

**MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ**

**HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ**

**C. 18 S. 1**

**Y. 2012**



**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Hukuk Araştırmaları Dergisi**

**ISSN - 2146-0590**

**C. 18 S. 1 Y. 2012**

**Sahibi**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. M. Emin Artuk

**Yazışma Adresi**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Tıbbiye cad. Haydarpaşa/İstanbul  
Tel.: 0216-338 7703  
Faks: 0216-338 7710  
E-posta: hukukdekan@marmara.edu.tr

**Baskı:** Turhan Kitabevi Ofset Matbaacılık Tesisleri  
Tel: (0312) 341 18 13

*Tüm hakları saklıdır.*

*Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır.*

*Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez.*

*Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir.*

## YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM (Başkan)  
Yrd. Doç. Dr. Mustafa ERKAN (Başkan Yardımcısı)  
Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT  
Yrd. Doç. Dr. Sabah ALTAY  
Ar. Gör. Dr. Gediz KOCABAŞ  
Ar. Gör. Dr. Gülşen GEDİK  
Ar. Gör. Can Yalçın ARMUTCUOĞLU  
Ar. Gör. Zafer İÇER  
Ar. Gör. Eren PAYDAŞ

## DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Metin Feyzioğlu, *Ankara Üniversitesi (Ankara)*  
Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları, *Başkent Üniversitesi (Ankara)*  
Prof. Dr. Veli Özer Özbek, *Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)*  
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz, *Akdeniz Üniversitesi, (Antalya)*  
Prof. Dr. Feridun Yenisey, *Bahçeşehir Üniversitesi, (İstanbul)*  
Prof. Dr. Ali Güzel, *Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Tankut Centel, *Koç Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Nur Centel, *Koç Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Bahri Öztürk, *Kültür Üniversitesi (İstanbul)*  
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, *Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)*

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
**Hukuk Araştırmaları Dergisi Yayın İlkeleri**  
**(MÜHF-HAD)**

1. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi hakemli bir dergidir.
2. Dergi yılda en az iki sayı olarak yayımlanmaktadır.
3. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olmalıdır.
4. Dergiye gönderilen çalışmalar, yayın komisyonunun ön incelemesinden sonra, ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip üç hakem tarafından değerlendirilir. Denetim için görevlendirilen hakemlerin ikisi Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyelerinden, birisi ise Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında başka Hukuk Fakültesi Öğretim Üyelerinden belirlenir. Hakem görüşü doğrultusunda yazarlardan düzeltme yapmaları istenebilir. Yazılar olumlu iki hakem görüşü alındıktan sonra sıraya konularak yayımlanır. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir.
5. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine devredilir.
6. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
7. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini yayın kuruluna iletmek zorundadır.
8. Dergiye gönderilecek yazılar, “Office Word” programında, Times New Roman-12 punto; 1.5 aralıklı olarak, dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde yazılmalı, yazım ve dilbilgisi kurallarına uyulmuş olmalıdır.
9. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu haliyle basılabileceği kabul olunur.

- 10.** Yazılar, elektronik ortamda (CD)'ye kaydedilmiş olarak elden veya posta ile dört nüsha (üç nüshasında yazarın adı gözükmeyecek biçimde) A4 boyutunda çıktısı alınarak, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Haydarpaşa/İstanbul adresine teslim edilmelidir. Yazılar dergi adresine elektronik postayla da gönderilebilir:  
hukukdekan@marmara.edu.tr
- 11.** Yazılarla birlikte, yazar veya yazarlarının iletişim bilgileri (açık adresleri, telefon numaraları, elektronik posta adresleri ve faks numaraları) ayrı bir sayfa halinde gönderilmelidir.

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
**Hukuk Araştırmaları Dergisi**

Cilt. 18

Sayı. 1

Yıl. 2012

**İÇİNDEKİLER**

**KAMU HUKUKU**

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK - Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN**

Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine  
Getirilmemesi Suçu (TCK. m.98)..... 3

**Dr. Volker HELMERT**

Avrupa Mukayeseli Hukuku'nda Suç Kavramı  
(Çev. Yrd. Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA FERENDECİ) ..... 39

**Yrd. Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER**

Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin  
Oluştığı Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki Öğreti..... 51

**Ar. Gör. Zahit YILMAZ**

Suçluyu Kayırma Suçu (TCK.m.283)..... 147

**Ar. Gör. Zafer İÇER**

Yalan Tanıklık Suçu (TCK.m.272) ..... 179

**Ar. Gör. Kerim ÇAKIR**

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Gizliliğin İhlali Suçu ve  
Ceza Muhakemesi Hukuku İle İlişkisi..... 227

**Ar. Gör. Özge APİŞ**

Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve  
Vücudundan Örnek Alınması ..... 267

**Av. Tülay KİTAPÇIOĞLU**

Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu..... 297

## ÖZEL HUKUK

### **Anthony CHAMBOREDON**

Çeşitli Görünümleriyle Avrupa Özel Hukuk Kodifikasyonu?  
(Çev.: Yrd. Doç. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU)..... 335

### **Yrd. Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECİ**

Alman ve İsviçre Hukukları'ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) ile  
6100 Sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davası'nın Karşılaştırılması ..... 353

### **Yrd. Doç. Dr. İrem ARAL ELDELEKLİOĞLU**

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı  
Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ..... 383

### **Ar. Gör. K. Berk KAPANCI**

Türk Borçlar Kanunu'nun 14. Maddesinin Öngördüğü  
Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri..... 403

### **Ar. Gör. Gülşah Sinem AYDIN**

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak  
Hasılat (Ürün) Kirasının Sona Ermesi ..... 431



## **YARDIM VEYA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİ SUÇU (TCK. m. 98)**

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK\*

Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN\*\*

### **ÖZET**

Bu çalışmada, 5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesinde yer alan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu incelenmiştir. Maddede kişilere yardım ve bildirimde bulunma yükümlülüğü öngörülmüştür.

### **ABSTRACT**

In this study, the crime of failure in the duty of assistance or notification which takes place in the Article 98 of Turkish Penal Code, was examined. In this article, there are two duties for people which are assistance and notification.

### **ANAHTAR KELİMELER**

Yardım Yükümlülüğü, Bildirim Yükümlülüğü, İhmali Suç, Ceza Hukuku, Suç

### **KEY WORDS**

Duty of assistance, Duty of notification, Crime of negligence, Criminal law, Crime

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

### 1- Genel Açıklamalar

İnceleme konusu suç, 5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesinde; "(1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hâl ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu suç tipi 765 sayılı TCK'nun 476 ncı maddesinde; "Bir kimse yedi yaşından aşağı bir sabiyi veya müptela olduğu akıl veya beden hastalığından dolayı kendini idare edemeyen bir kimseyi terkedilmiş bulup da derhal ait olduğu daireye veya Hükümet memurlarına malumat vermekte ihmâl ederse dokuzyüz liradan dokuzbin liraya kadar ağır cezayı nakdî ile cezalandırılır.

Bir mecruha veya sair tehlikede bulunan bir kimseye yahut ölü veya ölüye benzer bir cesede tesadüf edip de mümkün olan yardımı yapmakta veya derhal ait olduğu daireye veya Hükümet memurlarına malûmat vermekte ihmâl eden kimse hakkında dahi aynı ceza tertip olunur" denilerek yaptırım altına alınmıştı.

Görüldüğü gibi, 765 sayılı TCK'nun 476 ncı maddesinde yedi yaşından küçük bir çocuğu terk edilmiş olarak bulup da yetkili mercilere bilgi vermek yaptırım altına alınmış iken, 5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesinde yaş sınırı ortadan kaldırılmış ve yedi yaşından büyüklerin de "yaşı dolayısıyla" kendini idare edemeyecek olması durumunda suçun mağduru olabileceği öngörülmüştür.

Yine 5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesinde, "kendini idare edemeyecek durumda olma yönünden" sebepler tahdidi olarak sayılmamış, "başka herhangi bir nedenle" denilerek, bu husus açıkça düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, 765 sayılı TCK'nun 476 ncı maddesinden farklı olarak, yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu mağdurun ölmesi neticesi sebebiyle ağırlanmış bir hal olarak öngörülmüştür.

765 sayılı TCK'nun 476 ncı maddesinde yer alan suç tipi ön ödemeye tabi iken, 5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesindeki suç yönünden ön ödeme söz konusu değildir.

765 sayılı TCK'nun 476 ncı maddesinde yer alan suç tipinin yaptırımı para cezası iken, 5237 sayılı TCK'da yaptırım "hapis veya adli para cezası" olarak belirlenmiştir.

765 sayılı TCK'nun 476 ncı maddesinde ölü görüp yetkili mercilere bildirimde bulunmamak yaptırım altına alınmış iken, 5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesinde böyle bir harekete yer verilmemiştir.

## 2- Mukayeseli Hukuktaki Durum

### a- Alman Ceza Kanunu

İnceleme konusu suç tipi, Alman Ceza Kanunu'nun toplum için genel tehlike yaratan suçlar bölümünde 323c maddesinde<sup>1</sup>; "Zarar doğuran olaylarda veya genel bir tehlike veya zaruret hali sırasında, gerekli olduğu ve durumuna göre, kendisinden beklenebileceği halde, özellikle, bunu kendisini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmeksizin ve başka önemli yükümlülükleri ihlal etmeyerek yapması mümkün olmasına rağmen, yardım etmezse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiştir.

### b- İtalyan Ceza Kanunu

765 sayılı TCK'nun 476 ncı maddesine benzer bir nitelik taşıyan İtalyan Ceza Kanunu'nun 593 üncü maddesinde<sup>2</sup>; "10 yaşından küçük bir çocuğu veya akli, bedeni hastalığı, yaşı ya da diğer bir nedenle kendini idare edemeyen başka bir şahsı terk edilmiş veya yardıma muhtaç halde bulan ve ilgili makamlara derhal bildirimde bulunmayı ihmal eden kişi, üç aya kadar hapis cezası ile veya altıyüzbin liralık para cezası ile cezalandırılır.

