeplerin doğru bir şekilde uygulanabilmesi için sanığın kişiliğinin ortaya konulmasında da önemli bir rol oynayacaktır.³⁰

²⁶ GÜNAY, s.24

²⁷ Benzer şekilde bkz. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.462

²⁸ Serap KESKİN, **Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Alfa Yayınları, İstanbul 1997, s.156

²⁹ İNCEOĞLU, s.249

³⁰ Sanığın duruşmada hazır bulunmasının iki açıdan büyük önemi vardır. Öncelikle hazır bulunan sanık savunma yapabilecek, hakkındaki isnatları çürütebilecektir.

AIHS organları, sanığın keyfi olarak duruşmada hazır bulunmasının engellenmesi halinde, adil yargılanma hakkının genel ilkeye aykırılık dolayısıyla ihlal edildiğine hükmetmektedirler. Ayrıca sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi için uygun ortamın oluşturulması da taraf devletlerden yerine getirilmesi beklenen bir yükümlülüktür.³¹

CMK'da da sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi hem bir hak hem de yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda sanık, muhakemenin yapılabilmesi için duruşmada hazır bulunması gereken kimselerdendir. CMK m.193'e göre; *kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir.*

Sanığın duruşmada bulunması onun açısından ne kadar çok önem arzetsede de, mutlak olarak kabul edilmiş bir hak değildir. Bunun istisnaları söz konusu olabilir. Bunlar aşağıdaki başlıkta ayrıca ele alınıp incelenecektir.

Sanığın duruşmada hazır bulunması mutlak bir hak değildir. AIHS organlarının değişik kararlarında da konunun bu şekilde ele alındığı ve duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin bazı istisnaların makul karşılandığı görülmektedir. Örneğin sanığın duruşma düzenini bozması veya kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi, tanığın korutulması kaygısı gibi özel durumların varlığı halinde, bu hakka istisnalar getirilmesi kabul edilmiştir.³²

Sanığın meramını anlatabilme hakkının gerçekleştirilebilmesi için ayrıca yargılama makamı önünde, hakkındaki isnatlara cevap verebilme imkanının ona tanınmış olması gerekir. Kovuşturma bakımından ise hakkında hüküm verecek merci önünde beyanda bulunma imkanı

Öte yandan ise, TCK'nın cezanın bireyselleştirilmesinde hakime geniş yetkiler vermesi de göz önünde bulundurulduğunda hakimin takdir yetkisini kullanabilmesi ve vereceği kararın sağlıklı olması açısından da sanığı görmesi önem arz etmektedir. **ÖZBEK**, s.791 vd.; **ŞAHİN**, CMK Gazi Şerhi, s.570

Yargıtay da bir kararında, sanığın duruşmada bulunmasının, savunma hakkının, duruşmanın yüze karşı olmasının ve cezanın kişiselleştirilmesi bakımından büyük önem arz ettiğini ve bu ilkelerin doğal sonucu olduğunu ifade etmiştir. (CGK. 15.3.2005; 9-20/27) **ÖZBEK**, s.792

³¹ **İNCEOĞLU**, s.249 vd.

³² **İNCEOĞLU**, s.249 vd.

nın sanığa tanınması zorunludur. En azından bir kere sanığın beyanı alınmaksızın, mahkum edilmesini istemeyen kanunkoyucu, CMK m.247/3'te sorgusu yapılmayan sanığın mahkum edilmesine yasak getirmiştir. Buna göre; *“Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet kararı verilemez.”*

Söz konusu imkanın sanığa tanınması, silahların eşitliği ilkesi ve savunma hakkının da bir gereğidir. Nitekim yargılama makamı önünde sorgulanıp kendisine yöneltilen suçlamalara yanıt verme imkanına sahip olmayan sanığın, ne iddia makamı ile eşit silahlara sahip olduğu ne de kendi kendini savunma hakkı olduğu söylenebilecektir.³³ Ceza muhakemesi açısından bu hak, her şeyden evvel bir suç isnadı altında olan kimsenin hakim önünde sorgulanmasını ifade eder. Bunun dışında ayrıca fiili ve hukuki konularda görüş bildirme yetkisinin sanığa tanınmasını da içerir.³⁴ Bireyler bakımından arzettiği öneme binaen sorgu hakkının kutsal bir hak olduğunu iddia eden yazarlar da vardır.³⁵

Bu hak kapsamında, sanık iddialar karşısında yargılama makamı tarafından sorgulanma, suçsuzluğunu ortaya koyabilme, kendisine yapılan isnatlara ilişkin hukuki ve fiili konularda görüş bildirme imkanına sahip olur. Bu bağlamda sanığın duruşma sırasında konuşması ve konuşmasının etkinliğini kaybedecek şekilde kesilmemesi, orta-

³³ Yargılama bakımından sadece bir tarafın dinlenmesi, kimsenin dinlenmemesi, tek yönlü karar verilmesi demektir. Bu bağlamda hukuki dinlenilme hakkı, bireylere haksızlığa karşı koyabilme imkanı tanır ve yargılama sonucunda doğru karar verilmesini güvenceler. Hakan PEKCANITEZ-Oğuz ATALAY-Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.238

³⁴ SCHROEDER, s.102

³⁵ Bu görüşün temel gerekçelerinden birisi ise gerek İslamiyet'te gerekse Hristiyanlıkta yer alan insanın cennetten çıkarılışına ilişkin açıklamalardır. Nitekim ilk insan Adem'in cennetten çıkarılışını anlatan gerek Kuran'da gerekse İncil'de metinler bulunmaktadır. Cennetten çıkarmadan önce Allah, Adem'e neden yasak meyveyi yediğini sormuş ve ona söz hakkı tanımıştır. Her iki dine göre de her şeyi bilen ve her şeyden haberdar olan yaratıcının buna rağmen kuluna fiiline ilişkin söz hakkı tanınması sorgu hakkının kutsal bir hak olduğunu ortaya koymaktadır. Yaratıcının dengi olmayan bir varlık olan insana tanıdığı bu hak öylesine önemli bir hak ki, bunun eşitler arasında uygulanmaması kabul edilemez. ÖZEKES, s.19 vd. ayrıca aynı eserde medeni usul hukuku açısından hukuki dinlenilme hakkının gereklerine ilişkin ayrıntılı bilgiye ulaşılabilir.

ya konulan her delilden sonra görüşünü bildirmesi ve duruşma sonunda son sözü söyleme hakkının ona verilmesi sorgu hakkının birer gereğidir.³⁶

CMK'da duruşma bakımından, sorgu hakkının gereği olarak önemli güvenceler getirilmiştir. Sanığın duruşma sırasında sorgulanması (ve hatta sanık dinlenmeksizin istisnai durumlar dışında hüküm kurulamaması) düzenleme altına alınmıştır. Sorgunun sanık ve maddi gerçeğin bulunması bakımından arzettiği önem nedeniyle bu kuruma ilişkin düzenlemelerin de oldukça ayrıntılı olarak yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda sanığın sorgusundan önce yapılacak işlemler, hatırlatılacak haklar detaylı olarak düzenlenmiştir (CMK m. 147, m.191/3).³⁷ CMK m.216/3'te hükümden önce son sözün hazır bulunan sanığa verileceğine ilişkin düzenleme de sorgu hakkının önemli bir yansımasıdır.³⁸

Bu konu Zana / Türkiye davasında AİHM'de ele alınmıştır. Olayda Zana istinabe yoluyla sorgusunun yapıldığı Aydın Ağır Ceza Mahkemesinde Türkçe bilmesine rağmen Kürtçe olarak savunmasını

³⁶ Bu hak temelde duruşmaya ilişkin olmakla birlikte, soruşturma sırasında yargılama makamınca verilen kararlar bakımından, şüphelinin dinlenmesi ve görüşünü kararı verecek yargılama makamı önünde ifade edebilmesini de içerir. **SCHROEDER**, s.102

³⁷ CMK m.191/3'e göre; "Duruşmada, sırasıyla; a) Sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır, b) İddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur, c) Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147 nci maddede belirtilen diğer hakları bildirilir, d) Sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, usulüne göre sorgusu yapılır.

³⁸ Duruşma sonunda son sözün sanığa verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur ve Yargıtay içtihatları ile ortaya konulduğu üzere CMK m.289/1/h bağlamında hukuka kesin aykırılık oluşturur. Bu bağlamda müdafii konuştuktan ve sanığa ekleyeceği bir şey olup olmadığı sorulduktan sonra savcı yeniden söz alacak olursa, savcının dinlenmesinden sonra tekrardan savunmaya söz hakkı verilmeli ve yine duruşma sanığın son sözü söylemesi ile bitirilmelidir. **KESKİN**, s.158, 201

Sanık adına müdafii savunmada bulunsa bile, ekleyecek başka bir husus olup olmadığı sanıktan sorulmalı ve en son söz mutlaka sanığa verilmelidir. Yani son söz mutlaka sanığa verilecek hakim onun etkisine başka hususlar katılmadan karar verecektir. Bu usul kuralı buyurucudur ve savunmanın kısıtlanamayacağı ilkesinin doğal sonucudur.(CGK, 8.4.1991, E.1991/4-83; K.1991/113) **YKD**. 1992/2, s.264

yapmak istemiştir. Mahkeme ısrarla bu tutumunu sürdüren sanığın savunma hakkından vazgeçtiğine karar vermiştir. AİHM ise, sanığın Kürtçe konuşmasının savunma hakkından vazgeçtiği, asıl yargılamayı yapan mahkeme önündeki duruşmalara katılmaktan feragat ettiği şeklinde yorumlanamayacağını kabul ederek, sanığın kendi kendini savunma (m.6/3/c) ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.³⁹ Bu bağlamda sanığın esas mahkemesi önünde sorgulanma hakkı söz konusudur. Kanun açıkça cevaz verdiği hallerde bile sanık istinabe yoluyla sorgusunun yapılmasına rıza göstermezse, esas mahkemesi önüne çıkma hakkı elinden alınamayacaktır (CMK m.196).

► **Deliller üzerine beyanda bulunma imkanına sahip olmalıdır (CMK m.215, m.216)**

Meramını anlatabilme hakkı bakımından, açıklamada bulunma unsurunun gerçekleşebilmesi için sanığa deliller üzerinde tartışma imkanının da tanınmış olması gerekir. Böylelikle sanık, yargılama makamı önünde, ortaya konan deliller üzerinden meramını daha etkin olarak anlatabilme fırsatına sahip olacaktır. Sanığın bu imkana sahip olması, çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin de önemli bir sonucudur.

CMK'da, açıkça ifade edilmese de, yapılan düzenlemelerden anlaşıldığı kadarıyla çelişmeli muhakeme ilkesi duruşmaya hakim olan temel yöntem olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda duruşma sırasında da çelişmenin tam olarak sağlanabilmesi için savcı ve müdafie doğrudan soru sorma yetkisi verilmiş, bu şekilde tarafların birbirlerinin tanıklarının güvenilirliğini doğrudan test edebilmelerine imkan tanınmıştır. Ayrıca sanık ve katılan da hakim vasıtasıyla tanıklara soru yöneltebilmektedir (CMK m.201). Bunun dışında ortaya konulan her delilden sonra taraflara söz hakkı verilmesi güvence altına alınmış; bu şekilde ortaya konulan deliller hakkında tarafların karşılıklı olarak

³⁹ Zana / Türkiye; Başvuru no: 18954/91 Karar tarihi: 25.11.1997 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. Karen REID, **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, Çev. Bahar Öcal Düzgören, Scala Yayıncılık, İstanbul 2000, s.188

görüş beyan edebilmesi ve bu şekilde tam bir çelişmenin sağlanması amaçlanmıştır (CMK. m.215,216).

► **Müdafiden faydalanma hakkı ile yakından ilişkili olarak, kendini etkin şekilde ifade edemeyecekse ve dolayısıyla savunamayacaksa zorunlu olarak bir müdafinin yardımından faydalanma hakkına sahip olmalıdır (CMK m.150/2,3; AİHS m.6/3/c)**

Kişinin mahkeme önünde meramını etkili bir şekilde anlatabilmesi için bazen bir müdafinin yardımından faydalanması zorunlu olabilir. Bu tür hallerde onun iradesine bakılmaksızın şüpheli veya sanığın bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu tutulması gerekir. Kural olarak müdafiden faydalanıp faydalanmamak sanığın iradesine bağlıdır. Ancak bazı durumlarda kanunkoyucu, sanığın içinde bulunduğu belli koşulları dikkate alarak, onun bir müdafinin yardımından faydalanmasını zorunlu kılmış olabilir. Bu tür durumlarda, sanığın, ancak bir müdafinin yardımıyla gerektiği şekilde savunmasını yapabileceği kabul edilmektedir. Böylelikle etkin bir savunma ve iddianın çelişmesi sağlanacak ve sonuçta maddi gerçek mümkün olan en doğru haliyle ortaya konulacaktır. Nitekim cezai uyuşmazlıklar sonucunda, suçluların cezalandırılmasında olduğu kadar, masumların serbest kalmasında ve suçluların hak ettiklerinden fazla ceza ile cezalandırılmamasında da topluma ait önemli bir menfaat söz konusudur.⁴⁰ Müdafî kamu adına görev yaparak, topluma ait bu menfaati korumaya hizmet etmektedir.⁴¹

Bir insan ne kadar iyi hukuk bilgisine sahip olursa olsun, ne kadar özgüveni ve iyi hitabet yeteneği bulunursa bulunsun, kendisi hakkında gerçekleştirilecek bir ceza muhakemesinde, muhakemenin merkezinde olan süje olarak psikolojik baskı altında olacak ve bu nedenle çoğu kez kendisini gerektiği gibi savunamayacaktır.⁴² Nitekim sanık, bir taraftan ceza iddiasıyla birlikte toplum düzenini ihlal eden ve anti sosyal davranışta bulunan kişi olarak itham edilmenin manevi ağırlı-

⁴⁰ Filiz TEPECİK-Hakan KARAKEHYA, "Sanığa Atanmış Müdafini Seçme Hakkı Tanınması Üzerine Düşünceler", *Güncel Hukuk*, Mart 2007, s.44

⁴¹ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.219

⁴² Werner BEULKE, *Strafprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 2005, s.89

ğıyla yüzleşmekte, diğer taraftan da muhakeme sonunda cezai sonuçlarla karşı karşıya kalma tehlikesini sürekli olarak aklının bir köşesinde bulundurmaktadır. Bu nedenle kendisi defalarca ceza avukatlığı yapmış bir kimsenin bile, kendisiyle ilgili ağır cezai uyuşmazlıklarda, muhakkak bir müdafinin yardımından faydalanması gerekir.

Anlatılanlar ışığında zorunlu müdafiliğe ilişkin bir tanım vermek gerekirse; zorunlu müdafilik, *iradesinin bir önemi olmaksızın*, adaletin selameti açısından zorunlu olan hallerde, sanığın bir müdafinin yardımından faydalandırılmasını ifade etmektedir.⁴³ Zorunlu müdafiliğin kabul edildiği hallerde, kanunkoyucu, sanığın bir müdafinin yardımı olmaksızın etkin şekilde savunma yapmasının mümkün olmayacağını önceden kabul etmiştir. Nitekim ceza muhakemesi, kamusal menfaatin söz konusu olduğu ve bu itibarla etkin bir savunmanın garanti altına alınmasının zorunlu olduğu bir yargılama hukuku dalıdır.⁴⁴

Zorunlu müdafilik ile atanmış müdafilik birbirinden farklı kavramlardır. Zorunlu müdafilik sanık veya şüphelinin muhakkak bir müdafinin yardımından faydalanmasının gerekliliğini ifade ederken; atanmış müdafilik, müdafinin ücreti devlet tarafından ödenmek üzere sanığa devlet tarafından atanmasını ifade eder. Dolayısıyla zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde sanık veya şüpheli, devletin atayacağı müdafie ihtiyacı olmaksızın kendi müdafisini seçebileceği gibi; ihtiyari müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde de maddi gücünün yerinde olmadığını beyan eden sanığa devlet tarafından bir müdafinin atanabilir.

Bu bağlamda iki tür zorunlu müdafilik bulunmaktadır: *Seçilmiş zorunlu müdafilik ve atanmış zorunlu müdafilik*. Sanığın zorunlu müdafiden faydalanmasının söz konusu olduğu hallerde de, sanık, kendi seçeceği

⁴³ Zorunlu müdafinin öngörüldüğü hallerde de, bazen ücreti devlet tarafından ödense bile sanığın her hangi bir müdafinin tayinini reddettiği görülmektedir. Örneğin Eski Yugoslavya için kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki yargılamasında Miloseviç, sanığın kendi kendini savunma hakkını vurgulamak suretiyle kendisine zorla bir müdafinin tayin edilmesini reddetmiştir. **AMBOS**, s.37

⁴⁴ Klaus VOLK, **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005, s.105; Zorunlu müdafiliği söz konusu olduğu hallerde, sanık istemese de kendisine bir müdafinin atanmaktadır. Nitekim bu durumda adaletin selameti bağlamında ortaya çıkan kamusal menfaat sanığa ait bireysel menfaatten ağır basmaktadır. **LADEWIG**, s.96

bir müdafiiin yardımından faydalanabilir. Bu durumda seçilmiş zorunlu müdafilik söz konusu olur ve müdafilik ücreti sanık tarafından ödenir. Şüpheli veya sanığın bir müdafiiin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde, sanık veya şüphelinin müdafiiini kendisinin seçmiş olması, seçilen müdafiiin statüsünü isteğe bağlı müdafie dönüştürmez. Bir başka deyişle sanık veya şüphelinin seçmiş olduğu ve ücretini kendisinin ödediği müdafie de zorunlu müdafidir. Bu bağlamda seçilmiş zorunlu müdafie de, zorunlu müdafiiin tabi olduğu kurallar çerçevesinde görevini yerine getirir. Örneğin, seçilmiş zorunlu müdafiiin duruşmaya gelmediği hallerde de, sanığın iradesine bakılmaksızın, sanığa ya yeni bir müdafie atanır ya da duruşma ertelenir.⁴⁵

Şüpheli veya sanığın bir müdafie yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde, eğer kendisinin seçmiş olduğu bir müdafii yoksa; şüpheli veya sanığa bir müdafie atanır ve bu zorunlu müdafiiin ücreti devlet tarafından ödenir. Bu durumda ise *atanmış zorunlu müdafilik* söz konusu olur.

Bu itibarla sanığın bir müdafiiin yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde, kendisi bir müdafie seçmemişse, sanığa ücreti devlet tarafından karşılanacak bir müdafie atanır. Sanığın zaten seçmiş olduğu bir müdafii varsa; kanunkoyucunun zorunlu gördüğü hukuki yardımı, şüpheli veya sanığa, seçmiş olduğu bu müdafie zaten yapacağından, ona ayrıca bir müdafie atanması gerekli görülmemiştir. Bu durum 150. maddenin 2. fıkrasında “...ve bir müdafii de bulunmazsa...” denilmek suretiyle vurgulanmıştır.⁴⁶

⁴⁵ Yargıtay da, 15-18 yaş grubunda bulunan sanıklar bakımından zorunlu müdafie atanmasını hukuk sistemimize sokan ve 01.12.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3842 sayılı yasanın kabulünden sonra verdiği bir kararla, seçilmiş zorunlu müdafiiin de yükümlülükleri bakımından, atanmış zorunlu müdafiiin bağlı olduğu kurallara tabi olduğunu kabul etmiştir: “CYUY.nın kuralları arasında kıyas geçerlidir. Bu nedenledir ki; yasanın 138. maddesine göre Barodan görevlendirilen müdafii yönünden mahkeme Başkanına tevdi edilen denetim görevinin, veli ya da vasi tarafından sanığa tutulan müdafii de kapsayacağı “kıyas” yoluyla kabul edilmeli ve 141. madde bunlar hakkında da uygulanmalıdır.” (1. CD. 16.03.1995-415/676); Nur CENTEL-Hamide ZAFER. **Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s.26

⁴⁶ Eğer bir müdafiiin yardımından faydalanması zorunlu olan şüpheli veya sanık, başlangıçta kendisine bir müdafie seçmemişse ve muhakemenin ilerleyen evrele-

2004 tarihli ve 5271 s. CMK, CMUK'a nazaran zorunlu müdafilik gerektiren hallerin kapsamını daha geniş tutmuştur.⁴⁷ Zorunlu müdafilik hallerinin genel çerçevesi CMK'nın 150. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre; *şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir* (CMK m.150/2). *Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada*⁴⁸ da *şüpheli veya sanığın müdafii bulunmazsa, istemi aranmaksızın kendisine bir müdafii tayin edilir* (CMK. m.150/3). Ayrıca *sanık veya şüpheli hakkında tutuklama talep edilmesi* (CMK. m.101/3), *sanık veya şüphelinin kusur yeteneğinin araştırılması için gözlem altına alınmasına karar verilecek olması* (CMK. m.74/2), *kaçak sanık hakkında duruşma yapılması* (CMK. m.247/4), *duruşma disiplinini bozan sanığın yokluğunda oturumlara devam edilmesi* (CMK. m.204) hallerinde de, *şüpheli veya sanığın müdafii yoksa kendisine muhakkak bir müdafii atanır.*

rinde kendisine bir müdafii seçerse; bu durumda başlangıçta devletçe atanan müdafii görevi sona erer (CMK. m.156/3). **ŞAHİN**, CMK Gazi Şerhi, s.496

⁴⁷ Zorunlu müdafilik CMUK'un 138. maddesinde *"yakalanan kişi veya sanık, on sekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine bir müdafii tayin edilir."* denilmek suretiyle düzenlenmişti.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu StPO'da ise zorunlu müdafiliğin gerekli olduğu haller şu şekilde düzenlenmiştir (StPO m.140/1): Davaya ilk derece mahkemesi olarak eyalet mahkemesi (Landgericht) veya yüksek eyalet mahkemesi (Oberlandesgericht) bakıyorsa, isnat altındaki kimseye (Beschuldigter) isnat edilen suç cürümse, yargılama bir mesleğin yasaklanması sonucunu doğurabilecekse, isnat altındaki kişi hakim kararı veya onayına dayalı olarak 3 aydır bir kurumda bulundurulmaktaysa ve duruşmanın başlamasından en az iki hafta önce serbest bırakılmayacaksa, isnat altındaki kimse psikişik durumu bakımından gözlem altına alınacaksa, koruma muhakemesi (Sicherungsverfahren) yapılacaksa, isnat altındaki kimsenin müdafii muhakemeye katılmaktan yasaklanmışsa kendisine muhakkak bir müdafii tayin edilmelidir. **StPO-STRAFPROZESSORDNUNG**, Beck Verlag, mit einer Einführung von Claus Roxin, München 2005, 39. Bası, s.65

⁴⁸ 5560 sayılı kanunla değiştirilmeden önce bu hüküm, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden zorunlu müdafiliği kabul etmekteydi. Bu dönemde söz konusu düzenlemeyle birlikte, zorunlu müdafiliğin istisna olmaktan çıkıp kural haline geldiği ileri sürülmekteydi. Bu konuda bkz. Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.315

Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallede duruşma sırasında, sanığın muhakkak bir müdafiiin yardımından faydalandırılması gereklidir (CMK. m.151/1).⁴⁹ Kanunun açık hükmü karşısında, zorunlu müdafii, duruşma devam ettiği sürece tüm oturumlara katılmalıdır. Müdafiiin duruşmaya gelmediği veya duruşmadan ayrıldığı yahut görevini ifadan kaçındığı görülürse; ya sanığa hemen yeni bir müdafii atanacak ya da daha yerinde olarak celse ertelenecektir. Aksi takdirde duruşmaya katılması zorunlu bir süjenin katılmaması nedeniyle mutlak bozma sebebi ortaya çıkacaktır (CMK. m.289/1/e).⁵⁰

Genel kural olarak sanık müdafiiini azletme yetkisine sahiptir. Bu kural ihtiyari atanmış müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde de

⁴⁹ Duruşma bakımından kural bu şekilde olmakla birlikte, soruşturma evresi bakımından şüphelinin bir müdafiiin yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde, kural olarak şüphelinin bulunmasının gerekli olduğu her muhakeme işleminde müdafiiinin de hazır bulunması gereklidir. Dolayısıyla her hangi bir nedenle söz konusu muhakeme işlemlerine zorunlu müdafii gelmezse, bu durumda, şüpheli veya sanığın iradesine önem verilmeksizin ya yeni bir müdafii atanır ya da muhakeme işleminin yapılması ertelenir. Bu durum sanığın yanında müdafiiin bulunmasında adaletin selameti açısından bir zorunluluk olmasının doğal bir sonucudur. Bu itibarla zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, şüphelinin ifadesi alınırken veya şüpheli sulh ceza hakimi tarafından sorgulanırken yanında muhakkak bir müdafii bulunurmalıdır. Müdafii bulunmaksızın bu işlemlerin yapılması durumunda, hem adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacak, hem hukuka aykırı davranılması nedeniyle elde edilmiş olan ifadeler hiçbir şekilde delil olarak kullanılamayacaktır.

Nitekim ülkemiz hukuk sisteminde hukuka aykırı yollara elde edilen delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir. Bu itibarla hukuka aykırı yollarla elde edilen delil, kamusal-bireysel menfaat oranı aranmaksızın, hukuka aykırı kabul edilip değerlendirilmeyecektir. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı için bkz. **ÖZBEK**, s.848 vd.

Uygulamada hala, kolluk ifade alma dahil her türlü soruşturma işlemini yaptıktan sonra müdafii ifade tutanağını imzalamaya davet edebilmekte, müdafiiin tutanağı imzalaması da hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir beyanı görünüşte hukuka uygun hale getirebilmektedir. Soruşturma evresinin efendisi savcı, bu tür uygulamaların önüne geçmek adına gerekli tedbirleri almalıdır. **ÖZTÜRK-ERDEM**, s.315

⁵⁰ **KESKİN**, s.134; Alman hukukunda da bizdekine paralel olarak zorunlu müdafiiin duruşmada yer almaması mutlak temyiz nedeni olarak kabul edilmektedir (StPO m.338/5). Hans-Heiner KUHNE, **Strafprozessrecht**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1999, s.80

geçerlidir. Ancak zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, sanık, kendisine atanan müdafii azletme yetkisine sahip değildir.⁵¹ Eğer atanan zorunlu müdafii, savunma bakımından müdafiliğin gereklerini yerine getirmezse, sanık kendisine atanan müdafii görevini gereği gibi yapmadığını ileri sürebilir. Bu durumda mahkeme başkanı bunu dikkate almalı ve baroya bildirmelidir.⁵²

► **Gerekliyse beyanda bulunurken tercüman yardımından faydalanmalıdır (CMK m.202).**

Tıpkı dosyaları incelerken ve muhakemeye ilişkin diğer işlemler hakkında bilgi sahibi olurken tercümandan faydalanma imkanının şüpheli veya sanığa tanındığı gibi, yargılama makamı önünde beyanda bulunurken de gerekli koşullar varsa, sanığa tercümandan faydalanma imkanı tanınmalıdır (CMK m.202).

5. AÇIKLAMALARININ DİKKATE ALINMASINI İSTEME

Meramını anlatabilme hakkının son gereği ise sanığın açıklamalarının dikkate alınmasını istemesine ilişkindir. Bu gereklilik kapsamında; mahkeme sanığın beyanlarını dikkatle dinlemeli, karar verirken beyanların neden dikkate alındığını ve alınmadığını belirterek, gerekçeli açıklamalar yapmalıdır. Aşağıda bu gereklilikler ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

► **Hakim sanığın beyanlarını dikkatle dinlemelidir.**

Meramını anlatabilme hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından önemli bir koşul da yargılama makamını işgal edenlerin sanığın beyanlarını dikkatlice dinlemeleridir. Eğer hakim sanığın beyanları sırasında, onu dinlemediği izlemine verirse, gerek sanık gerekse duruşma salonunda bulunanlar, sanığın nafile konuştuğu inancına sahip olacaklardır. Bunun dışında yargılama makamını işgal eden ha-

⁵¹ Aynı zamanda şüpheli veya sanık, kanuni temsilcisinin seçtiği müdafii de, kanuni temsilcisinin bu sıfatı devam ettiği sürece azledemez. **TOROSLU-FEYZİOĞLU**, s.140

⁵² Kanunun zorunlu müdafii görevini gerektiği şekilde yapıp yapmadığını denetleme yetkisini mahkemeye verdiği konusunda gerekli açıklamalar için bkz. **ÖZTÜRK-ERDEM**, s.316

kimin veya hakimlerden birinin o gün işitme ile ilgili bir rahatsızlık yaşıyor olması da meramını anlatabilme ilkesini zedeleyebilecek durumlardandır.

Bu bağlamda, uygulamada bazen rastlandığı üzere duruşma sırasında hakimin uyuması ya da başka işlerle meşgul olması sanığın beyanlarının dinlenmediği hususundaki önemli göstergelerdir. Bu tür hallerde hem sanığın meramını anlatabilme hakkı ihlal edilmiş olur hem de sanık devlet karşısında değerinin olmadığı hissine kapılır.⁵³

► **Kararların gerekçeli olarak verilmeli ve sanık beyanlarının dikkate alınmasının veya alınmamasının nedenleri gerekçede açıklanmalıdır. (Any. m141; CMK m.34, m.232).**

Meramını anlatabilme hakkının bir diğer önemli gereği de mahkeme kararlarının gerekçeli olmasıdır. Sanık meramını anlattıktan sonra, bu hususlar hiç dikkate alınmamış ve hüküm verilirken değerlendirmeye tabi tutulmamışsa, sanığa meramını anlatma imkanının sağlanmasının bir önemi kalmamaktadır. Sanığın beyanlarının mahkeme tarafından dikkate alındığının en önemli göstergesi ise gerekçedir. Taraf beyanları ve diğer deliller değerlendirilerek ayrıntılı bir gerekçeyle karar verilmesi, açıklamaların dikkate alındığının göstergesidir (Any. m141; CMK m.34, m.232).⁵⁴ Ancak uygulamamızda gerek hükümlerin gerekse de ara kararların verilmesi bakımından ciddi bir gerekçe zaafiyeti olduğu görülmektedir.

⁵³ İnsan toplumda dikkate alınıp saygı görmek ister ve ancak bu gerçekleştikçe kendisini değerli hisseder. Bu açıdan bakıldığında insanlık tarihini, insanın birey olarak veya topluluk olarak yeryüzünde kimliğini diğerlerine karşı ispat ve kabul ettirme çabasının oluşturduğu söylenebilir. Shakespeare'nin "olmak ya da olmak... işte bütün mesele bu" sözü de bunu en iyi vurgulayan edebi söz olsa gerektir. ÖZEKES, s.20;

⁵⁴ İnsanlar ancak bir başkası tarafından dinlenirlerken kendilerini bulur ve kim olduklarını anlarlar. Aynı şekilde –adliye ve karakol da dahil olmak üzere- devlete ait kurumlarda vatandaşa adil ve süratli şekilde hizmet ediliyorsa, saygı gösteriliyor ve insan olmanın gerektirdiği şekilde davranılıyorsa, birey kendini o toplumda değerli hissedecektir. Devlet kurumlarında yaşanan yüzlerce, binlerce etkileşim sonucunda vatandaş, devletin kendine değer verip vermediğine ilişkin bir kanaate ulaşacaktır. Doğan CÜCELOĞLU, **Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim**, Remzi Kitabevi, İstanbul 2002, s. 137; 112

SONUÇ

Sanığın meramını anlatabilme hakkı, en yalın haliyle, sanığın yargılama makamı önünde kendini ifade edebilmesini güvenceye bağlamaktadır. Dolayısıyla bu hakkın sanığa tanınması, muhakemede onun adalet duygularının tatminine de imkan tanır. Nitekim kendilerini gerektiği gibi ifade edememiş ya da söyledikleri dikkate alınmamış bireylerin, gerçekleştirilen muhakemeden tatminkar bir şekilde ayrılması zordur.

Meramını anlatabilme hakkı, adil yargılanma hakkının bir gereği ve bu hak kapsamında yer alan alt haklardan bir tanesidir. Dolayısıyla uluslararası alanda adil yargılanma hakkını güvence altına alan tüm uluslararası belgeler ve anlaşmalar, aynı zamanda meramını anlatabilme hakkını da teminat altına almaktadır. Bu bağlamda uluslararası anlaşma niteliğini haiz olmamakla birlikte önemli bir belge olan, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 10. maddesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14. maddesi, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 6. maddesi meramını anlatabilme hakkının uluslararası alandaki temel dayanaklarıdır. Hukukumuzda ise Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi meramını anlatabilme hakkının önemli ulusal dayanaklarından biridir. Nitekim ceza muhakemesi bağlamında isnat altında bulunan bireyin, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin görüşlerini özgürce beyan edebilmesi, hukuk devleti ilkesinin gereklerindedir. Bunun dışında adil yargılanma hakkını güvenceye bağlayan Anayasanın 36. maddesi de meramını anlatabilme hakkının bir diğer anayasal dayanağıdır.

Meramını anlatabilme hakkının “bilgilendirilme,” “açıklamada bulunabilme” ve “açıklamalarının dikkate alınmasını isteme” olmak üzere, üç temel unsuru bulunmaktadır. Bilgilendirilme kapsamında; sanığın isnattan haberdar edilmesi, soruşturma ve dava dosyasını görme imkanına sahip olması, Türkçeyi etkin olarak kullanamıyorsa bilgilere ulaşırken tercüman yardımından faydalanabilmesi, delillerin içeriğini, karşı tarafın bunlara ilişkin görüşlerini ve muhakemede verilen kararları öğrenebilmesi ve son olarak sürpriz bir kararla karşılaşmaması gereklidir. Açıklamada bulunabilme kapsamında ise; duruşmaya katılma ve esas mahkemesi önünde sorgulanma imkanına

sahip olmalı, deliller üzerindeki tartışmalara katılıp beyanda bulunabilmeli, kendini etkin şekilde ifade edemeyecekse ve dolayısıyla savunamayacaksa zorunlu olarak bir müdafinin yardımından faydalandırılmalı, gerekliyse beyanda bulunurken tercüman hizmeti de kendisine sağlanmalıdır. Son olarak açıklamalarının dikkate alınmasını isteme hakkı kapsamında; mahkeme sanığın beyanlarını dikkatle dinlemeli, karar verirken beyanların neden dikkate alındığını ve alınmadığını belirterek, gerekçeli karar vermelidir.

KAYNAKÇA

AMBOS, Kai. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005

CENDEL, Nur-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2012

CENDEL, Nur-Hamide ZAFER. **Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2003

CÜCELOĞLU, Doğan. **Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim**, Remzi Kitabevi, İstanbul 2002

ESSER, Robert. **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002

FEYZİOĞLU, Metin. "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler," **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 62, Ocak/Şubat 2006

GÜNAY, Erhan. **Ceza Davalarında Ek Savunma ve Savunma Hakkının Kısıtlanması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999

İNCEOĞLU, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002

KESKİN, Serap. **Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Alfa Yayınları, İstanbul 1997

KUHNE, Hans-Heiner. **Strafprozessrecht**, C.F. Müler Verlag, Heidelberg 1999

KUNTER, Nurullah-Feridun YENİSEY-Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006

LADEWIG, Hans-Meyer. "Adil Yargılanma Hakkı-II", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Hakan Hakeri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

ÖZBEK, Veli Özer. **CMK İzmir Şerhi-Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

ÖZEKES, Muhammet. **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003

ÖZTÜRK, Bahri-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

PEKCANITEZ, Hakan-OĞuz ATALAY-Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006

REİD, Karen. **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, Çev. Bahar Öcal Düzgören, Scala Yayıncılık, İstanbul 2000

SCHROEDER, Friedrich-Christian. "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999

ŞAHİN, Cumhuri. "Sanığın Dosyasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004/1-2

ŞAHİN, Cumhuri. **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005

TEPECİK, Filiz-Hakan KARAKEHYA, "Sanığa Atanmış Mdafini Seçme Hakkı Tanınması zerine Düşünceler", **Güncel Hukuk**, Mart 2007

TOROSLU, Nevzat-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2015

VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005

Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi*

*(Legal Assessment of Evidence Collected during Illegal Search in Criminal
Procedure in Light of Precedents of Civil Supreme Court)*

Recep GÜLŞEN**

Öz

Hukuka aykırı deliller ve değerlendirilmesi konusu, ceza muhakemesi hukuku açısından en önemli sorunlardan birini oluşturmaktadır. Maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde araştırılması ve değerlendirilmesi adaletin sağlanması açısından önem taşımaktadır. Aramaya ilişkin hakim kararının bulunmaması, arama kararı içeriğinin belirsiz olması, arama kararı olmadan kişinin rızasına dayalı olarak aramanın gerçekleştirilmesi, arama tanıklarının bulunmaması dolayısıyla elde edilen doğrudan veya dolaylı deliller hukuka aykırı sayılmalıdır. Bu durumlarda, esas etkileyecek önemli bir şekli hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır.

Anahtar kelimeler: Delil, hukuka aykırı deliller, hukuka aykırı arama, hukuka aykırı arama dolayısıyla elde edilen deliller

* Geliş Tarihi: 06. 11. 2015, Kabul Tarihi: 21. 12. 2015.

** Prof. Dr.

Abstract

The problem of due assessment of improperly obtained evidences remains as one of the most issues of criminal procedure. The proper investigation and evaluation of material truth in criminal proceedings is essential for the court to reach a just ruling. The absence of the warrant during the search, or ambiguous content of the warrant, or a search done with an agreement of the person but without warrant, absence of witnesses during the search, directly or indirectly makes the search and found evidences illegal. Here we will have serious breach of the law because of non-compliances with procedural rules.

Keywords: Evidence, improper and illegal evidences, illegal search, improper evidences found during illegal search

1) GENEL OLARAK

Hukuka aykırı deliller konusu, ceza muhakemesi hukuku açısından en geniş ve hassas konulardan birini teşkil etmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda, yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispatlanabileceği kabul edildiğinden (CMK m.217/2), hukuka uygun bir şekilde maddi gerçeğin araştırılması ve hükmün de hukuka uygun olan delillere göre verilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, tüm delillerin ve dolayısıyla delil bulmaya ilişkin başvuru yöntemlerinden önemlilerden biri olan aramanın da kanunda öngörülen şartlarda ve her türlü şüpheden uzak bir şekilde yapılmasının sağlanması için aramaya ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde, arama kimin karar vereceğinden nasıl yapılacağına kadar ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir kararında, kanunda öngörülen usullere uyulmadan yapılan bir aramanın hukuka aykırı olacağını, bunun da adil yargılamanın ihlaline yol açacağını belirtmiştir¹.

Bu çalışmada bazı Yargıtay kararları bağlamında arama nedeniyle elde edilen hukuka aykırı delillerin ilgili kişi hakkında nasıl değer-

¹ Bu konuda bkz. **Devrim Aydın:** Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.100.

lendirildiği ve değerlendirilmesi gerektiği konusu üzerinde durulmuştur. Bu hususta arama kararının bulunmaması; aramanın rızaya dayalı olarak gerçekleştirilmesi; makul şüphe olmadığı halde verilen arama kararının içeriğinin belirsiz olması; arama tanıklarının bulunmaması açılarından hukuka aykırı delillere ilişkin olarak durum değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu hususta önce ilgili Yargıtay kararlarına yer verilmiş ve daha sonra doktrindeki diğer görüşler de belirtilmek suretiyle görüşümüz açıklanmıştır.

II) ARAMAYA İLİŞKİN HAKİM KARARININ BULUNMAMASI DOLAYISIYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU

A. İZİNSİZ HİNT KENEVİRİ EKME OLAYI AÇISINDAN

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 29.11.2005 tarih ve E.2005/7-144 ve K.2005/150 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir.

Yerel Mahkeme, iddia ve sanığın ikrarı dışında, olayla ilgili olarak düzenlenen tutanaklar, ekspertiz raporu ve emanette bulunan uyuşturucu madde gibi diğer kanıtlara da dayanmak suretiyle, sanığın uyuşturucu niteliğindeki esrar maddesi elde edebilmek amacıyla evinin damında 50 kök Hint keneviri dikip yetiştirdiğini kabul ederek bu suçtan cezalandırılmasına karar vermiş; Yargıtay Özel Dairesi, hukuka aykırı gerçekleştirilen arama sonucunda elde edilen delilin hükümde esas alınamayacağını, başkaca delille desteklenmeyen soyut ikrarın da mahkumiyet için yeterli bulunmadığını belirterek hükmü bozmuştur. Yargıtay C.Başsavcılığı; somut olayda sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hakim önündeki ikrarının özgür iradesine dayanması ve bu ikrarın başkasının suçunu üstlenmeye yönelik olduğunun ileri sürülmemesi karşısında kabule değer bir delil niteliğinde bulunduğunu, dolayısıyla sanığın suçunun sabit olduğunu belirterek itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre ise, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hakim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır. CMUK'nun 254. maddesine eklenen ikinci fıkradaki; "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" emredici kuralıdır. Delil yasakları ile ilgili genel ve kapsayıcı nitelikteki bu prensip uyarınca, hükme esas alınması mümkün bulunmayan deliller, "hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller"dir. Nitekim, Ceza Genel Kurulunun 8.4.2003 gün ve 30-98 sayılı kararında; suç örgütü ile ilgili soruşturmada telefon konuşmalarının hakim kararı olmaksızın dinlendiği ve kayda alındığına işaret edilmek suretiyle, "....1412 sayılı CMUK'nun 254. maddesinin açık hükmü uyarınca, hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan bu ses kayıtlarının kanıt olarak hükme esas alnamayacağı" belirtilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, Yerel Mahkeme hükmünden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesinde de ifade alma ve sorgudaki yasak usuller örnekseme yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca önceki yasal düzenlemeye benzer biçimde, "yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği" hükme bağlanmıştır. Keza CMK'nun 217. maddesinin ikinci fıkrasında, "yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği" belirtilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller, yeni ceza yargılama sistemimizde de ispat aracı olarak kabul edilmemiştir. Kaldı ki, CMK'nun 230. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, delille-

rin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi de zorunludur. Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar karşısında belirtmek gerekir ki; “hukuka aykırı biçimde” elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamaz. Bu bakımdan, sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınması isabetsiz bulunmuştur.

Ceza Genel Kurulu açısından, esasen somut olayda; aramanın hukuka aykırı olduğu ve sonucunda elde edilen delilin hükme esas alınamayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında bir görüş farklılığı bulunmamaktadır. Çözümü gereken uyuşmazlık, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi delil dışındaki diğer delillerin, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkumiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, amacı isnada konu maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında, somut olaya münhasır delillerden biri de “beyan” delilidir. Beyan, tanığa, sanığa veya sanığın dışındaki taraflardan birine ait olabilir. Sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ikrar; eylem hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı surette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun bulunması halinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması ve inkarın zıddı olarak sanığın eylemi ile ilgili tutumunun yansıma şekillerinden birini oluşturması itibarıyla önemli bir beyandır. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda öngörülen sistemde, ikrarın delil oluşturması bakımından, hakim önündeki ikrar ile hakim önünde olmayan ikrar arasında fark öngörülmüş ve bunlardan ikincisine delil kıymeti verilmiştir. (CMUK m.247) Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 213. maddesinde ise, sanığın hakim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcılığı tarafından alınan ifadelerin duruşmada okunabilmesi kabul edilerek,

savcı tarafından alınan ifadelere de delil olma değeri tanınmıştır. Buna karşılık, şüphelinin kollukça alınan ifadesine ilişkin tutanağın duruşmada okunabilmesi için, kollukta ifade alındığı sırada müdafinin hazır bulunması koşulu aranmıştır. Görüldüğü gibi, her iki yasal düzenlemede de, hakim önündeki ikrarın delil niteliği bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak, vicdani delil sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, diğer tüm deliller gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekir. Gerçekten de, bir kimsenin suçlu olmadığı halde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O halde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da gözönünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.

Sonuç olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında oy çokluğu ile verdiği kararına göre, somut olayda; soruşturmaya, sanığın evinde hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bir ihbar üzerine başlanmıştır. Sanık ise, gerek sulh ceza hakimince gerekse mahkemece tüm yasal hakları hatırlatılarak sorguya çekildiğinde; 25 yıldır uyuşturucu kullandığını, esrar elde etmek için olaydan iki ay önce evinin damına hint keneviri bitkisi ekip yetiştirdiğini, bunların yapraklarını kurutarak esrar elde edip içtiğini, bilahare hakkında ihbar vaki olduğunu ikrar etmiş; temyiz dilekçesinde dahi hint keneviri bitkisi yetiştirdiğini, ancak bunların cüz'i miktarda olduğunu belirtmiştir. Sanığın eskiden beri uyuşturucu kullandığı ve hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bu anlatımları, celbedilen adli sicil kaydıyla da doğrulanmıştır. Öte yandan, başkası adına suç üstlendiği iddia edilmediği gibi, dosya içeriğine göre böyle davranmasını gerektirecek bir neden de bulunmamaktadır. Çok uzun yıllar uyuşturucu kullanması ve uyuşturucuyu yetiştirdiği hint kenevirlerinden elde etmesi karşısında, ektiği bitkinin cinsi ile ilgili muhtemel yanılığısından

da söz edilemez. Sanık başlangıçtaki ikrarını aşamalarda istikrarlı biçimde sürdürmüştür. Kaldı ki, ikrardan dönülmüş olsa dahi, bu durum ancak ikrarın gücünü zayıflatacak bir husus olarak görülebilir; ikrarın delil olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, hakkındaki ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu olup hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçu sübuta ermiştir.

B. SAHTE RAKI OLAYI AÇISINDAN

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 17.11.2009 tarih ve E.2009/7-160 ve K.2009/264 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, "... K... Y... Caddesi G... Sokak içerisinde 12 sayılı yerin giriş katında sahte rakı imalatı yapan bir şahıs bulunduğu ihbar edilmesi üzerine belirtilen adreste yapılan aramada, birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil İçinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş, bunun üzerine sanık hakkında kamu davası açılmış olup, yapılan yargılama sonunda mahkumiyet hükmü kurulmuştur.

Sanık müdafii tarafından temyiz edilen bu hüküm, dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesi tarafından; alınan ihbar üzerine suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 97. maddesi uyarınca hakimden alınacak arama kararı ile ya da gecikmesinde sakınca varsa bu husus belirtilerek yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri ile sanığın işyerinde (deposunda) arama yapılması gerekirken, ilçe merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu da belirtilmeden, hakim kararı da olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak sanığın mahkumiyetine ilişkin olarak verilen karar oyçokluğuyla bozulmuştur. Yargıtay C.Başsavcılığı'nca ise, arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonunda ele geçi-

rilen kanıtın hükme esas alınmayacağı kabul edilmekle birlikte, ihbar üzerine başlatılan soruşturma sürecinde sanığın ihbarla uyumlu tevilli ikrarı karşısında sanığın sahte rakı imal etmek suçunun sübuta erdiği, gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurulmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun oy çokluğu ile verdiği karara göre, arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hakim kararıyla mümkündür. C.Savcıları ile onun yardımcıları sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hakime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır. Somut olayda şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine, hakim kararı alınmaksızın, yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş ise de, düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, "hukuka aykırı biçimde" elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamaz. Bu itibarla; sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmamaktadır. **Esasen somut olayda; aramanın hukuka aykırı oldu-**

ğu ve arama sonucunda elde edilen kanıtın hükme esas alınamayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında da bir görüş farklılığı söz konusu değildir. Çözümü gereken uyuşmazlık, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi kanıt dışındaki diğer kanıtların, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkumiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır. Görüldüğü gibi, dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C.Başsavcılığı'nca, ihbar tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ihbar sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ihbarın da bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır. Diğer yönden, dosyada sanığa ait bir ikrar bulunmadığı gibi, bir an için sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi, maddi kanıtlarla desteklenmeyen ve özgür irade ürünü olmayan bu ikrara da dayanılması mümkün değildir.

C. İZİNSİZ OLARAK KİTABIN ÇOĞALTILMASI OLAYI AÇISINDAN

7. Ceza Dairesinin 22.2.2007 tarih ve E.2004/5671, K.2007/1111 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, müşteki vekilinin, sanığın işyerinde müvekkili yayınevine ait kitabı izinsiz olarak fotokopi yoluyla çoğalttığı iddiasıyla Cumhuriyet savcılığına şikayet dilekçesinin Cumhuriyet savcılığınca gereğinin yapılması için zabıtaya havalesi üzerine; ilçe merkezinde, hakim kararı olmadan ya da gecikmesinde sakıncalı bir hal ileri sürülerek Cumhuriyet Savcısı veya diğer yetkililerce verilmiş bir emir de bulunmadan 19.10.2001 günü işyerinde yapılan aramada fotokopi yoluyla çoğaltılmış iki nüsha kitap bulunmuş, yapılan yargılama sonunda ticari amaçla çoğaltmaya ilişkin kanıt olmadığından yerel mahkemece sanığın beraatine karar verilmiştir. 30.12.2002 tarihli bu hükmün Yargıtay'ca incelenmesi müdahil vekili tarafından süresinde istenilerek dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığının bozma isteyen 09.01.2004 tarihli tebliğnamesiyle dava dosyası 7. Ceza Dairesine gelmiştir.

Bu dairenin kararına göre, arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun arama ile ilgili 97. maddesinde

“Aramaya karar vermek selahiyeti hakimindir. Ancak tehirinde mazarat umulan hallerde Cumhuriyet müddeiumumileri ve müddeiumumilerin muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler” hükmü bulunmaktadır. Bu yasal düzenlemeye göre arama esas itibariyle ancak hakim kararıyla mümkündür. C.Savcılarını ile onun yardımcılarını sıfatıyla emirlerini verme getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnaidir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için önşart olarak, gecikmesinde sakınca bulunan halin gerçekleşmesi gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunduğundan söz edebilmek için ise, ilgili mercii; hakime başvurup, karar aldıktan sonra tedbiri (aramayı) uygulamak istemesi halinde, o tedbirin (aramanın) uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydanın elde edilememesi söz konusu olmalıdır.

Somut olayda ise, sanığın işyerinde arama yapılmadan önce hakim kararı alınmamıştır. Öte yandan kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmesinde sakınca bulunan bir halden de söz edilmemiştir. Kaldı ki Salihli gibi bir ilçe merkezinde bir iş yerinde çalışma gün ve saatleri içerisinde hakim kararı alınmasının gecikmede sakınca yaratacağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosya içerisinde bulunmamaktadır. Dolayısıyla C.Savcısı ve kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirilen bu arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yerel mahkemenin beraat kararı bu gerekçeyle onanmıştır.

D. SİYAH POŞET OLAYI AÇISINDAN

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin, 20.11.2013 tarih ve E.2012/29290, K.2013/27219 sayılı bir kararı açısından, kolluk görevlileri tarafından düzenlenen 30.12.2009 tarihli tutanağa göre, gündüz vakti saat 16:00 sıralarında cadde üzerinde devriye görevi sırasında durumu şüpheli görülen ve çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu bilinen sanığın durdurularak elinde bulunan siyah poşette yapılan aramada, ambalaj içinde bir adet erkek kazağının bulunduğu, sanığın söz konusu kazağı “Alınterim” isimli işyerinden birinin defolu diye verdiğini beyan etmesi üzerine anılan iş yeri sahibi Murat ile yapılan görüşmede, kaza-

ğın kendilerine ait olup iş yerlerinin önünde bulunan sepetten alınmış olduğunu, ancak para ile mi, parasız mı alındığını bilmediğini belirtmesi nedeniyle sanığın yapılan üst aramasında emanette kayıtlı olan ve 6136 sayılı Yasa kapsamında olduğu belirlenen sustalı çakının ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında; gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın elinde bulunan poşetin aranması için ortada “makul şüphe”yi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı veya emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı halde, sanık hakkında yalnızca “çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu” gerekçesiyle, hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu elde edilen deliller ile buna ilişkin düzenlenen tutanağa dayanılarak, atılı hırsızlık ve 6136 sayılı Yasa’ya aykırılık suçlarından sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi hukuka aykırıdır.

E. YUKARIDA BELİRTİLEN OLAYLARA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Her şeyden önce belirtelim ki, Kıta Avrupa hukuk sistemine göre, delil yasaklarının görevi insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri korumak iken, Anglo-Amerikan hukuk sistemi açısından ise, kolluğu disiplin altına almaktır². Ceza Muhakemesi Kanununun 217. maddesi uyarınca, yüklenen suç ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebilir. Anayasanın 38/8. maddesine göre de, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Bu düzenlemelerden hareketle, suçun hukuka aykırı delillerle ispat edilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Böylece, hukuk sistemimizde hukuka aykırı deliller açısından Anglo-Amerikan sisteminde olduğu gibi, mutlak değerlendirme yasağı öngörülmüş olmaktadır³.

Yukarıda zikredilen olaylarda Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve ilgili ceza daireleri, hakim kararı olmaksızın arama yapılmasının hukuka aykırı olduğunu ve dolayısıyla hukuka aykırı şekilde elde edilen delil-

² **Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/F.Saygılar Kırt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erdem:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 4.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, s.371-372.

³ **Nur Centel/Hamide Zafer:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Beta Yayınları, 2008, s.660-661.

lerin geçersiz olduğunu kabul etmiştir. Burada Yargıtay, hakkın özünü zedeleyen usulsüzlüklerde usulsüz elde edilen delilin değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine haklı olarak hükmetmiştir⁴.

Gerçekten, konutta ve kamuya açık olmayan kapalı işyerlerinde yapılan aramalar ile üst aramaları ve diğer yerlerin aranmaları açısından kural olarak hakim kararının gerekliliği (CMK m.119/1), kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının korunmasının güvencesi olarak konulmuştur. Yasa koyucu, suçun ortaya çıkarılarak failin cezalandırılması ile elde edilen yarar ile yukarıda belirtilen temel hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki denge açısından, Ceza Muhakemesi Kanununun 119. maddesiyle hakim kararı veya gecikmede sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emir veya konut ve kamuya kapalı işyerleri dışındaki yerler açısından kolluk amirinin yazılı emrinin varlığını zorunlu saymak suretiyle kişi hak ve özgürlükleri lehine düzenlemeye gitmiştir. Bu itibarla, hakim kararının gerekliliğini ortadan kaldıracak veya gereksiz kılacak şekilde menfaatlerin dengelenmesi teorisine başvurmak suretiyle hukuka aykırı arama dolayısıyla elde edilen delillerin değerlendirilmesi gerektiği kabul edilemez.

Yine kanaatimizce, aramanın hukuka aykırı olduğu kabul edildikten sonra, elde edilen ikrarın da hukuka aykırı sayılması gerekir. Zira zehirli ağacın meyvesi de zehirli olmak icap eder. Aksi takdirde kişi özgürlükleri açısından arama için şart koşulan hakim kararı bertaraf edilmiş olacaktır. Bu itibarla, kanuna aykırı şekilde yapılan bir arama sonucunda elde edilen delilin de kanuna ve dolayısıyla hukuka aykırı olacağı açıktır. Aksi durumun kabulü halinde, soruşturma ve kovuşturma makamlarının Ceza Muhakemesi Kanununa aykırı şekilde soruşturma işlemlerinden ve delil elde etme yollarından biri olan aramaya başvurması kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığının korunmasını kaldıran ve önemli ölçüde azaltan bir keyfiliğe yol açılacaktır. Nitekim, gecikmede sakınca hallerinde Cumhuriyet savcısına ve kolluğa arama imkanı veren 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 97. maddesinin birinci fıkrası

⁴ **Vahit Bıçak:** Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s.456-457. Benzer görüş için bkz. **Süheyl Donay:** Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s.222.

sının ikinci tümcesi, Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde yapılan değişikliklerle sağlanan "yazılı emir" güvencesinden yoksun kalması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin 6.5.2006 tarih ve 26160 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 12.10.2005 gün ve E.2003/38, K.2005/63 sayılı kararı ile haklı olarak iptal edilmiştir. Bu bakımdan, kanuna aykırı şekilde arama sonucu elde edilen delillerin psikolojik baskısı altında kişinin suça ilişkin ikrarının da geçersiz sayılması gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yukarıda açıklanan sahte rakı olayına ilişkin içtihadına katılmakla birlikte, izinsiz hint keneviri olayına ilişkin içtihadına bu gerekçelerle katılmamaktayız.

Kuşkusuz, kanun ve yönetmeliğe uygun şekilde yapılan arama dolayısıyla elde edilen deliller hukuka uygun olacaktır. Nitekim 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 97. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 15.3.2005 tarih ve E.2005/10-15 ve K.2005/29 sayılı kararına göre, sanığın, üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın pazar-yeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle delillerin yok edilebilmesi olasılığının yüksek olması karşısında eski CMUK'nun 97. maddesinde belirtilen "gecikmesinde sakınca bulunan" halin somut olayda gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, aynı yasa maddesi uyarınca, emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, arama ile elde edilen delil hukuka aykırı sayılmamıştır.

Belirtelim ki, 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlükte olan bu madde açısından kural hakim kararı olmakla birlikte, tehirinde mazarrat umulan hallerde kolluğa da arama yapma yetkisi tanınmıştı. Uygulamadaki keyfiliği önlemek ve temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla 1 Haziran 2005'den sonra Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan düzenleme ile (m. 119), aramada hakim kararı kural haline getirilmiş, **konut ve kamuya açık olmayan kapalı işyerlerinde gecikmede sakınca varsa** Cumhuriyet savcısının **yazılı emir** şart koşulmuş; diğer yerler bakımından ise **Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle** kolluk görevlilerinin arama yapmaları kabul edilmiştir. Bu bakımdan, adli arama konusunda hakim kararının olmadığı veya Cumhuriyet savcısının sözlü

emrinin bulunduğu durumlarda da elde edilen deliller hukuka aykırı sayılacaktır⁵.

Buna karşılık, yasal şartlara uygun yapılan aramada elde edilen deliller hukuka uygun sayılarak değerlendirilebilecektir. Uygulama da bu doğrultudadır. Yine Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinde belirtilen hallerde arama kararı veya emrinin gerekmeden kolluğun kendiliğinden arama yapabildiği hallerde⁶ elde edilen deliller hukuka uygun kabul edilecektir. Örneğin, nezarethaneye konulmadan önce yapılan arama sırasında elde edilen delil, hukuka uygun olacaktır. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 03.06.2013 tarih ve E.2012/34713, K.2013/16762 sayılı bir kararında, Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 4/A ve 13. madde ve fıkraları uyarınca, durumundan şüphelenilen ve durdurulan sanığın üzerini aratmamak için kolluk kuvvetlerine direniş gösterip kaçtığı, kovalamaca sonucu yakalandığı ve polis merkezine götürülerek yapılan üst aramasında sahte para ele geçirildiği bir olayda, arama işleminin usulüne uygun olduğu ifade edilmiştir.

III) ARAMANIN RIZAYA DAYALI OLARAK GERÇEKLEŞTİRİLMESİ DOLAYISIYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin, 03.07.2013 tarih ve E.2013/5127, K.2013/17549 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, kaçak eşyayı bilerek ticari amaçlı satışa arzetmekten dolayı yerel mahkeme tarafından mahkumiyet kararı verilmiş, bu karara karşı Adalet Bakanlığının arama kararı olmadan sanığın bagajında kaçak parfümler ele geçmiş olması karşısında, bu aramanın hukuka aykırı olması nedeniyle delil olarak kullanılamayacağı görüşüyle kanun yararına bozma talebini içeren dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ihbarnamesiyle iş bu daireye gönderilmiştir.

⁵ Aynı doğrultuda bkz.Şemsettin Aksoy: Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.156.

⁶ Örneğin suçüstü hallerinde, meşru savunma veya zorunluluk hallerinde arama hali böyledir. Bu konuda bkz.Recep Gülşen: "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Ağustos 2010, Sayı:9, s.16 vd.

Yargıtay'ın oy çokluğu ile verdiği karara göre, sanık araç bagajını kendi rızasıyla açmış olup, sanığın ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılarak sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Somut olayda, sahte ve kaçak parfüm insan sağlığına zararlı olduğu cihetle, yaşam hakkı diğer hakların üzerinde olup, arama ile ele geçen kaçak eşyanın delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum söz konusu değildir.

Oysa, bu karara karşıoydaki görüşte de belirtildiği gibi, olayda CMK'nın 119. maddesine göre arama için gerekli olan hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emrinin alınmamasına rağmen aramanın gerçekleştirilmesi hukuka aykırı olup, bu şekilde elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır. Somut olayda polisler, sanıklardan bagajın kapağını açmaları istedikleri için sanıklar, kapağı açmak zorunda kalmışlardır. Kaldı ki, gerek 1412 sayılı CMUK'da gerekse 5271 sayılı CMK'da rıza üzerine aramaya (muafakatlı arama) ilişkin olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 1 Haziran 2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin f bendinde, "ilgilinin rızası ile" yapılacak aramalarda hakim kararı veya yazılı emir alınmasına gerek olmadığına ilişkin bir düzenleme bulunuyordu⁷. Bu düzenleme, Danıştay'ın 13.03.2007 tarih ve E.2005/6392, K.2007/948 sayılı kararı ile haklı olarak iptal edilmiştir. Bu itibarla, rızalı arama ile elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.

⁷ Doktrinde, rızalı aramanın hakim kararı şartını ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir. Bkz. **Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu**: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 17.Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s.299. Buna karşılık, aramaya ilişkin rızanın herhangi bir şekilde sağlanıp yasal koşulun dolanılması sağlandığından "muafakatlı arama"nın, adil yargılama ilkesine aykırılık oluşturabileceği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s.377. Şüpheli ve sanığın rızasıyla aramanın hukuka aykırılığı savunan diğer görüş için bkz. **Yener Ünver/Hakan Hakeri**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.402-403; Donay, s.222.

Diğer yandan hakların ihlalinde karşılaştırma yapılarak hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinin yolunun açılması, kanuni düzenlemeye rağmen uygulayıcılara keyfi hareket etmeye izin verdiği için kabul edilemez ve hukuk güvenliği ilkesine ve Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

IV) ARAMA KARARI İÇERİĞİNİN BELİRSİZ OLMASI DOLAYISIYLA ELDE EDİLEN DELİLİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin, 27.11.2013 tarih ve E.2013/5178, K.2013/23749 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, sanığın sahibi olduğu işyerinin de aralarında bulunduğu belirli bir adresteki 1'den başlayıp 25'e kadar olan işyerleri ve müstemilatının aranmasına ilişkin olarak Ankara 3. Sulh Ceza Mahkemesi hakimi tarafından karar verilmiş ve bu arama sonrasında sanığın işyerinde korsan kitap bulunduğundan bahisle 5846 sayılı kanunun 81/9. maddesi gereğince kamu davası açılmış ve sanığın mahkumiyetine karar verilmiştir.

Yargıtay bu kararında, CMK'nın 116/1, 119. maddesi ve Adli ve Önlleme Aramaları Yönetmeliğinin 6. ve 7. maddesi uyarınca "makul şüpheye" dayanılarak arama kararı veya emir verilebileceğini ve bu arama karar veya emrinde aramanın nedenini oluşturan fiil, aranacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, zaman süresi gibi hususların yer alması gerektiğini ifade ederek makul şüpheye ve bu hususlara dayanmadan verilen arama kararının hukuka aykırı olduğunu, bu karara istinaden aranan işyerinde ele geçen ve asıl delil niteliğini taşıyan kitapların bandrolsüz oldukları yolundaki bilirkişi raporuna dayanılmayacağını ve Anayasanın 38/6, CMK'nın 206/2-a, 217/2, 230/1. maddelerine nazaran hukuka aykırı olarak elde edilen bu delilin hükme esas alınamayacağını ve yerel mahkemece verilen mahkumiyet kararının yasaya aykırı olduğunu belirtmiştir.

Aynı gerekçelerle, Yargıtay'ın bu kararına iştirak etmekteyiz. Gerçekten, makul şüphe konusunda, Adli ve Önlleme Aramaları Yönetmeliğinin 6. maddesinde açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar

karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır. Bu bakımdan, suç şüphesinin somut vakıalara dayanması ve önemli dayanak noktalarının bulunması gerekli olup, soyut kuşkular yeterli olmayıp⁸, suçla mücadele eden kişilerin çoğu kere tecrübelere dayalı tavsiyeleri, tahmin, sanı ya da görüşleri makul şüphe sayılamaz⁹.

Makul şüphe olmadan, tahminen ve rastgele adli arama kararı veya emrinin verilmesi hukuka aykırıdır. Adli aramanın ilk ve en önemli şartı olan makul şüphe olmadan arama kararı veya emrinin verilmesi, aramanın temel dayanağının olmaması dolayısıyla elde edilen delil açısından da hukuka aykırılığa yol açacaktır. “Zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur” ilkesi gereğince bu durumda elde edilen delil kanıt değeri taşımayacaktır¹⁰. Nitekim, keyfi aramaları önlemek amacıyla, 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun 9. maddesiyle CMK’nın 116/1. maddesinde yer alan “makul” ibaresi “somut delillere dayalı kuvvetli” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, adli aramalar bakımından “makul şüphe” yerine “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” gerekli kılınmıştır. Ne var ki, 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanununun 40. maddesiyle yeniden “makul şüphe” kriteri konulmuştur. Böylece, temel hak ve özgürlükler açısından bir geriye gidiş söz konusu olmuştur.

⁸ Ünver/Hakeri, s.396-397.

⁹ Özbek ve diğerleri, s.357-358, dn.270.

¹⁰ **Kurtuluş Tayanç Çalışır**: Uygulamada Arama ve Elkoyma, Ankara, Adalet Yayınları, 2012, s.185.

V) ARAMA TANIKLARININ BULUNMAMASI DOLAYISIYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU

A. TAKLİT BORNOZ OLAYI AÇISINDAN

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.6.2007 tarih ve E.2007/7-147 ve K.2007/159 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, tekstil ürünleri satan bir işyerine sahip olan sanık, Ç ... Dokuma Mamülleri ve Ev Gereçleri Paz. İth. İhr. Dahili Tic. Ltd. Şti. adına tescilli desenleri taşıyan, fakat bu firma tarafından üretilmemiş olan taklit bornozları satışa arz etmiş vaziyette yakalanmıştır.

Bu olaya ilişkin olarak Ceza Genel Kurulu kararında, katılan vekilinin şikayeti üzerine, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca talep edildiğinden İstanbul 4. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 22.08.2002 gün ve 428 sayı ile verilen arama kararının usule uygun olduğu, bu karara göre; sanığa ait olduğu anlaşılan M... Tekstil isimli işyerinde ürünler doğrultusunda, bir defaya mahsus ve gündüzleyin arama yapılmasına izin verildiği, arama kararının ne şekilde infaz edileceğinin; aramanın yapıldığı 22.08.2002 tarihinde yürürlükte olan 1412 sayılı Yasanın 97. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği, 97. maddesinin 2. fıkrasında; "Hakim veya Cumhuriyet Müddeiumumisi hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur." hükmünün yer aldığı, buna göre; somut olaydaki arama işlemi de işyerinde yapıldığına göre; arama sırasında; hakimnin veya Cumhuriyet Savcısının veya ihtiyar heyetinden iki kişinin veya iki komşunun hazır bulundurulmasının şart olduğu, oysa, dosyadaki uygulamaya bakıldığında; aramaya, iki adet polis memurunun, müşteki vekilinin ve sanığın katıldığı, bununla birlikte; yasanın bulunmalarını emrettiği yukarıdaki kişilerden hiçbirinin katılmadığının görüldüğü, öyleyse; aramanın şeklen hukuka aykırı olduğu yönünde ortaya çıktığı, bu durumda; arama hukuka aykırı ise; arama sonucunda elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkün müdür, sorusuna yanıt bulmak gerektiği, bu konuda yol gösterici yasal düzenlemenin 1412 sayılı CYUY. nın 254. maddesinin 2. fıkrasında yer aldığı, 242. maddesinin 2. fıkrasında; "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delil-

ler hükme esas alınamaz” şeklindeki düzenlemenin bulunduğu, metne ilk bakıldığında oluşan kanaatin, usule aykırı yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılamayacağı yönünde olduğu, nitekim aynı konunun; Genel Kurulunun 29.11.2005 gün ve 144-150 sayılı kararında da tartışıldığı ve netice olarak “arama kararı alınmadan hukuka aykırı biçimde yapılan arama sonunda elde edilen delillerin Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınmayacağına” karar verildiği, ancak, olayımızın daha farklı olduğu, zira; somut olayda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karar ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, hatta, sanığın “arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin” açık ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, hal böyle iken; sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delillerin “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelene-meyeceği ifade edilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, sanık hakkında yapılan ihbar sonucu raflardan elde edilmiş taklit ürünler ve bu ürünlerin taklit olduğunu belgeleyen bilirkişi raporu bulunmaktadır. Sanık, yargılamanın hiçbir aşamasında işyerinde yakalanan ürünlerin başkasına ait olduğunu veya emaneten konulduğunu iddia etmemiştir. Bilakis hazırlık aşamasında ve hakim huzurunda suça konu ürünleri satmak amacıyla aldığını ancak taklit ürün olduğunu bilmediğini iddia etmektedir. Dolayısıyla sanığın, ihbarla uyumlu hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ancak Yargıtay 7. Ceza Dairesi tarafından da kabul edilmeyen savunmaya dayalı ikrarı bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak elde edilen delil sanığın ikrarı, ürünlerin raflarda satışa hazır yakalanması ve bilirkişi raporu ile desteklenmelidir. Arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunsaydı da delillerin takdirinde herhangi bir farklılık meydana çıkmayacaktır.

B. RUHSATSIZ SİLAH BULUNDURMA OLAYI AÇISINDAN

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 13.03.2012 tarih ve E.2011/8-278, K.2012/96 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, ruhsatsız silah bulundurmak suçundan sanık hakkında yerel mahkemece 6136 sayılı Yasaya muhalefetten mahkumiyet kararı verilmiş, sanık ve müdafinin temyizi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından "... CYY'nin 119. maddesinin 4. fıkrasının 'Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur' hükmüne uyulmadan yapılan arama sonucu suça konu silah ve eklerinin bulunduğu anlaşılması karşısında; aramanın CYY'nin 119/4. madde ve fıkrasına aykırı olarak yapıldığı ve CYY'nin 217/2. madde ve fıkrasının 'yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir' ve CYY'nin 206/2-a madde ve fıkrasının 'ortaya konulması istenilen bir delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur' hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilen arama işlemi sonucunda elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporunun hükme esas alınamayacağı ve sanığın suçu inkara yönelik savunması ve tüm dosya kapsamı karşısında, atılı suçu işlediğine ilişkin mahkumiyetine yeter kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı da gözetilmeden, sanığın atılı suçtan beraatı yerine mahkumiyetine karar verilmesi...", isabetsizliğinden hükmün oy çokluğu ile bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise, "... Somut olayda, sanığın ev ve eklentilerinde arama yapılmasına ilişkin Birecik Sulh Ceza Mahkemesinin 15.02.2007 gün ve 207/50 müt. sayılı arama kararı bulunmakta olup anılan arama kararına istinaden sanığın evinde arama yapılmıştır. Arama kararının ne şekilde infaz edileceğine ilişkin düzenlemenin yer aldığı CYY'nin 119/4. madde ve fıkrasında 'Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur' hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda, Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın ve o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmaksızın sanığın konutunda Birecik Sulh Ceza Mahkemesinin 15.02.2007 gün ve 207/50 müt. sayılı kararına istinaden arama yapılmış ve bu arama sonucunda ele geçen

kaleşnikof marka tüfeğe el konulmuştur. Olayımızda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infaz sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın da bulunmadığı anlaşılmaktadır". görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Bu olaya ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun oy çokluğu ile verdiği karara göre, her şekilde aykırılığın ayın zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, "Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir aramada, CYY'nun 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak alınmaması kabul edilemez¹¹.

C. YUKARIDA BELİRTİLEN OLAYLARA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Yargıtay, yukarıda belirtilen içtihatlarında, arama sırasında arama tanıklarının bulunmamasını şekle ilişkin herhangi bir kurala aykırılık kapsamında saymıştır. Böylece, kanun koyucunun Anglo-Amerikan sistemine benzer bir şekilde mutlak değerlendirme yasağını benimsemiş olmasına karşılık, uygulama nispi değerlendirme yasağını kabul eden Kara Avrupa'sı sistemine yaklaşmış olmaktadır¹². Burada Yargıtay, esnek yaklaşımın bir tezahürü olan "hakkın özünün zedelenip zedelenmemesi" kriterini kabul etmiştir¹³.

¹¹ Yargıtay 13.Ceza Dairesinin 26.09.2013 tarih ve E.2012/14836, K.2013/26422 sayılı içtihadı da bu doğrultudadır.

¹² Centel/Zafer, s.662-663.

¹³ Bıçak, s.456.

Yukarıda belirtilen çoğunluk görüşüne katılmayan bir Yargıtay Ceza Genel Kurul Üyesi'nin de belirttiği gibi; Ceza Muhakemesi Kanununun 119. maddesinin 4. fıkrası "Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" hükmünü getirmektedir. Fıkranın son kelimesi "bulundurulur" şeklinde olup emredicidir. Sözcüğün esnetilmesi olanaksızdır. Yorumla fıkraya değişik anlam yüklenmesi de mümkün değildir. "Sanık aramaya, arama sırasında itiraz etmemiştir" değerlendirmesine katılmak da olanaksızdır. Zabıta ile karşı karşıya bir tek şüpheli vardır. İtiraz etmesi halinde, itirazın içeriğinin aynen yazılıp yazılmayacağından kuşku duyulması mümkündür. Diğer taraftan aramada "hak ihlali yapılmamıştır" biçimindeki yorumun da geçerliliği mevcut düzenleme karşısında olanaksızdır. Açık, somut bir hukuk normuna aykırı bir arama bizatihi öngörülen, sanığa tanınan hakkın ihlalidir. Hukukta şekli ihlal ya da nispi ihlal/mutlak ihlal gibi bir ayrıma yer verilmemelidir. Unutulmalıdır ki bir gün nispi ihlaller çoğalabilir ve bu halde de usul kuralları ve güvencelerine yer kalmaz. Kamu yararı, ceza yargılamasında, kişi yararının önüne geçmez. Delil tartımı değerlendirilmesinin hukukumuzda yeri yoktur. Anayasaya göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez (m.38/6). Hukuk devletinde her suç aydınlatılmalıdır. Ancak, her suç, hukuka uygun olarak elde edilmiş delillerle aydınlatılmalıdır. "Delillere kıymayalım" yorumuyla basit ihlal/mutlak ihlal, "usule değil, esasa bakılmalı" biçimindeki yaklaşım hukuk devleti ilkesini de gereksiz kılan sonuca götürür. Usulüne göre alınmış mahkeme kararından sonra CMK m. 119/4. maddesindeki ihlalin süreklilik kazanması arama yapan güvenlik güçlerini de bir gün korumasız bırakacağı ve sorunlarla karşılaşılacağı unutulmamalıdır. Aramanın CMK'nın 119/4. maddesine açıkça aykırı şekilde gerçekleştirilmesi, basit ihlal olarak nitelendirilemez.

Ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanununun 119/4. maddesindeki, arama tanıklarına ilişkin "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" düzenlemesi o kadar önemlidir ki, arama konusunda hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının veya kolluk ami-

rinin yazılı emrinin yer aldığı düzenleme (CMK m.119/1) ile birlikte aynı maddede yer almaktadır. Bu durum da, yasakoyucunun keyfiliği önlemek ve temel hak ve özgürlüğü korumak açısından, arama tanıklarının varlığına arama kararı ve emri kadar değer verdiğini göstermektedir. Nitekim doktrinde de, arama tanıklarının arama sırasında bulundurulmaması halinde, yapılan aramanın usulsüz olacağı haklı olarak savunulmaktadır¹⁴. Yine, bu duruma ilişkin olarak hukuk sistemimiz açısından şekli hukuka aykırılık-maddi hukuka aykırılık şeklinde bir ayırımın yapılamayacağı ileri sürülmektedir¹⁵. Hatta, hukuka aykırı deliller konusunda menfaatlerin dengelenmesi teorisini savunan görüş dahi, uygulamada kanunun öngördüğü arama tanığı bulundurma mecburiyetinin her somut olayda hakim tarafından hassasiyetle değerlendirilmesi gerektiğini, bu düzenlemenin aslında orda olmayan delillerin görevlilerce yerleştirildiği gibi suçlamaların önüne geçmek ve aramanın her türlü şüpheden uzak bir şekilde yapılmasını sağlamak için konulduğunu belirtmektedir¹⁶.

Kanaatimizce, arama tanıklarının arama sırasında bulundurulmaması durumunda da aramada hakim kararının yokluğunda olduğu gibi esası etkileyebilecek şekli bir hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır. Uygulamada konut ve işyerlerinde arama icra edilirken çoğu kez arama tanıkları bulundurulmadığından, bazen kolluk görevlilerine yönelik suçlamalara rastlanmaktadır. Yasaya uygun hareket edilerek arama tanıklarının arama sırasında bulundurulması ile hem aramaya maruz kalan kişilerin hukuka güvenleri sağlanmış olacak, hem de aramayı icra eden kolluk güçlerinin töhmet altında kalmaları önlenmiş olacaktır.