<sup>1</sup> Alman Ceza Kanunu için bkz. **Weigend, Thomas**, Strafgesetzbuch, 45. Auflage, Stand: 1 April 2008, Beck-Texte im dtv, München 2008, s.152; **Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2009, s.420.

<sup>2</sup> İtalyan Ceza Kanunu için bkz. **Riz, Roland-Bosch, Johanna**, Italienisches Strafgesetzbuch, Bozen 1995, s.397-399.

*Canlı olmayan insan vücuduna veya ölüye benzer bir durumda bulunan bir yaralıya veya herhangi bir şekilde tehlikede bulunan şahsa zorunlu yardımı yapmayan ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.*

*Failin eylemi mağdurun yaralanmasına neden olursa ceza artırılır<sup>3</sup>. Ölüme neden olursa ceza iki kat arttırılır” denilmektedir.*

### **c- Fransız Ceza Kanunu**

Fransız Ceza Kanunu’nda inceleme konusu suçun karşılığı olarak üç ayrı düzenleme bulunmaktadır<sup>4</sup>.

Kanun’un 223-5. maddesinde; *“Bir kimseyi olası bir tehlikeden kurtarma veya kişilerin güvenliğine yönelik tehlikeli bir durumla mücadele etme amacı taşıyan yardım kuvvetlerinin gelmesine kasten engel olan yedi yıl hapis ve yüzbin euro para cezası ile cezalandırılır”* denilmekte;

223-6. maddesinde; *“Kendisi veya üçüncü kişiler için herhangi bir tehlike oluşturmayacak olmasına rağmen, kişilerin vücut bütünlüğüne karşı bir cürüm veya cünhanın işlenmesine engel olabilecek iken, kasten ihmalde bulunan kişi beş yıl hapis ve yetmişbeşbin euro para cezası ile cezalandırılır.*

*Kendisi veya üçüncü kişiler için herhangi bir tehlike oluşturmayacak olmasına rağmen, tehlikeye maruz kalmış bir kişiye, yardım etmeyen ya da yardım kuvvetlerine bildirimde bulunmayan kişi hakkında da birinci fıkrada öngörülmüş olan cezaya hükmolunur”* denilmekte;

223-7. maddesinde ise; *“Kişilerin güvenliğini tehlikeye düşürecek nitelikteki bir tehlikeyi bertaraf edebilecek önlemleri kasten almayan veya alınması sağlamayan kişi iki yıl hapis ve 30.000 euro para cezası ile cezalandırılır”* hükmü yer almaktadır.

<sup>3</sup> İtalyan Ceza Kanunu’nun 64 üncü maddesine göre, hüküm bulunmayan hallerde ceza üçte bir oranında arttırılır.

<sup>4</sup> Fransız Ceza Kanunu için bkz. <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Erişim tarihi: 24.09.2012.

#### **d- Danimarka Ceza Kanunu**

Danimarka Ceza Kanunu'nun 253 üncü maddesi<sup>5</sup>; “Kendisi için özel bir tehlike taşımadığı halde veya kendisinin ya da üçüncü kişilerinin mağdur olmayacakları belli olmasına rağmen;

1- Açık bir şekilde hayati tehlike altında bulunan bir kimseye gücünün yettiği yardımı yapmayan,

2- Görünürde hayati bir belirti taşımayan bir kimseye yardım için duruma göre gereken tedbirleri almayı ihmal eden veya gemi kazası ya da buna benzer bir kazaya uğrayanlara yardım için zorunlu tedbirleri almayı ihmal eden kişi üç aya kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır” şeklindedir.

#### **e- Rus Ceza Kanunu**

Rus Ceza Kanunu'nun<sup>6</sup> “Bir hastaya karşı yardım yükümlülüğünün ihlali” başlıklı 124 üncü maddesinde; “1- Haklı bir neden olmaksızın kanuna veya özel bir hükme göre, bir hastaya karşı yardım yükümlülüğünü yerine getirmeyerek mağdurun orta derecede hayati bir tehlikeye girmesine taksiri ile sebebiyet veren kişi, iş ücretinin en düşük kısmı dikkate alınarak 50 ila 100 arası para cezası ile veya herhangi bir yerden aldığı ücret dikkate alınarak 1 aya kadar para cezası ile bir yıla kadar ıslah çalışmasına ya da iki aydan dört aya kadar hapis cezasına çarptırılır.

2- Aynı fiil taksirle hastanın ölümüne ya da sağlığının ağır bir biçimde bozulmasına neden olmuşsa, fail üç yıla kadar hapis ve belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma veya belli faaliyetlerde bulunmaktan yoksun bırakılma tedbiri ile cezalandırılabilir gibi, belli hakları kullanmaktan veya belli faaliyetlerde bulunmaktan yoksun bırakılmaksızın sadece hapis cezası ile cezalandırılabilir” denilmektedir.

<sup>5</sup> Danimarka Ceza Kanunu için bkz. **Cornils, Karin-Greve, Vagn**, Das dänische Strafgesetz, Straffeloven vom 15. April 1930 nach dem Stand vom 1. Juli 2001, 2. aktualisierte Auflage, Freiburg im Breisgau 2001, s.133 vd.

<sup>6</sup> Rus Ceza Kanunu için bkz. **Schroeder, Friedrich-Christian-Bednarz, Thomas**, Strafgesetzbuch der Russischen Föderation, Angenommen von der Staatsduma am 24.5.1996, Gebilligt vom Föderationsrat am 5.6.1996, Freiburg im Breisgau 1998, s.110 vd.

Gemi kaptanının yardım yükümlülüğünün düzenlendiği ve “Gemi kaptanı tarafından tehlikede bulunanlara yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” başlıklı 270 inci madde; “Denizde veya su yollarında tehlikede bulunan kişilere karşı, kendi gemisi, mürettebatı veya yolcuları bakımından önemli bir tehlike teşkil etmeden gerçekleştirilebilecek olan yardımı yerine getirmeyen kaptan, iş ücretinin en düşük kısmı dikkate alınarak 200 ila 500 arası para cezası ile veya herhangi bir yerden aldığı ücret dikkate alınarak iki aydan beş aya kadar para cezası ile ya da üç yıla kadar hapis cezası ile veya iki yıla kadar hapis cezası ile birlikte üç yıla kadar belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma veya belli faaliyetlerde bulunmaktan yoksun bırakılma tedbiri ile cezalandırılabilir gibi, belli hakları kullanmaktan veya belli faaliyetlerde bulunmaktan yoksun bırakılmaksızın sadece hapis cezası ile cezalandırılabilir” şeklindedir.

#### **f- Polonya Ceza Kanunu**

Polonya Ceza Kanunu’nun 162 nci maddesinde<sup>7</sup>; “Yardımda bulunması durumunda kendi ya da üçüncü kişilerin hayatı bakımından tehlike teşkil etmemesi ya da sağlığı bakımından ağır bir tehlikeye neden olmamasına rağmen, doğrudan doğruya hayati tehlikede bulunan veya doğrudan doğruya hayatı bakımından ağır bir tehlike ile karşılaşan bir kimseye, gerekli yardımda bulunmayan kişi üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

*İhmalde bulunan zorunlu olarak tıbbi müdahaleye maruz kalmış ya da mağdura derhal çağrılan kurum veya şahıs tarafından yardım edilme imkanı ortaya çıkmışsa, kişiye ceza verilmez”* denilmektedir.

#### **3- Korunan Hukuki Yarar**

Yardım ve bildirim yükümlülüğü tüm vatandaşlar için ahlaki ve sosyal bir ödevdir<sup>8</sup>. Aynı zamanda kendini idare edemeyecek olanlara yardım edilmesi uygar toplum olmanın zorunlu bir sonucudur<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Polonya Ceza Kanunu için bkz. **Weigend, Ewa**, Das Polnische Strafgesetzbuch Kodeks karny (vom 6 Juni 1997 in Kraft getreten am 1. September 1998), Freiburg im Breisgau 1998, s.116.

<sup>8</sup> **Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Baskı, İstanbul 1998, s.211, n.188bis, 190; **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R.Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012, s.275; **Parlar, Ali-**

Ahlaki bir yükümlülük olan yardıma muhtaç olan bir kişiye yardım edilmesi ya da en azından yetkili makamlara bildirimde bulunulması, 5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesinde hukuki bir yükümlülük olarak düzenlenip yaptırım altına alınmıştır<sup>10</sup>.

Bu suç ile yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen failin ahlaki kötülüğünün ortaya çıkması nedeniyle değil, yardım ve bildirim yükümlülüğünden kaçmanın eylem olarak taşıdığı hukuka aykırılıktan dolayı sorumluluğu yoluna gidilmektedir<sup>11</sup>.

Bu suç ile tehlikede bulunanlara yardım edilmesini sağlamak suretiyle kişilerin hayatı, sağlığı ve vücut dokunulmazlığı korunmak istenmektedir<sup>12</sup>.

Kanımızca bu suç ile aynı zamanda kişilerin malvarlığı ve cinsel dokunulmazlığı da korunmak istenmektedir. Zira yardıma muhtaç olan birine yardım edilmemesi durumunda, bu kişinin malvarlığı ve cinsel dokunulmazlığı da tehdit altına girmektedir.

---

**Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2010 s.1593. Bu yükümlülüğün aynı zamanda dini bir görev olduğu konusunda bkz. **Şen, Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:1, (Madde 1-Madde 140) İstanbul 2006, s.354.