Kuşkusuz, deliller elde edilirken soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından yapılan basit şekli aykırılıklar yüzünden faillerin cezalandırılmaması da, hukuk devleti ilkesine uygun düşmemektedir¹⁷. Bu itibarla, örneğin konutta veya işyerinde aramanın gündüz yapılması gerekirken gece yapılması halinde şekli aykırılık olsa da

¹⁴ Bkz.Çalışır, s.31; Aydın, s.104.

¹⁵ Özbek ve diğerleri, s.388..

¹⁶ Bkz.Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.293, dn.26.

¹⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem ve diğerleri, s.381.

herhangi bir hak ihlalden bahsedilemez¹⁸ ve esasa etkili şekli bir hukuka aykırılıktan söz edilemez. Yine, işyerinde mesai saatleri sonrası için verilen arama kararı veya emrinin, kolluk tarafından mesai saatleri içinde bir an önce yerine getirilmesi halinde veya Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 27/b ve 28. maddelerine aykırı olarak aramanın farklı cinsten görevli tarafından yapılmaması gibi aramaya ilişkin basit bir ihlal dolayısıyla aramada elde edilen delillerin hukuka aykırılığı kabul edilmemelidir. Ancak bu tür durumlarda ilgili kolluk görevlileri hakkında cezai ve/veya disiplin işleminin yapılması yoluna gidilebilecektir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Aksoy, Şemsettin: Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.

Aydın, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Bıçak, Vahit: Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

Centel, Nur / Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Beta Yayınları, 2008.

Çalışır, Kurtuluş Tayanç: Uygulamada Arama ve Elkoyma, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

Donay, Süheyl: Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

Gülşen, Recep: “Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksinmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Ağustos 2010, Sayı:9.

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

¹⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem ve diğerleri, s.380.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.

Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma, Özge / Kırıt, F.Saygılar/ Özaydın, Özdem / Akcan, Esra Alan / Erdem, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi*

(Digital Evidence and Supervision of Communication)

Çetin ARSLAN**

Öz

“Dijital delil” kavramı ceza muhakemesi hukukunda yeni bir kavramdır. Kısaca *“iddia edilen bir fiilin ispatında kullanılmak istenen veya kullanılan; elektronik ortamda oluşan/ oluşturulan, değiştirilen, iletilen veya saklanan veri, kayıt ve belgeler”*i ifade eden ve “delil” vasfını haiz olduğuna şüphe bulunmayan dijital deliller “sayısal veriler” şeklinde oluşturulmakta ve bu yönü ile “güvenilirlik” bakımından, uygulamada, birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Delil serbestisi ilkesi gereği -diğer tüm deliller gibi- maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eden bu delillerin hukuka uygun yollardan elde edilmesi zorunlu olup konuya ilişkin CMK md. 134-138 hükümlerinin tadil edilmesinde kanaâtimizce fayda vardır. Nihayet, uygulamadaki sorunların hâlli bakımından bir “adli bilişim kurumu”nun kurulması son derece isabetli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dijital/Elektronik Delil, Ceza Muhakemesi, İspat Hukuku

* Geliş Tarihi: 29. 10. 2015, Kabul Tarihi: 21.12.2015

** Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Başkanı, Hacettepe Üniversitesi Beytepe Yerleşkesi Yenimahalle/ANKARA, cetinarslan@hacettepe.edu.tr.

Abstract

The concept of “digital evidence” is a new concept in criminal procedure law. Digital evidences which correspond to “data, records and documents created/modified/saved in electronic environment and used for investigation of a criminal act” are generated in the form of “numerical data” and -thus- lead to several problems in practice in terms of “reliability”. It is needed to gather digital evidence duly (in accordance with legal requirements), which -like all other evidence- serve to reveal the material facts, as a result of the principle of freedom of evidence. It must be stated that art. 134-138 of (Turkish) Criminal Procedure Code should be partially amended, and an institution specialized in the area of digital forensics ought to be constituted for tackling problems in practice.

Keywords: Digital/Electronic Evidence, Criminal Procedure, Law of Evidence

GİRİŞ

Değerli katılımcılar, öncelikle hepinizi saygıyla selamlıyorum. Efendim sunumum, “*Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi*” başlığını taşıyor¹. Konunun her açıdan oldukça önemli olduğunu düşünüyorum. Zira “*delil*” kavramı ceza muhakemesinin temelidir, bel kemiğidir. Diğer taraftan **dijital delil**, **sayısal delil** veya **elektronik delil** denilen kavram da nispeten yenidir. Dolayısıyla zaten esasen önemli bir konu olan delil değerlendirmesi konusu, dijital nitelikteki deliller söz konusu olunca daha da önemli bir hal almaktadır. Zira dijital delil, sadece soruşturma ve kovuşturmalarda değil, hemen her konuda, zaman zaman idari işlem ve eylemlerde, deyim yerindeyse hukukun her alanında gündeme oturmaktadır.

Değerli katılımcılar, ceza muhakemesinde uyumsuzluk konusu olayı temsil eden bazı araçlardan faydalanılır ki, bunlara “**delil (kanıt/ ispat vasıtası)**” denmektedir². Doktrinde çeşitli açılardan değişik

¹ Sunum “9. Türkiye Ceza Hukuku Günleri-Adil Yargılanma Hakları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sempozyumu (31 Mayıs - 1 Haziran 2014)”nda yapılmıştır.

² **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 197; Sözlük anlamıyla ise delil, “*insanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, emare*” dir (<http://www.tdk.gov.tr/>, 24.05.09)

sınırlandırmalar yapılmakla birlikte³, *Kunter*'in yaptığı bir ayrıma göre delillerin üç çeşidi olup, bunlar *"beyan"*, *"belge"* ve *"belirti"*den ibarettir. *"Beyan"* ve *"belge"* delilleri somut olaya özgü, onu doğrudan ispat etmeye yarayan deliller olup, *"beyanlar"* kendi içinde *"sanki/şüpheli beyanı, "tanık beyanı" ve "sanıktan başka tarafların beyanı"* (katılan, malen sorumlu vs.) olarak üçe; *"belgeler"*⁴ ise yine kendi içinde, *"yazılı belgeler"*, *"şekil tespit eden belgeler"* ve *"ses tespit eden belgeler"* olarak üçe ayrılmaktadır. Delillerin üçüncü türünü oluşturan *"belirtiler"*⁵ de yine kendi içinde, *"doğal belirtiler"* (örneğin kan, sperm) ve *"yapay belirtiler"* (örneğin giyilen üniforma, eşyanın kime ait olduğunu gösteren harfler) şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁶.

Peki dijital delil bu sınıflandırmada nerede yer alır? **Dijital deliller;** *"bir tür yazılı açıklama (belgesi)"* (*Kunter, Yenisey, Öztürk*), *"ses ve/veya görüntü tespit eden belge"*, *"ortam tespit eden belge"*, *"veri tespit eden belge* (örneğin şüphelinin bilgisayar kayıtlarından çıkarılan kopya)" veya *"ispat edilecek olayın kanıtlanmasına dolaylı olarak yardımcı olan ve vakıa ve iz şeklinde tanımlanan bir belirti"* olarak değişik şekillerde tarif edilebilmektedir.

Peki, dijital delil nedir; bir delilde veya geleneksel bir delilde bulunan vasıflara sahip midir? Bu konuda çeşitli tanımlar yapılmakla birlikte; **dijital veya elektronik delil** *"iddia edilen bir fiilin ispatında kullanılmak istenen veya kullanılan; elektronik ortamda oluşan/ oluşturulan, değiştirilen, iletilen veya saklanan veri, kayıt ve belgeler"* olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda, *"dijital delil"* ikrar, tanık beyanı vb. gibi belli bir delil tipini değil, delilin özünü veya bir özelliğini ifade etmektedir⁷.

³ Deliller çeşitli açılardan ayrıma tabi tutulabilir; bu bağlamda *"doğrudan delil-dolaylı delil"*, *"tamamlayıcıya ihtiyaç duyan delil- duymayan delil"* ve *"beyan, belge, nesne, iz ve vücut parçaları"* şeklinde bir tasnif de yapılmaktadır (bu konuda bkz. **Bıçak**, s. 430-485).

⁴ *"Belge"*, bir somut olayı temsil eden insan yapısı ispat aracı olup; *"resmi"* -ki aksi sabit oluncaya kadar geçerli ve sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olanlar şeklinde ikiye ayrılabilir- veya *"özel"* nitelikte olabilir.

⁵ *"Belirti"*, olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserdir.

⁶ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 612 vd.; **Turhan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 156 vd.

⁷ **Göksu**, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, s. 29.

Değerli katılımcılar, bildiği gibi, elektronik yollar kullanılarak yapılan cihazlar analog veya dijital (sayısal) sinyalleri işleyebilmektedir. Analog sinyaller sürekli bir ölçekte iken, dijital sinyal sürekli olmayan bir ölçekte bulunmaktadır. Keza analog cihazlar sinyalleri doğrudan işlerken, dijital sinyaller sayılara çevrilerek işlenmektedir. Dolayısıyla analog cihazların yarattığı ve sakladığı veriler büyük ölçüde göz veya kulak gibi duyu organlarıyla (örneğin teyp bandı, filmi fotoğraf makinesi) algılanabildikleri halde, dijital cihazlarda veri sayısal halde yaratıldığı ve saklandığı için verilerin orijinalliğinden bahsedebilmek teknik olarak mümkün değildir. Buradaki orijinalliğe ilişkin farkı, medenî hukukta tüzel kişi ile gerçek kişi arasındaki farka benzetmek yanlış olmayacaktır⁸. Yani, “tüzel kişi” ne kadar “kişi” ise, “dijital delil” de o kadar “delil”dir.

Dijital delillere ilişkin bir diğer mesele, güvenilirlik meselesidir. Aidiyet tespiti noktasında zorluklar yaratan bu deliller, değiştirilmeye ve bozulmaya son derece elverişli olup, bu durum dijital verileri delil zincirinin en zayıf halkası haline getirmektedir.

Nitekim dijital delillerin güvenilirliği Yargıtay kararlarında da sık sık tartışılmakta ve bu türden delillerin değerlendirilmesinde dikkatli ve özenli davranılması gerektiğine işaret edilmektedir.

Örneğin, 9. Ceza Dairesi'nin 09.10.2013 tarihli (E. 2013/9110, K. 2013/12351) kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “... *Dijital delillerin yapısı gereği manipülasyona açık olduğu bilinmektedir. Diğer delil türlerine göre özellik arz eden bazı yönleri olmakla birlikte dijital deliller de sonuçta, deliller hiyerarşisinin kabul edilmediği, delil serbestisinin benimsendiği ceza muhakemesi sistemimizde bir ispat aracıdır. İspat aracı olan delilin değerlendirilmesinde, ceza muhakemesi hukukunda bir delil için öngörülen nitelikleri taşıyıp taşımadığı nazara alınıp, genel olarak; somut olayın özellikleri, yüklenen suçun işleniş biçimi, dosyadaki diğer deliller gibi hususlar gözetilip, özel olarak da; delilin temsil ettiği olayın niteliği, ele geçiriliş yeri, şekli ve zamanı, bu delilin sair karakteristik özellikleri gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. (...) Dijital deliller de, ... diğer tüm deliller gibi ... gizlenmeye, değiştirilmeye, bozulmaya elverişlidir. (...) Ancak, dijital delillerin değiştirilebilme kolaylığı ve sanal oluşundan hareketle hükme esas alınma-*

⁸ Göksu, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, s. 7-8.

yacak olduğunun ileri sürülmesi delil olgusuna aykırıdır. Kaldı ki, dijital deliller Türk ceza muhakemesi sisteminde ilk kez bu dava ile gündeme gelmiş olmayıp, geçmişte de pek çok davada tartışılmış ve hükme esas alınmıştır..."

Bu çerçevede, 9. Ceza Dairesi kararında da ifade edildiği üzere, dijital delillerin muhakeme sürecinde kullanılabileceği açıktır. Bu durum "*delil serbestisi ilkesi*" nin bir gereğidir. Fakat, "delil serbestisi ilkesi" her tür delilin hükme esas alınabileceği anlamına da gelmemektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu delillerin "*olayı temsil edici, müşterek, akılcı ve gerçekçi*"⁹ nitelikte ve "*hukuka uygun yollardan elde edilmiş*"¹⁰ olması zorunluluğudur.

Bunun için, belgenin oluşturulduğu, değiştirildiği, yok edildiği veya başkaca bir işleme tabi tutulduğu sistem ve araçların bir bütün olarak incelenip değerlendirilmesi veya doğrulanması gerekmektedir. Bu çerçevede, keşif yapılması, uzmanların tanık olarak dinlenmesi veya bilirkişi raporu¹¹ istenmesi gerekebilir.

Elektronik delil bir vakıanın doğrudan ispatını sağlayabileceği gibi, tam aksini, yani soruşturma-kovuşturma konusu fiilin fail tarafından işlenmediğini de ortaya koyabilir.

Öte yandan, dijital delillerle ilgili yapılan işlemler ile bunlara ilişkin gözlem ve bulguların muhakeme sürecinde raporlanması ve belgelendirilmesi gerekmektedir¹². Bu aşamaları genel olarak *karar alma, toplama, inceleme, analiz etme, belge hazırlama ve raporlama* şeklinde özetlemek mümkündür¹³.

Dijital delillerde de, değerli katılımcılar, "*yasallık ilkesi*" mutlak surette gözetilmelidir. Bilindiği üzere, Yargıtay Ceza Genel Kurulu,

⁹ Yani delilin muhtevasını sadece hâkimin değil, tarafların da bilmesi/ öğrenmesi.

¹⁰ **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 575-579; **Turhan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 155-156.

¹¹ "... Sanık M.B hakkında 2911 sayılı Kanuna aykırılık suçundan kurulan hükümle ilgili olarak; CD'lerin çözümü tarafsız bilirkişiye yaptırıldıktan sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." (9. CD, T. 16.01.2012, E. 2010/2320, K. 2012/682).

¹² **Hart, Sarah V.** (Director), "*Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement*", U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, s. 2.

¹³ Bkz. **Ergün, İsmail**, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 47-48.

13.12.2011 tarihinde vermiş olduğu bir karar (E. 2011/5-231, K. 2011/262) ile UYAP sisteminde kayıtlı verilerin “delil” niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. O gün mevzuatta konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, söz konusu karar mevcut düzenlemelerin yorumu üzerinden verilmiştir. Bu karardan yaklaşık yedi ay sonra ise, 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu’na eklenen 38/A maddesi ile, uygulama açık bir yasal dayanağa kavuşmuştur. Bu bağlamda, söz konusu düzenleme ile, mevcut uygulamaya¹⁴ “yasallık” yönünden getirilmesi muhtemel eleştirilerin de bertaraf edildiğini söylemek mümkündür.

Keza, “teknik araçla izleme” uygulamasının CMK md. 140’ta, “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” işlemi ile bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve el koyma işlemlerinin CMK md. 134-138 arasında düzenlenmesi de “yasallık” ilkesi bakımından yerinde olmuştur. Bilindiği üzere, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı yasa ile CMK md. 134 ve 135’te önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, *“bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından”* karar verilecektir¹⁵.

Burada dikkat çeken ilk ibare *“bir suç dolayısıyla”* ibaresidir. Buna göre, madde, mahiyeti ve cezası ne olursa olsun her suç tipi için uygulanabilecek, bu çerçevede hükümde öngörülen koruma tedbirlerine hakaret, tehdit gibi görece basit suçlarda dahi başvurulabilecektir. Kanaatimizce, muhakemesinde söz konusu tedbirlere başvurulabilecek suçların maddede katalog halinde gösterilerek sınırlandırılması yerinde olacaktır.

¹⁴ UYAP sisteminde kayıtlı verilerin hükme esas alınması uygulamasına ilişkin bir örnek: *“(…) UYAP sistemi kullanılarak çıkartılan nüfus kayıt örneğine göre mağdurun 15 yaşından küçük olduğu anlaşıldığından...”* (5. Ceza Dairesi, T. 27.10.2010, E. 2011/5-231, K. 2011/262)

¹⁵ Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin 19. Maddesindeki düzenlemeye paraleldir.

Hükümde dikkati çeken bir diğer ibare “*somut delillere dayanan kuvvetli şüph*e” ibaresidir. Bu ibare ile takdir hakkının kullanımında keyfiliğin önlenmesi ve denetimin sağlanması için *somut bir ölçü norm* oluşturulmaya çalışılmıştır.

Hükümde dikkati çeken bir diğer ibare ise, “*bilgisayar*” ibaresidir. Hükümde ve madde kenar başlığında kullanılan “bilgisayar” kavramı acaba adı “bilgisayar” olmayan, fakat bilgisayar ile aynı vasıfları taşıyan akıllı telefon benzeri aletleri yahut veri depolamaya yarayan USB gibi cihazları da kapsamakta mıdır? Bu konuya bir açıklık getirilmesi, kanaatimizce, yerinde olacaktır.

134. maddenin ikinci fıkrasında “*bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabileceği*” ifade edilmiştir. Burada, “*elkonulabilir*” ifadesinden “elkoyma” işlemine ancak “kopyalama” bakımından ihtiyaç duyulan hallerde başvurulabileceği açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim, ikinci cümlede “*şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edileceği*” belirtilmiş; “*delil üretilmesi*” ihtimali bu yolla bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Ancak, uygulamada bu iki koşula zaman zaman riayet edilmediği görülmektedir.

Üçüncü ve dördüncü fıkrada, elkoyma işlemi sırasında sistemdeki bütün verilerin yedekleneceği ve şüpheliye veya vekiline alınan yedekten bir kopya verilerek ve bu hususun tutanak altına alınacağı belirtilmiştir. Hükümün ilk halinde “*istem üzerine*” gerçekleştirilmesi öngörülen “yedekten kopya verilmesi” işleminin 6526 sayılı kanunla “*her halde zorunlu*” kılınması da, aynı şekilde, şüpheli için getirilmiş yeni bir güvencedir.

Değerli katılımcılar, dijital verilere ilişkin olarak yasada yer verilen koruma tedbirlerinden bir diğeri telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiridir. Hukuk ve dolayısıyla siyaset gündemini sürekli meşgul eden ve 135. maddede düzenlenen bu tedbir, yapılan değişikliklerle birtakım ek koşullara tabi kılınmıştır.

Maddeye eklenen ilk ibare “*somut delillere dayanan kuvvetli şüph*e sebeplerinin varlığı” ibaresidir. Değişiklik önemli gözükmele bera-

ber, kanaatimizce gereksizdir; zira “kuvvetli şüphe¹⁶” ve “bu şüpheye dayanak teşkil edebilecek somut delillerin varlığı” zaten tüm koruma tedbirleri yönünden aranması gereken asgari bir koşul niteliğindedir.

Maddede yapılan bir diğer değişiklik, iletişimin denetlenmesi kararını alma yetkisinin “ağır ceza mahkemeleri”ne verilmiş olmasıdır. Buna göre, karar ağır ceza mahkemesi heyetince **oybirliğiyle** alınacaktır. Bu düzenleme ile yasa koyucu, iletişimin denetlenmesi noktasında yaşanan keyfi uygulamaları bertaraf edebilmeyi hedeflemiştir. Fakat, bir sanığın müebbet hapsine karar verilebilmesi için iki hakimin oyu yeterli iken, söz konusu koruma tedbirine başvurulması bakımından oybirliğinin aranmış olması da, CMK sistemine uymayan, şüphesiz, ilginç bir durumdur.

Maddeye göre, verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilecektir. Karar, kural olarak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar müstesna, **iki ay** için verilebilecek ve zorunluluk halinde **bir ay** daha uzatılabilecektir. Yani, kural olarak **azami süre üç aydır. Fakat, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda**, mahkeme, bu üç aylık süreye ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere sürenin uzatılmasına karar verebilecek, böylelikle azami süre istisnai olarak **altı aya çıkarılabilecektir.**

Yedinci fıkrada ise, gördüğünüz üzere, bir dizi suç tipi sayılmakta ve (telekomünikasyon yoluyla yapılan) iletişimin denetlenmesi tedbirinin ancak bu katalogda yer verilen suçlar bakımından uygulanabileceği belirtilmektedir.

~ ~ ~

Dijital delillere ilişkin Yargıtay uygulamasından biraz bahsedecek olursak, ben, değerli arkadaşlar, Yargıtay kararlarında dijital/sayısal veya elektronik delilin niteliği ve değeri üzerine doğrudan bir kararına rastlamadım. Ancak çeşitli kararlarda, yüksek mahke-

¹⁶ Centel/Zafer, değişiklik öncesinde “basit şüphe”nin varlığını yeterli görmekte idi.

menin, bu türden delillere itibar ettiğini ve hatta işyeri güvenlik kamerası¹⁷, MOBESE kamerası ve sair cihaz kayıtlarının bulunup bulunmadığının araştırılmamasını bozma nedeni kabul ettiğini görüyoruz. Örneğin, çocuk pornografisi suçunda sanığın kullandığı elektronik posta adresinde elde edilen verileri (5. CD, 01.10.2007, 2007/ 9856-6957), terör örgütü propagandası yapmak suçunda el konulan CD'lerden (9. CD, 25.10.2010, 2008/21562, 2010/10946), flaş disk, bilgisayar hard disk ve mobil telefon hafızasından elde edilen verileri (9. CD, 2010/12773-10407; kasten insan öldürme ve yaralama suçunda MOBESE kamera kayıtlarının çözümlerini (1. CD, 14.05.2008, 2007/9024, 2008/4006) delil kabul eden Yargıtay, bu dijital verilerin araştırılmaması bozma nedeni saymıştır.

Elektronik delilden soruşturma veya organlarınca doğrudan yararlanılması delilin bulunduğu ortam ve niteliği itibarıyla mümkün olmadığından, **bu delillerin** inceleme ve değerlendirmeye elverişli hale getirilmesi, yani **sanal dünyadan gerçek dünyaya aktarılması gerekmektedir**. Örneğin Yargıtay, insan öldürme suçuna ilişkin olarak önüne gelen bir dosyada, *"... soruşturma aşamasında temin edilen olay anı ve öncesine ilişkin görüntüleri içeren güvenlik kamerası görüntülerinin bilirkişiye çözümlenmesi ile çözüm tutanaklarının duruşma sırasında taraflara okunması ve diyeceklerinin sorulması gerektiğine"* işaret etmiş ve *"duruşma heyetince ne zaman ve nerede incelendiği tutanaklardan anlaşılmayan görüntülere istinaden mahkumiyet kararı verilemeyeceğine"* hükmetmiştir. (1. CD, 16.01.2012, 2008/10249, 2012/48)

¹⁷ İşkence ve/veya kötü muamele bağlamında nezarethane kamera (bu çerçevede işyeri kamera) kayıtlarını kural olarak hukuka uygun bir delil kabul etmekte ve hatta bu konuda araştırma yapılması bozma nedeni sayılmaktadır: *"...Olay tarihinde katılan Erkan İmrek ile eşi arasında tartışma yaşanması üzerine olay yerine gelen polisler tarafından katılanı ve eşini Muammer Sencer Polis Merkezine götürüldüğü, dosya arasında karakola alınırken katılanla ilgili 1240 nolu raporla çıkarken tanzim edilen 1290 nolu adli raporlar arasında darp cebir izleri açısından farklılıklar olduğu 13/05/2007 tarihli Adli Tıp Uzmanı tarafından düzenlenen adli raporla tespit edildiği, katılan ve tanık eşinin de soruşturma aşamasından beri tutarlı bir şekilde sanıkların katılanı dövdüklerini iddia etmeleri karşısında, olay tarihindeki nezarethane kamera kayıtları getirtilip incelenmeden ve dosyadaki mevcut delillerin neden mahkumiyete yeter nitelikte olmadığı ayrıntılı olarak kararda tartışılmadan yazılı şekilde karar verilmesi..."* (3. CD, T. 13.02.2013, E. 2011/36421, K. 2013/5261).

MOBESE kamerası ile yapılan kaydı prensip olarak kabul edilebilir bulan Yargıtay, özellikle insan öldürme ve insan öldürmeye teşebbüs suçlarında, “kolluğun yaptığı rapor ve çözümlenmelerle yetinilmesi ve görüntü kalitesinin yükseltile olanağının araştırılması gerektiğine” işaret etmektedir. Örneğin, 1. Ceza Dairesi, 2012 tarihli bir kararında, “MOBESE kamerası görüntülerinin TRT kurumuna gönderilerek, görüntü kalitesinin ileri teknoloji ile iyileştirilmesi imkanının bulunup bulunmadığının sorulması” gerektiğini belirtmiş, bu usule riayet edilmiş olmasını “eksik inceleme” addederek yerel mahkeme hükmünü bozma yoluna gitmiştir. (1. CD, 17.10.2012, 2012/2350, 2012/7688)

Değerli katılımcılar, uygulamada sıklıkla yararlanılan bir diğer dijital delil bilgisayarlara ait “**IP numaraları**”dır. Pek çok davanın, özellikle de cinsel taciz, hakaret ve tehdit suçlarına ilişkin davaların çözümünde kilit rol oynayan bu numaralar önemli birer delil teşkil etse de, bu delillerin yan delillerle desteklenmesinde “maddi gerçeğin ortaya konabilmesi” bakımından büyük yarar vardır. 14. Ceza Dairesinin 20.10.2011 tarihli (E. 2011/17352, K. 2011/1065) kararı, bu açıdan, güzel bir örnektir.

Bir davada, şüphesiz, birden çok dijital delilin bulunması mümkündür. Bu gibi hallerde, dijital delillerin tamamının toplanması gerekmektedir. Örneğin, Yargıtay, uyuşturucu ticareti suçuna ilişkin bir davada, bir yandan iletişimin tespitine ilişkin verilerden, diğer yandan ise havalimanı güvenlik kamerası ve MOBESE kamerası kayıtlarından yararlanılabileceğini belirterek, bu delillerin yalnızca bir kısmına dayandırılan yerel mahkeme kararını “eksik inceleme” den bahisle bozma yoluna gitmiştir. (10. CD, 22.01.2013, 2012/20151, 2013/680)

Değerli arkadaşlar, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde “**tapeler**” de, bilindiği üzere, büyük önem arz etmektedir. Tapelerde yer alan ses kayıtlarına, uygulamada sıklıkla itiraz edildiği görülmektedir. Bu açıdan, itiraz halinde, bu kayıtların analizinin yaptırılması ve sanığa ait olup olmadığının tespit ettirilmesi icap etmektedir. Uyuşturucu ticareti suçundan (10. CD, 07.02.2012, E. 2011/3839, K. 2012/741) iftira suçuna (9. CD, 11.12.2012, E. 2012/3736, K. 2012/14729) pek çok suçta, Yargıtay, bu zorunluluğa dikkat çekmiş ve analiz yaptırılmamasını “eksik inceleme” kabul ederek bozma kararı vermiştir.

Belirtelim ki, tüm bu durumlarda, asıl delil olan bu yan ürünleri/görünümleri değil, doğrudan doğruya verilerin kendisidir¹⁸.

Değerli katılımcılar, görüldüğü üzere, uygulamada en büyük sıkıntı “dijital delillerin güvenilirliği”ne ilişkin olarak yaşanmaktadır. Dijital delilin *güvenilirliği* ve “delil” değeri ise doğrudan bu delillerin *orijinalligi* ile ilintili olup Yargıtay bu husus üzerinde hassasiyetle durmaktadır. Örneğin, bir kararda “sanığın işyerine ait güvenlik kamerası kayıtlarının orijinallğine ve bu kayıtlara ekleme yapıp yapılmadığına ilişkin olarak bir bilirkişiden rapor istenmesi gerektiğine işaret edilmiş, aksi yöndeki uygulama bozma nedeni kabul edilmiştir. (6. CD, 19.07.2010, 2010/6992, 2010/13757)

Dijital deliller her ne kadar bir olayı açıklar şekilde görünse de, ne zaman, ne şekilde oluşturulduğu ve/veya içeriğine müdahale edilip edilmediği çoğu zaman tespit edilemediğinden, bu delillerin tek başlarına delil olarak kullanılmasına genellikle imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu delillerin diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi ve teyit edilmesi zorunludur.

Ancak, bazı hallerde, elde tek bir delilin bulunması ve bu delilin de dijital bir delil olması muhtemeldir. Bu gibi durumlarda, delilin çok daha titiz bir şekilde incelenmesi ve en ufak bir tereddütte dahi sanığın beraatı yoluna gidilmesi gerekmektedir. Zira, şüphenin sanık aleyhine yorumlanması halinde cezalandırılan kimsenin masum olması her zaman için ihtimal dahilindedir. Dijital delillerin niteliği dikkate alındığında, riskin bu deliller yönünden çok daha arttığı açıktır. Bu nedenle, örneğin, 13. Ceza Dairesi’nce verilmiş 2013 tarihli bir kararda, “*müştekiye ait iş yerinde bulunan güvenlik kamerasından elde edilen görüntülerin olayın tek delili olması nedeniyle, bu görüntülerin donanuma sahip bilirkişi veya kurumlara incelettirilerek görüntülerdeki kişinin sanık olup olmadığının tereddüde mahal vermeyecek şekilde belirlenmesi gerektiğine*” işaret edilmiş, “*aksi yöndeki uygulamanın bozma nedeni sayılacağı*” belirtilmiştir. (13. CD, 14.01.2013, 2011/28624, 2013/172)

Değerli arkadaşlar, son olarak, delillerin elde edilmesinde başvuru yönteminin hukuka uygunluğu meselesine değinmek istiyorum. Her delil gibi, dijital delillerde de, delilin hukuka uygun yollardan

¹⁸ **Göksu**, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, s. 29-30.

elde edilmiş olması hükme esas alınabilmesi bakımından önemlidir. Bu çerçevede, Yargıtay, vermiş olduğu kararlarla, delil elde etmede birtakım hukuka uygunluk nedenlerinin varlığını zaman içerisinde kabul etmiştir.

Yargıtay, bir öğretim üyesinin fakültede şahsi kullanımına tahsis edilen odaya kamera yerleştirmesini ve bu sistem sayesinde odasından yapılan hırsızlığı tespit ettirmesini “hakkın kullanılması (TCK md. 26)” kapsamında değerlendirmiş ve bu yolla elde edilen delilleri “hukuka uygun delil” kabul etmiştir. Örneğin, 13. Ceza Dairesi, 26.03.2012 tarihli (E. 2011/7180, K. 2012/8523) bir kararında, bir öğretim üyesinin fakültede şahsi kullanımına tahsis edilen odaya kamera yerleştirmesini ve bu sistem sayesinde odasından yapılan hırsızlığı tespit ettirmesini “hakkın kullanılması (TCK md. 26)” kapsamında değerlendirmiş ve bu yolla elde edilen delilleri “iddia ve savunma hakkı” bakımından meşru kabul etmiştir. Buna karşılık, 1. Ceza Dairesi, kasten insan öldürme iddiası ile yargılandığı bir davada haksız tahrik indirimi talep eden sanığın dosyaya sunduğu gizli kamera çekimi görüntülerini delil olarak kabul etmemiş; bu görüntüleri esas alarak sanık hakkında haksız tahrik hükmü uygulayan yerel mahkemenin lehteki kararını bozma yoluna gitmiştir. (1. CD, 10.02.2009, 2008/5436, 2009/513)

Hemen belirtelim ki, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olmadığı hallerde alınan ses ve görüntü kayıtları “hukuka uygun delil” kabul edilemeyeceği gibi, ayrıca bu fiiller ilgilileri de tazminat borcu altına sokmaktadır. 4. Hukuk Dairesi, konu ile ilgili bir kararında, davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen eyleminin davacının şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı güdülmemiş olsa bile, ‘kişilik haklarına saldırı’ teşkil edeceğini kabul etmiş ve fiilin Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde yer alan yollama dolayısıyla “manevi tazminat” gerektirdiğine hükmetmiştir. (4. HD, 26.10.2007, 2006/13723, 2007/13089)

~ ~ ~

Evet değerli katılımcılar, teknolojik gelişmelerdeki hıza paralel olarak, yaşamın her alanında olduğu gibi, ceza muhakemesi alanında da dijital delil vazgeçilmez bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Dijital delil yeni bir delil türü olmayıp, sadece içerdiği elektronik unsur nedeniyle onun bir niteliğini ve özelliklerini vurgulamaktadır.

Dijital delilinin elde edilmesi ve sunumunda usulüne uygun hareket edilmesi hayati bir önem arz etmektedir. Zira, aksi takdirde, delil hukuka aykırı hale gelmekte ve kullanılması mümkün olmamaktadır. Bu süreçte, kasti veya ihmali bir hareket, aslında bir gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet edebilecek bir değer, delilin heba olması sonucunu doğurabilmektedir. Dolayısıyla, bu konuda muhakeme süjelerinin eğitilmesi ve konuyla ilgili uzmanların istihdamı üzerinde önemle durulması icap etmektedir.

Bunun yanında, adli bilişim konusunda bilirkişilik yapacak veya talep edildiğinde soruşturma veya savunma makamlarına veya mahkemelere hizmet verebilecek bir “adli bilişim kurumu”na da, kanaatimizce, artık ihtiyaç vardır. Bu çerçevede, hukuk fakültelerinde veya enstitülerinde de adli bilişim derslerine yer verilmelidir.

Güvenilir dijital delillerin “olayı temsil edici” niteliği oldukça yüksektir. Ancak pozitif hukukumuzda mevcut kavram ve kurumların yeterli olmaması nedeniyle, bu konuda ayrıntılı düzenlemeler yapılması yararlı olacaktır. Zira klasik delillerin tanım ve kuralları içerisinde sıkışıp kalınması muhakeme sürecinin sağlıklı bir biçimde yürütülmesine engel teşkil etmekte ve delil değeri yüksek olan dijital delillerden yeterince yararlanılamaması tehlikesini ortaya çıkarmaktadır.

Değerli katılımcılar, bu cümlelerle bana ayrılan sürenin sonuna gelmiş bulunuyoruz. Konuşmamı ilgiyle dinlediğiniz için teşekkürlerimi sunuyorum, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

KAYNAKÇA

Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

Ergün, İsmail, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

Göksu, Mustafa, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Hart, Sarah V. (Director), *“Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement”*, U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/199408.pdf>, s. 2.

Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006.

Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayıncılık, Ankara 2006.

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*

(*Compensation due to the Criminal Coercive Measures*)

Gürsel YALVAÇ**

Öz

Haksız bir şekilde uygulana tutuklama, arama, yakalama gibi koruma tedbirleri nedeniyle tazminata hükmedilmesi Türk ceza hukukunda açık yasal düzenlemeler ile kabul edilmiştir. Bu çalışma ile 466 sayılı Kanun ile 5271 sayılı CMK'nın 141 ila 144. maddeleri ana hatlarıyla değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Koruma tedbirleri, tazminat, haksızlık, tutuklama, arama, yakalama

Abstract

The casuistic provisions regarding compensation due to unlawful criminal coercive measures such as arrest, search, detention etc. are considered in the Turkish criminal law. This study aims to analyze the provision regulated in the acts number 466 and 5271.

Keywords: criminal coercive measures, compensation, unlawfulness, arrest, search, detention

* Geliş Tarihi:02. 11. 2015, Kabul Tarihi: 21. 12. 2015.

** *Yargıtay 12. CD. Üyesi*

GİRİŞ

5320 sayılı Kanun'un 18/1-c maddesiyle, 07.05.1964 tarihli 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun, bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmış ise de, aynı maddenin 2. fıkrasında, Kanun'un 6. maddesinde öngörülen yürürlük ve uygulamaya ilişkin hükümler saklı tutulmuş, 6. maddenin 1. fıkrasında; 5271 sayılı CMK'nın 141 ilâ 144. madde hükümlerinin 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanacağı, 2. fıkrasında; "Bu tarihten önceki işlemler hakkında ise, 07.05.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunur:" hükmüne yer verilmiştir.

Bu açık yasal düzenleme karşısında koruma tedbirleri nedeniyle tazminat açısından iki ayrı yasa hükümleri uygulanmaktadır. Her iki yasal düzenlemede gerek yargılama yöntemi, gerekse tazminat isteme şartları ile bu istemde bulunabilecekler veya bulunamayacaklar konusunda ayrıntılı düzenlemeler yer almış olup, 466 sayılı Kanun ile 5271 sayılı CMK'nın 141 ila 144. maddeleri genel hatları ile benzer korumalar sağlamakta ise de, her iki düzenlemenin ana hatlarıyla değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

A) Hükümlerin Anayasal Dayanakları:

1-09.07.1961 gün ve 334 sayılı TC Anayasası'nın (1961 Anayasası) "Kişi güvenliği" başlıklı, 30. maddesinde, kişilerin hürriyetlerinin hangi şartlarda kısıtlanabileceği ve yöntemine ilişkin hususlar düzenlenip, maddenin son fıkrasında; "Bu esaslar dışında işleme tâbi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir" hükmüne yer verilmiştir.

2- Benzer düzenlemelere 18.10.1982 gün ve 2709 sayılı TC Anayasası'nın (1982 Anayasası) "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı 19. maddesinde de yer verilmiş, aynı maddenin son fıkrasındaki, "Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar kanuna göre Devletçe ödenir" hükmü, 03.11.2001 gün ve 4709 s.K.'nun 4. maddesi ile "Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir." şeklinde değiştirilmiştir.

B) Tazminatın Yasal Dayanakları:

1- 15.05.1964 gün ve 11704 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, aynı tarihte yürürlüğe giren 07.05.1964 gün ve 466 sayılı “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun”

5320 sayılı Kanun’un 18/1-c maddesiyle yürürlükten kaldırılan, ancak yine aynı Kanun’un 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 01 Haziran 2005 tarihinden önceki işlemler açısından uygulanmaya devam olunacak 466 sayılı Kanun’un 1. maddesinde, 8 bent halinde tazminatı gerektiren haller şu şekilde belirtilmiştir;

1. Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında;

a-Yakalanan,

b-Tutuklanan,

c-Tutukluluklarının devamına karar verilenler;

2. a-Yakalama veya tutuklama sebepleri,

b- Haklarındaki iddialar,

Kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyenler;

3. Yakalanıp veya tutuklanıp da kanuni süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan;

4. Hâkim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun kılınan;

5. Yakalanıp veya tutuklanıp da bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyen;

6. Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra;

a-Haklarında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına,

b-Son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına,

c-Beraetlerine,

ç-Ceza verilmesine mahal olmadığına,

Karar verilenler;

7. Mahkûm olup da;

a-Tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan,

b-Tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkum edilen kimseler,

Bu kanun hükümleri uyarınca her türlü zararlarını (maddi-manevi) devletten talep edebileceklerdir.