<sup>9</sup> **Hafizoğulları Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s.122; **Çakmut, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Yasası'nda Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2007, Sayı:2, s.81.

<sup>10</sup> **Hakeri, Hakan**, Sorularla Ceza Hukuku, TBB Yayınları, Ankara 2005, s.181; **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, Madde 86-146, Ankara 2010, s.3188. 765 sayılı TCK'nun mehzasını teşkil eden 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nda bu hükmün kabahatler bölümünde yer alması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Majno**, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.:3, Ankara 1977, s.317.

<sup>11</sup> **Önder, Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s.208; **Parlar-Hatipoğlu**, s.1593.

<sup>12</sup> **Erman, Sahir-Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, (TCK. 448-490) (Sahir Erman), İstanbul 1994, s.228; **Arslan, Çetin-Azizağaoğlu, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.437; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3188; **Parlar-Hatipoğlu**, s.1593; **Bakıcı, Sedat**, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 4, Ankara 2010, s.1009. Bu suçla korunan hukuki yararın herkesin zorda olanlara yardım etmesinin istenmesine ilişkin ferdi-kamusal yarar olduğu belirtilmiştir. **Hafizoğulları-Özen**, s.126. Bu suç ile, kişilere olaylara kayıtsız kalmaması, duyarlı olması gerektiği şeklinde yükümlülük öngörüldüğü de ifade edilmektedir. Bkz. **Şen**, s.354.

#### 4- Suçun Maddi Unsurları

##### a- Fail

Bu suçun faili, yaşı, hastalığı veya yaralanması ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen herkes olabilir<sup>13</sup>.

Buna karşılık, neticeyi önleme konusunda hukuki yükümlülüğü bulunan kişilerin, bu yükümlülüklerine aykırı davranışları 98 inci madde kapsamında değil, şartları oluşmuşsa, 83 üncü maddede yer alan “kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi suçu” ya da 88 inci maddede yer alan “kasten yaralamanın ihmalî davranışla işlenmesi suçu” kapsamında değerlendirilmelidir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 82 nci maddesinde; “*Karayollarında meydana gelecek trafik kazalarına hemen el konmasını, ölü ve yaralıların taşınmasını veya yaralıların tedavisini veya sanıkların yakalanmasını sağlamak için, a) Kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış bulunan araçların sürücülere kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini almaya ve en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber vermeye ve yetkililerin talebi üzerine yaralıları en yakın sağlık kuruluşuna götürmeye ... zorunludur*” denilerek, trafik kazalarında yaralıları kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya dahil olanların<sup>14</sup> yardım yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005, s.167; Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3188; Çakmut, s.87.

<sup>14</sup> Kazaya dahil olanların yardım etmemesi durumunda TCK’nun 83 üncü maddesi ya da 88 inci maddesinden söz edilebilecektir.

<sup>15</sup> “23/03/2007 tarihinde İzmir’den Ankara’ya gitmekte olan ve sanığın kullandığı otobüsün 5-6 numaralı koltuğunda ölen ile katılan kızının oturmakta oldukları, Uşak ili çıkışında ölenin göğsünün sıkışması üzerine, katılan kızının muavinden su ve kolonya istediği, ayrıca ölenin muavine göğsünün sıkıştığını, iyi olmadığını, en yakın hastanenin Uşak ilinde olması nedeniyle geri dönmeleri gerektiğini söylemesine rağmen, durumun iletildiği sanık şoförün “olmaz güzergah değiştirmek yasak, geri dönemeyiz” diyerek reddettiği, ölenin kalp çarpıntılarının devam etmesine rağmen yola devam eden sanığın, bir süre sonra yolcu almak için durduğu, mola verildiğini düşünen katılanın ve ölenin otobüsten inmek



Yardıma muhtaç olan kişinin aynı zamanda bir suçun faili ya da mağdu-ru olması durumunda bu kişiye yardım etmeyen ya da durumu yetkili mercilere bildirmeyen kişinin kamu görevlisi olmasını da değerlendirmek gerekir.

5237 sayılı TCK'nun 279 uncu maddesinde; “(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de, yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır” denilmektedir. Görüldüğü gibi burada kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak bir suçun işlendiğini öğrenip de durumu yetkili makamlara bildirmemesi yaptırım altına alınmıştır. Buna göre, örneğin A'nın B'yi yaraladığını gören polis memuru P, yaralı B'ye yardım etmediği gibi, işlenen suçu da yetkili mercilere bildirmez ise, burada P'nin bu ihmali davranışı ile hem TCK'nun 98 inci

---

için kapıya yaklaştıkları sırada yolcu alma işlemini tamamlayan sanığın kapıları kapatıp yola devam ettiği, ölenin yerine dönmekten kısa bir süre sonra, bazı yolcuların lavabo (tuvalet) ihtiyaçları nedeniyle durmasını talep ettikleri sanığın, bir petrol istasyonunda mola vermesi üzerine, ölenin de yüzünü yıkamak ve rahatlamak amacıyla otobüsten inip lavaboya gittiği ve otobüse dönerken yere düştüğü, bir süre beklenilmesine rağmen ambulansın gelmemesi üzerine, istasyonda çalışan tanığın aracıyla önce sağlık ocağına, daha sonra da Banaz Devlet Hastanesine götürüldüğü, ancak burada yapılan tüm müdahalelere rağmen kurtarılamayarak öldüğü şeklinde gelişen olayda;

TCK'nın 98. maddesi (1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur ve yine;

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanununun 7. maddesi “Taşımacı, yolcuların sağlıklı, rahat ve güvenli bir yolculuk yapmasını sağlayacak tedbirleri almak, yolcu ve eşyayı taahhüt ettiği yere kadar götürmekle yükümlüdür” şeklindeki amir hükümleri dikkate alındığında;

Sanık şoförün, gelişen olay nedeniyle otobüs içinde hastalanan ölenin ve kızının ikazlarına rağmen, olayın başında Uşak iline yakın yerde seyir halinde iken dönmemekle ve devam eden süreçte durumu yolda ilgili sağlık birimi ve emniyet güçlerine haber vererek yardım almayı sağlamamak şeklinde gelişen eyleminde, TCK'nın 98. maddesinde belirtilen suçun unsurlarının oluştuğu dikkate alınmadan, eylemin taksirle ölüme neden olma olarak kabulü ile yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi...” Yarg. 12. CD., 31.05.2012, 2011/20182, 2012/13727 (karar yayımlanmamıştır).

maddesinde yer alan suç tipi, hem de 279 uncu maddesinde yer alan “kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu” oluşacaktır. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca failin sorumluluğu belirlenmelidir (m.44).

Mağdurun yaralanmasına bilerek sebebiyet veren kişiden yaraladığı kişiye yardım etmesinin beklenmesi hayatın olağan akışına ve mantık kurallarına aykırı olacağı için, bu ihtimalde kişi sadece kasten yaralama suçundan sorumlu tutulmalıdır<sup>16</sup>. Bununla birlikte taksirle yaralanmasına neden olduğu kişiye yardım etmeyen ya da durumu yetkili mercilere bildirmeyen kişi öngelen tehlikeli eyleminden sorumlu olacak ve 83 üncü madde çerçevesinde cezalandırılacaktır.

#### **b- Mağdur**

Bu suçun mağduru, yaşı, yaralanması veya hastalığı dolayısıyla ya da herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan ve yaşayan kişiler olabilir.

Fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinin bulunması durumunda diğer şartları da oluşmak kaydıyla 97 nci maddedeki terk suçu ya da 233 üncü maddede yer alan aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlâli suçları oluşabilecektir.

Kendini idare edemeyecek kişi, başkalarının yardımı olmadan vücut dokunulmazlığı, hayatı, malvarlığı ya da cinsel dokunulmazlığı ağır bir tehlike altında olan kimsedir<sup>17</sup>.

Kanunda yaş ile ilgili bir sınır bulunmamaktadır<sup>18</sup>. Bu nedenle 17 yaşındaki bir çocuk kendini idare edemeyecek durumda olduğu için yardıma muhtaç olabileceği gibi, 80 yaşındaki biri kendini idare edebiliyor olabilir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, her çocuk ya da yaşlıya yardım edilmemesinin bu suçu oluşturmayacağıdır. Önemli olan kişinin yaşı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olmasıdır. Buradan hareketle özel-

<sup>16</sup> Aksi düşünce için bkz. **Soyaslan**, s.167; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3188.

<sup>17</sup> **Soyaslan**, s.167; **Hakeri, Hakan**, Kasten Öldürme Suçları, TCK. 81, 82, 83, Ankara, 2006, s.205.

<sup>18</sup> İtalyan CK'nun 593 üncü maddesinde ise, 10 yaş kriteri benimsenmiştir.

likle 18-65 yaş arası kişilerin “yaş” nedeniyle kendilerini idare edemeyecek durumda olduğundan söz edilemeyecektir.

Buna karşılık örneğin 30 yaşındaki biri yaralanması veya hastalığı ya da herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda ise, bu suçun mağduru olabilecektir.

98 inci maddede “hastalık” nedeniyle kendini idare edemeyecek olanların suçun mağduru olacağı belirtilmiştir. Burada hastanın yaşı önemli olmadığı gibi, hastalığın türü yönünden de bir sınırlama bulunmamaktadır. Önemli olan, hastalığın kişinin kendini idare edemeyecek bir duruma sokmuş olmasıdır.

Buna göre, örneğin akıl hastası olması, yatalak olması, gözlerinin görmemesi, kulaklarının duymaması dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olanlar bu suçun mağduru olabilirler.

Ancak ifade etmeliyiz ki, her görme yeteneği olmayana yardım edilmemesi bu suçu oluşturmayacaktır. Örneğin görme engelli bir kişi gideceği yolu bulabiliyor ise, bu kişiye yardım edilmemesi suç teşkil etmez.

Buna karşılık görme engelli kişi, trafik ışıklarının bulunduğu, trafiğin yoğun olduğu bir yerde karşıdan karşıya geçmek istese, ışıkta bekleyen başka bir kişi yardım etmeksizin olay yerinden uzaklaşsa, inceleme konusu suç oluşabilecektir.

Maddede kendini idare edemeyecek durumda olan “yaralıların” da bu suçun mağduru olabileceği belirtilmiştir. Burada mağdurda bulunan yaranın kendini idare edemeyecek nitelikte olması gerekir. Bu husus somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu nedenle sırf kişinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralanmış olması, yardım yükümlülüğünü ortadan kaldırmayabilir. Zira kimi hallerde kişi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaralandıktan sonra ölebilmektedir.

Burada son olarak ifade etmeliyiz ki, yaralanmaya mağdur kendisi de sebebiyet vermiş olabilir. Örneğin hırsızın yaralanması gibi. Aynı şekilde mağdur kendisini yaraladığında –örneğin intihar, trafik kazası gibi- yardım ve bildirim yükümlülüğü doğabilir.

Mağdur kendini idare edemeyecek durumdan kurtulmak istemese bile, failin yardım etme ve haber verme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>19</sup>.

Bu suçun mağduru sadece insan olabilir. Bu nedenle bir kişinin evinin yandığını görmesine rağmen, evde kimse olmadığını biliyor ya da yanan ev kullanılmayan metruk bir ev ise, söndürmeye çalışmamak ya da yetkili makamlara durumu bildirmemek bu suçu oluşturmayacaktır. Ancak burada diğer şartları da olduğu takdirde TCK'nun 278 inci maddesinde yer alan "suçu bildirmeme suçundan" söz edilebilecektir.

Buna karşılık yanan evde birilerinin olduğunu biliyor, görüyor ya da duyuyor olmasına rağmen, yardım etmez ya da yetkili mercilere durumu bildirmezse 98 inci maddede yer alan suç oluşur.

Herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olmayı dar yorumlamak gerekir. Örneğin, kendi rızası ile aldığı alkolün etkisi ile kendini idare edemeyecek durumda olan sarhoşa yardım edilmemesi bu suçu oluşturmayacaktır<sup>20</sup>. Buna karşılık donma tehlikesi yaşayan sarhoşa yardım edilmemesi ya da durumun derhal yetkili mercilere bildirilmemesi durumunda 98 inci maddede yer alan suç oluşacaktır.

Bir hayvanı yaralı görüp yardım etmemek ya da durumu yetkili mercilere bildirmemek bu suç kapsamında değerlendirilmeyecektir<sup>21</sup>.

### c- Suçun Konusu

Bu suçun konusu, yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kişinin vücududur<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Erman-Özek, s.233; Soyaslan, s.166.

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz. Hafizoğulları-Özen, s.126.

<sup>21</sup> Bununla birlikte 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 14 üncü maddesinin (a) bendinde hayvanlarla ilgili yasaklar arasında; "a) Hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, acımasız ve zalimce işlem yapmak, dövmek, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek" sayılmış, Kanununun 28 inci maddesinin (k) bendinde bu eylem idari para cezası ile yaptırım altına alınmıştır. Aynı şekilde Kanun'un 21 inci maddesinde; "Bir hayvana çarpan ve ona zarar veren sürücü, onu en yakın veteriner hekim ya da tedavi ünitesine götürmek veya götürülmesini sağlamak zorundadır" denilmiş, bu hükme aykırı davranış 28 inci maddenin (m) bendinde idari para cezası ile müeyyidelendirilmiştir.

#### d- Fiil

5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesinde yaptırıma bağlanan fiil, kendini idare edemeyecek durumda olan kişiye yardım etmemek veya durumu ilgili makamlara bildirmemektir. Maddede faile “yardım”<sup>23</sup> ve “bildirim” olmak üzere iki yükümlülük öngörülmüştür. Bu yükümlülüklerin ortaya çıkması için mutlaka işlenmekte olan bir suçun bulunması gerekmez.

Buna göre, bu suç seçimlik hareketli ve ihmali bir suç olup, seçimlik hareketlerden herhangi birinin yapılması ile birlikte suç oluşacaktır. Failin seçimlik hareketlerden her ikisini de gerçekleştirmiş olması durumunda ortada yine tek bir suçtan söz edilecektir. Buna göre, örneğin yolda aracıyla seyretmekte olan fail, yol kenarında kanlar içerisinde yatmakta olan mağdura hem yardım etmese, hem de durumu ilgili makamlara bildirmese tek bir suçtan sorumlu olacaktır.

Kanunda faile yüklenen yükümlülükler için “ya da” bağlacı kullanıldığı için, failin bu yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmesi durumunda sorumluluğunun ortadan kalkacağı belirtilmiştir<sup>24</sup>.

Kanaatimizce seçimlik hareketli bir suç olan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda “ve” bağlacı kullanılsa idi, failin sorumlu tutulabilmesi için hem yardım hem de bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekecek, yardım etmeyen buna karşılık bildirimde bulunan kişinin sorumlu tutulmaması söz konusu olacaktı. Buna karşılık mevcut düzenlemeye göre, fail mağdura yardım etmiş ancak imkanı olmasına rağmen ilgili makamlara durumu bildirmemiş ya da yardım etme imkanı varken keyfi olarak yardım etmeyip sadece ilgili makamları bilgilendirmişse yine suç oluşacaktır.

Ancak mağdura yaptığı yardım ile mağdurun kendini idare edebilecek konuma gelmesini sağlayan kişinin ayrıca bildirimde bulunması gerekmez.

---

<sup>22</sup> Bu suçta mağdurun aynı zamanda suçun konusu olduğu konusunda bkz. **Hafizoğulları-Özen**, s.126.

<sup>23</sup> Yardım etme sözlükte; “*kendi gücünü, imkânlarını başka birinin iyiliği için kullanma*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü, www.tdk.gov.tr

<sup>24</sup> Bkz. **Şen**, s.355; **Çakmut**, s.89.

Burada özellikle, failin kendini idare edemeyecek durumda olan kişiye yardım etmeksizin durumu ilgili makamlara bildirip olay yerinden uzaklaşması durumunda suçun oluşup oluşmayacağı değerlendirilmelidir.

İfade etmeliyiz ki, yardım yükümlülüğü, bildirim yükümlülüğüne göre asli ve öncelikli olduğundan, yardım etme imkanı varken ve yardım edilmesi zorunlu iken, kişinin sadece durumu ilgili makamlara bildirmesi suçun oluşumunu engellemeyecektir. Zira bildirim yükümlülüğü tali ve ikincil niteliktedir<sup>25</sup>.

Buna göre, kendini idare edemeyecek durumda olan kişiye yardım etme imkanı varken yardım etmeyen ancak durumu yetkili mercilere bildiren kişi “yardım yükümlülüğünü” yerine getirmediği için; yardım ettikten sonra kişi kendini idare edecek konuma gelmeden durumu yetkili mercilere bildirmeden olay yerinden ayrılan kişi de “bildirim yükümlülüğünü” yerine getirmediği için 98 inci maddede yer alan suç oluşacaktır.

Kendini idare edemeyecek durumda olan kişinin yardım talep edip etmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ancak mağdurun yardımı reddetmesi durumunda, kişinin yardım yükümlülüğünün ortadan kalktığından söz edilebilirse de, bu durumu ilgili makamlara bildirmemiş olması, failin 98 inci maddeden dolayı sorumluluğuna neden olabilecektir.

Kişinin yardım ve bildirim yükümlülüğünün ne zaman ortaya çıkacağı hususu doktrinde tartışmalıdır<sup>26</sup>.

Kanımızca yardım yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için, mutlaka failin yardıma muhtaç olan kişiyi ya bulmuş olması ya da tesadüfen karşılaşmış olması ya da olayı öğrendikten sonra yardım edebilecek yakınlıkta olması gerekir. Buna karşılık bildirim yükümlülüğü yönünden fail ile mağdurun mutlaka karşılaşmış olması şart değildir<sup>27</sup>. Örneğin, kendini idare edemeyecek durumda olan mağdur durumu arkadaşına bildirerek yardım istese ancak arkadaşı mağdura yardım edemeyecek kadar uzakta olsa failin yardım yükümlülüğü ortadan kalkabilecek iken, durumu derhal yetkili mercilere bildirmezse bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği için yine suç oluşacaktır.

<sup>25</sup> **Hakeri**, Sorularla Ceza Hukuku, s.185; **Şen**, s.357; **Bakıcı**, s.1011.

<sup>26</sup> Bu konuda bkz. **Erman-Özek**, s.231; **Parlar-Hatipoğlu**, s.1594.

<sup>27</sup> Aynı yönde bkz. **Bakıcı**, s.1010.

Kişilerin her durumda kendini idare edemeyecek durumda olanlara yardım etmesi beklenemeyeceğinden, kanunda yardım yükümlülüğü açısından “hal ve koşulların elverdiği ölçüde olma” sınırı getirilmiştir<sup>28</sup>. Böylece yardım yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği tespit edilirken orantılılık ilkesi dikkate alınacaktır. Zira hal ve koşulların elvermediği, yardım edilmesi durumunda fail bakımından tehlikeli bir sonuç doğacağı durumlarda kişiden yardım etmesi beklenemeyecektir<sup>29</sup>. Burada failden beklenen yardım, mağdurun içinde bulunduğu zarar ve tehlikenin genişlememesine yönelik ve olaya uygun olan koruyucu tedbirlerdir<sup>30</sup>.