Maddenin ilk beş bendinde, kararların verilme aşamasında veya sonrasında yapılan işlemlerde, tutuklama, yakalama veya tutukluluğun devamına ilişkin koşulların bulunmaması, sebepler ve iddialar konusunda yazılı olarak bildirim yükümlülüğüne uyulmaması, yasal süre içerisinde hâkim önüne çıkarılmaması veya süre geçtiği halde, hâkim kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılması, durumundan yakınlarının haberdar edilmemesi gibi, hukuka aykırılıklar aranmakta iken, altıncı bendin kendine özgü bir takım özellikleri bulunmaktadır, bu bendde, başlangıçta yapılan işlemler veya verilen kararlar hukuka uygun olduğu halde daha sonra verilen kovuşturmayaya yer olmadığı, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığı, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararları ile önceki yakalama veya tutuklama nedeniyle tazminat isteme hakkı doğmaktadır. Yedinci bend de altıncı bentle benzerlik taşımakta olup, bu bent uyarınca da tazminat istenebilmesi için, başlangıçta hukuka uygun bir şekilde tutuklanan kişinin, hükümlülük süresinin, tutuklama süresinden fazla olması veya tutuklandığı suçtan adli para cezasına mahkûm edilmesi gerekmekte, başka bir anlatımla, verilen hükmün miktar veya tür itibariyle uygulanan tedbirle orantısızlığının ortaya çıkması aranmaktadır.

Altıncı ve yedinci fıkralarda, Yasakoyucu, hukuk devleti olmanın gereği olarak, fertlerin başlangıçta hukuka uygun bir şekilde özgürlüklerinin kısıtlanmasının daha sonra verilen kararlarla özü itibariyle haksız bir hale geldiğini kabul ederek, zararlarının tazminini kabul etmiştir.¹

Görüldüğü gibi tazminatı gerektiren sebepler maddede sınırlı olarak sayıldığından ve Yargıtay'ın bugüne kadarki eğiliminin, bu madde doğrultusundaki tazminat taleplerinin ancak sayılan nedenlerle sınırlı olacağı şeklindeki uygulaması karşısında, talep doğrultusunda, maddedeki hangi şartın ihlal edildiği tespit edildikten sonra, tazminat istemi kararı bağlanmalıdır.

¹ Yargıtay CGK- 20.03.2007 gün ve 2006/9-338-2007/71 sayılı kararı,

2-5271 sayılı CMK'daki koruma tedbirleriyle ilgili düzenlemeye gelince, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında koruma tedbirleri nedeniyle tazminata hükmedilebilecek haller şu şekilde belirtilmiş olup, bu haller;

1- Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında;

aa) yakalanan,

bb) tutuklanan,

cc) tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) aa) Kanunî hakları hatırlatılmadan,

bb) Hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden,

Tutuklanan,

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde,

aa) makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan,

bb) makul süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,²

² Tazminat davasının dayanağı olan ceza dava dosyasında davacının 22.08.2005 tarihi ile 20.05.2010 tarihleri arasında tutuklu kaldığı, yargılama sonunda TCK'nın 37, 81, 29, 31/3, 62, 63. maddeleri gereğince 8 yıl 10 ay 20 gün hapis cezasına hükmedildiği, davacı hakkındaki ceza yargılamasının kısa sürede sonuçlandırılmış olması halinde, davacının suç tarihi itibarıyla 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 107. maddesine göre hükümlü sayılması nedeniyle ve iyi halli olmak koşuluyla cezaevinde kalması gereken sürenin daha sınırlı olacağı ancak davacının tutuklu olarak yargılanması ve hükümlü statüsüne geçememesi nedeniyle muhtemel şartla tahliye tarihine kadar olan hükümlülük süresinden fazla süre ile ceza infaz kurumunda kaldığı ve kanunun infazda öngördüğü indirimden yararlanamadığı, bu nedenle her türlü zarar kavramı içinde düşünülmesi gereken şartla tahliye tarihinden itibaren tazminata hak kazanacağı ve Dairemizin aynı yöndeki 2012/24083 esas, 2013/1 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, 2709 sayılı TC. Anayasası'nın 19/son, 40 ve 90. maddeleri gereğince iç hukuk kapsamında kanun hükmünde bağlayıcılığı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesindeki özgürlük ve güvenlik hakkı düzenlemeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına göre, davacının koruma tedbirine konu mahkûm olduğu ceza davasında tutuklu kaldığı sürenin,

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra,

aa) haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına,³

bb) beraatlerine,

Karar verilen,

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri,

aa) Hükümlülük sürelerinden fazla olan,

bb) İşlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine,

aa) yazıyla,

bb) bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

i) Hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

sonuç olarak tayin edilen ceza miktarı nazara alındığında uzun olduğu ve Sözleşmenin 5/3. maddesine aykırılık oluşturduğu ve Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Verilmesine ilişkin 5271 sayılı CMK'nın 141/1-d maddesinde belirtilen koşulların davacı yönünden gerçekleştiği, bu nedenle muhtemel şartla tahliye tarihinden itibaren hesaplanacak süre üzerinden uğranıldığı iddia edilen maddi ve manevi zararlar ilgili olarak makul bir tazminata hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi, (12.CD.-17.02.2014-2013/27023- 2014/3838)

³ Ceza Muhakemesi Kanun'unun 141/1-e maddesi ile "Kanuna uygun olarak yakalandıktan sonra hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenler için tazminat" ödenmesi kabul edilmiş olup, incelenen dosya kapsamına göre, davacının hakkında yürütülen soruşturma kapsamında 09.02.2010 tarihinde yakalanıp gözaltına alınıp ertesi gün savunmasının alınmasından sonra nakti kefalet karşılığında serbest bırakılması ve yapılan soruşturma sonunda davacı hakkında, gözaltına alındığı suçtan 18.03.2011 tarihinde ek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi nedeniyle bu gözaltının hukuka aykırı olduğu ve bunun sonucu olarak hak ve nasafet kurallarına göre belirlenecek bir miktar tazminatın ödenmesine karar verilmesi gerekirken "davacının, kanuni gözaltı süresi içinde serbest bırakıldığı" gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar verilmesi, (12.CD.-21.01.2014-2013/27015- 2014/1040)

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine,

aa) koşulları oluşmadığı halde elkonulan,

bb) korunması için gerekli tedbirler alınmayan,

cc) eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan,

dd) eşyası veya diğer malvarlığı değerleri zamanında geri verilmeyen,

k) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, bu madde hükümleri uyarınca Devletten isteyebileceklerdir.⁴**3- Her iki düzenlemedeki tazminat şartları açısından farklılıklar;**

5271 sayılı CMK'nın 141. maddesinde, 466 sayılı Kanunun 1. maddesinde öngörülen tazminat istemine konu olabilecek hallerin büyük bir kısmı benzer ise de, CMK'nın 141. maddesinde tazminatı gerektiren haller, 466 sayılı Kanun'a göre arttırılmıştır.

Bunlar;

CMK'nın 141. maddenin (c) bendindeki; "Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan"

(d) bendindeki makul süre içinde hakkında hüküm verilmeyen)

(i) bendindeki "Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen"

(j) bendindeki "Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli ted-

⁴ 5271 sayılı CMK'nın 141 ve devamı maddelerinde "suç soruşturması ve kovuşturması sırasında" gerçekleşen koruma tedbirlerine ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden bu kanun hükümlerine göre tazminat istenebileceği belirtilmekle birlikte, madde metninde bu aykırılıkların tahdidi şekilde sıralandığı, bu kapsamda ceza infaz kurumunda uygulanan disiplin cezasının, infaz aşamasında meydana gelen hukuka aykırılık olup, madde kapsamında bulunmaması nedeniyle reddine ilişkin, davacı adına vasisinin hükme yönelik yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, (12.CD.-15.01.2014-2013/26006-2014/530)

birler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen”

Hallerin de, tazminat kapsamına alınmasıdır.

Yine 11.04.2013 gün ve 6459 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile 141. Maddeye eklenen (k) bendi ile; “Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,”

Haller de, tazminat kapsamına alınmak suretiyle, maddenin kapsamı genişletilmiş,

Aynı şekilde, CMK’nın 141. maddesine, 18.06.2014 gün ve 6545 sayılı Kanun’un 70 md. ile 3. fıkra olarak eklenen; *“Birinci fıkroda yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.”* hükmü ile 1. fıkranın kapsamı daha da genişletilmiş ise de, fıkranın konuluş amacının, esas itibariyle hâkimler ve Cumhuriyet savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma işlemleri nedeniyle, kişisel tazminat davası açılmasının, bu davaların devlet aleyhine açılmasını sağlamak olduğu unutulmamalıdır.

Ayrıca, bir diğer tazminat nedenine ise 5271 sayılı CMK’nın 323/3. maddesinde yer verilmiş olup, anılan hükümde, yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararların da, CMK’nın 141 ilâ 144. madde hükümlerine göre tazmin edileceği belirtilmiştir.

C) Tazminat istemine konu zarar, dava açma yetkisi, yetkili mahkeme ve davalı;

466 sayılı Kanun’un 1. maddesinde veya CMK’nın 141. maddesinde öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde ilgili kişiler uğradıkları her türlü maddi ve manevi zararlarını devletten isteyebileceklerdir.

Dava açma yetkisi zarar verici işlemin muhatabına tanınmış olup, mirasçılardan dava açma hakkının bulunmadığı kabul edilmek-

tedir. Ancak, mirasçılarının açılmış davaya devam etmeleri⁵ mümkün olduğu gibi, hak sahibinin sağlığında bu hakkı kullanabileceğine ilişkin bir işlem yapması, örneğin bu dava için vekil görevlendirmesi ve henüz dava açılmadan ölmesi halinde, bu hakkın mirasçılar tarafından kullanılabilmesi ve bu halde mirasçılarının dava açabileceği kabul edilmektedir, bunun için aranan ölçü hak sahibinin sağlığından bu iradesini ortaya koyan bir işlem yapmış olmasıdır.⁶

Yetkili mahkeme;

466 sayılı Kanununun 2. maddesi uyarınca yetkili mahkeme, davacının ikametgahının bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi olup, tazminat istemine esas olan işlem işi hükme bağlayan ağır ceza mahkemesince yapılmışsa, bu taktirde en yakın yer ağır ceza mahkemesidir.

CMK'nın 142/2. maddesi uyarınca da, istem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanacaktır. Birden fazla ağır ceza dairesinin bulunması halinde ise, numara olarak takip eden, işlemi yapan son numaralı ağır ceza ise bir numaralı ağır ceza mahkemesi yetkili olacaktır.

⁵ Tazminat davasının dayanağını oluşturan Erzurum Devlet Güvenlik Mahkemesinin 1997/222 esas, 1997/112 karar sayılı ceza dava dosyasının incelenmesinden; mirasçılarının babası ... 'ın Örgüte yardım suçundan 20.12.1996-03.01.1997 tarihleri arasında tutuklu kaldığı, beraatine hükmedildiği, kararın temyiz edilmeksizin 22.12.1997 tarihinde kesinleştiği, muris ... tarafından davanın 06.03.2007 tarihinde, haksız işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 466 sayılı Kanununun 2. maddesinde öngörülen süre içinde yetkili ve görevli mahkemeye açıldığı, davanın devamı sırasında davacının 11.05.2011 tarihinde öldüğü, dosya içeriğindeki mirasçılık belgesine göre davacının çocukları olan mirasçılarının avukata vekaletname vermek suretiyle davaya dahil oldukları, kanunda öngörülen yasal şartların oluştuğu görülmekle, davanın kabulü ile maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi yerine yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi, (12.CD.-05.03.2014-2013/27043-2014/5553)

⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.03.2002 gün ve 92/223 sayılı kararında belirtildiği üzere koruma tedbirleri nedeniyle dava açma hakkının kural olarak zarar görene ait olduğu, bu hakkın mirasçılara intikalinin ancak zarar görenin ölmeden önce dava açması veya dava açma iradesini açıkça izhar etmesi durumunda mirasçılara intikal edeceği, mirasçılarının bu şartlarda açılmış davaya devam edebilecekleri veya dava açabilecekleri, (12.CD.-22.01.2014-2013/27555-2014/1203)

Bu maddelerdeki yetki kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, yargılamanın her aşamasında re'sen göz önüne alınmalıdır.⁷

Dava işlemi yapana karşı değil, devlete karşı açılacaktır.

D) Dava açma süresi;

1-466 sayılı Kanun;

466 sayılı Kanun'un 2. maddesinde; "verilen kararların kesinleştiği veya bu iddianın mercilerince karar bağlandığı tarihten itibaren üç ay içinde"⁸ dava açılabilmesi düzenlenmiş, 21.04.1975 gün ve 3/5 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında ise; beraat hükmünün Yargıtay'ca onanması veya düzeltilerek onama suretiyle beraat kararı verilmesi halinde, ilgilinin bu kararlardan haberdar olmadığı ve dolayısıyla hakkını kullanamadığı gerekçesiyle, "üç aylık başvuru süresinin kesinleşmiş beraat hükmünün ilgiliye tebliğinden veya kişinin kesinleşmeyi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağına" karar verilmiş, kesinleşmiş beraat hükümlerinin ilgiliye çoğu kez tebliğ edilmemesi nedeniyle, bu İBK'na dayalı olarak, çok uzun süreler sonra dava açılması mümkün hale gelmiştir. Ancak, ilgililere tanınan bu hak çoğu zaman da kötüye kullanılmak suretiyle, yıllar sonra müracaat edilip, önce kararın ilgiliye tebliği sağlanıp, bilahare de kesinleşmeden yeni haberdar olunduğu belirtilerek davalar açılmış, hatta yapılan incelemelerde, bir kısım davalarda vekilin, asilden habersiz olarak onun bilgisi ve onayı haricinde dava açtığı da tespit edilmiştir.

⁷ CMK'nın 142. maddesinin 2. bendindeki istem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır, hükmü uyarınca Ağrı Ağır Ceza Mahkemesinin tazminat konusu işlemle ilişkili olduğu gözetilip, en yakın ağır ceza mahkemesi olan Doğubayazıt Ağır Ceza Mahkemesine yetkisizlik kararı verilmesi yerine yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi, (12.CD.-11.03.2014-2014/1984-2014/6069)

⁸tazminat talebinin dayanağı olan Van 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 26.07.2000 tarih, 1999/103 esas, 2000/303 sayılı kesinleşmiş beraat kararının 22.05.2008 tarihinde davacıya tebliğ edildiği ve davacının kesinleşmiş beraat kararının tebliğinden itibaren yasal 3 aylık sürede dava açmadığı gerekçeleri gösterilerek davanın 466 sayılı Kanununun 2/1. maddesi gereğince süre yönünden reddine karar verilmesinde usul ve kanuna aykırı yön bulunmadığı, (12.CD.-13.01.2014-2013/25974- 2014/31)

Hiçbir hukuk düzeninin hakkın kötüye kullanılmasını himaye etmeyeceği ilkesinden hareketle, bu tür kötüye kullanmaların önüne geçmek amacıyla, yargısal uygulamalarda yasada olmamasına rağmen bir takım önlemlerin alınması yoluna gidilmiştir.

Bu kapsamda;

1-Vekalet ilişkisinin sürüp sürmediği veya davanın hak sahibinin bilgisi dahilinde⁹ açılıp açılmadığını araştırılması için, davacının bizzat dinlenmesi¹⁰ yönünde bozmalar yapılmış,¹¹

⁹ Davacı vekilinin, tazminat davasından önceki tarihli vekâletnameye dayanarak tazminat davası açığının anlaşılması karşısında, gerekirse davacı dinlenilerek vekil ile arasında tazminat davası açılması yönünde vekalet ilişkisinin devam edip etmediği ve dava açılmasına muvafakatinin bulunup bulunmadığının araştırılmaması, (12.CD.-21.01.2014-2013/25675- 2014/1054)

¹⁰ Davacı vekilinin, tazminat davasından çok önceki bir tarihli ve içeriğinde haksız tutuklamadan kaynaklanan tazminat davası açabileceğine dair özel yetkisinin bulunmadığı vekaletnameye dayanarak açtığı tazminat davasında, davacının yetkisizlik kararı veren İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesinde 23.12.2010 tarihindeki duruşmada dava açılmasına muvafakatinin bulunmadığını, avukatın ceza dosyasında bir süre avukatlığını yaptığını ancak sonradan çekildiğini, davanın açılması konusunda avukata talimat vermediğini ve Bursa 4. Ağır Ceza Mahkemesinde 05.10.2012 tarihli duruşmasında ise tazminat davası açması için avukatına talimat vermediğini, açılan davaya muvafakatinin olmadığını beyan etmesi karşısında davacının vekili ile arasında tazminat davası açılması yönünde vekalet ilişkisinin bulunmadığı belirlenerek davanın reddine dair verilen kararda isabetsizlik görülmemiş, davanın tümüyle reddedilmesi karşısında, davalı hazine yararına Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken bu konuda hüküm kurulmaması temyiz edenin sıfatına göre bozma nedeni yapılmamıştır. (12.CD.-14.01.2014-2013/26725- 2014/314)

¹¹ Dava dilekçesinin reddi kararına gerekçe olarak, vekâletnamede haksız tutuklamadan kaynaklanan dava açmaya özel yetki verilmediği, davacı vekilinin usulüne uygun ihtarlı tebligata rağmen kendisine tanınan sürede tazminat dosyasında bulunan vekâletnamede CMK'nın 141. maddesine göre, dava açabilme yetkisine ilişkin eksikliğin giderilmesi ya da davacının davaya muvafakatinin olup olmadığının tespiti için davacıyı duruşmada hazır etmesi gerektiği, şerhi düşülerek tebligat yapılmasına karşın, davacı vekilinin yeni vekaletname sunmadığı ve davacı asili duruşmada hazır etmemesi nedeniyle davacının muvafakati tespit edilemediği gerekçeleri gösterilmesine karşın, taraf teşkili sağlanarak dosyanın incelenmesine geçilmesi nedeniyle hükmün temyizi kabil hale geldiği anlaşılacakla, tebliğnamedeki incelenmeksizin mahalline iade yönündeki görüşe iştirak edilmemiştir.

2-Kesinleşmeden itibaren on yıllık sürenin geçtiğinin saptanması halinde, bu süre hak düşürücü süre kabul edilmiş,¹²

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre davacı vekilinin yerinde görülme-yen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Davacı vekilinin, Yüksekova Noterliği tarafından düzenlenmiş olan 29.12.2009 tarihli genel vekaletnameye istinaden, tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyasında davacı hakkında verilen beraat hükmünün kesinleşmesinden kısa bir süre sonra, haksız tutuklama nedenine dayalı olarak davacı adına koruma tedbirleri nedeniyle tazminat talebinde bulunduğu ve ilgili vekaletnamenin davacı vekiline, davacı adına dava açma hak ve yetkisini içerdiğinin anlaşılması ile birlikte dava tarihinden sonra vekilin davacı tarafından azledildiğine ilişkin geçerli bir azilname bulunmadığı gibi davacı adına dava ve duruşma tarihini içeren tebligatın usulüne uygun şekilde tebliğ edildiği ve davacının dava dilekçesinde belirtilen ikametgah adresinde davacının sosyal ve ekonomik durumunun tespit edildiğine ilişkin kolluk tutanağı tanzim edilmiş olduğunun anlaşılması karşısında, davacı ile vekili arasında vekalet ilişkisinin devam etmekte olduğunun kabul edilmesi gerektiği gözetilerek yargılamaya devamla diğer yasal koşulların varlığı halinde davacı lehine makul bir tazminata hükmedilmesi yerine, eksik inceleme-yeye dayalı olarak yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi, (12.CD.-13.01.2014-2013/25847-2014/55)

- ¹² ...dava 466 sayılı Kanun hükümlerine dayalı tazminat istemine ilişkin olup, Ceza Genel Kurulu'nun 23.03.2010 tarih ve 2009/256 esas-2010/57 sayılı kararında 466 sayılı Kanunun 2. maddesindeki üç aylık sürenin başlangıcı için 21.04.1975 tarih ve 3-5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na atıf yapılarak kesinleşen beraat kararından davacının haberdar olmasının arandığı, ancak adı geçen kararda tazminat davasının ne zamana kadar açılması gerektiğine dair bir açıklama bulunmamakla birlikte hiçbir hakkın sonsuza dek dava konusu yapılamayacağı, özel hukuk kapsamında değerlendirilmesi gereken bu talebin de makul bir süre içinde dava edilmesi, dava süresi açısından en lehe kabul ile Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki sürenin kabulü gerektiği ve her koşulda davanın 10 yıllık süre içinde açılması gerektiği kabul edilmekle, kanun dışı yakalanan veya tutuklananlar bakımından, beraat hükmünün kesinleşmesinden itibaren 10 yıl dolduktan sonra 466 sayılı Kanun'a göre tazminat istenemeyeceği, bu kapsamda tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyasında 17.12.1996 tarihinde verilen beraat hükmü ile tazminat davasının açılmış olduğu 03.06.2011 tarihine kadar, 14 yıldan fazla süre geçtiği ve davacının bu uzun süre içerisinde hakkındaki beraat hükmünden haberdar olmadığından söz etmenin yaşamın olağan akışına uymayacağı, davanın süresinde açıldığı kabulünün mümkün olamayacağı gözetilip, süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. (12.CD.-24.06.2014-2014/2146-2014/15508)

3-Kesinleşmeyle ilgili belgelerin çoğu zaman kaybolması özellikle çok eski davalardan evrakların büyük bir kısmının arşiv yönetmeliği uyarınca arşivlere gönderilmesi veya imha edilmesi hallerinde, on yıldan fazla sürenin geçtiğinin saptanması halinde bu süre hak düşürücü süre kabul edilmiş,

4-Dosya kapsamından ilgilinin herhangi bir şekilde kesinleşmiş beraat kararını öğrendiğinin anlaşılması halinde,¹³ (örneğin bir kuruma ibraz için kararın istenmesi,¹⁴ herhangi bir kamu görevine başlangıç gibi,) üç aylık süre öğrenme tarihi esas alınarak uygulama yapılmıştır.

Bu sorunlar ortadan kalktıkça Daire uygulaması da, yasanın amacına daha uygun hale gelecek, tazminat miktarlarının arttırılması da dahil birçok sorun daha sağlıklı bir şekilde değerlendirme imkânına kavuşacaktır.

¹³ Tazminat davasına dayanak teşkil eden Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 02.12.2005 tarih, 2004/316 Esas - 2005/249 Karar sayılı ceza dava dosyasında davacılar hakkında 5236 sayılı Kabahatler Kanununun 24. maddesi delaletiyle 32/1. maddesi uyarınca 100 TL idari para cezası ile cezalandırılmalarına karar verildiği, bu kararın 18.01.2006 tarihinde kesinleştiği, davacıların haklarında verilen idari para cezasını 25.05.2007 tarihinde Mardin vergi dairesi müdürlüğüne yatırdıkları, dolayısıyla davacıların haklarında verilen kararın kesinleştiğinden haberdar oldukları, buna karşılık tazminat davasının 09.11.2010 tarihinde açıldığı, bu nedenle tazminat davasının 466 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen 3 aylık sürede açılmadığından bahisle reddine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir. (12.CD.-28.01.2014-2013/25859- 2014/1774)

¹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.03.2010 tarih ve 2009/1-256 Esas - 2010/57 Karar sayılı "Yargıtay Ceza Genel Kurulunca ve Özel Dairelerce, üzerinden çok uzun yıllar geçen tazminat davalarında, davacıların resmi kurumlara adli sicil kayıtlarının ibrazı veya kesinleşmiş kararları sunma zorunlulukları bulunan işlemleri yapmaları ve bu hususun dosya içeriğiyle saptanması halinde, davanın yasal süresinde açılmadığının kabulü ile reddine karar verilmesi gerektiği" şeklindeki kararı da dikkate alındığında, Şırnak Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğünde görev yapan davacı Ahmet Arıç'ın, sabıka kaydının olmadığını gösteren 25.02.2008 tarihli adli sicil kaydını işe alınma sırasında Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne ibraz ettiği, dolayısıyla davacının hakkındaki beraat hükmünün kesinleşmesinden haberdar olduğu, buna rağmen 466 sayılı Kanununun 2/1. maddesinde belirlenen dava açma süresi içerisinde davanın açılmadığı anlaşılınca, süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir. (12.CD.-28.01.2014-2013/26653 -2014/1777)

2-5271 sayılı CMK'nın 142. maddesi;

5271 sayılı CMK'nın 142/1. maddesinde karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgiliye bildirildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde kesinleşme tarihini izleyen bir yıl¹⁵ için tazminat isteminde bulunulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu süreler hak düşürücü nitelikte olduğundan, uyulması zorunlu olup, herhangi bir şekilde uzatılması da mümkün değildir.¹⁶

CMK'nın 142/1. maddesindeki düzenleme, dava açma süresi açısından bugüne kadar karşılaşılan sorunların büyük bir kısmını çözmüş ve hak düşürücü sürenin bu şekilde düzenlenmesi son derece önemli ve yerinde ise de,

a) Beraat hükmünün temyiz edilmesi halinde, onanmakla kesinleştiği ve bir yıllık sürenin onama tarihinden itibaren başladığı kabul edildiğinden, tazminatı gerektiren hallerde, ilgililerin dava açma hakkını kullanmaları için kesinleşmiş beraat hükümlerinden haberdar edilmesi için yasal bir düzenleme yapılmalı, bu kararların ilgiliye tebliği sağlanmalıdır. Yine aynı sorunla Yargıtay'ca hükmün düzeltilerek onanması halinde de karşılaşıldığından, bu halde de tebliğ konusunda yasal bir düzenlemenin yapılması hak kayıplarının önlenmesi açısından yararlı olacaktır.

b) Temyiz isteminin, Yargıtay tarafından reddedilmesi halinde de bir yıllık hak düşürücü süre açısından, hangi tarihin esas alınacağı

¹⁵ ...beraat hükmünün 17.01.2008 tarihinde kesinleştiği, davanın ise, 02.06.2011 tarihinde yasal bir yıllık hak düşürücü süreden sonra açıldığının anlaşılması ve yerel mahkeme tarafından da aynı yönde yapılan değerlendirme sonucu, gerekçeleri gösterilerek davanın 5271 sayılı CMK'nın 142/1. maddesi gereğince süre yönünden reddine karar verilmesinde usul ve kanuna aykırı yön bulunmadığı, (12.CD.-13.01.2014-2013/25846-2014/52)

¹⁶ 5271 sayılı CMK 142/1. maddesine göre koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemlerinin kararın kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden üç ay ve her halde kararın kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde dava konusu edilebileceği, dava dosyası incelendiğinde beraat hükmünün kesinleştiğinin davacıya tebliğ edildiğine ilişkin belgeye dosya içerisinde rastlanılmadığı ancak tazminat davasına dayanak teşkil eden beraat hükmünün 24.02.2010 tarihinde kesinleştiğinin davanın ise 03.05.2012 tarihinde açıldığının anlaşılması karşısında süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir. (12.CD.-14.01.2014-2013/26573-2014/305)

sorun olmaya devam etmektedir. Yargıtay 12. CD. hak kayıplarını önlemek amacıyla, sürenin başlangıcını ret kararının verilme tarihi olarak kabul etmekte ise de, hükmün aslında ret kararından önce kesinleştiği düşünüldüğünde, yorum yoluyla varılan bu sonucun yeni tartışmaları doğuracağı açıktır.

3-Karar veya hükmün kesinleşmesi;

Tazminat isteminde bulunabilmenin ilk koşulu, verilen karar veya hükmün kesinleşmesi olup, bu konuda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Sorun, özellikle kararlar veya bir kısım işlemler açısından, yargılamanın veya soruşturmanın kesin hükümle veya bir kararla sonuçlanmasının gerekip gerekmediğidir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi bu sorunu, her tazminat nedeni yönünden ayrı ayrı değerlendirmekte, asıl hüküm veya kararın etkilenip, etkilenmediği ölçüsüyle hareket etmekte, yapılacak değerlendirmenin asıl hükmü veya verilecek nihai kararı etkileyebileceği hallerde, yargılamanın veya soruşturmanın kesin hüküm veya kararla sonuçlandırılmasını aramaktadır.¹⁷

¹⁷

Ceza Muhakemesi Kanun'unun 141/1-a maddesi ile "Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilenler" için tazminat ödenmesi kabul edilmiştir. Hakkındaki yakalama kararı Gölbaşı (Ankara) Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 16.02.2011 tarih 2011/186 değişik iş sayılı kararı ile kaldırılan ancak UYAP ortamından yakalama kaydı düşümü sağlanamayan bu şekilde diğer adli birimler ve UYAP ile entegre şekilde çalışan emniyet kayıtlarına göre hakkında yakalama kararı bulunduğu görünen davacının, kaldırılmış olan yakalama kararına istinaden, tahliye edildiği 09.05.2011 tarihinde Sincan Cumhuriyet Başsavcılığınca cezaevinden çıkar çıkmaz gözaltına alındığı, 10.05.2011 tarihinde yakalama emrinin kaldırılması nedeniyle serbest bırakıldığı, bu suretle bir gün süreyle gözaltında kaldığı, 19.07.2011 tarihinde Tarsus Emniyet Müdürlüğüne yakalandığı, yakalama emrinin kaldırılması yazısı uyarınca serbest bırakıldığı ancak gözaltına alınmadığı, 02.10.2011 tarihinde İzmir Emniyet Müdürlüğüne yakalandığı, aynı gün yakalama emrinin kaldırılması yazısı uyarınca serbest bırakıldığı burada da gözaltına alınmadığı, 15.12.2011 tarihinde Esenler İlçe Emniyet Müdürlüğüne yakalandığı, aynı gün yakalama emrinin kaldırılması yazısı uyarınca serbest bırakıldığı, gözaltına alınmadığı, aynı şekilde 12.01.2012 tarihinde Tarsus İlçe Emniyet Müdürlüğüne yakalandığı burada gözaltına alındığı ve adliyeye sevk edilmesinin ardından yakalama emrinin kaldırılması yazısı uyarınca serbest bırakıldığı ve son olarak 17.01.2012 tarihinde yine Tarsus İlçe Emniyet Müdürlüğüne yakalandığı burada yine gözaltına alındığı ve adliyeye sevk edilmesinin ardından yakalama emrinin kaldırılması yazısı uyarınca serbest bırakıldığı anlaşılmıştır.

Örneğin; CMK'nın 141/1-d bendinde, tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hüküm verilmeyen kişilerin maddi ve manevi tazminat hakkının bulunduğu belirtilmiş olup, bu hüküm uyarınca tazminat isteminde, yargılama sonlandırılmadan da bulunulabilecektir, zira burada yapılacak bir değerlendirme, hiçbir şekilde hükmün esasını etkilemeyecektir.¹⁸

Gerekçe ne olursa olsun, bir kamu hizmeti sayılan adalet hizmetini yürüten kamu görevlilerinin eylem ve işlemlerini başta Anayasa ve temel hukuk kurallarına göre kişi hak ve özgürlüklerine azami oranda uyularak yürütmesi gerekmektedir. Sonuçta davacı UYAP ortamında hiçbir dahli olmadığı teknik sorunlar nedeniyle bir adli işlem sırasında yapılan hata sonucu, hakkında sistemden kaldırılmayan yakalama kararına istinaden, 09.05.2011 - 17.01.2012 tarihleri arasındaki yaklaşık 8 aylık dönem içerisinde Ankara, İzmir, İstanbul illerinde 1'er ve Tarsus ilçesinde 3 kez olmak üzere, tahliye edildiği gün de dahil olmak üzere, değişik tarihlerde toplam 6 defa yakalanmış bu yakalamalardan 3 tanesinde de gözaltına alınmıştır. Tazminat davasına dayanak teşkil eden Gölbaşı (Ankara) Asliye Ceza Mahkemesinin ceza dava dosyasında davacı hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş olsa bile, davacı hakkında çıkartılan yakalama kararının mahkemece kaldırılmasına rağmen sistem kayıtlarının kapatılmaması veya düzeltilmemesi nedeniyle, tahliye edilmesinden itibaren müteaddit defalar yakalanmak suretiyle aynı mağduriyeti yaşamıştır.

Davacının talebi konusunda bir karar verilebilmesi için, yapılacak araştırma; yakalanan davacının hangi yakalama kararı dayanak gösterilerek yakalandığını ve/veya gözaltına alındığını saptamaktan ibaret olup, talebinin tazminat istemine dayanak oluşturan ceza davasının sonucuyla verilecek hükümle veyahut verilen hükmün kesinleşmesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle davacı hakkında 09.05.2011 - 17.01.2012 tarihleri arasında toplamda 6 defa gerçekleşen yakalama ve 3 defa gerçekleşen gözaltı işlemlerinin hukuka aykırı olduğu belirlenip yargılamaya devamla tazminat talebi hakkında bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden " tutuklamaya konu dosyanın henüz kesinleşmediği gibi davacının beraatiyle de sonuçlanmadığı, dolayısıyla tazminat koşullarının oluşmadığı" şeklindeki yetersiz gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi, (12.CD-28.01.2014-2013/24713-2014/1778)

¹⁸ 5271 sayılı CMK'nın tazminat istemenin koşulları başlığını taşıyan 142. maddesinde; "Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde" bulunulabileceği hükme bağlanmış, 466 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ise; "zarar veren işlemlerin yapılmasına esas olan iddialar sebebiyle haklarında açılan dâvalar sonunda verilen kararların kesinleştiği veya bu iddiaların mercilerince karara bağlandığı tarihten itibaren üç ay içinde," uğranılan zararın tazmininin istenebileceği belirtilmiştir. 466 sayılı Kanundaki bu düzenleme

nedeniyle, tazminat istemine konu davaların esasıyla ilgili verilen kararların kesinleşmesi veya verilen kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararların kesinleşmesinden itibaren dava açma süresinin başlayacağı kabul edilmiş, yerleşik uygulama bugüne kadar da bu şekilde sürdürülmüştür.

Ancak; 5271 sayılı CMK'nun; "Tazminat istemi" başlıklı 141. maddesi incelendiğinde, bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilmesi için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı dolayısıyla bu nedenlere dayalı istemlerde, davanın sonuçlanmasına gerek bulunmadığı yasal düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır.

Örneğin, gözaltı süresi yasadaki açıkça belirtilmiş olup, yasadaki bu süre içinde hakim önüne çıkarılıp, çıkarılmadığının saptanmasının davanın esasıyla herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi bu konudaki talepler hakkında karar verilmesi için davanın esası hakkında karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır. Yine aynı şekilde, kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan, yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, ya da hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen, kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır. Zira bu talepler, asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı talepler değildir.

Ancak asıl davanın sonucuna bağlı veya asıl davada verilecek kararları etkileyici talepler yönünden mutlaka davanın esasıyla ilgili verilen karar veya hükmün kesinleşmesi zorunludur. Örneğin, kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, yine mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılanlar hakkında, mutlaka davanın esasıyla ilgili olarak verilen kararın kesinleşmesini beklemek zorunluluğu bulunmaktadır. Zira, davacının tazminat isteme hakkı bu hallerde verilen karar veya hükmün kesinleşmesiyle doğmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar kapsamında somut olay incelendiğinde, davacı en kısa sürede hakim huzuruna çıkarılmadığı iddiasıyla tazminat talebinde bulunmuştur. Talep konusunda bir karar verilebilmesi için, yapılacak araştırma yakalanan sanığın hangi sürede hakim huzuruna çıkarıldığını saptamaktan ibaret olup, talebin dava sonucuyla veya verilecek hükümlü bir ilgisi bulunmamaktadır. Gözaltında veya tutuklulukta geçen sürelerin, sanığın mahkumiyeti halinde cezasından mahsubu imkanının bulunması da ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Hal böyle iken, davanın esasıyla ilgili henüz hüküm verilmediği ve derdest davalarda koruma tedbirlerine dayalı olarak dava açılmayacağına ilişkin gerekçenin yasal bir dayanağı bulunmadığı gibi mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesi de isabetsizdir.

Davacının en kısa sürede hakim huzuruna çıkarılmaması nedeniyle tazminat isteminde bulunması halinde asıl davanın derdest olmasının dava açmasına engel oluşturmayacağı saptandıktan sonra talebiyle ilgi yapılan değerlendirmede; 5271 sayılı CMK'nın 5353 sayılı Kanun ile değişik 94. maddesinde, "Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır." hükmüne yer verilmiş, maddenin uygulanma koşulları ise gerekçesinde; "Gıyabi tutuklamaya CMK'da yer verilmiştir. Bunun sonucu olarak, soruşturma veya kovuşturmanın yapıldığı yer dışında bulunan ve hakkında yakalama emri düzenlenmiş bulunan şüpheli veya sanığın yakalanması halinde, aslolan, en geç yirmidört saat içinde yakalama emrini düzenlemiş bulunan hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmasıdır. Ancak bu süre içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmayan kişi bakımından bir hâkim güvencesi getirilmiş bulunmaktadır. Böylece kişi, en yakın sulh ceza hâkimi huzuruna çıkarılacaktır. Sulh ceza hâkimi, öncelikle, yakalama emrinin geri alınıp alınmadığını, ayrıca huzuruna getirilen kişinin yakalama emrinde belirtilen kişi olup olmadığını araştıracaktır. Yine, örneğin, yakalama emrini düzenleyen hâkim veya mahkeme, bu emrin ekinde, şüpheli veya sanığa yöneltilmek üzere bazı sorular sorulup cevabı alındıktan sonra serbest bırakılmasını isteyebilir. Bütün bu durumlarda, soruşturulduğu veya kovuşturulduğu yer dışında yakalanan kişinin gereksiz yere mağdur edilmesi önlenmiş olacaktır. Yakalama emri geri alınmışsa, yakalanan kişi yakalama emrinde belirtilen kişi değilse ya da somut durumda bu kişinin yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmesine gerek bulunmamakta ise, sulh ceza hâkimi kişiyi serbest bırakacaktır. Buna karşılık yakalanan kişinin yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmesi gerekmekte ise, gönderme işlemi de hâkim güvencesinde ve onun kararıyla olacaktır. Bu durumda hâkim, sevk tutuklaması kararı verecektir. Kararda, kişinin gönderileceği hâkim veya mahkeme ile ne zamana kadar götürülmesi gerektiği hususu belirtilecektir." şeklinde açıklanmıştır. Maddenin Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında, "...mahkemeye gönderilmek üzere tutuklanır." cümlesine açıklık getirilmesi için "mahkemeye" ibaresinden sonra gelmek üzere "en kısa zamanda" ibaresi eklenmiş bu şekilde maddenin uygulanmasına açıklık getirilmiş ve olası hak ihlallerinin de asgariye indirilmesi amaçlanmıştır.