Buna göre, failin mevcut bilgisi ve deneyimi ile mağdura yapabileceği bir yardım yoksa, olay yerinden uzaklaşmamalı, durumu ilgili makamlara bildirmeli ve mağdurun daha fazla zarar görmemesi için gereken önlemleri almalıdır<sup>31</sup>. Örneğin, yol kenarında yatmakta olan birini gördüğünde ilk yardımda bulunmalı, gerek mağdurun gerek kendisinin zarar görmemesi için gerekli önlemleri almalı, ilgili makamlara bildirimde bulunduktan sonra, yetkililer gelene kadar mağduru yalnız bırakmamalıdır.

Yardım yükümlülüğü faile aynı zamanda kendini tehlikeye atma yükümlülüğünü yüklememelidir<sup>32</sup>. Bu itibarla yardım etme yükümlülüğü bireylere getirilen mutlak bir yükümlülük değildir.

Subjektif bir nitelik taşıyan yardım yükümlülüğü, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, boğulmakta olan bir kimseye yardım etmeyen yüzme bilmeyen kişinin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Buna göre yükümlülüğün failin yetenek ve gücüyle orantılı olması gerekir. Burada failin kişisel ve fiziksel özellikleri ile deneyimi, bilgisi, sahip

---

<sup>28</sup> Ancak hal ve koşulların elvermediği durumlarda failin yardım yükümlülüğü ortadan kalkmakla birlikte, bu durumda dahi fail “ahlaki ve vicdani olarak” mağdura yardımda bulunabilir.

<sup>29</sup> Şen, s.354; Farklı düşünce için bkz. Savaş, Vural-Mollamahmutoglu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.: IV, (Madde 454-592, 2. Baskı, Ankara 1998, s.5214.

<sup>30</sup> Parlar-Hatipoğlu, s.1594.

<sup>31</sup> Bakıcı, s.1010.

<sup>32</sup> Erman-Özek, s.233; Meran, s.511.

olduğu araçlar ve tehlikenin boyutu, failin şoka girip girmediği<sup>33</sup> de dikkate alınarak her somut olay yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>34</sup>. Failin neticeyi önleme imkanı bulunmalıdır<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> **Bakıcı**, s.1011. “Sanığın ölene çarptıktan sonra **olayın şoku ile durmayarak** kaza yerini terk etmesi sonrası ölenin olay yerinde bulunan arkadaşları tarafından hastaneye götürüldüğü ve meydana gelen trafik kazasının hemen ardından hastanede vefat ettiği nazara alındığında; sanığın gerçekleşen eyleminin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 82. maddesinde, “Trafik Kazalarında Yükümlülük” başlığı altında düzenlenen idari para cezasını gerektirir kabahat olarak kabulü gerekirken, 5237 sayılı TCK'nın 98. maddesinde tanımlanan ve unsurları itibarıyla oluşmayan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan sanığın mahkumiyetine karar verilmesi...” Yarg. 12. CD., 10.09.2012, 2011/24162, 2012/17977 (karar yayımlanmamıştır).

<sup>34</sup> **Önder**, s.209; **Parlar-Hatipoğlu**, s.1594.

<sup>35</sup> “TCY'nın 98.maddesinde düzenlenen yardım ya da bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu ile korunan hukuki yarar/değer vücut bütünlüğünü ve yaşam hakkını korumaktır. Başka bir anlatımla yaşı, hastalığı ya da yaralanması dolayısıyla veyahut başka bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye yardım edilmediğinde ortaya çıkacak zararlı sonucun/neticenin büyümesinin önlenmesi amacı güdülmektedir. Burada herkes fail olabilir, yalnız yardım ya da bildirim yükümlülüğü içinde bulunulan hal ve koşulların durumuna göre fail yardım etmemekten yada durumu derhal ilgililere bildirmemekten sorumlu olabilir.

Yardım ya da bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi anında zararlı sonucun / neticenin sınırlandırılmasına olanak bulunmalıdır. Böyle bir olanak yoksa yine suçun oluşması söz konusu olmayacaktır.

Somut olayda 9 yaşındaki ölen Ali Haydar Kargın'ın dereye yüzmek için girdiği fakat suyun derin kısımlarında yüzemeyerek çırpınmaya başladığı, onunla birlikte yüzmeye giden arkadaşları 11 yaşındaki Barış'ın ardından da Hüseyin'in öleni kurtarmak amacıyla suya girdikleri ancak kurtaramadıkları, bu durumu gören 15 yaşındaki sanığın bu hal ve şartlar içerisinde suya batan ölene yardım etmeme veya kurtarılabilmesi için yetkili kurumlara bildirim yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu tutulma olanağı bulunmamaktadır. Çünkü suya giren ölen Ali Haydar'ın kısa bir süre içerisinde boğularak suyun dibine gittiği diğer arkadaşları Barış ve Hüseyin'in gerekli yardımı yapmaya çalışmalarına karşın boğulmaya engel olamamaları nedeniyle sanıktan bu koşullarda yardım yükümlülüğünü beklemek hayatın olağan akışına aykırıdır.

Ayrıca suda boğulma olayının ani gelişen olaylardan olduğu da gözetildiğinde derhal ilgililere bildirme yükümlülüğünün de sanığa yüklenmeyeceği açıktır. Çünkü burada yasa koyucunun bildirim yükümlülüğünü getirmesinin amacı neticenin sınırlandırılmasına ya da önlenmesine yönelik olup, bu olayda ölümle sonuçlandığı için sanık derhal ilgili makamlara bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden sorumlu tutulamaz.

Açıklanan nedenlerle yardım ya da bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun öğeleri oluşmadığından sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi...” Yarg. 2. CD., 06.12.2010, 2009/20201, 2010/32787 (karar yayımlanmamıştır).



Yine ifade etmeliyiz ki, yardım yükümlülüğünü suçla mücadele ya da suçun işlenmesine engel olma yükümlülüğü şeklinde geniş yorumlamamak gerekir. Burada yardım yükümlülüğünün sınırının belirlenmesi konusunda hakime geniş takdir yetkisi tanınmıştır<sup>36</sup>.

Ayrıca failin yardım etme konusunda yeterli olmasının yanı sıra yapılan yardımın da belli sınırlarının olması gerekir. Örneğin ateşli silahla yaralanan bir kişiye yapılacak yardım, kanamanın durması için tampon uygulamak olmalı, ardından yetkili merciler bilgilendirilmelidir. Yoksa hekim olmayan bir kişinin ilk yardım olarak tampon uyguladıktan sonra, kurşunu çıkarmaya çalışması durumunda kasten ya da taksirle öldürme veya yaralama suçları oluşabilecektir.

Kendini idare edemeyecek durumda olan kişilere gerekli müdahalenin yapılabilmesine yönelik olarak bir teşkilatlanmanın olduğu yerlerde, kişinin yardım için girişimde bulunmaması veya yapılacak yardımın fail açısından bir tehlike ve zarar ihtimalini doğuracak olması durumlarında, 98 inci maddede yer alan yardım yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla suç oluşmayacaktır. Örneğin Taksim meydanında güvenlik noktasının önünde bayılan bir kişiye yoldan geçenlerin yardım veya bildirim yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Zira güvenlik güçlerinin bu kişiye yardım ve bildirim yükümlülüğü yasal bir görevdir. Buna karşılık görevliler yaralıyı fark etmemişlerse, kişilerin en azından bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır.

Olay yerinde mağdura üçüncü kişilerin yardımda bulunuyor olmaları nedeniyle, failin olay yerinden uzaklaşması somut olayın özelliğine göre failin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır<sup>37</sup>. Örneğin yaralıya bir kişi ilk yar-

<sup>36</sup> Önder, s.208; Parlar-Hatipoğlu, s.1594 vd.

<sup>37</sup> Ayrıca bkz. Bakıcı, s.1011. “Her ne kadar, sanığın trafik kazası sonucu yaralanan kişinin bir an önce tedavi edilmesini sağlama konusunda yardım yükümlülüğü mevcut ise de, dosya kapsamına göre, kazanın başkalarının da bulunduğu meskun mahalde meydana geldiği, tanık Hacı Köse'nin anlatımına göre, maktülün kazadan hemen sonra başka bir araca bindirilip hastaneye gönderildiği, maktülün hastaneye yetiştirilmesinde dosya kapsamına göre bir gecikme yaşanmadığı, sanığın da kaza yerini tamamen terk etmeyip korktuğu için aracını uzakta park edip kalabalığı izlediği şeklindeki beyanda bulunduğu, bu hususlar topluca değerlendirildiğinde, somut olayda yardım yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunun unsurlarının oluşmamasına rağmen yazılı şekilde mahkumiyet hük-

dımda bulunurken, diğer bir kişiye yaralı ambulansa ya da başka bir araca bindirilirken ihtiyaç duyulabilir. Buna karşılık yardıma muhtaç olan kişinin başında gereksiz yığılmalara neden olunması kimi zaman gerekli müdahalenin yapılmasını –örneğin kalabalığın trafiğin sıkışmasına neden olarak sağlık ekiplerinin geç kalması- engelleyecektir. Bu nedenle yardım yükümlülüğü bilinçli bir şekilde yerine getirilmelidir. Örneğin yaralıya ilk yardımın nasıl yapılması gerektiğini bilmeyen onlarca kişinin müdahale etmesi yerine, bir hekimin yardımcı olması daha uygun olacaktır.