İç hukuktaki diğer pozitif hukuk normları incelendiğinde; Anayasa'nın 19. maddesinde ve CMK'da hürriyeti kısıtlamanın çok sıkı koşullara bağlandığı, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişilerin kısa sürede durumları hakkında bir karar verilmesini ve serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvuru haklarının bulunduğu ve yine bu esaslar dışında bir işleme uğrayan kişilerin uğradıkları zararların devletçe ödeneceği hükme bağlanmış, Anayasa'nın 90/son hükmü uyarınca, iç hukuka göre uygulama önceliğine sahip bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5/3. maddesinde de, "yakalanan veya

Yine bir kısım nedenler yönünden hüküm veya kararların kesinleşmiş olması dava şartı ve bu şartın davanın açıldığı tarihte aranma-

tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya ya-sayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Saliverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.” hükümlerine yer verilmiştir.

Davacının hukuki durumu bu kapsamda değerlendirildiğinde;

Antalya Cumhuriyet Başsavcılığının 2007/26257 soruşturma numaralı dosyasında, davacı Tuncay Gültekin hakkında Dolandırıcılık suçundan yürütülen soruşturma kapsamında, Antalya 2. Sulh Ceza Mahkemesinden davacı hakkında yakalama kararı çıkartılması talep edildiği, davacı hakkında 16.07.2007 gün ve 2007/1490 sayı ile yakalama müzekkeresi düzenlendiği, davacının bu yakalama kararına istinaden 08.01.2010 tarihinde Ankara’da yakalandığı, yirmidört saatlik bir zaman dilimi içinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca, Ankara 4. Sulh Ceza Mahkemesine sevk edildiği, Antalya 2. Sulh Ceza Mahkemesince sanık -davacı hakkında CMK’nın 94. maddesi uyarınca tutuklanma kararı da verildiğinden Ankara 4. Sulh Ceza Mahkemesince 08.01.2010 gün ve 2010/33 Değişik iş sayı ile davacının açık kimliği saptanıp, CMK’nın 147. maddesindeki hakları hatırlatılıp, müdafii huzurunda beyanı alındıktan sonra, sanık hakkında CMK’nın 94. maddesi uyarınca (yol tutuklaması) tutuklanmasına, hakkında tutuklama müzekkeresi düzenlenmesine ve Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla tutuklandığının yakınlara bildirilmesine karar verildiği, 08.01.2010 tarihli tutuklama müzekkeresine istinaden aynı gün cezaevine konulan davacının (sanık) 17.02.2010 günü Antalya Cumhuriyet Başsavcılığına getirilerek hakim önüne çıkarılmadan, Sulh Ceza Mahkemesince sorgusu yapılmadan, sadece Cumhuriyet savcısı huzurunda ifadesi alındıktan sonra aynı gün Ankara’ya gönderildiği, davacının Antalya Cumhuriyet başsavcılığının, Ankara Cumhuriyet başsavcılığına gönderdiği yazıya istinaden 05.03.2010 tarihinde tahliye edildiği,

Antalya – Ankara arası kısa bir mesafe olmamakla birlikte, davacının mümkün olan en kısa sürede Antalya 2. Sulh Ceza Mahkemesine gönderilmesi mümkündür, bir an için aynı gün gönderilmesinin mümkün olmadığı kabul edildiği takdirde dahi en geç bir sonraki gün Antalya 2. Sulh Ceza Mahkemesine gönderilebilirdi, diğer yönden yargının yaygın olarak kullandığı Ulusal Yargı Ağı üzerinden de görüntülü olarak sorgusu yapılabilir, yargılamayı yapan ceza mahkemesince tutuklanır veya serbest bırakılabilirdi. Bu açık yasal düzenlemeler ve yasadaki emredici hükümlere rağmen gerektirici hiçbir neden bulunmamasına karşın sanık yakalanıp cezaevine konulduktan 56 gün sonra sorgusunu yapmaya yetkili hakim önüne çıkartılmadan tahliye edildiği, 56 günlük süre kanunun öngördüğü en kısa süre olmadığı gibi makul süre olarak dahi kabulüne imkan bulunmamaktadır. Tüm bu nedenlerle davacı hakkında makul bir tazminata hükmedilmesi yerine, yasal koşulları dava tarihi itibarıyla oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi, (12.CD.-18.03.2014-2013/28276-2014/6684)

sı gerektiği konusunda tereddüt bulunmamakta ise de, henüz yargılama devam ederken veya verilen karar kesinleşmeksizin dayanılan karar veya hükmün kesinleşmesi halinde, HMK'nın 114 vd. madde hükümleri ile usul ekonomisi gerekçeleriyle, talebin esasıyla ilgili karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁹

E) Tazminat isteminin şekli, dilekçeye eklenecek belgeler, sonuç ve başvurulacak kanun yolları;

466 sayılı Kanun'un, 2. maddesinin 2 ve 3. fıkralarındaki düzenlemelere benzer şekilde, CMK'nın 142. maddesinin 3. fıkrasında da, tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesinde, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini belirtmesi ve bunları ispatlayacak belgeleri eklemesinin zorunlu olduğu belirtilerek, 4. fıkrasında, dilekçe ekindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkemece, eksikliğin bir ay içinde giderilmesi, aksi hâlde istemin reddedileceğinin ilgiliye duyurulacağı, süresinde eksiğin tamamlanmaması halinde, dilekçenin mahkemece

¹⁹ Tazminat davasının hükmün kesinleşmesinden itibaren açılmasını öngören CMK'nın 142/1. maddesi, tazminat istemeye hak sahibi olan kimsenin soruşturma ve kovuşturmanın akıbetini ve kesin sonuca bağlanışını takip ederek dava hakkını gecikmeden kullanması öngörülerek düzenlenmiştir. Dava açma süresi en fazla kararın kesinleşmesinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Kararın kesinleşmesinden önce açılan davalar bakımından CMK'nın 142/3. maddesi gereğince davanın en önemli dayanağını teşkil eden beraat hükmünün veya kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmediğinin anlaşılması durumunda mahkemece dilekçenin reddi kararı verilmelidir. İtirazı kabil bu karar sonrası davacı kararın kesinleşmesini bekleyip yeni bir dava açtığı takdirde derdest dava söz konusu olmayacağı gibi, dosyanın geçirdiği safahat sonrası kanunda öngörülen süreler bakımından da davacının dava hakkı ortadan kalkmayacaktır.

İncelenen dosya kapsamına göre, dava tarihinde hüküm kesinleşmediğinden dava şartı gerçekleşmemiş ve dolayısıyla henüz süre işlemeye başlamamış ise de, açılan davanın temyiz incelemesi sırasında, tazminat davasına konu karar kesinleştiğinden dava şartı yargılama aşamasında gerçekleşmiştir. "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması"nı yargıya bir görev olarak yükleyen Anayasa'nın 141/son maddesi hükmü uyarınca yargılamaya devamla, bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi, (12.CD.-245.02.2014-2013/26271-2014/4579)

reddolunacağı²⁰ ve ret kararına karşı itiraz yasa yoluna başvurulabileceği hükmüne yer verilmiştir. Dilekçenin reddi kararına karşı itiraz yasa yoluna başvurulacağı, CMK'nın 142/3. maddesinde açıkça belirtildiği halde, 466 sayılı Kanun'un 2. maddesinde böyle bir hüküm bulunmamasıyla birlikte yargı kararlarıyla dilekçenin reddi kararının itiraz kanun yoluna tabi olduğu kabul edilmiştir.²¹

²⁰ 5271 sayılı CMK'nın 142/4. maddesi gereğince dava dilekçesinin reddine ilişkin kararlar itiraza tabi olup, temyiz kabiliyeti bulunmadığından temyiz incelemesi yapılmaksızın, gereğinin merciiince yerine getirilmesi için dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na TEVDİİNE, (12.CD-03.02.2014-2013/27186-2014/2341)

²¹ Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, 466 sayılı Yasa uyarınca açılan tazminat davasında Yerel Mahkemece incelenmeye başlandıktan sonra verilen dava dilekçesinin reddine ilişkin kararın temyizinin mi, yoksa itirazının mı mümkün olduğu noktasında toplanmaktadır.

466 sayılı Yasanın 2. maddesinin 2.fıkrasında, "Dilekçede, zarar isteminde bulunan kimsenin açık adresinin, zarara sebebiyet verdiği ileri sürülen işlemlerin özetinin, zararın dayandığı sebepler ile sübut delillerinin ve tazmini istenen zararın neden ibaret olduğunun yazılı olması ve sübut delillerinin dilekçeye bağlı olarak verilmesi gereklidir. Dilekçeye delillerini bağlı olarak ibraz etmeyenlere Mahkeme, delillerini ibraz için 1 aylık süre verir.";

3.fıkrasında ise, "Yukarıdaki fıkrada yazılı hususları kapsamayan dilekçe, mahkeme kararıyla reddolunur." hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümlere göre dava dilekçesinin, yasal koşul ve belgeleri kapsamaması nedeni ile reddolunması halinde, yasal süresi içinde eksikliklerin tamamlanması suretiyle yeniden başvuruda bulunulması olanağının bulunduğu açıktır. Bu nedenle de bu hükümler uyarınca dava dilekçesinin reddine ilişkin olarak verilen kararlar aleyhine "itiraz" yasa yoluna başvurulabilecektir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 20.6.1988 gün ve 210-278 sayılı, 10.4.1989 gün ve 82-136 sayılı kararlarında da bu husus açıkça vurgulanmıştır.

466 sayılı Yasanın 3.maddesinin 1. ve 2. fıkralarında tazminat istemi konusunda esasa ilişkin incelemenin ne şekilde yapıp, kararın nasıl verileceği gösterilmiş ve aynı maddenin 3.fıkrasında, "Bu karar aleyhine tebliğ tarihinden başlayarak bir hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir." hükmüne yer verilerek, hangi kararlara karşı "temyiz" yasa yoluna başvurulabileceği kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıkça belirlenmiştir. Buna göre, süresinde yapılan tazminat istemi konusunda bütün kanıtlar toplandıktan sonra, bu kanıtlar değerlendirilerek tazminat isteminin yerinde olup olmadığına ilişkin değerlendirmeyi içeren kararlar için "temyiz" yasa yoluna başvurulması olanaklıdır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu somut olay değerlendirildiğinde; Davacılar Mehmet Salih ve Ömer vekili olduğunu bildiren Avukat Sedat Çınar 26.3.1000 tarihli dava dilekçelerinde, davacılar hakkında TCY'nın 169 ve 3713

CMK'nın 142. maddesinin 5. ve müteakip fıkraları uyarınca; mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.

Mahkemece, istemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında gerekli gördüğü her türlü araştırma yapılır veya naip hâkim marifetiyle yaptırılır.

Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir.²² İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilir.

sayılı Yasanın 5.maddeleri uyarınca açılan kamu davasında Diyarbakır 4 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesince beraat kararı verildiğini, bu yargılama sırasında davacıların haksız olarak gözaltında ve tutuklu kaldıklarını belirtip her biri için ikişer milyar lira manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Yerel Mahkemece 12.4.1999 günü tensip kararı ile bir mahkeme üyesi naip hakim olarak görevlendirilmiş ve davacıların ekonomik durumlarının araştırılması için yazı yazılmıştır. Kollukça bu hususta yapılan araştırma sonucunda dava dilekçesinde gösterilen adresten 8 yıl önce ayrıldıklarının bildirilmesi üzerine Yerel Mahkemece, dava tarihinde davacıların dilekçede bildirdikleri adreste ikamet etmediklerinden dava dilekçelerinin, 466 sayılı Yasanın 2.maddesinde belirtilen yasal unsurları taşımadığından bahisle reddine karar verilmiştir. Görüldüğü gibi, Yerel Mahkemece tazminat isteminin yerinde olup olmadığı hususunda kanıtlar irdelenerek bir değerlendirme yapılmamış, dava dilekçesinin yasal koşulları taşımadığı kabul edilerek açıkça dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir. Esasa ilişkin inceleme yapılmak üzere naip hakim görevlendirilmesi, yapılan incelemeye dayalı olarak dava dilekçesinin yasal koşulları taşımadığı hususunda bir değerlendirme yapılmasına ve bunun sonucunda dava dilekçesinin reddine karar verilmesine engel olmayıp bu doğrultudaki bir kararı da temyiz davası açılabilir bir karar haline getirmez.

Bu itibarla dava dilekçesinin reddine ilişkin Yerel Mahkeme kararı hakkında başvurulması gereken yasa yolu "itiraz" olup, davacılar vekilinin temyiz dilekçesini, itiraz dilekçesi olarak kabul eden Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmadığından Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir. (CGK.-03.10.2000-173/180)

²² Haksız işlem tarihi itibarıyla 5271 sayılı CMK'nın 142/7 maddesi gereğince kararın verildiği duruşmaya Cumhuriyet savcısının katılmaması suretiyle CMK'nın 188/1. maddesine muhalefet edilmesi, (12.CD.- 20.01.2014-2013/24682-2014/929)

Bu karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır. Ancak, henüz Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçmediğinden, 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir. Temyiz istemi 1412 sayılı CMUK'un 310. maddesi uyarınca bir haftadır. Temyiz edilebilirlik (kesinlik) sınırı, 1412 sayılı CMUK'un 305. maddesine göre değil, HUMK'un halen uygulanmakta olan 427. maddesine göre belirlenmekte ve kesinlik sınırının belirlenmesinde,²³ maddi ve manevi tazminat miktarları toplamı birlikte gözönüne alınmaktadır. Yine, temyizle ilgili olarak HUMK ve HMK'nun katılma yoluyla temyiz²⁴ hükümleri de uygulanmaktadır.^{25,26}

²³ 6100 sayılı HMK'nun geçici 3. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan ve 21.07.2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik HUMK'nun 427 ve Ek 4. maddelerindeki temyiz sınırı ve hükmolunan tazminat miktarı karşısında hükmün kesin olması nedeniyle davalı Hazine vekilinin, temyiz itirazlarının 1086 sayılı HUMK'nun 432. maddesi gereğince isteme uygun olarak REDDİNE, (12.CD.- 24.06.2014-2384-2014/15522)

²⁴ 21.07.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanununun 2. maddesi ile değişik 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesindeki temyiz sınırı ve hükmolunan tazminat miktarına göre, hüküm davalı hazine yönünden kesin nitelikte ise de, dairesimizce benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.02.2013 gün ve 2012/9-1384 esas, 2013/68 sayılı kararında da belirtildiği üzere, dava dilekçesinde talep edilen tazminat miktarının reddedilen bölümünün temyiz sınırının üzerinde olması ve davacı vekili tarafından hükmün temyiz edilmiş olması karşısında, davalı Hazinesinin buna bağlı olarak hükmü temyiz etme hakkı doğduğu anlaşılmakla, hükmün kesin ve temyiz edilemez nitelikte olduğu belirtilerek, davalı Hazine vekilinin temyiz talebinin reddini öneren tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir. (12.CD.- 10.02.2014-2013/27392- 2014/3118)

²⁵ Davacı vekili hükmü süresinde temyiz etmemekle birlikte, davalı hazine vekilinin temyiz dilekçesinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde verdiği cevap dilekçesinde hükme ilişkin itirazlarını bildirerek, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 366 maddesi delaletiyle 348. maddesi hükümlerine uygun olarak katılma yoluyla temyiz talebinde bulunduğu, davacı vekilinin kanuni süresinden sonra sunduğu temyiz istemini içeren dilekçenin, süre yönünden esasen davalı idare vekilinin temyiz istemine bağlı olarak doğan tamamlayıcı temyiz ve cevap dilekçesi mahiyetinde olduğu ve davalı hazine vekilinin temyiz istemine dayalı olarak varlık kazanmış olan davacı vekilinin temyiz isteminin, hükmolunan tazminat miktarı itibarıyla kesinlik yönünden davalı hazine vekilinin temyiz isteğinin reddi nede-

466 sayılı Kanun uyarınca yapılan istemlerde ise, duruşmalı inceleme usulü uygulanmamakta, ancak Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaktadır. Bu husus dışında diğer konularda her iki kanunun uygulanmasında bir farklılık bulunmamaktadır. 466 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca duruşma yapılması zorunluluğu bulunmamakta ve duruşmasız yapılan incelemeler kanuna aykırı görülmemekte ise de, AİHM'nin Göç/Türkiye davasındaki kararı karşısında bu kanuna dayalı tazminat istemlerinin de duruşmalı yapılmasında zorunluluk bulunduğu düşünülmektedir.

F) Tazminat miktarı;

Haksız tutuklama nedeniyle gerçek maddi zararın saptanmasında, subjektif taktir yerine, somut delillere dayanılarak zarar miktarı belirlenmelidir.²⁷ Gerçek zarardan maksat, zarara uğrayanın halen

niyle davalı vekilinin temyiz istemine bağlı olarak incelenmesi gerektiği anlaşıl-
makla yapılan incelemede;

Davacı vekilinin yüzüne karşı 10.09.2012 tarihinde verilen hüküm, CMUK'un 310/1. maddesinde öngörülen yasal bir haftalık süre geçtikten sonra 27.09.2012 tarihinde temyiz ettiğinin anlaşılması karşısında; davacı vekilinin temyiz talebinin süre yönünden reddi ve hükümden önce 21.07.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanununun 2. maddesi ile değişik HUMK'un 427. maddesindeki temyiz sınırı ve hükmolunan tazminat miktarı karşısında, kararın kesin olması nedeniyle davalı Hazine vekilinin temyiz talebinin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 317. maddesi gereğince REDDİNE, 15.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. (12.CD-15.01.2014-2013/25990-2014/527)

²⁶ ...hükmün davacı vekiline 09.07.2012 tarihinde tebliğ edildiği ancak davacı vekili hükmü süresinde temyiz etmemekle birlikte, davalı tarafın temyiz dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren süresi içinde verdiği cevap dilekçesinde hükme ilişkin itirazlarını bildirerek, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine uygun olarak katılma yoluyla temyiz isteğinde bulunduğuunun anlaşılması karşısında tebliğnamedeki davacının temyiz isteminin reddini isteyen görüşe iştirak edilmemiştir. (12.CD-21.01.2014-2013/25748- 2014/1050)

²⁷ Elkoyma işlemi 24.01.2008 tarihinde yapılmış olup, Artvin Ağır Ceza Mahkemesinin 13.02.2009 tarihli 2009/60 Değişik iş sayılı kararı ile birlikte araçların iadesine karar verilmiş, 20.03.2009 tarihinde fiilen teslimatlar yapılmış olup böylece dava konusu araçlara 386 gün süreyle el konulduğu, elkoyma CMK hükümlerine uygun olarak yapılmış, ancak el koyma koruma tedbiri nedeniyle tazminat verilmesini öngören CMK'nın 141/1-j maddesi gereğince el konulan araçların "za-

mevcut mal varlığı ile uygulanan koruma tedbiri olmasaydı bu mal varlığının olacağı hal arasındaki farktan ibarettir. Eğer zarara uğrayan, zarar miktarını belirleyebilecek herhangi bir bilgi ve belge sunamamışsa,²⁸ maddi zarar, tutuklu kalınan dönemde geçerli net asgari ücret üzerinden hesaplanmalı,²⁹ asgari ücret üzerinden hesaplama-

manında geri verilmemesi" nedeniyle davacıların oluşan zararları nedeniyle tazminata hak kazandığı anlaşılmakla;

Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre; davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Davacıların sahibi ve yöneticisi oldukları Gürcistan uyruklu A.B.S. Trans Ltd. şirketine ait araçlara 24.01.2008 – 13.02.2009 tarihleri arasında kaçakçılık suçu iddiasıyla haksız olarak el konulduğu nedeniyle 5271 sayılı CMK'nın 141. ve devamı maddeleri gereğince tazminat davası açıldığı, tazminat istemine dayanak teşkil eden Artvin Ağır Ceza Mahkemesinin 13.02.2009 tarihli 2009/60 Değişik iş sayılı dosyasında bahse konu araçlara ilişkin iade kararının verildiğinin anlaşılması karşısında davacıların zararının el koyma tarihi olan 24.01.2008 ile iade kararı tarihi olan 13.02.2009 tarihi arasındaki süreyi kapsayabileceği belirlenerek, öncelikle davacılar için araçların Türkiye ile Gürcistan ülkesi arasında yük taşımak üzere giriş çıkış yaptığı tarihlerin belirlenmesi ve haksız el koymaya konu olan araçların sahibi olan firmanın gerçek zararının belirlenebilmesi bakımından; firmanın 2007, 2008 ve 2009 yıllarına ait vergi beyannameleri getirtilerek dava konusu araçların ticari faaliyetinden elde edilen gelirin resmi olarak ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılarak gerçek zararın tespiti gerekirken, el koyma döneminde durmaksızın ticari sefer yapılacağını öngören bilirkişi raporuna itibarla maddi zararın yazılı şekilde belirlenmesi, (12.CD-14.01.2014-2013/25939-2014/324)

²⁸ Davacının 23.09.2009 - 22.02.2011 tarihleri arasında 517 gün süreyle tutuklu kaldığı, bu dönem içerisinde maddi zararını resmi bir belgeyle ispatlayamadığı nazara alınarak, davacının vasıfsız bir işçi gibi değerlendirilerek tutuklu kaldığı dönemde geçerli olan net asgari ücret üzerinden kesinti yapılmadan hesaplanacak miktarın maddi tazminat olarak ödenmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden kolluk araştırma tutanağına göre saptanan miktarın maddi zararın hesaplanmasında kıstas alınması, davacı yararına hükmedilen toplam tazminat miktarına göre karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca nisbi vekalet ücreti yerine maktu vekalet ücretine hükmedilmesi, (12.CD-14.01.2014-2013/25732-2014/301)

²⁹ 1-Haksız tutuklama nedeniyle gerçek maddi zararın saptanmasında, subjektif takdir yerine hesaplamada belirli ölçülerin ve belgelerin esas alınması ve ödenmesine hükmedilecek maddi zararın, gerçek zararların karşılığı olacak delillerle kanıtlanması gereklidir. Zarar, zarara uğrayanın halen mevcut mal varlığı ile uygulanan koruma tedbiri olmasaydı bu mal varlığının olacağı hal arasındaki farktan ibarettir.

da hafta sonu, dini ve milli bayram tatilleri nedeniyle indirim yapılmamalıdır.³⁰³¹ Davacının, fiilen çalışmayacak bir konumda olmuş olması halinde de, maddi bir kaybının olduğu kabul edilerek tazminat miktarı, geçerli net asgari ücret üzerinden belirlenmelidir.³²

Manevi tazminat miktarı belirlenirken objektif bir kriter olmakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre, tutuklama tarihi ile

Somut olayda, davacının tutuklanmadan önce çalışmasına ilişkin herhangi bir belge ibraz etmediği, bu nedenle maddi zararın, tutuklu kalınan dönemde geçerli net asgari ücret üzerinden hesaplanması gerektiği gözetilmeden, soyut iddiaya ve varsayımına dayalı gerekçeyle maddi tazminat tayini,

2-Manevi tazminat miktarı belirlenirken objektif bir kriter olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre, tutuklama tarihi ile tazminat davasının kesinleştiği tarihe kadar ele geçecek parasal değer ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle hak ve nasafet kurallarına uygun makul bir miktar olarak tayin ve tespiti gerekirken, davacı lehine bu ölçütlere uymayacak miktarda az manevi tazminata hükümlenmesi, (12.CD-24.06.2014-2014/1999-2014/15530)

³⁰ ... asgari ücret üzerinden maddi tazminata hükmedilmiş olması karşısında hesaplamada hafta sonu, dini ve milli bayram tatilleri nedeniyle indirim yapılamayacağına dikkate alınmaması, (12.CD-13.01.2014-2013/24650-2014/28)

³¹ Asgari ücret üzerinden maddi tazminata hükmedilmiş olması karşısında hesaplamada hafta sonu, dini ve milli bayram tatilleri nedeniyle indirim yapılamayacağına dikkate alınmaması ve her ne kadar davacı vekili tarafından davacının haksız tutuklama nedeniyle maddi ve manevi zarara uğradığını belirten dava dilekçesinde "dava tarihinden itibaren" yasal faiz talebinde bulunulmuş ise de, sonradan 09.10.2012 tarihli duruşmada "ıslah" suretiyle davacı vekilinin faiz tarihinin başlangıç tarihi olarak "tutuklama tarihi" olması istemiyle, faiz konusundaki talebini ıslah etmesi karşısında, bu husus da nazara alınarak davacı yararına hükmedilen tazminat miktarları için yasal faizin tutuklama kararının verildiği tarihten itibaren verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, (12.CD-14.01.2014-2013/26361-2014/313)

³² ... tutuklandığı tarihte öğrenci olan davacının maddi kaybı ile ilgili itibar edilecek belge ibraz edilmesi halinde bu husus nazara alınarak maddi zararının belirlenmesi, herhangi bir belge ibraz edememesi halinde ise tazminat istemine konu işlem tarihindeki yaş durumu dikkate alınarak belirlenen yaş grubu için net asgari ücret üzerinden hesaplanacak miktarın maddi tazminat olarak verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, maddi tazminata ilişkin talebin reddine karar verilmesi, (12.CD-15.01.2014-2013/25244-2014/545)

tazminat davasının kesinleştiği tarihe kadar (eklenecek faiz miktarı da gözetilerek) ele geçecek parasal değer ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle hak ve nasafet³³ kurallarına uygun makul bir miktar olarak tayin ve tespit edilmelidir.

³³ ...Teorik olarak hiçbir parasal miktar, kişinin yaşadığı manevi olumsuzlukları tam olarak giderme imkanına sahip olmadığı gibi bunları net olarak ölçme imkanı da bulunmamaktadır. Ancak tazminat kurumunun düzenlenme amacı, oluşan manevi zarar tam olarak giderilmese de bir ölçüde bunu giderme ve tatmin olmakla birlikte kişinin haksız zenginleşmesinin önüne geçme amacı da gözetilmelidir.

Nitekim bu husus Yargıtay CGK'nun 11.05.2009 gün ve 9-102/115 sayılı kararında, manevi zarar; tutuklanan şahsın sosyal çevresinde itibarının sarsılması, hürriyetinden yoksun kalınması nedeniyle duyulan elem ve ızdırap ve ruhi sıkıntıların bir nebze de olsa giderilmesi amacına yöneliktir. Manevi zararın tümüyle giderilmesi olanaksız ise de, tayin edilecek manevi tazminat kişinin acı ve ıstıraplarının dindirilmesinde, sıkıntılarının azaltılmasında etken olacaktır. Bu nedenle manevi tazminata hükmedilirken kişinin cezaevinde kaldığı süre, sosyal ve ekonomik durumu, toplumsal konumu, atılı suçun niteliği, tutuklamanın şahıs üzerinde bıraktığı olumsuz etkiler dikkate alınarak, zenginleşme sonucu doğurmaya- cık, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşır bir miktar olmasına özen gösterilmelidir şeklinde belirtilmiştir.

Tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde; işkence suçundan hapis cezasına mahkum edilen ve cezası kesinleşen sanık ...'nın olay tarihinde Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesi'nde askeri savcı olarak görev yaptığı ve Kayseri ilinde meydana gelen bir olaya ilişkin olarak mahallinde yürüttüğü soruşturmada, 07.03.2009 tarihinde davacıyı gözaltına aldırıldığı, davacının önce Kocasinan ardından Melikgazi İlçe Jandarma Komutanlığı nezarethanelerinde tutulduğu, sanık ve kimliği belirlenemeyen kişilerce sorgulandığı, sanık ...'nın davacıyı isteği doğrultusunda ifade vermeye zorladığı, bunu temin etmek için çeşitli vaatlerde bulunduğu, istediği ifadeyi vermemesi halinde ise meslekten attıracağını söylediği, davacının istediği yönde ifade vermemesi üzerine bunu sağlamak amacıyla dosya kapsamındaki beyanına göre hipnoz ve zihin kontrolü konusunda çalışmaları olan emekli subay sanık G... D... 'ı tüm yol ve konaklama masrafları Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nca karşılamak üzere İzmir'den çağırıldığı, Kayseri'ye gelen sanık G... D... 'ın davacının sorgulanmasına ilişkin hiçbir resmi görevi olmamasına rağmen geceleri sabaha kadar süren zaman dilimi içinde yakın mesafeden gözüne bakmasını isteyerek davacıya sorular sorduğu, ayakta tutarak ve uyutmayarak iradesini zayıflatmak suretiyle üzerine atılı suçu ikrara zorladığı, davacının 11.03.2009 tarihine kadar gözaltında, bu tarihten sonra da 17.03.2009 tarihine kadar disiplin cezası gerekçesiyle oda hapsinde tutulduğu, 19.03.2009 tarihinde ilk kez Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinin huzuruna çıkarıldığı, davacının gözaltında kaldığı süre içerisinde geceleri sanık G... D..., gündüzleri de sanık A... Z... Ü... ve kimliği belirlenemeyen kişiler tarafından sorgulandığı, geceleri uyumasına izin verilmediği, uzun süre uykusuz bırakıldığı, uyudu-

Faiz talebinde bulunulması halinde, talep de nazara alınmak suretiyle³⁴³⁵ faize hükmedilmelidir. Faiz başlangıcı için herhangi bir süre

ğında ise kısa sürede tekrar uyandırıldığı, düzenli yemek verilmeyerek aç bırakıldığı, kendisine ve ailesine yönelik tehdit ve hakaret sözlerine maruz bırakıldığı, asgari koşullara sahip olmayan nezarethanelerde tutulduğu, hipnoz yöntemiyle iradesinin etki altına alınmaya çalışıldığı, 5271 sayılı CMK'nın 91. vd. maddeleri ile benzer düzenleme içeren 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 80. maddesine aykırı olarak gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin kararların davacıya tebliğ edilmediği ve gözaltına alındığının yakınlarına bildirilmediği, soruşturma kapsamında davacıya suç yeri itibarıyla Kayseri Barosu tarafından müdafî atanması gerekirken sanık A...Z... Ü... tarafından davacıya bu konuda talebi de sorulmadan Ankara Barosuna kayıtlı iki avukat çağrıldığı, böylece davacının insan onuruyla bağdaşmayan bedensel ve özellikle ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açan davranışlara maruz kaldığı, bunun sonucunda davacı hakkında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun verdiği raporda, korku duyma, uykudan uyanma, kâbus görme, geleceğinin kalmadığını düşünme gibi ruhsal etkilenme bulgularının belirlenmesi ile ruhsal travmanın oluştuğu tespit edilen davacı hakkında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141. ve devamı maddelerine göre öngörülen manevi tazminat miktarı belirlenirken objektif bir kriter olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, gözaltına alınmasına ve tutuklanmasına neden olan olayların cereyan tarzı, tutuklulukta geçirdiği süre, tazminat davasının kesinleştiği tarihe kadar davacının elde edeceği parasal değer ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle, hakkaniyet ölçüsünü aşmayacak bir şekilde, hak ve nasafet kurallarına uygun makul bir miktar olarak tayin ve tespiti gerekirken, davacı için öngörülen manevi tazminat miktarının bu ölçülere uymayacak şekilde eksik tayini, (12.CD-28.01.2014-2013/14006-2014/1780)

³⁴ 1-Nesnel bir ölçüt olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle, hak ve nesafet kurallarına uygun makul bir miktar olarak tayin ve tespiti gerektiği, bu itibarla tazminat davasının kesinleştiği tarihe kadar davacının elde edeceği parasal değer dikkate alınıp, birlikte değerlendirildiğinde davacı lehine belirlenen ölçütlere uymayacak miktarda fazla manevi tazminata hükmolunması,

2-Dava dilekçesinde, haksız yakalama tarihinden itibaren faiz talebinde bulunulması karşısında, davacı lehine hükmedilen maddi ve manevi tazminatlara haksız tutuklama tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmesi,(12.CD-13.01.2014-2013/24575-2014/53)

³⁵ Dava dilekçesinde, haksız tutuklama tarihinden itibaren faiz talebinde bulunulması karşısında, davacı lehine hükmedilen maddi ve manevi tazminatlara haksız gözaltı tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmesi, (12.CD.- 20.01.2014-2013/26435-2014/933)

belirtilmemişse dava tarihinden itibaren faize karar verilmeli,³⁶ başlangıçta faizin istenmemiş olması veya başlangıcının belirtilmemiş olması halinde, ilk derece mahkemesince hüküm verilmeye kadar ıslah yoluyla talep edilebileceğinden, ıslah³⁷ istemi varsa bu talep dikkate alınarak karar verilmelidir.

Bir kısım suçlardan mahkûmiyet bir kısım suçlardan ise beraat halinde, mahkûmiyet suresi suç tarihine eklenip, kalan sürenin tazminatı gerektirdiği göz önüne alınmak suretiyle, faiz başlangıç tarihi buna göre belirlenmelidir.³⁸

³⁶ Yasal faizin tarih belirtilmeksizin talep edilmesi karşısında kabul edilen maddi ve manevi tazminat miktarlarına dava tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmesi yerine talepten fazla olacak şekilde tutuklama tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmesi, (12.CD.- 21.01.2014-2013/24437-2014/1043)

³⁷ 1- Dava dilekçesinde her ne kadar 1.750 TL maddi tazminat talebinde bulunmuş ise de, sonradan "ıslah" suretiyle bu hususta sözlü veya yazılı talepte bulunulması mümkün olup davacı vekili tarafından dosyaya sunulan 17.04.2012 havale tarihli dilekçe ile maddi tazminata ilişkin talep konusunun 5.127,23 TL olarak değiştirilmiş olması ve dairemizce benimsenen görüşe göre; tutuklandığı tarihte öğrenci olan davacının maddi kaybı ile ilgili itibar edilecek belge ibraz edilmesi halinde bu husus nazara alınarak maddi zararının belirlenmesi, belge ibraz edememesi halinde de tazminat istemine konu işlem tarihindeki yaş durumu dikkate alınarak bu yaş grubu için belirlenen net asgari ücret üzerinden hesaplanacak miktarın da hüküm altına alınması gerektiğinin gözetilmemesi,

2- Dava dilekçesinde, talep edilen manevi tazminat yönünden, haksız tutuklama tarihinden itibaren faiz talebinde bulunulması ve davacı vekili tarafından dosyaya sunulan 17/04/2012 havale tarihli ıslah dilekçesi ile maddi tazminat yönünden de, haksız tutuklama tarihinden itibaren faiz talebinde bulunulmasına karşın, davacı lehine hükmolunan manevi tazminata tahliye tarihinden, hükmolunan maddi tazminata ise, 01.03.2011 tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmesi, (12.CD.- 03.02.2014-2013/25799- 2014/2333)

³⁸ Davacının tazminat isteminde faiz talep etmesi karşısında, üzerine atılı Suç için örgüte üye olmak ve Uyuşturucu ticareti suçları sebebiyle 1217 gün süreyle tutuklu kaldığı ancak eyleminin Uyuşturucu ticareti yapmak suçu kapsamında kalması nedeniyle hakkında 2 sene 1 ay hapis cezasına hükmedildiği, davacının gözaltına alındığı 19.12.2007 tarihine neticeten aldığı 2 sene 1 ay hapis cezasının eklenmesi suretiyle bulunan 20.01.2010 tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi, (12.CD-14.01.2014-2013/26447-2014/322)

Davanın tamamen reddi halinde davalı hazine lehine vekâlet ücretine hükmolunacaktır.³⁹ Davanın, kısmen veya tamamen kabulü halinde ise davayı vekil ile takip eden davacı lehine karar tarihinde yürürlükte bulunan avukatlık asgari ücret tarifesinin 13/4. maddesi ve tarifenin üçüncü kısmı gereğince, ikinci kısmın ikinci bölümünün onuncu sırasındaki ücretten az olmamak üzere vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir.⁴⁰

Bu davaların ceza mahkemelerinde görülen istisnai nitelikteki tazminat davaları olduğundan hareketle, CMK'da uygulanabilecek açık bir hükmün bulunmadığı hallerde HMK'nın ilgili hükümleri kıyasen uygulanmalı,⁴¹ Anayasa'nın 19/son maddesindeki "tazminat hukukunun genel prensipleri" ibaresinden de yararlanılmak suretiyle, tazminat hukukuna ilişkin mevzuat hükümleri de uygulamada göz önünde bulundurulmalıdır.

³⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.03.2007 gün ve 2-63 sayılı kararında açıklandığı üzere; ancak davanın tamamen reddi halinde davalı hazine lehine vekâlet ücretine hükmolunabileceği, davanın kısmen kabul edilmiş olması karşısında ise, kendisini vekille temsil ettiren davalı idare lehine vekâlet ücretine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi, (12.CD.- 20.01.2014-2013/24611- 2014/916)

⁴⁰ Ceza Genel Kurulunun dairemizce de benimsenen 20.09.2005 gün, 2005/1-88 esas ve 2005/98 sayılı kararında belirtildiği üzere; davayı vekil ile takip eden davacı lehine karar tarihinde yürürlükte bulunan avukatlık asgari ücret tarifesinin 13/4. maddesi ve tarifenin üçüncü kısmı gereğince, ikinci kısmın ikinci bölümünün onuncu sırasındaki ücretten az olmamak üzere vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, davacı yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan avukatlık asgari ücret tarifesinde belirlenen maktu vekalet ücretinin altında kalacak şekilde nispi vekalet ücreti tayini, (12.CD.- 20.01.2014-2013/24616-2014/915)

⁴¹ Mahkemenin 25.03.2010 tarihli 2008/432 Esas – 2010/72 Karar sayılı ilk hükmüne yönelik davacı vekilinin temyiz talebinin süresinde yapılmaması nedeniyle reddedilmesi ve hükmün yalnızca davalı vekilinin temyizine hasren incelenmesi sonunda Dairemizin 01.02.2012 tarih, 2011/6484 Esas – 2012/1741 Karar sayılı ilamı ile davalı taraf lehine bozulması nedeniyle, bozulan karardaki 175 TL dilekçe yazma ücretine hükmedilmesi gerekirken hükmü temyiz eden davalının aleyhine olacak şekilde davacı lehine 2.400 TL maktu vekalet ücretine hükmedilmesi, (12.CD.- 21.01.2014-2013/25500-2014/1055)

G) Tazminat isteyemeyecek kişiler;

5271 sayılı CMK'nın 144. maddesinde; Kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerden,

Tazminata hak kazanmadığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hâle dönüşenlerin,

Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme,⁴² uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenlerin,

Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenlerin,

Adlî makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini⁴³ veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanların,⁴⁴

⁴² ...cinsel taciz suçundan tutuklu kalan davacı hakkında yapılan soruşturma sonucu şikâyetten vazgeçme nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiği ve davacının 5271 sayılı CMK'nın 144/1-c maddesi gereğince tazminat talep etme hakkı bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek davanın reddine karar verilmesinde usul ve kanuna aykırı yön bulunmadığı, (12.CD.- 13.01.2014-2013/25814-2014/51)

⁴³ Haksız tutuklama nedeniyle tazminat davalarında halen geçerliliğini koruyan 02.05.1977 gün 1-1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında belirtildiği gibi beraat kararı gerekçesinin irdelenmesine olanak bulunmadığına dair görüşü, CMK'nın 144/1-e bendindeki düzenlemenin TCK'nın 270. maddesindeki anlamda bir başkasının suçunu üstlenme fiilleri bakımından geçerli olup hazırlık soruşturması aşamasında sanığın suçunu ikrarını kapsamadığı gözetilmeden, davacının bir suç soruşturması sırasında kanuna uygun olarak yakalanıp, 123 gün tutuklu kaldıktan sonra tahliye edildiği ve hakkında beraat kararı verildiği anlaşıldığından, 5271 sayılı CMK'nın 141. ve diğer maddelerinde belirtilen şartların gerçekleştiği bu nedenle uğradığını iddia ettiği maddi ve manevi zararlar ilgili olarak bir karar verilmesi ve tazminat miktarının tayininde dikkat edilmesi gereken "davacı hakkındaki beraat kararının kanuna uygun olmadığı ve tutuklanmasına kendi kusurlu hareketleriyle sebebiyet verdiği" şeklindeki gerekçeye istinaden taleplerinin reddine karar verilmesi, (12.CD.- 15.01.2014-2013/25220-2014/542)

⁴⁴ ...uyuşturucu ticareti yapmak suçundan beraatine karar verilmekle birlikte davacının amcasının işlediği suçü üstlenmesi nedeniyle TCK'nın 270. maddesi gereğince kamu davası açıldığı, Diyarbakır 2. Çocuk Mahkemesinin 28.10.2009 tarih,

Tazminat isteyemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

Aynı maddenin, 1. fıkrasının, gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenlerin, tazminat isteyemeyeceklerine ilişkin (a) bendinin, 11.04.2013 gün ve 6459 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılması ile bu kimselerin durumu tazminat istemeye uygun hale getirilmiş, Dairemizce de, anılan hüküm geçmiş yürütülmek suretiyle, henüz kesinleşmemiş davalarda lehe değerlendirme yapılmak suretiyle, bu kimselerin de tazminat isteyebileceği kabul edilmiş,⁴⁵ kesinleşen davalarda ise bu değişikliğe dayalı olarak tazminat istemeleri kabul edilmemiştir. Ancak mahsup edilmesine rağmen tazminat talebinde bulunulması halinde, hakkaniyete uygun olarak tazminat miktarının belirlenmesi gerektiği, mahsup yapılanlar ile yapılmayanlar arasında bir eşitsizliğin doğmaması için mahsup yapılanlar açısından tazminat miktarının daha az belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁶

2008/517 esas, 2009/508 karar sayılı ilamı ile anılan suçtan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, kararın 15.02.2010 tarihinde kesinleştiği anlaşılmakla,

Yapılan incelemeye, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, davanın CMK'nın 144/1-e maddesi gereğince "adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına/tutuklanmasına neden olanların" tazminat isteyemeyeceği gerekçesiyle nedeniyle tazminat isteminin reddine ilişkin hükme yönelik davacı vekilinin yerinde görülmemen tüm temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, (12.CD.-12.03.2014-2014/534-2014/6198)

⁴⁵ ...5271 sayılı CMK'nın 144/1-a bendini yürürlükten kaldıran ve 11.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 18. maddesindeki düzenleme de gözetildiğinde, davacının tutuklu kaldığı sürenin sabıka kaydına esas teşkil eden mahkûmiyetlerinden mahsup edilmiş olmasının tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyeceği...(12.CD.- 21.01.2014-2013/24578-2014/1048)

⁴⁶ Davacının tazminat talebinin dayanağı olan Kırıkkale 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2006/71 esas, 2007/285 karar sayılı ceza dava dosyasında haksız olarak tutuklu kaldığı sürelerin, tazminat istemine ilişkin dava açıldıktan sonra, Kırıkkale 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2006/719 esas, 2007/148 karar sayılı ceza dava dosyasında 29.05.2012 tarihinde verilen kararlar, aynı dosyada verilen hapis cezasından talep üzerine mahsup edilmiş ise de; hükümden sonra 5271 sayılı Ceza Muhakmesi Kanunu'nun 144/1. maddesinin (1). fıkrasının (a) bendinde tazminat isteyemeyecek kişiler arasında "gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlü-

Bendin uygulanmasında, önce tazminat alanların, bu yasal değişiklik karşısında halen mahsup haklarının bulunup, bulunmayacağı hususu da değerlendirmeye muhtaç bir konu olarak varlığını sürdürmektedir.

Yine bendin uygulanmasında, başka bir hükümlülükten mahsup esas alındığından, aynı tutuklama müzekkeresi ile tutuklananlar yönünden, bir suçtan beraat hükmü,⁴⁷ diğer suçtan da mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, ancak mahkûmiyet süresinin tutukluluk süresinden az olması halinde tazminat verilebileceği kabul edilmekte, bu da özü itibarıyla benzer hukuki durumlarda bulunanlar arasında eşitsizlik yaratmaktadır.

466 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 8. bendindeki, "Aynı cins suçtan mahkûm olanların, itiyadi suçlular ile suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtası haline getirenlerin, maddenin 6 ve 7. bentleri hükümlerinden faydalanamayacağına ilişkin hüküm ile, 4. maddesinin 2. fıkrasındaki "Tazminat talebine esas olan işlemlere tamamıyla kendi ihmali veya kusurlu hareketiyle sebep olanlara tazminat" verilmeyece-

lüğünden indirilenler" şeklindeki düzenleme 30.04.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 18. maddesi hükmü ile yürürlükten kaldırılmış olması karşısında, yargılamaya devamla, uğranıldığı iddia edilen maddi ve manevi zararlar ilgili olarak, diğer yasal koşulların varlığı halinde mahsup durumu da gözetilerek, hak ve nasafet ilkelerine uygun makul bir tazminata hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, (12.CD.-17.03.2014-2013/26374-2014/6474)

⁴⁷ ...hakkında yapılan soruşturma sırasında üzerine atılı Terör örgütü üyesi olmakla birlikte örgüt adına suç işlemek, Terör örgütü propagandası yapmak ve Görevli memura direnmek suçları nedeniyle kanuna uygun olarak 141 gün süreyle tutuklu kaldıktan sonra serbest bırakıldığı, tazminat istemine konu olan Van 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 18.03.2011 tarihli 2010/436 Esas- 2011/108 Karar sayılı ceza dava dosyasında davacı hakkında tutuklandığı Terör örgütü üyesi olmakla birlikte örgüt adına suç işlemek ve Terör örgütü propagandası yapmak suçları nedeniyle beraatine, tutuklamaya konu Görevli memura direnmek suçu nedeniyle ise görevsizlik kararı verilerek dosyanın Asliye Ceza Mahkemesine gönderildiği anlaşılmakla, 5271 sayılı CMK'nın 141. vd maddelerine göre tazminat davası şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından, davacının tutuklanmasına konu olan Görevli memura direnmek suçu nedeniyle verilen görevsizlik kararının akibeti araştırılıp sonucuna göre karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, (12.CD.- 14.01.2014-2013/25381- 2014/320)

ğine ilişkin hüküm, 10.01.1991 gün ve 3696 sayılı Kanun'un 3. maddesi yürürlükten kaldırılmış bulunduğundan, 466 sayılı Kanunda, CMK'nın 144. maddesindeki benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

H) Tazminatın geri alınması ve rücu;

466 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmesi sebebiyle tazminat alanlardan aynı işten dolayı haklarında yeniden dava açılanların;

Beraat kararı sebebiyle tazminat alanlardan beraet hükmü aleyhine muhakemenin iadesi isteminin kabulü ile haklarında yeniden duruşma yapılmasına karar verilenlerin,

Yargılama sonunda, mahkûmiyetlerine karar verildiği takdirde, ödenen tazminatın geri alınacağı hükmüne yer verilmiş, rücu ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak rücu keyfiyetinin düzenlenmemiş olması anılan hüküm açısından herhangi bir eksiklik doğurmayıp, genel hükümler uyarınca rücu mümkündür.

CMK'nın 143. maddesinde de benzer şekilde;

Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlerle,

Yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlere,

Ödenmiş tazminatların mahkûmiyet süresine ilişkin kısmının, Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararla kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınacağı ve bu karara itiraz edilebileceği hükmüne yer verilmiş olup, anılan hüküm 466 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre daha anlaşılır niteliktedir.

Yine aynı maddenin 2 ve 3. fıkralarında rücu keyfiyetine yer verilmiş, maddenin 2. fıkrasındaki; Devletin, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu edeceğine ilişkin hüküm, 18.06.2014 gün ve 6545 sayılı Kanun'un 103. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ise de, aynı hüküm benzer şekil-

de 6545 sayılı Kanun'un 70. maddesiyle 141. maddeye 4. fıkra olarak eklenmiş, önceki düzenlemede kamu görevlileri için rücu düzenlenmiş iken, 4. fıkrada yalnızca hakim ve Cumhuriyet savcılarına rücu hususu düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme, diğer kamu görevlilerine genel hükümler kapsamında rücuya engel oluşturmaktadır.

Rücu için hâkim veya Cumhuriyet savcısının en azından TCK'nın 257/1. maddesi uyarınca mahkûmiyeti gerekmektedir. 257. madde genel görevi kötüye kullanma hükmü olduğundan, görevin kötüye kullanmasının özel bir şekli olan, rüşvet veya zimmet suçlarından mahkûmiyet halinde de, rücu koşullarının gerçekleşeceği unutulmamalıdır.

CMK'nın 143. maddesinin 3. fıkrasında ise; iftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklanma halinde; Devlet tarafından, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu edileceği hükmüne yer verilmiştir.

I) 466 sayılı Kanun'da yer verildiği halde, CMK'nın 141 ile 144. maddelerinde yer verilmeyen hususlar;

466 sayılı Kanun'un, bu kanun hükümlerinin disiplin yönünden yapılan tutuklamalar ve alınan tedbirlere uygulanmayacağına ilişkin 6. madde hükmü ile, 8. maddesindeki "Yabancı devlet tabiiyetinde bulunan kimseler hakkında bu kanunun uygulanması, o devletin Türk vatandaşlarına aynı esasları uygulamakta bulunmasına bağlıdır." şeklindeki hükmüne CMK'nın 141 vd. maddelerinde yer verilmemiş olup, bu hükümlere yer verilmemiş olması CMK'daki düzenlemeler yönünden bir eksiklik ve uygulamada farklılık da oluşturmamaktadır. Zira CMK'nın 141. maddesinin birinci fıkrası açıkça suç soruşturması veya kovuşturmasında bahsetmekte olup, bu ifade 466. maddenin 6. maddesindeki düzenlemeyi de kapsamaktadır. Yine aynı şekilde, haksızlığın giderilmesi açısından, vatandaş veya yabancı ayrımı da bugün için hukuk devletinde kabul edilebilecek bir ölçü değildir.

"Tazminat talebi kabul olunmayan kimsenin sebebiyet verdiği masrafın" kendisine yükletileceğine ilişkin 466 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki hükme, CMK'da yer verilmemiş olması da olumlu kabul edilebilecek bir düzenlemedir.

İ) Sorunlar ve tespitler;

2797 sayılı Yargıtay Kanun'unun 14. maddesi uyarınca hazırlanan, Yargıtay Büyük Genel Kurul Kararı uyarınca, Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarını inceleme yetkisinin, tazminat istemine konu suça bakmakla görevli daireden alınarak, inceleme görevinin müstakil bir daireye verilmesi son derece önemli ve olumludur. Zira bu düzenleme ile bugüne kadar tali bir konu olarak değerlendirilen ve esasında ortak bir standart da belirlenemeyen birçok konu tartışılıp, değerlendirme imkânına kavuşmuştur.

Bu kapsamda, Yargıtay 12. Ceza Dairesince zaman içerisinde bir takım konular yeniden değerlendirilmiş ve varılan sonuçlar ilgili bölümlerde izah edilmeye çalışılmıştır. Ancak, bunun yeterli olduğu tüm sorunların çözümlendiği, varılan çözümlerin de ideal adalet anlayışına hizmet ettiğini söylemek mümkün değildir. Bir kısım sorunların çözümü, yasal düzenlemelere, bir kısım sorunların çözümünün de anlayış değişikliğine bağlı olduğu muhakkaktır.

Gerek maddi, gerekse manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, eleştirilen "yetersizlik" hususu bugün de geçerliliğini korumaktadır. Anayasa'nın 19. maddesinin son fıkrasında 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, faize hükmedilme imkanının doğması, hafta sonu, dini ve milli bayramlar, kısaca tatillerin maddi tazminat hesabına dahil edilmemesi gerektiğine ilişkin uygulamadan vazgeçilmiş olması, olumlu olmakla birlikte yeterli değildir.

22.1.1973 gün ve 7/1 sayılı İBK'da bu davalarda, davacı yararına, avukatlık ücret tarifesinin (dava ve takip dışındaki hukuki yardımlarla) ilgili bölümünün dava dilekçesi yazılması sebebiyle tespit edilen ücretin vekâlet ücreti olarak ödeneceği kararlaştırılmış, uygulama bu şekilde sürdürülmekte iken, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 13. maddesinde, bu konunun münhasıran düzenlenmesi nedeniyle, İBK'nın uygulama alanı kalmamış, ilgili tarifede, hükmedilecek vekâlet ücretinin Ağır Ceza Mahkemelerinde hükmedilecek maktu vekâlet ücretinden az olamayacağı şeklindeki düzenleme nedeniyle, salt vekâlet ücreti alınması amacıyla, davaların açıldığı ve bunların sayılarının genel dava sayısı içinde büyük bir miktarı oluşturduğu gözlemlenmektedir. Tarifede bu konuya münhasır bir düzenleme yapılması,

en azından asıl alacaktan fazla olamayacağına ilişkin bir istisnanın getirilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

5271 sayılı CMK'nın 141/1-d bendinde, tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hüküm verilmeyen kişilerin maddi ve manevi tazminat hakkının bulunduğu belirtilmiş olup, bu hüküm uyarınca tutuklu olarak yargılamaları sürdürülenler hakkında makul sürede yargılamanın sonlandırılmaması halinin, tazminatı gerektirebileceği bu nedenle dava açılabilmesi Dairece uzun müzakerelerden sonra kabul edilebilmiş ise de; tutuklu olarak yargılananlar hakkında makul sürenin aşılması tazminatı gerektirdiği halde, tutuksuz yargılama makul sürenin aşılmasının tutuklama nedenleri arasında sayılmaması bir eksiklik olarak varlığını sürdürmektedir. (Anayasa'nın 90/son ve AİHS'nin 5. maddesi hükümlerinden hareketle bu sorunun çözümü düşüncesi de bugün için genel olarak kabul görmemektedir.

Tazminatı gerektiren bir kısım nedenler yönünden, hükmün verilmesi ve bu hükmün kesinleşmesi gerekirken ise de, bir kısım nedenler yönünden, (örneğin, kanuni gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmama, yasal hakları hatırlatılmadan tutuklama gibi hallerde,) mutlaka hüküm verilmesi aranmamakta, henüz yargılama devam ederken bu nedenlere dayalı olarak dava açılabilmesi kabul edilmekle birlikte, bu davaların asıl yargılamayı nasıl etkileyeceği de titizlikle değerlendirilmesi gereken bir husus olarak varlığını sürdürmekte, Dairece de, konuya bu hassasiyetle yaklaşılmaktadır.

Soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki bir kısım hak ihlalleri maddelerin koruma alanı içinde iken, infazda doğan hak kayıpları, bu kapsamda değerlendirilmemekte, AİHS'nin 5. maddesindeki güvenceden daha az güvence sağlayan bu düzenleme, infaz esnasında ortaya çıkabilecek sorunları çözmekte, farklı kararların verilmesi ve uyuşmazlıkların uzun süre yetkili yargı mercii aranması suretiyle sürüncemede kalmasına yol açmaktadır.

Tazminat isteyemeyecek kişiler başlığını taşıyan 144. maddenin 1/d bendindeki, kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler hükmü, aynı Kanunun 223/3. maddesi hükmü ve 5237 sayılı TCK hükümleri nazara

alındığında farklı yorumlara yol açmakta, Örneğin, TCK'nın 27/2. maddesi kapsamında hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenlerin tazminat isteyemeyecekler kapsamında değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği konusunda görüş birliği sağlanamamaktadır.

Hakkında arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilenlerin (141/1-i) tazminat hakkı bulunduğu yönündeki hüküm, sadece aramanın icrasında ölçsüzlük haline münhasır olduğundan, hukuka aykırı bir şekilde arama kararı verilmesi halinde bu hükmün uygulanamayacağı kabul edilmekte, açık hukuka aykırı aramalarda dahi, uygulamada bir görüş birliği sağlanamamaktadır.⁴⁸

⁴⁸ 141. maddenin (1/i) fıkrasında ise, suç soruşturması ve kovuşturması sırasında "Hakkında arama kararı ölçsüz şekilde gerçekleştirilenler" için de tazminat ödenmesi kabul edilmiştir.

Fıkra düzenlemesinden genel olarak, tazminat isteminin haksız arama kararı veya hukuka aykırı arama kararına değil, arama kararının ölçsüz bir şekilde yerine getirilmesine dayanması gerektiği şeklinde anlaşılmakta ve Dairemiz uygulamaları da bu yönde ise de, açıkça hukuka aykırı olarak verilen bir arama kararı için tazminat isteminde bulunulup, bulunulamayacağının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Şüpheli veya sanıkla ilgili aramanın düzenlendiği CMK'nın 116.maddesinde "Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, iş yeri veya ona ait diğer yerler aranabilir" hükmüne yer verilmiştir.

Tazminat talebinin dayanağını oluşturan arama kararı bu açıdan değerlendirildiğinde, somut delile dayanmayan, içinde makul şüpheyi barındırmayan, sadece bir telefon ihbarı üzerine davacının evinde arama yapıldığı anlaşılmakta olup, talep açısından ayrıca maddenin öngördüğü "makul şüphe" kavramı üzerinde de durulması gerekmektedir. Kanunun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde "makul şüphe" nin tanımı yapılmamış ise de, Adli ve Önleme Arama Yönetmeliğinde makul şüphe "hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe" şeklinde tanımlanmış, tanımın yapıldığı 6. maddenin 3. fıkrasında makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin olması gerektiği belirtilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160/1. maddesinde "Cumhuriyet savcısının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı" belirtilmiş olup, dava konusu istem bakımından hüküm değerlendirildiğinde, Cumhuriyet savcısı, davacı-şüphelinin evinde uyuşturucu maddelerden olan esrar maddesi ve iki adet kalesnikof silah bulunduğu ihbarı üzerine " tutulan kolluk tutanağı dayanak yapılarak, görevli kolluk makamının arama ve el koyma talebi üzerine, hemen işin gerçeğini araştırma"ya baş-

lamadan ve bu konuda başkaca hiçbir araştırma yapmadan doğrudan davacının evinde, gecikmesinde sakınca bulunan hal olduğu gerekçesi ile yazılı emirle gece arama yapılmasına karar verilmiş ve dolayısıyla soruşturma makamınca ihbarla ilgili hiçbir araştırma ve inceleme yapılmadan, başka deliller toplanmadan verilen arama kararına dayanılarak davacı/şüphelinin evinde uyuşturucu madde ve yasak silah arama yapılmıştır. Somut olayda bu şekilde gerçekleştiği anlaşılan uygulamanın, CMK'nın 116 ve 160. maddesine uygun olmadığı gibi, ayrıca konut dokunulmazlığının korunmasını öngören Anayasanın 21/1. maddesindeki "usulüne göre verilmiş hakim kararı" olmadığından, Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin 8/2. maddesinde öngörülen "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir." hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yakın zamanda verdiği bir kararında (24 Mayıs 2011) arama kararı ile ilgili ilkeleri şu şekilde belirlemiştir.

"Sözleşmeciler Devletler bazı suçlar için maddi delil toplamak amacıyla evlerde arama yapma gibi tedbirlerin gerekli olduğuna karar verebilir. AİHM, böyle durumlarda, müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin alaka ve yeterliliği ile orantılılık ilkesine uygunluğunu denetlemektedir.

Bu noktada AİHM, öncelikle iç hukuktaki yasa ve ilgili uygulamaların bireyleri uygun ve etkili bir şekilde suiistimallere karşı güvence altına aldığından emin olmalıdır. AİHM, daha sonra ihtilafli müdahalenin, pratikte, izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirlemek için her davanın özel koşullarını incelemelidir. Bunu yaparken AİHM, aramayı gerektiren suçun ciddiyeti, arama emrinin çıkarılma koşulları ve ne şekilde çıkarıldığı, özellikle aramadan önce elde bulunan diğer delil unsurları, yine özellikle arama yapılacak yerin niteliği ve müdahalenin mantık dışı etkileri olmaması amacıyla alınan önlemler bakımından arama emrinin içeriği ve kapsamı ve son olarak da aramanın hedef aldığı kişinin itibarı üzerindeki olası yankıları gibi kıstasları dikkate almaktadır (Almanya aleyhine Buck davası, no 41604/98, prg. 45, CEDH 2005-IV, ve Smirnov, ilgili bölüm, prg. 44).

Mevcut davada AİHM, ilk önce ihtilafli aramanın ilgili şahıslar hakkında yürütülen bir ceza soruşturması ya da ceza davası kapsamında düzenlenmediğini not etmektedir. Başvuranların herhangi bir suçtan şüpheli oldukları ne ortaya konulmuş ve ne de iddia edilmiştir.

Hâkimin hangi delil unsurlarına dayanarak ihtilafli arama emrini çıkardığı açık bir şekilde ortaya konmamış, sadece emniyet müdürlüğünün Cumhuriyet savcısına gönderdiği yazıda yer alan oldukça genel, kısa ve öz açıklamalarla yetinilmiştir. Bu noktada AİHM, ceza mahkemelerinin ilgili şahısların evlerinde arama yapılmasını gerektirecek somut deliller olmadığı yönündeki tespitlerini kayda geçmektedir.

Arama emrinin içerik ve kapsamı ile ilgili olarak AİHM, belgenin kesin olmayan ifadelerle kaleme alındığını tespit etmektedir. Hâkim arama emrini verirken, hiçbir konuda sınırlama koymamış, sadece tarihini ve bunun bir defaya mahsus ol-

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya aynı dosyada bir kısım suçlarda beraat bir kısım suçlarda ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, tazminatın hangi hallerde verileceği konusu tartışılmaya devam etmektedir.⁴⁹

duğunu belirtmiştir. Aramanın gerekçesi ve neyin arandığı hakkında hiçbir bilgi içermeyen bu emir, bu şekliyle polisler oldukça geniş bir yetki tanımıştır. Oysa AİHM'nin kanaatine göre, bir arama emrinin, aramayı yürüten polislerin belirlenen araştırma alanına uyum gösterip göstermedikleri konusunda kontrol imkânı sağlayan asgari bilgiler içermelidir (Van Rossem, ilgili bölüm, prg. 45).

AİHM, demokratik toplumun menfaati doğrultusunda konut dokunulmazlığının sağlanması dikkate alınarak yapılması gereken bu ihtilaflı müdahalenin izlenen meşru amaçla makul bir orantı göstermediği sonucuna varmaktadır. " (AYDE-MİR - TÜRKİYE DAVASI, Başvuru No: 17811/04)

Bu ilkeler ve belirlemeler ışığında değerlendirme yapıldığında, hakkında yapılmakta olan bir soruşturma ve kovuşturmanın bulunması veya suç ihbarı üzerine işin esası araştırılıp şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin bulunduğu hususunda "makul şüphe" değerlendirmesi, başka suretle delil elde edilme imkanının bulunup bulunmadığı ve buna ait somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle, yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararındaki ölçütler de nazara alınarak, arama kararı verilmesi gerekirken; davacının konutunda "uyuşturucu maddelerden olan esrar maddesi ve yasak niteliğe haiz iki adet kalesnikof silah bulunduğuna" ilişkin isimsiz telefon ihbarı üzerine, CMK'nın 160. maddesi gereğince, yetkili Cumhuriyet savcılığınca işin gerçeği araştırılmaya başlanmadan, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil ve başka kişi veya olaylar hakkında yapılan bir soruşturma da bulunmadığı dikkate alındığında, yapılan aramanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki ölçüt ve ilkelere uygun olmadığı dolayısıyla hukuka aykırı olduğu anlaşılan arama kararı nedeniyle, davacı lehine makul miktarda bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi, (oyçokluğuyla) (12.CD.- 20.01.2014-2013/24450-2014/938)

⁴⁹ Davacının tutuklanmasına konu olan Hayati tehlike doğuracak şekilde kasten yaralamak suçu ile ilgili olarak Kilis Ağır Ceza Mahkemesinin 2011/157 Esas - 2012/8 Karar sayılı ceza dava dosyasında 22.05.2008 - 31.09.2011 tarihleri arasında 1217 gün süreyle tutuklu kaldığı, yapılan yargılama sonunda 19.01.2012 tarihinde davacı hakkında üç mağdura yönelik yaralama eylemleri nedeniyle ayrı ayrı CMK'nın 231/5. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, bu aşamadaki hükmün davacı bakımından herhangi bir sonuç doğurmadığı, davacı bakımından dayanak mahkeme hükmünde belirtilen 5 yıllık deneme süresi sonunda davanın düşmesine karar verilmesi halinde fazladan tutuklu kalınan süreler için süresinde dava açılması halinde tazminat talep edilebileceği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde "bihakkın tahliye tarihini aşmayan tutukluluk sürelerine ilişkin tutuklamalarda CMK'nın 141. ve 142. maddesi uyarınca tazminat verilemeyeceği" gerekçesiyle reddedilmesi, gerekçesi itibariyle yanlış sonucu itibariyle doğru kabul edilmiştir. (12.CD.-11.02.2014-2013/24448-2014/3198)

Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması *

Raportör: Devrim GÜNGÖR**

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Adem Sözüer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Konuşmacı: Prof. Dr. jur. Dr. h.c. mult Hans-Heiner Kühne

Almanya'da yargılanan sanıklar hakkında basında çıkan haberler lekelenme probleminin temel nedenini oluşturmaktadır. Federal Cumhurbaşkanı olan Wulff çıkar sağladığı iddiasıyla yargılanıp beraat etmesine rağmen hakkında basında çıkan haberler nedeniyle istifa etmek zorunda kaldı. Dolayısıyla istifa olayının yaşanmasında basın oldukça büyük bir rol oynadı. Aynı şekilde parlamento üyesi olan Edaty yurt dışı bir siteden çıplak çocuk resimleri sipariş etmekle itham edildi ve bu suçlamadan dolayı halen yargılanması devam ediyor. Basında çıkan haberler nedeniyle Edaty milletvekilliğinden istifa ederek ülke dışına çıkmak zorunda kaldı.

Basının bu konuda yaklaşımı ne olmalıdır? Kişinin suçlu olabileceği yönündeki bir şüphe nedeniyle özel yaşamı, meslek yaşamı derinden etkilenebilmektedir. Basının haber verme hakkı kamuoyunun haber alma hakkına dayanır. Soruşturma aşamasında savcılığın basına ne tür bilgileri paylaşabileceği üzerinde durulmalıdır. En başta belirtmek gerekir ki; savcılık, basına yürütülen bir soruşturma ile ilgili bilgi verirken tarafların çıkarını gözetmeli ve masumiyet karinesine saygı göstermelidir. Bu saygının bir gereği olarak savcılık, basına

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

şüphelilerin isimlerini açıklayamaz. Aynı şekilde hükmedilen koruma tedbirlerinin de basınla paylaşılması gerekir.

Tolunda herkesçe tanınan ünlü kimseler söz konusu olduğunda, kamuoyunun bu kimselerin hayatındaki gelişmelerle ilgili bilgi alma hakkı söz konusu olur. Monako prensesi ile ilgili olarak AİHM'nin vermiş olduğu karar özel hayatın gizliliğinin korunmasının mutlak olmadığını ortaya koymaktadır.

Bir kimsenin ne zaman ünlü ve önemli biri olduğunun da üzerinde durulması gerekir. Medyada görünürlüğü olan herkes ünlü olabilir. Ünlü kişilerin özel hayatlarının korunmasında sınır nedir? Ün arttıkça koruma alanının daraldığını kabul etmek gerekir. Kişinin özel hayatının korunmasındaki menfaati ile kamunun bilgi sahibi olmasındaki menfaati arasında bir dengenin gözetilmesi gerekir. Almanya'da bazı ünlü kişilerin evinde yapılacak arama için basının daha önce gelip beklemesi söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle soruşturma evresindeki işlemlerin gizliliğinin ünlü kişiler açısından da sağlanması son derece önemlidir. Kovuşturma evresine geçildiğinde ise alenilik söz konusu olur. Alenilik ilkesi 19. yüzyıla kadar sürmüş olan engizisyon yargılamalarına bir tepki olarak doğmuştur. Fransız devriminin ardından 18. yüzyılın sonunda pek çok yazar tarafından bağımsız yargıç yoksa hiç olmazsa kamuoyu denetimi olsun denerek alenilik ilkesi savunulmuştur. Bu ilke görülmekte olan davalar üzerinde kamuoyu denetimine imkân tanımaktadır. Alenilik ilkesi sayesinde zaman içinde kamu adına karar veren yargıçların bağımsız olması gerektiği düşüncesi geliştirildi.

Kovuşturmanın aleni olarak yapılmasının sınırları nelerdir? Kovuşturmanın duruşma devresinin aleni olması kuraldır. Buna karşın istisnai olarak kapalı duruşma da yapılabilir. Duruşmada yaşanan bütün gelişmelerin basınla paylaşılması gerekir. Zira savcıların, hâkimlerin ve adli personelin masumiyet karinesine uygun hareket etmeleri zorunludur. Basının etik açıdan sorumlu davranması konusunda basın konseyinin denetimi son derece önemlidir. Öte yandan basının demokrasilerde dördüncü bir güç olduğunu unutmamak gerekir. Bu nedenle basının bazen hukuk dışına çıkması basın özgürlüğünün ortadan kaldırılmasının bir mazereti olamaz.

Yorumcu: Av. Naim Karakaya

Soruşturmanın gizliliği 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanununun 157. maddesinde yer alan hüküm suçsuzluk karinesini güvence altına almaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise soruşturmanın gizliliğinin ihlalini cezalandıran hükümler yer almaktadır.

Ülkemizde kişilerin lekelenmeme hakkını ihlal eden pek çok durum söz konusudur. Basınla soruşturmayı yürüten makamların yakın ilişki içinde olması soruşturmanın gizliliğini ve dolayısıyla suçsuzluk karinesini ihlal etmektedir. Geçmişte şüphelilerin önüne deliller sıralanarak televizyonda gösterilmekteydi. Halen soruşturma işlemlerinin basınla paylaşılması ciddi bir sorundur.

Öte yandan basının adli olaylara ilişkin hukuk terminolojisini doğru kullanmadan haber yapması da ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Görülmekte olan davalarla ilgili olarak basının kamuoyu oluşturma aracı olarak kullanılması da değinilmesi gereken bir başka sorundur.

Bir kimsenin yakalandığına, gözaltına alındığına ilişkin haberler manşetten verilirken, aynı kimsenin yargılama sonunda beraat etmesi ya tamamen göz ardı edilmekte ya da küçük bir haber olarak geçiştirilmektedir.

Basın Kanunu'nun 11. maddesinde, ceza sorumluluğunun şahsiyeti ilkesini ihlal eden hükümler yer almaktadır.

İnternetin sağladığı iletişim ortamı lekelenmeye kolayca yol açabilmektedir. Bununla birlikte hâkim ve mahkeme kararlarının henüz açıklanmadan önce basında haber olarak yer alması, sanıklarda ve kamuoyunda kararın hâkimler tarafından değil, başka odaklar tarafından verildiği şüphesine yol açmaktadır. Böyle bir şüphenin toplumda kaygı yarattığı açıktır. Bugün ülkemizde avukat talep ettiğinizde size verilmeyen bilgilerin basınla paylaşılması söz konusudur.

Lekelenmeme Hakkı*

Yorumcu: Naim KARAKAYA**

Değerli Ceza Hukuku dostları,

Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Lekelenmeme hakkına ilişkin uygulamada oluşan sorunları paylaşmaya çalışacağım. Lekelenmeme hakkını anlayabilmek için öncelikle suçsuzluk karinesini anlamak gerekir. Çünkü lekelenmeme hakkı suçsuzluk karinesinin çok önemli bir alt başlığıdır. Suçsuzluk karinesi, suç isnadı altında bulunan kişiye yargı mercilerinin tarafsızlığı garantisi veren, onun kusuru ispat edilmezden önce suçlu gibi muamele görmesini önleyen dokunulmaz bir haktır. Suçsuzluk karinesinin temelini insana saygı düşüncesi oluşturmaktadır.

Suçsuz sayılma kesin bir yargı değil, sadece bir varsayımdır. Suç isnadı altında bulunan kişinin suçluluğunu ortaya koyan mahkeme hükmüyle çürüyecek bir karinedir. Ancak bu safhaya kadar da herhangi bir vesileyle şüpheleri üzerine çeken kimseyi gerçeği araştırmadan suçlu saymaya kolayca eğilim gösteren kamuoyuna karşı hukukun bir uyarısı olarak kalacaktır.

Türk Hukuk sisteminde de yeri olan lekelenmeme hakkı, davacının yargılama sürecinde bulunduğu iddialardan mahkemenin sorumlu olduğu ya da bu iddiaların mahkemenin kanaatini yansıttığı anlamına gelmemektedir.

Öncelikle suçsuzluk karinesinin normatif kaynaklarını incelememiz gerekmektedir. Bu anlamda karşımıza öncelikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çıkmaktadır. İHAS madde 6/2 bireyin yargılama

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** *Avukat.*

sırasındaki lekelenmeme hakkını korur. Bu madde uyarınca *“Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır”* Anayasa’nın 38. Maddesi’nde de bu hakka değinilmiştir. AY m.38/4 uyarınca *“Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.”* demek sureti ile suç isnadı altındaki kimselerin lekelenmemesini amaçlar. Anayasa’da düzenlenen hükmün pratikte uygulanabilmesi ise soruşturma evresinin gizliliğine riayet etmeyi gerektirir ki bu CMK’nın 157. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 27. maddesinde *“Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin ‘suçlu’ olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz.”* hükmü vardır. Hükme göre, soruşturma ile ilgili bilgi ve belgelerin kamuoyu ile paylaşılmasının önüne geçilmek istenmiş, suçsuzluk karinesinin ihlal edilerek yargısız infazlar engellenmeye çalışılırken, soruşturmanın da sağlıklı bir şekilde yürütülerek delillerin güvence altına alınması amaçlanmıştır. Nitekim TCK’nın Adliye Karşı Suçlar başlığı altında m. 285’te soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu düzenlenerek hem gerçeğe ulaşma ilkesi hem de şüphelinin suçsuzluk karinesinin korunması amaçlanmıştır. Maddenin gerekçesinde de *“Soruşturma evresinin gizliliği, bir defa ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluktur. Ancak, her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez niteliktedir. Aksi takdirde, bizde ve yabancı ülkelerde örneklerine rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanlar ıstıraplara sürüklenmekte ve suçsuzluk karinesi böylece lafta kalmaktadır.”* denmesi suretiyle suçsuzluk karinesini koruma amacı açıkça dile getirilmiştir.

Günümüzde medyanın haber arama refleksi, toplumun olaylardan haberdar olma arzusu, iletişimin artık kontrol edilebilirlikten çıkması bazı bilgilerin de gizlenmesini imkânsız hale getirmiştir. Bu süreçte bilgi akışının kontrol edilememesi ve denetlenememesi, doğru ile yanlışın ayırt edilememesi sonucunu doğurmaktadır. Yapılan haberler ve basında yer alan yorumlar neticesinde en çok zarar gören şüphesiz ki suç isnadı altında bulunan kimse ve bu kimsenin yakınla-

rıdır. Ülkemizde suçsuzluk karinesi ve basın bu karine açısından doğurduğu sorunlar şöyle sıralanabilir:

İlk karşılaşılan problem basın ve yargılama merciileri arasında oluşan haddinden fazla yakınlıktır. Daha önce de belirtildiği üzere özellikle medyatik davalarda basın haber yapma ve kamuoyuna bunu ilk kez kendisi duyurma amacıyla hareket etmektedir. Bu amaçlar doğrultusunda bugün uygulamada basın ve merciiler arasında olağandışı bir yakınlık oluşmuştur. Örneğin medyatik bir davada basın mensupları rahatlıkla mahkeme kalemlerine gitmekte ve buradan kolaylıkla dosya hakkında bilgi alabilmektedirler. Bunun bir diğer sakıncası da basının doğrudan hakim ya da savcı ile görüşmeden mahkeme personelinden aldıkları yetersiz ve niteliksiz bilgiler sonucu bunların kamuoyuna aktarılmasıdır. Gerçekten de hukuki açıdan doğru aktarılamayan hadiseler günümüzde basına yansımaları sonucu şüpheli ve sanıkların lekelenmeme hakkının çok büyük bir ihlalidir.

Uygulamada bir diğer sorun olarak da öğrenilen hukuki bilgilerin kamuoyuna aktarılırken söz konusu olayın hukuki değerlendirilmesi açısından fahiş hatalar yapılmasıdır. Örneğin basında çokça yer alan bir davada sanıklardan birinin infaz olunacak cezası 7-8 farklı basın organında farklı verilmiş, yürütülen hukuki süreçler de yanlış anlatılmıştır. Bunun temel nedeni haber yapan kimselerin hukuki terim ve bilgilerden bihaber olmasıdır. Zira Türkiye’de suç isnadı altında bulunan kimisenin haberi ünlü ise magazin, sporcu ise spor muhabiri tarafından yapılmakta, haberi yapan kimselerde hukuki kurumlarla ilk defa yüz yüze geldikleri için öğrenilenleri aktarma hususunda pek çok hata yaparak şüpheli/sanığı mağdur etmektedir. Bu anlamda ben her medya organında bir özel bir de ceza hukukçusunun bulundurulmasıyla yapılan haberlerin bu kişilere kontrol ettirilmesini ısrarla önermekteyim.

Bir diğer sorun ise Türkiye’de yürütülen bazı soruşturma ve davalarda adli merciler buldukları konum bakımından kimi zaman iktidar ve muhalefeti ya da başkaca siyasi oluşumları ya da büyük sermaye sahiplerini veyahut başkaca sosyal oluşumları karşılıklarına almak durumunda kalmalarıyla basını ikisi arasında bir tampon bölge olarak kullanmalarıdır. Daha çok soruşturma aşamasında rastlanılan bu durum bazen kovuşturma aşamasında da görülebilir. Örneğin savcılık soruşturmaya dair bir takım belgeleri eksik bir şekilde basına

verir. (En popüler örneği tapelerin bazı önemli kısımlarının verilmesi, ifadelerin bir bölümünün basına sızması vs.) Bu durumda şüpheli hakkındaki eksik ve sadece bir yönü işaret eden deliller ile toplum nezdinde suçlu kabul edilerek mağdur duruma düşürmektedir.