TCK'nun 98 inci maddesinde belirtilen ikinci seçimlik hareket olan bildirim yükümlülüğünün yerine getirilme şekli konusunda kanunda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu nedenle kişi durumu yetkili mercilere yazılı veya sözlü olarak ya da el kol hareketleri ile bildirebileceği gibi, burada telefon, faks ya da elektronik posta da kullanılabilir. Hatta mağdura ilk yardımda bulduktan sonra, mağdurun güvenliğini sağlayıp, koşarak en yakın kamu kuruluşuna bildirimde bulunulabilir ya da kendisi mağdura yardım ederken olay yerinde olan bir kişiyi veya çocuğu bu konuda ilgili makamlara bilgi vermesi için gönderebilir. Ancak kanunda özellikle bildirim “derhal” yerine getirilmesi istendiği ve ilk yardım aciliyet arz ettiği için, elektronik posta çok uygun bir yöntem olmayabilir.

Kanunda bildirim yükümlülüğü yönünden aranan “derhal” olma şartı, mağdura ilk ve acil müdahale yapıldıktan sonra, en seri biçimde, yetkili mercilerin durumdan haberdar edilmesi şeklinde anlaşılmalıdır<sup>38</sup>.

---

...” Yarg. 12. CD., 19.01.2012, 2011/4629, 2012/422 (karar yayımlanmamıştır).

<sup>38</sup> “Şüpheli hakkındaki yardım bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme sonucu ölüme sebep olma suçundan dolayı yapılan soruşturmada atılı suçun unsurları oluşmadığından bahisle, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de, ölen D.J.S ile eğlence mekanında tanışan şüphelinin birlikte eğlenip alkol aldıktan sonra şüphelinin evine gittikleri, aralarında duygusal yakınlaşma olduğu, bir miktar daha alkol aldıkları ancak ölenin astım hastası olması sebebiyle almış olduğu alkolünde etkisiyle fenalaşmaya başladığı, şüphelinin önce öleni banyoya götürüp yıkayarak kendi müdahale etmeye çalıştığı, sonra kendine gelir düşüncesiyle öleni biraz yalnız bıraktığı ancak durumunun kötüleşmesi üzerine dışarı çıkıp doktor bulmayı denediği, ancak başarılı olamayınca ailesinin mensubu olduğu sağlık hizmetlerini aradığı, olayın ilk anından itibaren acil sağlık hizmetini arama yerine, olayın şüphelinin evinde geçmesi ve alkolün etkisiyle ve o andaki psikolojisinden kaynaklanan sebeplerle yardım bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme sonu-

Bildirim yükümlülüğü yönünden “derhal” yapılması arandığından, bu yükümlülük yönünden gecikme hali dahi cezai sorumluluğu doğuracaktır. Diğer bir ifade ile, fail durumu ilgili makamlara zaman geçtikten ve mağdur zarara uğradıktan sonra bildirirse bile, derhal bildirimde bulunmadığı için, bu ihmali davranışı suç teşkil edecektir<sup>39</sup>. Buna göre, failin sorumluluğu bakımından hiç bildirmemekle geç bildirmek arasında herhangi bir fark söz konusu değildir<sup>40</sup>.

Kanımızca maddede yer alan “derhal” ibaresinin bildirim yükümlülüğünün yanı sıra, yardım yükümlülüğü yönünden de geçerli olacak şekilde yorumlanması ya da bu yönde değişikliğe gidilmesi uygun olacaktır<sup>41</sup>.

---

cu ölüme sebep olma suçuyla ilgili delillerin mahkemesince takdir ve değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, itirazın kabulü ile kamu davasının açılmasına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının 16/12/2011 gün ve 2011/16253/64426 sayılı kanun yararına bozma talebine atfen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 01/02/2012 gün ve 2012/2635 sayılı tebliğnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla;

Şüpheli hakkında yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme sonucu ölüme neden olma suçundan dolayı yapılan soruşturmada ölen ve şüphelinin olay gecesi 04.00 sıralarında eve geldikleri evde bir miktar alkol alındıktan sonra ölenin fenalaşmaya başladığı 06/04/2011 ve 16/03/2011 tarihli ekspertiz raporlarına göre evde şüpheli ve ölen dışındaki kişilerin de DNA'sına rastlandığı bu kişilerin kimler olduğu tespit edilmeyip, beyanlarının alınmadığı, dosya içindeki telefon görüşmelerinden şüphelinin Buck-up sağlık hizmetlerini saat 06.22 sıralarında aradığı, Acıbadem Hastanesi kamera kayıtlarında 06.00 sıralarında, Günallar Gıda şirketinin kayıtlarında ise 06.25 sıralarında kimlikleri tespit edilemeyen kişilerin görüntülediği, ayrıca olay yerine 5 dakika mesafede Yeditepe Üniversitesi Bağdat Caddesi Polikliniğinin bulunduğu, hususları birlikte değerlendirildiğinde;

Kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen tebliğnamedeki bozma istemi incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Ü. 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 26/09/2011 tarih ve 2011/1351 D. iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca kanun yararına bozulmasına...” Yarg. 12. CD., 12.04.2012, 2012/16858, 2012/9951 (karar yayımlanmamıştır).

<sup>39</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, s.1594.

<sup>40</sup> **Malkoç, İsmail- Güler, Mahmut**, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C.:IV, Ankara, s.3986.

<sup>41</sup> “Her ne kadar, sanığın trafik kazası sonucu yaralanmasına neden olduğu kişinin bir an önce tedavi edilmesini sağlama konusunda yardım yükümlülüğü mevcut ise de, dosya kapsamına göre kazanın başkalarının da bulunduğu meskun mahalde meydana geldiğinin anlaşılması karşısında, yaralıların kazadan ne kadar süre sonra kim tarafından hastaneye götürüldükleri, **bir gecikme olup olmadığı araştırılıp**, başkaları tarafından yapılan yar-

Bildirimde bulunulacak makam polis, jandarma, kaymakamlık, adliye, devlet hastanesi gibi kamu kuruluşlarıdır<sup>42</sup>. Ancak ifade etmeliyiz ki, örneğin yaralanması dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan biri ile karşılaşan bir kişi, cep telefonu olmadığı için, olay yerine yakın olan özel sağlık kuruluşuna durumu bildirirse, yine bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Hatta kişi olayın şoku ile kamu kuruluşlarının numaralarını hatırlayamasa, bunun üzerine mağdurun cep telefonundan bir yakınını arayarak durumu yetkili mercilere bildirmesini istese, bildirim yükümlülüğü ortadan kalkabilecektir. Bu ihtimalde aranan kişinin de bildirim yükümlülüğü ortaya çıkacak ve durumu ilgili mercilere bildirmemesi sorumluluğunu doğuracaktır.

Üçüncü kişiler tarafından ilgili makamlara bildirimde bulunulmuş olması ya da ilgili makamların olay yerinde olmaları failin bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldıracaktır<sup>43</sup>.

Bununla birlikte, yetkili mercilere bildirme imkanı varken bunu yapmayarak sadece mağdurun yakınlarını bilgilendirmek suçun oluşumunu engellemeyecektir.

Somut olayın niteliği gereği ölüm ani olarak gelişmiş ise, kişilerin derhal bildirimde bulunmamaları nedeniyle sorumlulukları yoluna gidilemez<sup>44</sup>.

---

dımın sanığın yardımını gerekli olmaktan çıkarıp çıkarmayacağı üzerinde durulup sonucuna göre sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD., 2010/20929, 2012/14976 (karar yayımlanmamıştır).

<sup>42</sup> *Parlar-Hatipoğlu*, ilgili makamlardan maksatın, soruşturmayı yapmakla görevli adliye ve kolluk makamları ile bu durumu adli makamlara bildirmekle yükümlü diğer resmi makamlar olduğunu belirterek, yardım ve bildirim yükümlülüğünü adli vakalarla sınırlandırmıştır. **Parlar-Hatipoğlu**, s.1594. Aynı şekilde *Hafizoğulları-Özen de*, ilgili makamların 5271 sayılı CMK’nun 158 inci maddesinde sayılan Cumhuriyet Başsavcılığı, kolluk, valilik, kaymakamlık ya da mahkeme olduğunu belirtmiştir. **Hafizoğulları-Özen**, s.126. Aynı yönde bkz. **Çakmut**, s.89, 90. Kanaatimizce, örneğin yolda yürürken ayağı takılarak yere düşen mağdurun adli makamlara bildirilmesi yerine sağlık kuruluşlarına bildirilmesi gerekmektedir.

<sup>43</sup> **Bakıcı**, s.1011. Polonya CK’nun 162/2 nci maddesinde, mağdura yardımda bulunuluyor olması cezasızlık sebebi olarak belirtilmiştir.

<sup>44</sup> “Ayrıca suda boğulma olayının ani gelişen olaylardan olduğu da gözetildiğinde derhal ilgililere bildirme yükümlülüğünün de sanığa yüklenmeyeceği açıktır. Çünkü burada yasa

Bu suç, konunun hareketten etkileniş şekline ve derecesine göre, tehlike suçudur. Suçun oluşabilmesi için, failin ihmali davranışı sonucunda herhangi bir zararın ortaya çıkması gerekmez.

Ancak 98 inci maddenin 2 nci fıkrasında, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu mağdurun ölmesi<sup>45</sup>, neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir hal olarak öngörülmüştür<sup>46</sup>. Burada ölümün failin yardım etmemesi veya bildirimde bulunmaması sonucunda meydana gelmiş olması gerekir<sup>47</sup>. Eğer failin yardım veya bildirim yükümlülüğü doğmadan önce mağdur ölmüş ise, 98 inci maddenin 2 nci fıkrasındaki neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal oluşmayacağı gibi, suçun temel şeklinden de bahsedilemeyecektir. Zira bu suç ancak hayatta olan kişilere karşı işlenebilir.

Aynı şekilde fail yardım etmiş olmasına rağmen mağdur ölmüşse, failin 98 inci maddenin gerek birinci gerek ikinci fıkrasından sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

Fail yardım etse dahi mağdur ölecekse, yardım etmemesi ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağlantısı kurulamadığından, fail sadece suçun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır<sup>48</sup>.

---

koyucunun bildirim yükümlülüğünü getirmesinin amacı neticenin sınırlandırılmasına ya da önlenmesine yönelik olup, bu olayda ölümle sonuçlandığı için sanık derhal ilgili makamlara bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden sorumlu tutulamaz” Yarg. 2. CD., 06.12.2010, 2009/20201, 2010/32787 (karar yayımlanmamıştır).

<sup>45</sup> Benzer düzenlemelere İtalyan CK'nun 593/3. ve Rus CK'nun 124/2. maddelerinde de rastlanmaktadır.

<sup>46</sup> Söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin özgü suç olduğu belirtilmektedir. **Hafizoğulları-Özen**, s.127.

<sup>47</sup> **Hafizoğulları-Özen**, s.127.

<sup>48</sup> “Sanığın ölene çarptıktan sonra olayın şoku ile durmayarak kaza yerini eşini orada bırakarak terk edip; aynı gün kendiliğinden jandarmaya teslim olduğu ve ölen Birol Bucak'ın yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı değil, meydana gelen trafik kazasının hemen ardından olay yerinde vefat ettiği nazara alındığında; sanığın gerçekleşen eyleminin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 82. maddesinde, “Trafik Kazalarında Yükümlülük” başlığı altında düzenlenen idari para cezasını gerektirir kabahat olarak kabulü gerekirken, 5237 sayılı TCK'nın 98. maddesinde tanımlanan ve unsurları itibariyle oluşmayan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan sanığın mahkumiyetine karar verilmesi...” Yarg. 12. CD., 20.12.2011, 2011/4864, 2011/8975 (karar yayımlanmamıştır). “Evlü olan mağdur ile sanığın tartışmaları, tartışma sonrası mağdurun intihar etmek amacıyla ilaç içtiği, bir saat sonra başı dönmeye başlayınca komşusu tanık Mülkiye'nin evine giderek kardeşi tanık Hasan'ı tele-

Mağdurun ölüm anının tespit edilememesi durumunda şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca yine failin sorumlu tutulmaması gerekecektir<sup>49</sup>.

İfade edelim ki, kanunda her ne kadar ölmüş bir kişiye yardım edilme-  
mesi ya da bildirimde bulunulmaması yaptırım altına alınmamışsa da, ölmüş  
bir kişiyi görmesine rağmen yetkili mercileri bilgilendirmemek durumunda  
TCK'nun 278 nci maddesindeki suçtan söz edilebilecektir.

### 5- Suçun Manevi Unsurları

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Taksirle işlenmesi mümkün değildir.  
Suçun oluşabilmesi için failin belli bir saikle hareket etmesi aranmamıştır.

Fail, kendini idare edemeyecek durumda olan birini görmesine rağmen,  
bilerek ve isteyerek bu kişiye yardım etmediğinde ya da durumu ilgili ma-  
kamlara bildirmediğinde bu suçtan sorumlu tutulabilecektir. Diğer bir ifade  
ile fail bilerek ve isteyerek yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine ge-  
tirmedeğinde suç oluşacaktır<sup>50</sup>.

Bir kimsenin yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da herhangi  
bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olduğunun dışarıdan anlaşıl-  
madığı hallerde, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilme-  
mesi suçu oluşmayacaktır<sup>51</sup>.

---

fonla arayarak yardım istediği, evine girmeyip kapı önünde beklediği ve kısa bir süre  
sonra gelen kardeşi Hasan tarafından hastaneye götürüldüğü olayda, sanığın mağdur ile  
tartıştıktan sonra ilaç aldığını gördüğünü, ancak mağdurun hassas bir yapıya sahip olup  
her tartışma sonrası baş ağrısı için ilaç aldığını, içtiği ilacın adını ve kaç tane aldığını  
bilmediğini, eşinin tartışma sonrası evden çıktığını, bu esnada yedi aylık ve üç yaşında  
olan iki çocuğuyla ilgilenmek zorunda kaldığını savunması, mağdurun evden çıkarak  
kardeşinden yardım istemesi ve Oltu Devlet hastanesinin 29.05.2007 tarihli ilk raporunda  
da mağdurun hastaneye getirildiğinde genel durumunun iyi ve bilincinin açık olduğunun  
belirlenmesi karşısında sanığın yazılı şekilde beraatine karar verilmesinde bir isabetsizlik  
görülmüştüğüden tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir” Yarg. 2. CD.,  
22.03.2012, 2010/7600, 2012/7132 (karar yayımlanmamıştır).

<sup>49</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3191. “Dosya Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas kuruluna gön-  
derilerek, TCK.nun 98/2 maddesi kapsamında; ölümün, yardım veya bildirim yükümlü-  
lüğünün yerine getirilmemesinden dolayı meydana gelip gelmediği konusunda rapor alın-  
arak, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi yerine eksik soruşturma sonucu yazılı  
şekilde hüküm kurulması...” Yarg. 1. CD., 18.10.2010, 2010/1935, 2010/6703 (karar  
yayımlanmamıştır).

<sup>50</sup> **Erman-Özek**, s.235.

<sup>51</sup> **Meran**, s.511.

## **6- Hukuka Aykırılık Unsuru**

Bu suç yönünden meşru savunma ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebepleri üzerinde durmak gerekir.

5237 sayılı TCK'nun 25 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceği belirtilerek meşru savunma hukuka uygunluk sebebine yer verilmiştir.

Buna göre örneğin, kanlar içerisinde yerde yatmakta olan kişiye yardım etmek için yaklaşan faili yaralının yakınları saldırgan zannetse ve faile saldırırsalar, bunun üzerine fail de olay yerinden yardım etmeksizin kaçmak zorunda kalsa, yardım yükümlülüğünü yerine getirmediği için faili sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Zira hayatına ya da vücut dokunulmazlığına yönelen bir saldırı dolayısıyla fail burada yardım yükümlülüğünü yerine getirememektedir.

Aynı şekilde iki grubun silahlarla çatıştığı bir alandan geçerken yaralananları görmesine rağmen hayatına ya da vücut dokunulmazlığına yönelik gerçekleşme ihtimali olan bir saldırının varlığını hissederek “yardım yükümlülüğünü” yerine getirmeyen kişinin bu suçu işlediğinden söz edilemeyecektir. Nitekim failin sorumluluğunun doğmayacağına ilişkin bir diğer gerekçe de, 98 inci maddede yer alan “o andaki hal ve koşullara göre” ibaresidir.

Bununla birlikte yukarıda yer alan örneklerde failin yardım yükümlülüğü ortadan kalkmakta ise de, “bildirim yükümlülüğü” varlığını devam ettirmektedir.

Burada ayrıca kusurluluğu kaldıran zorunluluk haline de temas etmek gerekir. 5237 sayılı TCK'nun 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Buna göre örneğin vahşi hayvanların saldırmakta olduğunu gördüğü bir kişiye yardım etmeyen, sel sularına kapılan bir kişiye suların yükselmesi nedeniyle yardım

etmeyen ya da bulaşıcı bir hastalığı olduğunu bildiği bir kimseye yardım etmeyen kişinin zorunluluk halinden faydalanması mümkündür. Ancak burada da kişinin bildirim yükümlülüğü ayrıca bulunmaktadır<sup>52</sup>.

5237 sayılı TCK'nun 26 ncı maddesinde, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kişinin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir.

Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu yönünden mağdurun yapılacak yardımı reddetmesinin bir önemi yoktur. Kendini idare edemeyecek durumdaki kişi istemese dahi, yardım edilmemesi failin sorumluluğunu doğuracaktır<sup>53</sup>.

Örneğin, bunalıma giren ve intihar etmek isteyen bir kişiye “bana kimse yardım etmesin” dediği için yardım edilmemesi ya da ilgili makamlara bildirimde bulunulmaması. Burada ayrıca 84 üncü maddede yer alan intihara yönlendirme suçunun oluşup oluşmadığı da değerlendirilmelidir.

Gebeliğine son verilmesini talep eden kadına onun sağlığı için ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunmadığı kanaatiyle müdahale etmeyen hekimin, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan sorumlu tutulması mümkün değildir<sup>54</sup>.

## 7- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### a- Teşebbüs

Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu gerçek ihmal suç olduğu için, failin kendisine yüklenen yardım veya bildirim yükümlülüğünü ihmal etmiş olması suçun tamamlanması için yeterlidir. Suç kişiye yüklenen yükümlülüğü yerine getirmediği anda tamamlanır. İhmalin başlangıcı ile varlığı arasında icrai suçlarda olduğu gibi bir değerlendirme yapma imkanı olmadığı için bu suça teşebbüs mümkün değildir<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Aynı yönde bkz. **Bakıcı**, s.1012. *Hafizoğulları-Özen* bu ihtimalde bildirim yükümlülüğünün de ortadan kalkacağını belirtmektedir. **Hafizoğulları-Özen**, s.127.

<sup>53</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, s.1594.

<sup>54</sup> **Erman-Özek**, s.230.

<sup>55</sup> **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A.Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2011, s.616; **Meran**, s.512.



Buna karşılık doktrinde gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğu da ileri sürülmektedir<sup>56</sup>.

Burada failin kendini idare edemeyecek durumda bulunan mağduru görmesine rağmen, olay yerinden uzaklaşarak yardım etmemesi ya da yetkili mercilere bildirmesi ancak daha sonra pişman olarak geri dönüp yardım etmesi veya yetkili mercileri bilgilendirmesi durumunda failin cezai sorumluluğunun bulunup bulunmayacağını da değerlendirmek gerekir.