Hukuk sistemimizde basın kurumsallaşamaması ise en büyük sorunlardandır. Basın Kanunu'nun 11. Maddesi uyarınca *“Sürelî yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.”* Şeklindeki düzenleme ile çeşitli hallerde eser sahibi dışındaki kişiler de sorumlu tutulmuştur. Bu da başta ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil etmekte hem de sorumluluğu aslında o eserle hiç alakası olmayan birine yükleyerek kanunun dolanılması sorunun ortaya çıkarmaktadır. Bu sebeptendir ki düzgün bir sorumluluk rejimi oluşturulamadığı için basın habercilik kisvesi altın kişilerin lekelenmeme hakkını ihlal etmekten çekinmemektedir.

Teknolojinin gelişimi ile birlikte günümüzde yazılı basının yerini internet medyası almaya başlamakta bu da beraberinde büyük sorunlar ve ihlaller getirmektedir. Bugün internet medyasının seçilmesinin en büyük sebebi hem maliyetinin daha uygun olması hem de bu alandaki denetimin yok denecek ölçüde olmasıdır. İnternetteki gerek arama motorları gerekse sayısız haber sitesi ile birçok kişi hakkında hızlı haber verme amacı ile birçok asılsız bilgi bulunmaktadır. İnternetteki yayılma hızı da dikkate alındığında kişinin toplum nezdinde kendini aklamayı hemen hemen imkansız hale getirmektedir. Dikkat edilmelidir ki lekelenmeme hakkı sadece yargılama bitinceye kadar cari olacak bir hak değildir. Bu gün internet denilen “mega hafıza” iyi ya da kötü her şeyi her zaman hatırlamakta ve isteyen herkesin önüne çıkarabilmektedir. Düşünün, 2001 yılında cinsel saldırı suçlaması ile yargılanan ve beraat eden biri bugün adını internete yazsa karşısına henüz soruşturma aşamasındaki bir haberde “tecavüzcü yakalan-

dı” başlığı ile yan yana görebilir. Elbette onun görmesi değil, bu olayın aslından haberdar olmayan kimselerin görmesi son derece feci sonuçlara yol açacağı şüphesizdir. Bu da sadece lekelenmeme hakkını değil, bunun doğal uzantısı olan “unutulma hakkını” da gündeme getirmektedir. Ancak bu tabiri hukukçuların bile büyük çoğunluğu bilmez. Çünkü bunun mevzuatımızda temel ilkeler bazında değil belki ama uygulama bazında hiçbir normatif karşılığı maalesef yoktur. Oysa unutulma hakkı yakın geleceğin insanların taleplerine en fazla konu olacak haklardan biri olacağını düşünüyoruz.

Bugün pek çok dava açısından şüpheli ve sanıkların yargılanmaktan daha ziyade basındaki haberlerden çekinmektedirler. Bu ilk etapta cezanın genel önleme ve ıslah etkisini akla getirirse de unutmamak gerekir ki şüpheli ve sanık henüz “mahkum” değildir, yalnızca şüpheli olmanın hukuki olmadığı gibi sosyal anlamda yaptırımları da olmamalıdır. Savcılığın ya da mahkemelerin henüz şüpheli ye da sanık olan kişileri kamuoyu önünde küçük düşürmek ve bunu bir yaptırım mekanizması olarak görmekten sakınmaları gerekmektedir. Bu, soruşturma ve yargılamanın önyargılı davrandığının ve ceza öncesinde yargılamanın ve hatta soruşturmanın da bir yaptırım olarak görülmesine ilişkin çağdışı yaklaşımın bir ürünü olarak halen dahi varlığını sürdürmektedir. Bir soruşturma esnasında öğleden önce verdiğimiz ifadenin öğleden sonra basında kelimesi kelimesine yansıdığını gördük. Başka bir davada, mahkeme daha tutukluluk değerlendirmesini bize açıklamadan önce bir televizyonda “falan kişilerin tahliyesine, falan kişilerin tutukluluğunun devamına karar verildi” yazdığını gördük. Hatta bazen yargı mercileri ve medya arasındaki yakınlık bazen o kadar ileri gitti ki basın bir avukattan bile daha önce bilgi alır hale geldi dosya hakkında. Bu anlamda uygulamada ana habere yetiştirilsin diye hızlıca verilen tutuklama kararları dahi gördük. Bu durumun, az önce belirttiğim zihniyetin bir ürünü olduğu şüphesizdir. Bu şekilde bir zihniyete “lekelenmemenin” bir hak olduğunu anlatmak imkansızdır. Zira bu şekilde hareket eden savcı ya da hakimlerin nazarında yargılanan ve hatta soruşturulan kişiler zaten suçludur ve lekelidir, lekeli olan birinin lekelenmeme hakkı da yoktur.

Bu durum, şüphelinin ya ad sanığın da psikolojisini etkilemektedir. İnsanlar zamanla bunu bir psikolojik sorun haline getirmekte,

savunma dirençlerini kaybetmektedir. “Tüm ülkenin gözünde suçluyum, hakim beraat verse ne fark eder” diyenler bile vardır. Bunu gurur meselesi yapıp intihar eden çok şüpheliye şahit oldum. Bu koşullarda birinin savunma hakkının gereklerini layıkıyla icra edebileceğinden söz edebilir misiniz?

Bu bağlamda lekelenmeme hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi ve kişilerin haklarında bir hüküm olmadan toplum nezdindeki suçsuzluklarını koruyabilmeleri açısından önerilebilecek ilk öneri yargıya yürüttüğü süreç hakkında bir açıklama yapma sorumluluğu getirmek olabilir. Örneğin kamu oyununun çok dikkatini çeken bir soruşturmayı yürüten savcı soruşturma hakkında hem soruşturmanın gizliliğine hem de suçsuzluk karinesine hanel getirmeden bir açıklama yapacak bu açıklamada verilen bilgiler dışında da medyada haber yapılmayacaktır. Bu şekilde hem kamuoyu süreci yürüten birinci ağızdan bilmesi gerek prensibi çerçevesinde nitelikli bilgi alacak, basın da sadece bu nitelikli bilgiyi aktararak şüpheliyi toplum nezdinde lekelemeyecektir.

Bir diğer çözüm önerisi olarak da soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun unsurlarının suçsuzluk karinesinin uygulamasının mümkün hale getirilmesi için etkili şekilde ihdas edilmesidir. Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun yaptırımını maalesef caydırıcı olmaktan uzaktır. Ben, cezaların artırılmasının suçun önlenmesine etkisi olacağını düşünenlerden değilim. Ancak bu kadar önemli etkileri olan bir fiilin karşılığındaki yaptırım sisteminin korunan hukuksal değerinin önemi dikkate alındığında yeterli olduğunu düşünmüyorum. Buna bir de birkaç yılda bir gelen -ki bir tanesini 2012 yılı itibariyle yaşadık- “ismi değiştirilmiş basın afları” ile caydırıcılığın tamamen ortadan kalktığını düşünüyorum. Bu nedenle daha etkili bir yaptırım mekanizmasının söz konusu olması gerektiğini düşünüyorum.

Diğer yandan tekzip hakkı maalesef bizde kullanılması çok meşakkatli hükümlere bağlanmıştır. Sonucunda elde edilen yarar da uğranılan zararın karşısında son derece zayıf kalmaktadır. Kişi ilgili mercilere başvuru yapıp sonucunu alıncaya kadar kendisi hakkında yapılan haber veya bilgi çoktan birçok yere ulaşmış durumda olmaktadır. Bu durumda kişi prosedürü başarıyla tamamlayıncaya

kadar zaten lekelenmektedir. Bu nedenle tekzip mekanizması ve bunun adli-idari yaptırımlarının daha etkin olmasını sağlayacak yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Basın Kanunu uyarınca tekzip hakkını ilişkin kararı Sulh Ceza Hakimi tarafından verilmektedir. Günümüzde Sulh Ceza Mahkemelerinin iş yükü ve tekzip kararlarının ne şekilde verildiği düşünüldüğünde, kişilik haklarını ve lekelenmeme hakkını korumaya yönelik tekzip kararlarının ne kadar baştan savma verildiğini görmekteyiz. Bu anlamda benim önerim tekzip kararları veren sulh ceza hakimlerinin bu konuda uzmanlaşması ve uzmanlaştırılmasıdır. Bir başka öneri olarak birden fazla sulh ceza mahkemesi olan yerlerde bir sulh ceza mahkemesinin sadece bu hakla ilgili işlem yapması önerilebilir. Böylece hem verilen kararlar daha sağlıklı olacak, hem de hakim sadece bu alanda çalıştığı için gelen durumlar hakkında daha nitelikli kararlar verebilecektir.

Son olarak tekrar unutulma hakkına dikkat çekmek istiyorum. Temel bir insan hakkı olarak unutulma hakkı bugün kişiye daha önce bilerek veya isteyerek ya da farkında olmadan, kişisel bilgilerini internet üzerinde paylaşması sonrası girilmiş olunan verilerin daha sonraları kamuya açık bir şekilde görülmesi sonucu kişinin daha sonraki hayatında sosyal açıdan zarar görmesine sebep olduğu gerekçesi ile silinmesini talep etme hakkını tanımaktadır. Bu bağlamda eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında verilerle kamu yararı teşkil eden bilgiler silinmez. Ben bu hakkın lekelenmeme hakkının en büyük ayağı olduğunu düşünüyorum. Zira daha öncede altını çizdiğimiz gibi bugün internette attığımız her adım kaydediliyor ve mega hafızadan kaybolmuyor. Ve bir gün paylaştığımız ama artık hatırlanmasını istemediğimiz bu bilgiler karşımıza çıkıp bizi mağdur edebiliyor. Belirttiğim üzere bizde unutulma hakkının icrasına dair ne yazık ki henüz hiçbir normatif düzenleme yok. Google'ın yapmış olduğu açıklamaya da baktığımız zaman da verilerin silinmesine ilişkin talepleri bu aşamada Türk vatandaşları talep edemeyecek. Açıkladığım sebepler ve internetin barındırdığı sakıncalar sebebiyle bu hakkın icrasına dair teknik alt yapı ile uyumlu normatif düzenlemelerin getirilmesinin zorunlu olduğunu düşünüyorum.

Saygılar sunuyorum.

Ceza Hukukuyla Bağlantılı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları*

Raportör: Berrin AKBULUT**

Öz

Bu çalışma Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyla ilgili sunulan üç tebliğin rapor haline getirilmesinden oluşmaktadır.

İlk tebliğde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkında değerlendirmelerde bulunuldu. Bireysel başvuru incelemesinde, Anayasadaki bir hakkın ihlal edilip edilmediğinin önem taşıdığı ifade edildi. Doğru ifadenin bireysel başvuru yerine Anayasa şikâyeti olması gerektiği savunuldu.

İkinci tebliğde, masumiyet karinesinin anlamı ve kapsamı hakkında bilgi verildi. Masumiyet karinesi, suç isnadı altında olan veya beraat eden kişinin hukukun gözünde masum olduğu ve kendisine buna uygun muamele edilmesi gerektiği anlamında tanımlandı. Bu karinenin ceza muhakemesi hukuku, özel hukuk, idare hukuku ve disiplin hukuku bakımından etkisi üzerinde duruldu.

Üçüncü tebliğde ise, bireysel başvuru süreci hakkında tespitler yapıldı. Usule ilişkin noktalarda ölçütlerin henüz oluşturulamadığı belirtildi. Kabul edilebilirlik kriterleri konusunda belirlemelere yer verildi.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru, masumiyet karinesi, başvuru süreci.

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana-bilim Dalı Öğretim Üyesi. e-mail: bakbulut@selcuk.edu.tr

Abstract

This study consists of a summary of three various reports about the Individual Application to The Constitutional Court.

In the first report, assessments about the individual application to the Constitutional Court have been made. In the review of the individual applications, it is expressed that the important thing is whether a right in the Constitution has been violated. It is defended that the accurate phrase concerning these kind of applications should be Constitutional Complaint instead of Individual Application.

In the second report, information has been given about the meaning and scope of the Presumption of Innocence. The Presumption of Innocence has been defined that the person who has been under accusation or acquitted is innocent in the eyes of the law and he or she should be treated accordingly. The effects of this presumption have been explained considering the fields of criminal procedural law, civil law, administrative law and disciplinary law.

In the third report, some assertions have been made regarding the individual application process. There are still some vague points in respect of procedural problems. Some ascertainments have been made concerning acceptability criteria.

Key Words: The Constitutional Court, individual application, the presumption of innocence, application process.

DEĞERLENDİRME RAPORU

Ceza Hukukuyla Bağlantılı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları İsmi Taşıyan 4. Oturumda Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe giren bireysel başvuruya ilgili 3 tebliğ sunulmuştur. Bu üç tebliğin sunumu değerli katılımcılar Sayın Dr. Alpaslan Altan, Sayın Nuri Necipoğlu ve Sayın Prof. Dr. Abdurrahman Eren tarafından gerçekleştirilmiştir.

İlk konuşmacı **Sayın Dr. Alpaslan Altan** konuşmasının başlangıcında bireysel başvuru konusunun yakın zamanlarda Türkiye'nin gündemine girdiğini, güncel kararlar ile kamuoyuna yansıdığını ifade ettiler. İki amaçtan bahsettiler. Bu amaçlardan ilkinin AİHM'e giden dosya

sayısının azaltılması (eleştiriliyor), diğerini ise bireysel hak ve hürriyetlerin daha etkin olarak uluslararası standartlarda korunması ve bir standarda oturtulması olarak ifade ettiler. Anayasa Mahkemesinin norm denetiminden olay denetimine geçtiğini, ancak Anayasayı da dikkate alarak normatif değerlendirme yaptığını belirttiler. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda Anayasadaki bir hakkın ihlal edilip edilmediği noktasında bir sonuca vardığını dile getirdiler. Bireysel başvuru yolunun bireylerin uğradıkları zararın giderildiği bir yol olarak anlaşılması gerektiğini ifade ettiler. Kavramın daha doğru bir ifadeyle Anayasa şikayeti olarak mevzuatta yer almasının daha uygun olduğunu düşündüklerini ifade ettiler. Kamu gücünü kullanan makamların kararları yerine getirmeleri, ilk derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesinin yorumuna uygun karar vermeleri ve yasama organının da verilen kararlar çerçevesinde gerekli yasal düzenlemeler noktasında ihtiyaç duyulan tedbirleri almaları noktasında görüş beyan ettiler.

Bireysel başvuruda karşılaşılan en büyük sıkıntının iş yükü sorunu olduğunu belirttiler. İş yükünün ortadan kaldırılması ve azaltılması için bir takım tedbirlerin alınması gerektiğini dile getirdiler.

Bireysel başvuru yolunun AİHM tarafından, tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edildiğini ama etkili bir hukuk yolu olarak nitelendirilmediğini, ileri bir tarihe ertelendiğini belirttiler.

Sayın konuşmacı AİHM'ye gidilseydi nasıl bir karar verilecek idiyse Anayasa Mahkemesi olarak kendilerinin de öyle karar vermeye çalıştıklarını ifade ettiler.

Bireysel başvurunun yapılabilmesi için ihlal edildiği ileri sürülen hakkın Anayasada, AİHS'de ve ek protokollerde yer alan bir hak olması gerektiğini dile getirdiler. Bu belirleme kapsam bakımından inceleme noktasında ifade edildi. İçerik bakımından inceleme noktasında ise AİHS ve Anayasadan hangisi daha iyi düzenlemişse onun esas alınabileceğini açıkladılar.

Anayasa Mahkemesinin tutukluluk süresi noktasında AİHM kararlarını esas olarak belirleme yaptığını ve ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verinceye kadar olan dönemde geçen süreyi kabul ettiğini, hükmün kesinleşmesine kadar geçen süredeki tutukluluğu benimsemiş olduğunu ifade ettiler. Şahsi düşüncesinin hükmün kesinleşmesine

kadar olan dönemdeki tutukluluğun hesaplanması gerektiği noktasında olduğunu, ileride bu içtihadın değişebileceğini ileri sürdüler.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kabul edildiği 2012 yılından 2014 yılına kadar, yani üç yılda toplam 18 430 başvuru yapıldığını, bunlardan 8065'inin sonuçlandığını, 10 365 davanın derdest olduğunu ifade ettiler. 110 başvurunun kabul edilebilir bulunduğunu, 19'unda hak ihlalinin bulunmadığını, 91'inde ise en az bir hakkın ihlal edildiğine karar verildiğini dile getirdiler. Şimdiye kadar yapılmış başvurulardan 30'unun ceza ve ceza yargılaması hukukuyla ilgili olduğunu belirttiler.

Ceza ve ceza yargılaması hukukuyla ilgili 30 kararın 11 inde (4 yıl 8 ay ila 7 yıl 4 ay arasında değişen) azami tutukluluğun aşıldığı ve/veya makul olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verildiği tespitini yaptılar. 4 başvuruda tutukluğun uzatılmasına ilişkin gerekçenin kanuna ve olaya uygun olmadığı gerekçesiyle tutukluluğun makul olmadığı noktasında Anayasa Mahkemesi tarafından hak ihlali kabul edildiğini dile getirdiler. 9 başvuruda ise yargılamanın uzun olması (6 yıl 6 ay ila 10 yıl 10 ay) nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verildiğini ifade ettiler.

Sayın konuşmacı daha sonra tutuklu milletvekilleriyle ilgili yapılan başvurularda, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile özgürlük ve güvenlik hakkının Anayasa Mahkemesi tarafından birbiriyle bağlantılı olarak incelendiğini ve sonuçta da Anayasanın 67. maddesi ve 19. maddesi yönünden mahkemenin ihlal sonucuna ulaştığını belirttiler.

Anayasa Mahkemesinin iki başvuruda da Cumhuriyet savcısının tutukluluk durumu konusundaki görüşünün başvurucuya bildirilmemiş olması nedeniyle ihlal kararı verdiği tespitini yaptılar.

Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında, köşe yazısı nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen bir olayla ilgili olarak yapılan başvuruda yazının basın ve ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu, başka bir başvuruda ise özel hayata ilişkin bilgilerin soruşturmada ve kovuşturmada delil olarak kullanılmasının özel hayata saygı ilkesinin ihlal ettiğini kabul ettiğini ifade ettiler.

Bir başka kararında ise tutukluğa itirazın etkili bir şekilde incelenmeksizin reddedilmesini ve gerekçeli kararın 6 ay süreyle yazıl-

mamış olmasını, iddiaların Yargıtay tarafından incelenmesinin geciktirildiği gerekçesiyle Anayasanın 19/8. maddesini ihlal ettiğine karar verdiğini söylediler.

Sayın Nuri Necipoğlu ise masumiyet karanesiyle ilgili bir sunum yaptılar. Konuşmasının başlangıcında masumiyet karanesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/2. maddesinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak düzenlendiğini ifade ettiler. Ancak Anayasamızın 36. maddesinin 1. fıkrasında adil yargılanma hakkı ibaresi geçmekle birlikte Sözleşmenin 6. maddesinden farklı olarak unsurlarına ve masumiyet karanesine bu kapsamda yer verilmediğini, söz konusu ilkenin başka maddelerde düzenlendiğini söylediler. Anayasanın 38/4. maddesinde, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılmayacağı, 15. maddesinde ise, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılmayacağı düzenlenerek ilkeye verilen önemin gösterildiğini dile getirdiler.

Sayın konuşmacı masumiyet karanesinin, suç isnadı altında olan veya beraat eden kişinin hukukun gözünde masum olduğu ve kendisine buna uygun muamele edilmesi gerektiği anlamına geldiğini belirtmişlerdir

Konuşmalarında karinenin kapsamını belirlemişlerdir

Ceza muhakemesi yönünden karinenin, suçluluğu kanıtlanıncaya kadar kişinin suçsuz olduğunun varsayılmasının güvence altına aldığını ifade ettiler. AİHM önüne gelen davalarda karinenin ihlal edilip edilmediğinin bazı hususlarla bağlantılı olarak incelendiği açıklanmıştır. AYM de masumiyet karanesinin ihlal ettiği iddialarını incelemiş, kişinin masumiyetinin asıl olduğunu, ispat külfetinin iddia makamına ait olduğunu kimseye suçsuzluğunu ispat külfetinin yüklenemeyeceği noktasında tespit yapmıştır.

Masumiyet karanesinin suç isnadı mahkumiyete dönüşen kişiler açısından artık geçerli bir dayanağının bulunmadığını, ancak ceza davasının düştüğü veya belirli bir süre sonra şarta bağlı olarak düşeceği veya mahkumiyet hükmü kurmaksızın davanın ertelendiği durumlarda masumiyet karanesinin devam edeceğini kabul etmek gerektiğini ifade ettiler.

Sayın konuşmacı masumiyet karanesinin özel hukuk, idare hukuku ve disiplin hukuku bakımından etkisi noktasında da değerlendirmelerde bulunmuştur.

AIHM içtihatları uyarınca, masumiyet karinesi ceza muhakemesi kapsamında usul güvencesi olmakla birlikte bu korumanın etkili bir şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde ceza yargılaması devam etmeyen kişilere kamu görevlileri ve otoriteleri tarafından suçlularmış gibi muamele edilmesinin önlenmesi gerektiği belirlemesini yaptılar. Bu nedenle ceza davasını takip eden disiplin yargılamasında veya hukuk yargılamasında da masumiyet ilkesine özen gösterilmesi gerekliliğini ifade ettiler. Bununla birlikte AIHM uyarınca mahkumiyetle sonuçlanmamış bir olayla ilgili olarak kişinin disiplin suçundan hukuki yönden yaptırımı maruz kalmasının karinenin ihlali anlamını taşımadığını dile getirdiler. Bu kapsamda karar vericilerin kullandıkları dilin önem taşıdığını belirttiler. Allen Birleşik Krallık Kararı.

Anayasa Mahkemesinin de idari davalar yönünden yaptığı tespit, masumiyet karinesinin suç isnadının karara bağlandığı davalarda (yani ceza davalarında) geçerli olduğu, Sözleşmenin 6. maddesinde ifade edilen medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklarla ilgili idari davaların kural olarak karinenin uygulama alanı dışında kaldığı belirlemesini yaptığını dile getirdiler. Ancak maddi olayın tespitinde idari merciin, ceza mahkemesinin beraat kararına uygun hareket etmesi gerektiği belirttiler. Anayasa Mahkemesine göre beraat kararı sorgulanmadığı sürece masumiyet karinesinin aynı maddi olay çerçevesinde kişinin disiplin yaptırımına tabi tutulmasına engel teşkil etmediğini dile getirdiler.

Anayasa Mahkemesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen bir olayın idari davaya konu olan ve kendisine yapılan başvuruda, masumiyet karinesi yönünden yapmış olduğu incelemede hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaatin bulunduğunu, ancak erteleme süresince sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığını, ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyumsuzlukta bu karara dayanılmasının masumiyet karinesiyle çelişebileceği yönünde tespit, bulduğunu ifade ettiler. Ancak salt karardan ve yargılandığından söz edilmesinin ilkenin ihlal edildiğini söylemek bakımından yeterli olmadığını da altı çizilmiştir. Masumiyet karinesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti yönünden disiplin suçuna ilişkin kararın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

Ceza muhakemesi sonucunda ceza mahkemesi tarafından verilen ve kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine ilişkin hükmü dışındaki hükümlerin disiplin makamları açısından bağlayıcı olmadığı ifade edilmiştir.

Ceza davasında beraat kararı verilen ve aynı zamanda idari davaya konu olan bir başvuruda ise, Anayasa Mahkemesi tarafından ceza davasında yer alan iddia kapsamındaki olaylara dayanılmasının ve beraat kararının sorgulanmasının masumiyet karinesi ile çeliştiğine karar verildiğini belirttiler. Suç işlediği iddia edilen kişinin ceza mahkemesi kararıyla beraat etmesine rağmen disiplin muhakemesinde söz konusu şahsın yargılandığından ve buna ilişkin karardan söz edilmesinin Anayasa Mahkemesine göre masumiyet karinesinin ihlal edildiğini söylemek bakımından yeterli olmadığını dile getirdiler. Masumiyet karinesinin ihlal edildiğinin söylenebilmesi için idari kararın kişinin beraat ettiği, ancak isnat edilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerektiğini ifade ettiler. Delil yetersizliğinden dolayı beraat kararı verilse bile disiplin muhakemesinde kişinin suçsuz olmadığı yönündeki değerlendirmelerden kaçınılması gerektiği sayın konuşmacı tarafından konuşmasında belirtildi. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından ceza muhakemesi ile disiplin muhakemesinin farklı disiplinler olduğunun kabul edildiğini, olayda kişinin disiplin durumunun ceza yargılamasından ayrı olarak disiplin hukuku ilkelerine göre değerlendirilmediğini, aksine beraat kararının gerekçesine ve başvurucunun yargılandığı fiili işlediği kabulüne dayanarak karar verildiğini, dolayısıyla da masumiyet karinesinin ihlal edildiği yönünde belirleme yapıldığını dile getirdiler.

Son konuşmacı **Sayın Prof. Dr. Abdurrahman Eren** ise tebliğinde bireysel başvuru sürecini değerlendireceklerini ifade ettiler.

Bireysel başvuru yolunun özgürleri koruma yolunda değişikliğe yol açtığını ve bunun iki nedeni olduğunu belirttiler. Birinin Anayasa Mahkemesinin yapısının değişmesi, ikincisinin ise bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi olduğunu söylediler. Kabul edilen bireysel başvurunun bir norm denetimi olmadığını da dile getirdiler.

Anayasa Mahkemesinin usule ilişkin noktalarda ölçütleri oluşturması gerektiğini ifade ettiler. Kabul edilebilirlik kriterlerine yönelik açık, somut kriterler geliştirmesi gerektiğini, ancak henüz bunun söz konusu olmadığını söylediler. Usul kurallarının net kurallarının oluş-

mamasının başvuru sayısını artırdığı, iş yükünün bireysel başvuru yolunun zamanla etkin başvuru yolu olmasını engelleyebileceği tespitini yaptılar. Anayasa Mahkemesine yapılan başvurulardan, adil yargılamanın önemli bir sorun olduğunun ortaya çıktığını, mahkemeye yönelik olarak süper bir temyiz mahkemesi algılaması oluşmuş vaziyette olduğunu belirttiler. Mahkemeye 18 430 başvuru yapıldığını, bunlardan 110 başvuru hakkında esastan karar verildiğini, söz konusu 110 başvurunun 91'inde hak ihlali bulunduğu tespitinin yapıldığını ifade ettiler.

Kabul edilebilirlik kriterleri noktasında Anayasa Mahkemesinin 6 konuda inceleme yaptığını söylediler. Bunların zaman, süre, kişi, konu, iç hukuk yollarının tüketilmesi ve açıkça dayanaktan yoksun bulunması olduğunu belirttiler. Başvurulardan çoğunun açıkça dayanaktan yoksun bulunmaması nedeniyle reddedildiğini dile getirdiler.

Zaman yönünden Anayasa Mahkemesinin kararın kesinleştiği tarihi esas aldığını, tebligatın dikkate alınmadığını ifade ettiler. Hukuk ve idari davalarda kesinleşmenin ceza yargılamasından farklı olduğunu, karar düzeltmeye gidilmediğinde kesinleşmenin kabul edildiğini, buna karşılık karar düzeltmeye gidilmişse sonucun beklendiğini belirttiler. Ceza davalarında tebligat yapılmamış olsa bile Cumhuriyet başsavcılığına itiraz halinde sürenin başlatıldığını tespit ettiklerini söylediler. Bireysel başvuru süresinin Anayasa'da 30 gün olarak öngörüldüğünü dile getirdiler.

Anayasada kabul edilebilirlik incelemesinin komisyonlar tarafından yapılabileceği ifade edilirken iç tüzükte büro tarafından yapılacağından düzenlendiğinden bahsettiler. Büro tarafından idari bir işlem gibi değerlendirilmesinin çelişki yarattığını, Anayasaya aykırı bir iç düzenlemesi bulunduğunu belirttiler. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oy birliği ile karar verilen başvurular hakkında kabul edilmezlik kararı verildiğini ifade ettiler.

Konu bakımından kamu haklarının incelendiğini, Anayasada, AİHS'de ve ek protokollerde kabul edilen haklar için başvurunun kabul edildiğini söylediler. Hak kavramının Anayasanın tamamından hareketle yorumlandığını, sadece temel hak ve hürriyetler açısından değerlendirilmediğini belirttiler. Haklar konusunda genişletici yorumla hareket edildiğinden bahsettiler.

Kişi açısından tespit yapılırken Anayasa Mahkemesi içtihatlarının tutarlı olduğu ifade edildi. Anayasada kamu tüzel kişilerinin başvuru yapamayacağına açıkça düzenlendiğini, özel hukuk kişilerinin ve gerçek kişilerinin bireysel başvuru yolunu kullanabileceklerini belirttiler. Kamu tüzel kişilerinin başvurularının değerlendirmeye alınmadığını, özel hukuk tüzel kişilerinin başvurularının iki kriterle kabul edildiğini söylediler. Bunların tüzel kişiliğe ait haklar ve AİHM olduğu dile getirildi.

Anayasamıza göre kasıtlı suçtan mahkum olan hükümlülerin oy kullanamayacaklarını, AİHM içtihadıyla Anayasa hükmünü dışarıda bırakmanın ne kadar doğru olacağını, bunun tartışma doğuracağını ifade ettiler.

Sayın konuşmacı, Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı Anayasa Mahkemesinin kabul edilebilirlik kararı verebilecek mi sorusunu sordular ve şimdiye kadar ret ettiğini, ancak yeni verdiği bir kararda ilçe seçim kurulunu mahkeme saydığını belirterek Yüksek Seçim Kurulunun da bir mahkeme olduğunu ancak Anayasada YSK'nın kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz hükmünün yer aldığını, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ne karar verirse versin Anayasa değişmedikçe sorunlu olacağını söylediler. Zira mahkeme olarak sayıp kabul edilebilirlik kararı verirse başka mercie başvurulamaz diyen Anayasaya aykırı olacağını, Anayasayı uygulayıp kabul edilemezlik kararı verirse de ilçe seçim kurulunu mahkeme kabul eden mahkemenin kararının tartışılacağını belirttiler.

Kabul edilebilirlik açısından aranan diğer bir şartın iç hukuk yollarının tüketilmesi olduğunu, zira Anayasaya göre kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmesi gerektiğini ifade ettiler. Ancak istisnaların kabul edildiğini söylediler. Bunları, kanunda idari ve yargısal bir yolun kabul edilmemesi, yeni bir içtihadın bulunması, makul sürede sonuçlandırılmaması, verilen yargı kararının idare tarafından uygulanmaması ve ağır ve telafi edilemez bir zararın söz konusu olduğu bir durumun bulunması şeklinde belirttiler. Anayasa Mahkemesinin twitter kararının yargı yolu tüketilmeden kabul edilen bir başvuruda verildiğini, ağır ve telafi edilemez bir zararın doğma durumu nedeniyle söz konusu başvuru-

nun incelemeye alındığını dile getirdiler. Sayın konuşmacı Ergenekon başvurusunda ise yargı süreci tüketilmesi gerekirken başvurunun kabul edildiğini, kişilere özgü karar verilirse Anayasa Mahkemesinin güvenilirliğinin sarsılabileceğini söylediler.

Sonuç olarak sayın konuşmacılar 2012 yılının eylül ayının sonunda uygulamaya giren ve yeni bir konu olan bireysel başvuruyla ilgili bizlere önemli bilgiler verdiler. Bu katkıları yaparken yaşanan ve yaşanacak problemleri, eleştirileri ve ayrıca olması gerekenleri ifade ettiler. Yeni bir uygulama olması nedeniyle yapılan tespitlerin bireysel başvuru yolu için katkı sağlayacağı muhakkaktır. Yapılan sunumlardan sonra Anayasa Mahkememizin şimdiye kadar vermiş olduğu kararlarda AİHM içtihatlarıyla uyumluluk gösterdiğini, genel itibariyle kendisinden beklenen amaçları karşıladığını ve gelecek dönemde bunu gerçekleştirmeye devam edeceğini söylemek istiyorum.

Sayın Prof. Dr. Handan Yokuş Sevük'ün konuşmasına katkı ve görüş sorma niteliğinde bir belirlemede bulunmuştum.

SORU: Konuşmanızda eşe karşı yapılan her tür cinsel saldırı fiilinin suç olması gerektiğini söylediniz. Bu görüşünü destekler şekilde ve sunduğunuz konunun bir kısmı henüz tasarı aşamasında bulunduğu için belirtmek istediğim bir husus var. Bildiğiniz gibi 2011 tarihli İstanbul Sözleşmesi -ki bu sözleşmeyi Türkiye imzaya açtığı ilk gün imzalamış ve ilk onaylayan ülke olmuştur, ancak sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir- taraf devletlere iç hukuk tarafından tanındığı şekliyle bu eylemlerin eski veya şimdiki eşlere veya partnerlere karşı işlenmesi halini de suç olarak düzenlenmesi yönünde yükümlülük yüklemektedir (İstanbul Sözleşmesi m. 36). Yani TCK 102'deki her tür rıza dışı cinsel saldırı niteliğindeki fiillerin eşe karşı gerçekleştirilmesinin de suç olarak düzenlenmesini istiyor. Yine Sözleşmede, 36. madde uyarınca düzenlenen suçların soruşturmasının veya kovuşturmasının mağdur tarafından bildirilmesi veya şikayette bulunmasına bağlı olmamasını ve mağdur şikayetini veya ifadesini geri alsa bile işlemlere devam edebilmesini sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirlerin alınması istenmektedir. Bunları belirtmek ve görüşünüzü almak istedim. Teşekkürler

Reformun 9. Yılında Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Değerlendirme ve Yargıtay Uygulamaları*

Raportör: İbrahim DÜLGER**

Rapora konu oturum Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM başkanlığında, Yargıtay 13. Ceza Dairesi üyesi Vuslat DİRİM, Yargıtay 12. Ceza Dairesi üyesi Gürsel YALVAÇ, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Recep GÜLŞEN, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Çetin ARLAN'ın konuşmacı ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. İbrahim DÜLGER'in rapor-tör olarak katılımıyla gerçekleşmiştir.

Oturumda konuşmacılar sırasıyla tebliğlerini sunarak ilgili konu-larda görüşlerini açıklamışlardır. Bu tebliğ ve görüşler:

I- Vuslat DİRİM (Yargıtay 13. Ceza Dairesi Üyesi)

Adil Yargılanma Hakları

Sayın Vuslat DİRİM, sunmuş olduğu tebliğinde adil yargılanma hakkı bağlamında makul sürenin aşılması, ölçülülük ve oranlılık ilke-lerinin önemini belirtmiştir.

Konuşmasının başında bir önceki gün tartışılan konulardan olan meramını anlatma ilkesi ve buna bağlı olarak savunma hakkının kı-sıtlanamayacağına dair bir Yargıtay kararı üzerinden görüşlerini bil-dirmiştir. Karara konu olayda, birden çok sanık ve birden çok suçun

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** Doç. Dr., Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

bulduğu dosyada sanığın tehdit suçundan cezalandırılması için hakkında ceza davası açılmıştır. Cumhuriyet Savcısının mütalaasında tehdit suçundan cezalandırılmasına ya da beraatine dair herhangi bir görüş bildirmemiş olmasına rağmen sanığın tehdit suçundan mahkum edilmiş olmasını Yargıtay'ın ilgili Ceza Dairesi, Cumhuriyet Savcısı beyanda bulunmaya zorlanamaz gerekçesiyle onamıştır. Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu ise meramını anlatma ilkesinin adil yargılama ilkesinin gereği olduğunu; sanığın kendisine yönelik suçlamanın ne olduğunu bilmesi gerektiğini, bu nedenle de mahkum olduğu suç konusunda Cumhuriyet Savcısının mütalaada suçla ilgili herhangi beyanda bulunulmamasının meramını anlatma ilkesini zedeleyeceğine ve adil yargılanma hakkının kısıtlanmış olduğuna hükmederek kararı bozmuştur. Aynı yönde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği benzer kararının olduğunu da vurgulamıştır.

Aynı konu bağlamında Yargıtay 7. Ceza Dairesinin bir kararına da değinmiştir. Olayda mahkeme Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa muhalefet suçundan somut bir ihbara dayanmaksızın belli bir sokakta bulunan birden çok (1 numaradan 25 numaraya kadar) işyerinde bandrolsüz kitap satışı olup olmadığının tespiti için arama kararı vermiştir. Bu karara istinaden bir işyerinde bandrolsüz satış yapıldığı tespit edilmiş ve sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. 7. Ceza Dairesi aramanın mahkeme kararı ile yapılmış olmasına karşın bu kararın herhangi bir somut suç şüphesine dayanmaksızın verildiğini ve bu karara binaen yapılan aramanın usulsüz olduğunu, bu nedenle elde edilen delili hukuka aykırı delil kabul edilerek mahkumiyet hükmünü bozmuştur.

Adil yargılanma hakkının en çok ihlal edildiği hallerin başında yargılamaların makul sürede yapılamaması olduğunu ve bu konuda da ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince birçok kez mahkum edilmiş olduğunu bildirdi. Bireysel başvuru hakkının tanınması makul sürenin aşılmasının önlenmesi ve bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde aleyhimize açılan davaların azaltılması açısından atılan önemli bir adım olduğunu; Ayrıca çıkarılmış olan 6384 sayılı kanunun da bu mahkumiyetlerin önüne geçmede önemli oldu-

ğunu, bu sayede ikibinin üzerinde davanın taraflarla anlaşarak tazminat ödenmesi suretiyle sonlandırıldığını belirtti.

Türk Yargıtay'ının iş yükünün çok fazla olduğunu, Alman Yargıtay'ına hukuk ve caza davası olarak yılda sekizbin dosya gelmesine karşın Türk Yargıtay'ına yılda birmilyon dosya geldiğini; Yargıtay'ın geçen yıl dokuzyüzbine yakın karar verdiğini, sadece 13. Ceza Dairesinin geçen yıl kırkikibine yakın karar vermiş olduğunu; ülkemizde bu konuda bir filtre sisteminin bulunmamasının da bunda önemli bir faktör olduğunu ifade etti. Ülkemizde Cumhuriyet Savcılarının uygulamasında dava açmak esas takipsizlik kararı vermek istisnadır gibi bir anlayış içerisinde bulunduğunu; yargılamada yer alan hakim, savcı, avukat herkesin insan haklarını ve hukuk devleti ilkesini öncelikle özümsemesi gerektiğine işaret etti.

Mahkemelerin ve Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması, bu sayede yargılamaların makul sürede gerçekleştirilebilmesi için bir takım filtre mekanizmalarının kanunla getirildiğini; uzlaşma, kamu davasının ertelenmesi, iddianamenin iadesi kurumlarının kabul edildiğini; fakat bunların çok da sağlıklı uygulanmadığını; bu kurumlara uygulamada işlerlik kazandırılması ve hakim - savcı açığının kapatılması gerektiğini ifade etti. Cumhuriyet Savcısının delil takdir yetkisinin olmadığı konusundaki Yargıtay'ın yerleşik düşüncesini eleştirerek bu anlayışın gereksiz dava açılmasında önemli bir etken olduğuna, bunun yanlış bir yaklaşım olduğuna, Cumhuriyet Savcısının da delil takdiri yapabileceğine bu sayede gerekiyorsa takipsizlik kararı verebileceğine vurgu yaptı. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının Yargıtay'ın iş yükünü azaltmada önemli bir kurum olması yanında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna işlerlik sağlanması için kanuni değişiklik yapılarak bir yıllık sınırın artırılması gerektiğini; kamu davasının açılmasının ertelenmesi için erteleme koşullarının kabul edilmesi gerektiğini belirtti.

Ölçülülük ve orantılılık konusunda ise yeni Ceza Kanunumuzun 3. ve 61. maddeleriyle önemli bir düzenleme getirildiğini fakat uygulamada özellikle ilk derece mahkemelerince buna pek dikkat edilmediğini söyleyerek sözlerine son verdi.

II- Gürsel YALVAÇ (Yargıtay 12. Ceza Dairesi Üyesi)

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

5320 sayılı kanunla 466 sayılı kanunun yürürlükten kaldırıldığını, 466 sayılı kanunun, kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen tutuklama ve yakalamalardaki tazminat sorumluluğunu düzenlediğini; bu kanunun 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırıldığını fakat bu tarihten önce gerçekleştirilen tutuklama ve yakalamalarda 466 sayılı kanun hükümlerinin geçerli olacağını düzenlediğini; 1 Haziran 2005 tarihinden sonraki tutuklama ve yakalamalarda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141, 142, 143 ve 144. maddelerine göre işlem yapılacağı ve karara bağlanacağını düzenlenmiş olduğunu; bu itibarla da hala daha 466 sayılı kanuna göre söz konusu tazminat davalarının devam ettiğini; bunun ise ülkemizde kesinleşmiş kararların tebliğine ilişkin açık bir kanuni düzenlemenin olmasından kaynaklandığını; bu sorunun hem adli yargı açısından hem de bireysel başvuru nedeniyle Anayasa Mahkemesi açısından da mevcut olduğunu belirtti.

Geçmişte de bu sıkıntıların yaşandığını, bunun üzerine 21.04.1975 tarihli 3/5 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla tazminat talebine dair üç aylık sürenin kesinleşmiş beraat kararının ilgiliye tebliğiyle başlayacağını hususunun belirtilmiş olduğunu; böyle bir düzenlemenin bu gün kanuni bir hüküm olarak getirilmesi gerektiğini; kararların kesinleşmesine rağmen bu karardan hak sahiplerinin haberdar olmadıklarını, haberdar olmadıkları için de bu sürenin işlemeyeceğini fakat bu konuda açık bir yasal düzenleme bulunmadığını ifade etti.

Söz konusu içtihadı birleştirme kararı uyarınca hak sahiplerinin aradan onbeş, yirmi yıl geçmiş olmasına rağmen “benim hakkımda verilen beraat kararı kesinleşmiş, bu kararı bana tebliğ et ve ben bu tebliğden sonra tazminat davası açacağım” şeklinde taleplerde bulduklarını, akabinde dava açtıklarını; bunun üzerine Yargıtay’da konunun hakkın kötüye kullanılmasını oluşturup oluşturmayacağını tartışıldığını; bu tartışmalar sonucunda Ceza Genel Kurulunca, hiçbir hakkın sınırsız olmadığı gerekçesiyle eğer kişi beraat kararının kesinleşmesinden itibaren tazminat talebine ilişkin hakkını on yıl içinde kullanmamış ise bu hakkın düşeceğine dair karar verildiğini;

gerek ilgili Ceza Dairelerinin gerekse Genel Kurulun bu yönde istikrarlı kararlar verdiğini belirtmiştir.

Sayın Gürsel konuya ilişkin olarak sözlerine aşağıda belirtilen şekilde devam etmiştir.

“CMK 141. maddesinin 1. fıkrasının d) bendinde *Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen* kişilerden bahsedilmektedir. Yargıtay olarak biz yol tutuklamasından kaynaklanan bir olayda bu hükmü işleterek tazminat yönünde karar verdik. Ancak burada iki sorun var. İlki acaba devam eden davalarda bu hüküm nasıl işleyecektir? Biz bu konuda bir kısım tazminat nedenlerinin yargılaması devam eden davalarda da işletilebileceğini düşünmekteyiz. Örneğin makul sürede hakim huzuruna çıkartılmayan kişilerle ilgili olarak tazminata hükmedilebilecektir. Bu yöndeki düşünce, tespit ve ya karar hükmün sonucunu etkilemeye, değiştirmeye yönelik bir karar olmayacaktır.

Yine tutuklu olarak yargılanan kişilerin haklarındaki yargılamanın makul sürede yargılamanın bitirilememesi halinde kanun tazminata talep edileceğini belirtmesine karşın acaba tutuklu olmadan yargılanan kişilerin makul sürede yargılamasının bitirilmemiş olması halinde de bu hüküm işletilecek midir? Kişisel olarak Anayasamızın 90. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddelerindeki hükümlerden hareketle bu durumda da tazminata hükmetmek gerekir. Fakat tutuklu olmayanlarla ilgili olarak daire üyelerinin çoğunluğu bunun aksini düşünmektedir.

Kanuni gözaltı süresi içinde hakim önüne çıkartılmaması durumunda ve yasal hakları hatırlatılmayan kişiler açısından da henüz yargılama devam ederken tazminata ilişkin dava açılabilir ve bu şekildeki davalar Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Ancak tazminata ilişkin verilecek karar asıl davanın sonucunu, hükmünü etkileyecek nitelikteyse burada çok ihtiyatlı yaklaşmak gerekir.

Arama kararının ölçsüz olarak gerçekleştirilmesi yani arama kararının infazının ölçsüz olarak gerçekleştirilmesi halinde tazminata hükmedilecektir fakat arama kararının kendisi, hukukun aradığı şartlara dikkat edilmeksizin verilmesi halinde de tazminat hakkı ka-

bul edilecek midir? Biz verdiğimiz bir kararda bu durumda da yani arama kararının kendisinin mutlak surette hukuka aykırı olması halinde de arama şartlarının gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle tazminata hükmettik. Ama bu karar istisnai bir karardır ve bütün arama kararlarına ilişkin böyle bir sonuca gitmemek gerekir. Zira yargılama devam ederken bir arama kararının hukuka aykırı olduğu yönündeki bir tespit daha sonra verilecek hükümde kullanılabilir bir delili baştan hukuka aykırı kabul etmek anlamına gelir. Bu nedenle özellikle arama kararlarında çok dikkatli yaklaşmakta ancak çok spesifik olaylarda bu yönde karar vermekteyiz. Yargılamanın sonucunu etkileyebilecek, asıl mahkemenin delil olarak değerlendirebileceği hususlarda dava devam ederken tazminata ilişkin talepler hakkında tazminat şartlarının oluşmadığı yönünde kararlar veriyoruz.

Koruma tedbirlerine ilişkin tazminat davaları 12. Ceza Dairesine intikal ettikten sonra daha önceki yaklaşımları değiştirdik. Örneğin öğrencilere yönelik yakalama ve tutuklamalarda bu kişilerin herhangi bir iş ve gelir getirici faaliyetlerinin olmaması nedeniyle 466 sayılı kanun hükümlerine göre tazminat talepleri reddedilmekteydi. Bu yöndeki yaklaşım değişerek bu durumda da öğrenciler maddi, manevi tazminat talep edebilir şeklinde karar verdik. Öğrenciler gelirleri olduğuna dair belge sunmuşlarsa buna göre, sunmamışlarsa kendi yaş gruplarına dair asgari ücret baz alınarak tazminatın belirlenmesi yoluna gidiyoruz.

Bir diğer görüş değişikliği ise yakalanan, tutuklanan kişilerin tazminatları hesaplanırken resmi, dini tatiller gibi tatil günleri tazminat miktarından düşülmekteydi. Bu anlayış terkedilerek yakalama ya da tutukluluk süresi içerisinde yer alan tatil günleri de tazminat miktarının hesabında göz önüne alındı. Aslında bence yakalama ya da tutukluluk nedeniyle bayram ya da resmi tatil günlerini içeride geçirenlere bu günler için daha fazla miktara hükmetmek gerekirdi.

Geçmiş dönemlerde koşullu salıverilme süresi tazminatta esas alınmamaktaydı. Fakat biz koşullu salıverme süresinin yanlış hesap edilmesiyle bu haklarını geç kullandırılanlar için de tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde karar veriyoruz.

Tazminata neden olan işlemlerin bir kısmı 1 Haziran 2005 yılından önce, bir kısmı da bu tarihten sonra gerçekleştirilmişse bu durumda dava açma konusunda bir takım sıkıntılar var.

İnfazdaki yanlışlıklar tazminata neden olabilecek midir? Örneğin müddetnamesi yanlış hesap edildiği için cezaevinde fazla kalan kişi açısından bana göre tazminata hükmetmek gerekir ama daire üyelerinin çoğunluğu aksi görüşte.

Başka bir suçtan dolayı mahsup işlemi yapılmış olsa da tazminata hükmedilmesi gerektiği ancak bu durumda miktarın belirlenmesinde mahsup işleminin göz önünde tutulmasıyla hakkaniyet ölçüsüyle hareket edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.”

III- Prof. Dr. Recep GÜLŞEN (Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Deliller

Konuşmacı hukuka aykırı aramada elde edilen deliller konusunu bazı Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirmiştir.

Sayın GÜLŞEN tebliğinde aşağıda belirtilen açıklamalarda bulunmuştur.

“Kolluk kuvvetleri herhangi bir arama kararı olmaksızın aldıkları bir ihbar üzerine bir kişinin evine gider, eşinin muvafakatiyle evde arama yaparlar ve evin damında Hint keneviri yetiştirdiğini tespit ederler. Kişi ilk derece mahkemesinde ikrarda bulunur. Hakkında dava açılır ve mahkumiyet kararı verilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu oy çokluğuyla yasal prosedürü gerçekleştirilmeksizin arama yapılamayacağını fakat kişinin samimi ikrarının tek başına yeterli olduğunu kabul ederek mahkumiyet kararını onamıştır. Bu karara katılmak mümkün değildir çünkü delil kanuna aykırı olarak elde edilmiştir. Anayasamızın 38. maddesi kanuna aykırı olarak elde edilen deliller delil olarak kabul edilemez der.

Yine Yargıtay 2009 yılında benzer bir kararda ise tam tersi bir hüküm vermiştir. Sahte rakı üretildiği konusundaki bir ihbar üzerine kolluk güçleri baskın yapar ve sahte olarak üretilen rakıları ele geçirilir ve yine sanığın ikrarı gerekçe gösterilerek mahkumiyete karar verilir. Yargıtay velev ki sanık ikrar etmiş olsa bile kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin mahkumiyete esas alınamayacağını belirtmiştir ki bu karar doğru bir karardır.

Bir başka kararda polis bir kişiyi durdurur. Durdurulan kişinin önceden sabıkası olduğu tespit edilir ve kişi üzerinde arama yapılır ve aramada silah bulunur. Yargıtay 2. Ceza Dairesi 20.11.2013 tarihli kararında yine aramanın hukuka aykırı olduğu, dolayısıyla delilin hukuka aykırı olarak elde edildiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Savcının arama emriyle de hukuka aykırı delil elde edilebilir. 2004 yılında gerçekleşen bir olayda müşteki vekilinin müvekkiline ait kitapları yasaya aykırı olarak çoğalttığı iddiasıyla şikayette bulunur. Savcı 5846 sayılı kanuna muhalefetten dolayı ilgili işyerinin aranması yönünde kolluğa yazılı talimat verir ve bunun üzerine gerçekleştirilen aramada iki nüsha çoğaltılmış kitap bulunur. Buna göre verilen mahkumiyet kararı üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesi 22.02.2007 tarihli kararında Cumhuriyet Savcısının ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda arama kararı verebileceği aramada asıl olanın mahkeme kararı olduğu ve somut olayda gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun olmadığı gerekçesiyle mahkumiyet kararını bozmuştur.

Hakimin arama kararına rağmen de hukuka aykırı delil elde edilmiş olabilir. Buradaki hukuka aykırılık bizzat hakimin kararından da kaynaklanabilir. Yargıtay 2013 yılında vermiş olduğu kararda korsan kitapla ilgili olarak 1 numaradan 25 numaraya kadar olan bütün işyerlerinde arama yapılması yönündeki hakim kararının arama yapılacak yerin belirsiz olması nedeniyle yasaya aykırı olduğunu belirtmiş; arama kararında aranacak yerin somut olarak belirtilmesi gerektiği, bu itibarla somut bilgi içermeyen karara göre elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu gerekçeleriyle mahkumiyet hükmünü bozmuştur.

Şüphe üzerine durdurulan bir araçta sahte parfüm ele geçirilir ve mahkumiyet kararı verilir. Hukuka aykırı deliller açısından iki tür yaklaşım mevcuttur. Birinci yaklaşım zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir ifadesiyle ortaya konan hukuka aykırı elde edilen delillerin delil olarak değerlendirilemeyeceği görüşü bir diğeri ise menfaatlerin dengelenmesi görüşüdür. Kamusal menfaat üstün ise delil hukuka aykırı elde edilmiş olsa bile delil olarak kullanılabilir. Bu ikinci yaklaşım sakıncalıdır ve bu görüş kabul edilirse sınırsız olarak özgürlüklere müdahaleyi de kabul etmiş oluruz ki bu kabul edilemez.

Rızaya dayalı aramayla elde edilen deliller de hukuka aykırıdır.

Hukuka uygun arama kararı olmasına rağmen aramada kanunda belirtilen şekli şartlara uyulmaması halinde elde edilen deliller hukuka aykırı yolla elde edilmiş delil olarak kabul edilir. Örneğin aramada arama tanıklarının bulunmaması hukuka aykırılık teşkil eder.”

IV- Doç. Dr. Çetin ARSLAN (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Telekomünikasyonun Denetlenmesi ve Dijital Deliller

Sayın ARSLAN Dijital deliller ve telekomünikasyonun denetlenmesi ile ilgili tebliğinde aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur.

“Günümüzde dijital deliller gerek sayı ve gerekse çeşitlilik anlamında bir hayli fazladır. Dijital delil internetteki bir resim ya da yazı olabileceği gibi telefonda tutun da, aracınızın freninden, taşınabilir belleğe varana kadar birçok dijital delile hayatın her alanında karşılaşabiliriz. Dijital delil Ceza Muhakemesinin bel kemiğidir. Dijital deliller yeni bir kavram olduğundan klasik delillere göre değerlendirilmesi ve hukuk sistemine aktarılması yönünden birçok zorlukla karşı karşıya kalınmaktadır. Elektronik delili dijital delille karıştırmamak gerekir. Elektronik delil dijital delili de kapsayan daha geniş bir kavramdır. Bir kasetteki ses ve görüntü kayıtları elektronik delilken bunların bilgisayar ortamına aktarılması halinde bu deliller dijital delil halini alır.

Dijital delili, iddia edilen bir fiilin ispatında kullanılmak istenilen, kullanılan, elektronik ortamda oluşan ya da oluşturulan, değiştirilen, iletilen, saklanan veri, kayıt ve belgeler olarak tanımlayabiliriz. Dijital deliller sanık ikrarı, tanık beyanı gibi benzeri delillerden farklı olarak delilin özünü veya özelliğini ifade eder.

Dijital deliller değiştirildiği dönüştürüldüğü için teknik olarak hiçbir zaman orijinal bir delil olarak nitelendirilemez. Hukukta gerçek kişiyle tüzel kişi ne kadar farklıysa klasik delille dijital delil aynı şekilde farklıdır. O nedenle de orijinalliği tartışılır.

Örneğin bilgisayara kayıtlı bir ses ya da görüntü kaydının dinlenmesi ya da izlenmesi halinde ilgili konu hakkında ayrıntılı ve so-

mut bilgi vermesi nedeniyle temsil ve tespit gücü yönünden üstünlük niteliğine sahip olsa da sakıncalı yönü bu delillerin müdahale edilebilir, değiştirilebilir, ekleme ya da çıkarmalar yapılabilir, farklılaştırılabilir ya da bozulabilir olmasıdır.

Yargıtay uygulamasından da bu hususa işaret edilerek dijital delillerin yapısı gereği manipülasyona açık olması nedeniyle bu delillerin değiştirilmeye, bozulmaya elverişli olması nedeniyle delil olarak tek başına yeterli olamayacağını, bunların diğer maddi delillerle desteklenmesi gerektiğini belirtilmektedir. Yargıtay ayrıca bu deliller üzerinde ekleme, çıkarma, oynama olup olmadığı yönünde incelemenin yaptırılmamasını da bozma gerekçesi olarak kabul etmektedir.

Dijital delillerin bu özelliklere sahip olması, diğer delillerin elde edilmesi konusundaki kurallara uyulmayacağı anlamına gelmez. Diğer deliller nasıl elde ediliyorsa bunlar da aynı şekilde hukuka uygun, yasal yollarla elde edilmesi gerekir. Hukuka aykırı olarak elde edilen dijital delillerin de ispat kabiliyeti yoktur.

Yargıtay 13. Ceza Dairesi üniversite öğretim üyesinin kendi talebiyle ve odasında yapılan hırsızlığı tespit amacıyla yerleştirilen görüntü kaydedici cihazla elde edilen görüntülerin hakkın kullanılması suretiyle hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Burada Yargıtay hukuka uygunluk yönünden bir değerlendirmede bulunmuştur ki bu değerlendirmenin çok doğru bir değerlendirme olmadığını belirtmek gerekir.”

Bilgisayarlarda aramalar konusunda ise, bu hususun kanunla düzenlenmiş olması halinin ihtiyacı tam olarak karşılamadığını, bilgisayarlardaki aramaların belirli suç ya da suçlar için öngörülmemiş olmasının bireylerin hukuki güvenliği açısından sakıncalı ve yanlış olduğunu; bu konuda da kanunda bir suç kataloğunun belirlenmesi gerektiğini, bilgisayarlardaki aramaların her suç için değil belli bazı suç tipleri için öngörülmesi gerektiğini belirtti. Mevcut şekliyle bilgisayarlardaki yapılan aramaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, Anayasaya ve Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesine aykırılık teşkil ettiğine işaret etti. Bu nedenle bilgisayarlardaki aramalar için mutlaka bir katalog suç düzenlemesinin yapılması gerektiğini vurguladı.

Uygulamada dijital delillere daha çok örgütlü suçların soruşturmasında müracaat edildiğini belirtti.

V- SORULAR VE AÇIKLAMALAR

Oturumdaki konuşmacıların tebliğ sunumlarının tamamlanmasının ardından tartışma bölümüne geçilerek dinleyicilerin soru ve katkıları alındı

Bu bölüm ilk soruyu **Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Alparslan ALTAN** Yargıtay 12. Ceza Dairesi üyesi Gürsel YALVAÇ'a yöneltti. Sayın ALTAN, YALVAÇ'ın tebliğde de belirtildiği gibi kesinleşmiş mahkumiyet kararlarının tebliği hususunun özellikle bireysel başvuru süresinin hesaplanması açısından sorun oluşturduğunu, bu ve devam eden davalarla ilgili haksız tutukluluk ve uzun süren yargılamalarla ilgili olarak yasal düzenleme yapılması gerektiğini ve konuya ilişkin görüşlerini Adalet Bakanlığına ilettiklerini; bitmiş davalarla ilgili haksız tutukluluk konusunda ya da hüküm verilmiş dosyalarla ilgili kendilerine yapılan bireysel başvuruları başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul etmediklerini fakat devam eden davalardaki ihlal iddiaları ile sorunun hala devam ettiğini belirterek, Yargıtay'da, devam eden davalardaki haksız tutukluluk konusunda tazminat verilmesi yönünde bir eğilimin olup olmadığını, bu konudaki yeni kararların bulunup bulunmadığını sordu.

Daha sonra **Hakim Mehmet Reşat Koparan** söz aldı. Arama konusunda en duyarlı hakimlerden biri olduğunu, Türk Ceza Kanununun 120. maddesinde haksız aramanın düzenlendiğini fakat 25 yıllık meslek hayatı boyunca böyle bir davaya rastlamadığını, İstanbul'da iki yıla yakın bir süredir hakimlik yaptığını bu sürede hukuka uygun yapılan bir tek aramaya rastlamadığını, konuyla ilgili olarak Cumhuriyet Savcılarının, hakimlerin hatta Avukatların çok fazla kafa yoramadıklarını düşündüğünü belirtti. Kayseri'de Asliye Ceza Hakimi olarak görev yaptığı sırada Jandarmanın tarihi eser kaçakçılığıyla ilgili arama sonucu elde edilen delillerle kamu davası açıldığını; tek delilin arama tutanağı olduğunu; arama tutanağında "... mahkemesinden alınan ... tarihli sayılı arama kararı uyarınca gelindi, arama yapıldı ve suç delilleri tespit edilerek el konuldu" denildiğini ve oniki kişinin imzasının bulunduğunu; tutanakta ne mahkemenin adının ne tarihin ne de sayının yer aldığını; arama zamanının 19:25 ve Kasım ayı yani arama gece yapılmış olduğunu; Jandarma komutanı yazılı

emir var demek için Cumhuriyet Savcısından yazılı emir aldığını fakat bunun saatinin ise 22:45 olduğunu, aslında bu durumun bile aramanın kanuna aykırı olarak yapıldığını gösterdiğini ifade ederek tek delilin arama tutanağı olduğunu bunun da kanuna aykırı olduğunu gerekçe göstererek iddianameyi iade ettiğini; Savcının bu karara Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde itiraz ettiğini ve Ağır Ceza Mahkemesinin iade kararını kaldırması üzerine mecburen dosyaya baktığını; sanık avukatının bu yargılamada sanığının suçsuz olduğu üzerine savunmasını oluşturduğunu; sanık müdafinin, kendisinin iddianameyi iadeye ilişkin gerekçesini okumuş olsa bütün savunmasını onun üzerine kurup davaya kazanabileceğine rağmen bunun farkına varmamış olduğunu; kendisinin bu davada hem hakim, hem savcı hem de avukat gibi davranarak CMK 217 ye göre beraat kararı verdiğini söyledi. Hakimlerin, Savcılarının ve Avukatların bu konuda gereken özen ve ilgiyi göstermeleri gerektiğine işaret etti.

Avukat Naim KARAKAYA da katkı sağlamak istediğini belirterek; hukuka aykırı delillerde değerlendirmeye ilişkin olarak duruşmanın sıranın değiştirilmesi gerektiğini; CMK 191. maddeye göre duruşmanın iddianamenin okunması ve sanığın sorgusuyla başladığını; bu sırada sorguyu yapan hakimin arama tutanağı, el koyma tutanağı gibi tüm tutanakları okuduğunu; avukatın araya girerek bunların hukuka aykırılığı yönünde bir karar aldırmasının mümkün olmadığını; özellikle arama tutanakları gibi bazı delillerin hukuka aykırılığına dair değerlendirmelerin duruşma hazırlığı aşamasına çekilmesi gerektiğini; aslında Amerika'da olduğu gibi tali dava niteliğinde bunların tartışılıp değerlendirilmesi gerektiğini; hatta sulh ceza hakimlerinin soruşturma aşamasında delillerin hukuka aykırılığını değerlendirerek bu konuda bir karar vermesinin ve bu kararını kapalı bir zarfla dosyala eklemesinin faydalı olacağını belirtti. Ayrıca CMK.'nın 135. maddesiyle ilgili kısımda Yargıtay'ın meşru savunma kabul ederek tehdit ya da hakarete uğrayan kişinin kayıt yapabileceğini belirten görüşüne katılmadığını; 135. maddenin disiplin soruşturmasında kullanılmasını maddenin 1. fıkrasına aykırılık teşkil ettiğini; 138/2 deki düzenlemenin yanlış uygulandığını iletişimin tespiti esnasında yeni bir suç işlenmesinden bahsedildiğini yeni bir kişiden bahsedilmediğini, bu dinleme esansında dinlemeye konu olan kişinin dışında onunla görüşen

kişiler hakkında da yeni bir suça ulaşıldığının kabulüyle dava açılmasının kanuna aykırı olduğunu; yine CMK.'nın 122. maddesinin de uygulamada yanlış uygulandığını belirtti.

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN, sorusunu Recep GÜLŞEN'e yönelterek tebliğindeki itiraf eden sanığın itirafına istinaden mahkum edilmesini hukuka aykırı bulmasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları özellikle Gäfken/Almanya kararı çerçevesinde bunu nasıl yasak delil olarak değerlendirdiğini sordu. Gäfken/Almanya kararında mahkeme işkence ya da işkence tehdidiyle sanık ikrarın yasak delil olmasına karşın hakim önündeki samimi ikrarın hukuka uygun delil olarak değerlendirdiğini, ikrarın geçerli olduğunun kabul edildiğini belirtti. Gürsel YALVAÇ'a yönelik olarak da yol tutuklaması konusundaki karar başta olmak üzere Yargıtay'ın verdiği benzer kararları takdir ettiğini; buradan Yargıtay'ın, koruma tedbirleri ile mağdur olan kişiler lehine 141 ile 144. maddeler arasındaki düzenlemeleri Ceza Muhakemesinde kıyasın serbest olduğunu kabulle benzer hallerde de uygulamasının mümkün olup olmayacağını yoksa Yargıtay'ın bu düzenlemelerdeki sınırının dışına çıkmama gibi bir yaklaşımının mı geçerli olduğunu sordu. Son olarak Çetin ARSLAN'ın sunumuna ek olması adına Ceza Muhakemesi Kanununun hazırlık çalışmalarında bilgisayar ortamında oluşturulan belgelerin de delil olacağı yönünde düzenleme yaptıklarının fakat bu düzenlemenin Mecliste çıkarıldığını ifade etti.

Yrd. Doç. Dr. Volkan Murat DÜLGER, Çetin ARSLAN'a yönelik olarak yeni yapılan değişikliklerle CMK.'nın 134. maddesinde somut delillere dayalı suç şüphesinden bahsedildiğini; bunun karşıtı olarak soyut delilin ne olduğunu; zaten somut suç şüphesinin bulunduğu yerde bilgisayara neden girildiğinin izahının ne olduğunu; görevli herkesin digital delillerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğini tartışmaları gerektiğini bu konudaki mevcut eserlerin iyi bir şekilde incelenmesi gerektiğini ifade etti. Hukuka aykırı delillerle ilgili olarak da Vuslat DİRİM'e yönelik olarak bir hafta önce katıldığı bilimsel bir toplantıda Cumhuriyet Savcısının bir soruşturmada hukuka aykırı delili tespit ettiğini, soruşturmaya ilişkin tek delilin de bu olması karşısında soruşturmaya yer olmadığına dair karar verdiğini, daha sonra bu kararı nedeniyle hakkında soruşturma yapıldığını, bu nedenle de bir daha hukuka aykırı elde edilen delil nedeniyle kovuşturmaya yer

olmadığına dair karar vermeyeceğini belirttiğini dolayısıyla sadece hakim, savcı ve avukatların değil Adalet müfettişlerinin de konuyu bilmeleri ve önemsemeleri gerektiğini ifade etti.

Gäfken/Almanya kararıyla ilgili olarak da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ülkelerin bu konudaki delil değerlendirme yasaklarına karışmayacağını belirttiğini; Gäfken/Almanya kararıyla verilen Hint keneviri örneğinin benzer olmadığını; Gäfken/Almanya olayının Rusya ya da Türkiye’de gerçekleşmesi halinde mahkemenin böyle bir karar vermeyeceğine inandığını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu kararıyla hata yaptığını, sınıfta kaldığını söyledi.

İstanbul Bilgi Üniversitesinden Araştırma Görevlisi (İsmi anlaşılamadı) suça muhatap olan kişinin kendi telefonunu kayda almasının meşru müdafaa kapsamında kabul edilmemesi gerektiğini; burada saldırıyı defetmek gibi bir amacın bulunmadığını belirterek 135/7. maddedeki hüküm mevcutken kişinin başkasıyla yaptığı telefon konuşmasını kaydetmesini ve bu kaydın da delil olarak kabul edilmesini nasıl izah edebilirsiniz diye sordu.

Avukat Cesim PARLAK, arama ve haksız gözaltı, yakalama ve tutuklamaya ilişkin tazminat davalarında avukatların olumlu bir sonuç alamadıklarını; tazminat miktarının belirlenmesinde nasıl bir kriter uygulandığını merak ettiğini; çünkü özellikle maddi tazminatta gerçekçi bir tazminatın belirlenmediğini; tazminata ilişkin yargılamaların seri bir şekilde gerçekleştirilmesi için düzenleme yapılması gerektiğini; Yargıtay’ın iş yükünün çok olduğunu belirttiğini fakat Yargıtay’dan kesin olarak olumlu bir sonuç çıkmayacağını bilen bir avukatın temyiz etmemesi nedeniyle müvekkili tarafından görevi kötüye kullandığı iddiasıyla yargılandığını ve Yargıtay’ın da bu görüşte olduğunu; dijital verilerle ilgili olarak CMK’nın 135. Maddesinde değişikliğe gidildiğini, Ceza Muhakemesi kurallarında derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğunu bu itibarla da henüz kesin hüküm verilmeyen davalarda önceki dinlemelerin dikkate alınmaması gerektiğini belirterek bu konuda Yargıtay’ın görüşünün ne olduğunu Cetin ARSLAN’a sordu. Ayrıca bu türdeki sonraki toplantılarda avukatlara da yer verilmesinin daha isabetli olacağını, konunun bir başka pencereden de ele alınmasının sağlanmış olacağını ifade etti.

Sorulara ilişkin verilen cevaplarda ise:

Vuslat DİRİM:

Kendi dairelerinin verdiği ve meşru müdafaa olarak kabul edilen kararda mağdurun odasından hırsızlık yapıldığını, fakülte yönetimiyle görüşerek odasına kamera taktırdığını; bu sayede hırsızlık yapanın kim olduğunun tespit edildiğini; bu görüntü kaydı şeklindeki delile dayalı olarak mahkumiyete karar verildiğini; dairenin bu olayda meşru müdafaa değil TCK.'nın 26. maddesinde, Anayasanın 36. maddesinde ve sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen iddia ve savunma hakkı çerçevesinde elde edilen meşru bir delil olarak kabul ettiğini; bu durumun hakkın kullanılması olarak değerlendirildiğini; mobeselerden elde edilen delillerin meşru kabul edilip, suça muhatap olmuş mağdurun elde ettiği kayıtların delil olarak değerlendirilmesinin çelişki olacağını belirtti.

Diğer bir soruyla ilgili olarak kendisinin de savcılık yaptığını, savcılığın iş yükünün ve sıkıntılarının ne olduğunu çok iyi bildiğini kendisi olsa soruşturma geçirmesine rağmen doğru bildiğini yapmaya devam edeceğini; hukuka aykırı delil karşısında defalarca takip-sizlik kararı vereceğini ifade etti.

Çetin ARSLAN:

CMK.'da yapılan değişikliklerin kesinleşmiş mahkumiyetler dışında derhal uygulandığını; bu konuda bir tereddüt olmadığını; örnek olarak daha önceden belli durumlarda dosya inceleme yasağının bulunduğunu, daha sonra yapılan değişiklikle bunun kaldırıldığını, bu eski düzenleme nedeniyle dosya inceleyememiş olmanın savunma hakkının kısıtladığı bir durum olduğu takdirde Yargıtay'ın vereceği bir kararla bozma sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğine inandığını belirtti.

Dijital delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi konusunda eksiklik bulunduğunu kabul ettiğini, bu konuda hukuk fakültelerinin de bu konuda eğitim çalışması yapmasının önemli olacağını; kuvvetli suç şüphesi varsa somut delilin varlığını kabul etmek gerektiğini düşündüğünü; getirilen değişikliği tasvip etmediğini çünkü ağır ceza mahkemesinin hapis cezasına mahkumiyete ilişkin ikiye bir karar vermesine rağmen koruma tedbirine ilişkin kararı oy birliğiyle alması zorunluluğunun anlaşılır olmadığını ifade etti.

Gürsel YALVAÇ

Devan eden yargılamalardaki tazminat konusunda CMK.'nın 141. maddesinde sınırlı bir sayma olması nedeniyle bir kısmında yargılamanın mutlaka tamamlanmış olmasının gerektiğini; fakat hakları belirtilmeden ve kullandırılmadan yargılama yapılmışsa bu durumda yargılamanın tamamlanmış olması şartının aranmasına gerek bulunmadığını; kanunda belirtilen koşullara uyulmaksızın gerçekleştirilen yakalama ve tutuklamalarda ya da tutukluluğun devamı kararlarında kendisinin devam eden yargılamalarda da tazminatın sınırlı bir şekilde kabul edilmesi gerektiğini düşündüğünü; fakat daire üyelerinin çoğunluğunun yargılamada verilecek kararı etkileyebileceği gerekçesiyle bu görüşte olmadığını belirtti.

Kıyas yapılabilir mi sorusuna ilişkin olarak da pekala yapılabileceğini fakat kıyastan çok Anayasanın 90. maddesine göre ve sözleşmeden hareketle bu kapsamın genişletilebileceğini düşündüğünü; adalet komisyonunda bulunan değişikliğin yasalaşması halinde zaten bu değişiklik çerçevesinde bunun sınırının genişletilebileceğini ifade etti.

Tazminat miktarının belirlenmesi hususunda ise ceza hakimlerinin hukuk hakimlerine nazaran daha cimri davrandıklarını, dairedeki bu yöndeki kararlara muhalif olduğunu ve tek başına muhalif olmasının da bir anlam ifade etmediğini, Genel Kurulun da daire çoğunluğuyla paralel düşündüğünü; askeri ücretin esas alındığını, yetersizliği faiz işletmekle kısmen gidermeye çalıştıklarını ifade etti.

Prof. Dr. Recep GÜLŞEN

Ceza yargılamasında vicdani delil sisteminin geçerli olduğunu ve hakimlerin bütün delilleri dikkate alması gerektiğini ancak daha yolun başında hukuka aykırı bir aramayla elde edilmiş bir delilin söz konusu olduğunu; bu delile oluşturulan baskıyla o itirafın gerçekleşmiş olduğunu; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dışında daha özgürlükçü bir karar vermeye herhangi bir engelin bulunmadığını belirtmiştir.

Tebliğlerin sununu, dinleyicilerin soru ve katkılarının ardından konuşmacılarca sorulara verilen cevaplarla birlikte oturum sona ermiştir.

Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması *

Yorumcu: Veli KAFES**

ERDAL NOYAN: Av. Naim Karakaya'nın konuşmasında sanığın adil yargılanma hakkının korunması bakımından, hâkim ve savcılarının görevlerini yerine getirmesinin üzerinde durduğunu, ancak muhakemenin savunma makamında yer alan avukatların, özellikle de zorunlu müdafilerin duruşmalara çoğunlukla hazırlıksız geldiğini, dolayısıyla sanığın adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini belirtmiştir.

Av. NAIM KARAKAYA: Sanığın adil yargılanma hakkının korunması bakımından, avukatların da sorumluluğunun olduğunu, ancak asli görevlilerin hâkim ve savcılar olduğunu, özellikle hâkimlerin bu sorumluluğunu yerine getirmesiyle uygulamada birçok sorunun çözülebileceğini belirtmiştir.

VELİ KAFES: Sorumu Sayın Av. Naim Karakaya'ya yöneltiyorum. Az önce Sayın Erdal Noyan duruşmalara hazırlıksız gelen avukatlardan söz etti. Siz ise adil yargılanma hakkının korunması bakımından asli sorumlu hâkimdir dediniz. On dört yıl ceza mahkemelelerinde hâkimlik yapmış birisi olarak sorum şu: Diyelim ki duruşmaya gelen avukat salona girdiğinde hâkime dönerek -birçok kez yaşadığı üzere- "Sanığın mı, yoksa mağdurun mu avukatıyım, ne tarafa geçeyim?" diye sordu. Böyle bir durumda hâkim, CMK'nın 151. maddesine göre oturuma ara vererek ya da oturumun ertelenmesine karar vererek, görevini yerine getirmesi mümkün bulunmayan avukatı

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** *Yargıtay Cumhuriyet Savcısı*

salondan çıkarsın mı? Hâkimin asli sorumluluğu bunu kapsar mı? “Bunu hangi hâkim yapacak?” diye sormayın. Ben yaptım. Örneğin, 13 yaşındaki bir çocuğun bisiklet çaldığı iddiasıyla Sulh Ceza Hâkimliğince sorgulanarak tutuklanmasının talep edildiği bir olayda bunu yapmak zorunda kalmıştım.

NAİM KARAKAYA: Baro tarafından yapılan görevlendirmelerde avukatlık ücretlerinin çok düşük olması ve ücretlerin zamanında ödenmemesi nedeniyle zorunlu avukatlığın iyi işlemediğini, bu nedenle duruşmaya hiç hazırlanmadan katılan avukatlara ne yazık ki rastlandığını, ancak avukatın duruşmadan çıkarılmasının söz konusu olamayacağını, böyle bir durumda duruşma yapılamayacağını belirtmiştir.

Reformun 9. Yılında Ceza Hukuku Özel Hükümlere İlişkin Değerlendirme ve Yargıtay Uygulamaları

VELİ KAFES: Sorumu Sayın Prof. Dr. Handan Yokuş Sevük’e yöneltiyorum. Sunumunuzda bugünlerde TBMM’de görüşülmekte olan yasa tasarısını değerlendirdiniz. Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hallerinden olan, mağdurla akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişiler arasında üvey anneye yer verilmesiyle bir eksikliğin giderildiğini haklı olarak belirttiniz. Uygulamada rastlanan bir başka durum da, mağdurun annesinin birlikte yaşadığı kişi olarak karşımıza çıkmakta. Kanunda sayma yönteminin tercih edilmiş olması karşısında, bu tür failer bakımından suçun nitelikli halinin uygulanıp uygulanamayacağı hakkındaki görüşünüzü öğrenebilir miyim?

Prof. Dr. HANDAN YOKUŞ SEVÜK: Mevcut TCK 103 maddesi uygulamasında Yargıtay içtihatlarında, mağdurun annesinin birlikte yaşadığı kişi bakımından bu nitelikli halin kabul edildiğini, ancak kanun tasarısının bu haliyle kabul edilmesi durumunda kanundaki sayma yönteminin bu tür failer bakımından nitelikli halin uygulanmasına engel olacağını belirtmiştir.