Kanımızca bu suç tipi mütemadi suç niteliği taşıdığı için<sup>57</sup>, temadi sona erene kadar failin yardım ya da bildirim yükümlülüğünü<sup>58</sup> yerine getirmesi sorumluluğunu ortadan kaldırır. Buna karşılık failin zamanında yardım etmemesi sonucunda mağdurun daha ağır bir zararla karşılaşması ya da ölmesi durumunda failin sorumluluğu devam edecektir.

98 inci maddenin 2 nci fıkrasında yer alan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suça teşebbüsün mümkün olup olmadığını da değerlendirmek yerinde olacaktır. Failin bilerek yardım etmemesi sonucunda mağdur ölmemişse, kast-taksir kombinasyonu yönünden teşebbüs gerçekleşmeyecek ve fail suçun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır.

Fail, yardım etmemesinin mağdurun ölümüne neden olacağını öngörmüş, “olursa olsun” diyerek yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve mağdur ölmüşse, burada failin TCK’nun 81 inci maddesinde yer alan olası kastla öldürmeden sorumluluğu gündeme gelecektir.

Fail, yardım etmemesinin mağdurun ölümüne neden olacağını öngörmüş, “olursa olsun” diyerek yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş, ancak mağdur ölmemişse, olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkün olmadığı için, kast-olası kast kombinasyonu dolayısıyla fail yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun temel şeklinden (98/1) sorumlu tutulacaktır.

<sup>56</sup> Bkz. **Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa R.**, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008, n.409, s.437.

<sup>57</sup> Doktrinde bu suçun ani suç olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. **Şen**, s.354.

<sup>58</sup> Kanunkoyucu bildirim yükümlülüğünün “derhal” yerine getirilmesini aradığı için, bu yükümlülük yönünden ani suçtan söz edilebilecektir.

Fail mağdura yardım etmediği gibi, ölmesi için yardım edenleri de engellemiş, ancak mağdur ölmemişse, burada fail 98 inci maddenin temel şekliinden ve 81 inci maddede yer alan kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmalıdır.

### **b- İştirak**

İhmali davranışla işlenebilen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçuna azmettirme suretiyle iştirak edilebilir. Ancak ihmali davranışla azmettirme mümkün değildir<sup>59</sup>.

Örneğin kendini idare edemeyecek durumda olan bir kişiye yardım etmek isteyenini ikna ederek yardım ettirmeme<sup>60</sup> ya da aracı ile yolda seyreden dolmuş sürücüsü yerde yatan yaralıyı görüp yardım etmek için durmak istese buna karşılık yolcular “bizim acelemiz var, bize ne” diyerek aracın durmasını engellese azmettiren olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Ancak ifade edelim ki, her iki örnekte de azmettiren kişinin aynı zamanda yardım yükümlülüğü de bulunduğundan, ayrıca suçun faili konumundadır.

Bununla birlikte, yukarıda verdiğimiz örnekte dolmuşta bulunan yolcular yardım etmek için dolmuşu durdurmak istese ancak dolmuş sürücüsü durmasa, sorumluluk sadece dolmuş sürücüsüne ait olacaktır.

Mağduru yaralayan kişi aynı zamanda yardım etmek isteyenleri engellerse, yardım yükümlülüğü altından bulunanlar cebir veya tehdit altında bu yükümlülüğü yerine getiremediklerinden, cebir veya tehdit uygulayan kişi yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun dolaylı faili olarak sorumlu olacaktır.

### **c- İçtima**

Yaşı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan birini her gün görmesine rağmen yardım etmeyen failin, suçun mütemadi bir nitelik taşıması nedeniyle tek bir suçtan cezalandırılması gerekir.

<sup>59</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.643; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008, s.465.

<sup>60</sup> Arslan-Azizağaoğlu, s.439; Yaşar-Gökçen-Artuç, s.3192.

Kendini idare edemeyecek durumda olan birden fazla kişiden hiçbirine yardım etmeyen ya da durumu yetkili mercilere bildirmeyen fail, tek bir yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan sorumlu tutulacak ancak cezası zincirleme suç hükümlerine göre artırılacaktır (m.43/2).

Buna karşılık birden fazla yaralının bulunduğu bir yerde kişinin yaralıların hepsine aynı anda yardım etmesi beklenemeyeceği için, herhangi birine yapacağı yardım, kişinin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

Farklı zamanlarda farklı kişilere yardım etmezse, mağdur adedince ayrı suç oluşur.

Aracı ile yolda seyretmekte olan kişinin dikkatsizliği sonucunda bir kişinin yaralanmasına neden olup, daha sonra yaralıya yardım etmeden olay yerinden uzaklaşsa ve mağdur ölse, burada kişi garantör konumunda olduğu için öngelen tehlikeli eylem sonucunda meydana gelen ölümden TCK'nun 83 üncü maddesinin 2 nci fıkrasının (b) bendi çerçevesinde sorumlu tutulacaktır<sup>61</sup>. Burada artık failin 98 inci madde dolayısıyla cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir.

Buna karşılık, doktrinde bu ihtimalde failin taksirle öldürme ve 98 inci maddede yer alan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçlarından sorumlu tutulması gerektiği de belirtilmektedir<sup>62</sup>.

Nitekim Yargıtay'ın kararlarında da kanımızca hatalı olarak failin yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Tezcan-Erdem-Önok, s.276; Çakmut, s.95; Meran, s.221; Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3192, 3193; Parlar-Hatipoğlu, s.1596.

<sup>62</sup> Bkz. Şen, s.356.

<sup>63</sup> “Sanığın ölene çarptıktan sonra olayın şoku ile durmayarak kaza yerini terk etmesi sonrası ölenin olay yerinde bulunan arkadaşları tarafından hastaneye götürüldüğü ve meydana gelen trafik kazasının hemen ardından hastanede vefat ettiği nazara alındığında; sanığın gerçekleşen eyleminin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 82. maddesinde, “Trafik Kazalarında Yükümlülük” başlığı altında düzenlenen idari para cezasını gerektirir kabahat olarak kabulü gerekirken, 5237 sayılı TCK'nın 98. maddesinde tanımlanan ve unsurları itibarıyla oluşmayan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan sanığın mahkumiyetine karar verilmesi...” Yarg. 12. CD., 10.09.2012,

Kanaatimizce mağdurun yaralanmasına taksirle sebep olan ve yardım etmeyen kişi 83 üncü maddeden; mağdurun yaralanmasına herhangi bir şekilde neden olmaksızın yardım etmeyen kişi 98 inci maddeden dolayı cezalandırılacaktır.

Bununla birlikte mağduru kasten yaralayan kişiden ayrıca mağdura yardım etmesini ya da yetkili mercilere durumu bildirmesini beklemek hayatın olağan akışına aykırı olacağından, kişinin bu ihtimalde 98 inci maddeden sorumluluğu yoluna gidilmemelidir<sup>64</sup>. Kasten yaraladığı kişiye yardım etmemiş ve sonucunda mağdur ölmüşse, fail neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümleri çerçevesinde yaralamanın boyutu da dikkate alınarak ya taksirle öldürme suçu<sup>65</sup>(m.85) ya da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan<sup>66</sup> (m.87/4) dolayı cezalandırılacaktır.

---

2011/24162, 2012/17977 (karar yayımlanmamıştır). Kanımızca burada gerek TCK'nun 83 üncü maddesinin değerlendirilmemesi gerek Kabahatler Kanunu'nun 15/3 üncü maddesinin dikkate alınmaması hatalıdır.

“Her ne kadar, sanığın trafik kazası sonucu yaralanan kişinin bir an önce tedavi edilmesini sağlama konusunda yardım yükümlülüğü mevcut ise de, dosya kapsamına göre, sanığın ölene çarptıktan sonra olayın oluşu nedeniyle şoka girdiği bu nedenle bir süre yavaşlayıp durmayarak kaza yerini terk ettiği, bu sırada olay yerinden geçmekte olan tanık Cavit ve arkadaşlarının hemen ölenin yanına gelerek ambulans çağırıp öleni hastaneye gönderdikleri, buna rağmen ölümün vuku bulduğu, sanığın da aynı gün jandarma tarafından yakalandığı şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın gerçekleşen eyleminin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 82. maddesinde, “Trafik Kazalarında Yükümlülük” başlığı altında düzenlenen idari para cezasını gerektirir kabahat olarak kabulü gerekirken, 5237 sayılı TCK'nın 98. maddesinde tanımlanan ve unsurları itibariyle oluşmayan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan sanığın mahkumiyetine karar verilmesi...” Yarg. 12. CD., 14.06.2012, 2011/22288, 2012/15000 (karar yayımlanmamıştır).

<sup>64</sup> Aksi düşünce için bkz. **Savaş-Mollamahmutoğlu**, s.5214.

<sup>65</sup> “Maktulün 5237 TCK.nun 86/2. maddesi kapsamında kalan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı, maktuldeki kronik kalp-damar hastalığının aktif hale gelerek ölümün gerçekleştiği olayda;

Sanıklar ile maktulün komşu oldukları anlaşıldığına göre; sanıkların maktuldeki kalp-damar rahatsızlığını önceden bilip bilmediklerinin araştırılması, bildikleri tespit edildiği takdirde, 5237 sayılı TCK.nun 22/3, 85. maddeleri uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmedikleri tespit edildiği takdirde 22/1, 85. maddeleri uyarınca taksirle öldürme suçundan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yarg. 1.CD., 06.03.2007, 2034/1109).

<sup>66</sup> “Olay günü birbirlerini tanımayan sanık ve maktulün alkolün etkisi ile minibüs içinde para uzatma meselesinden dolayı kavga ettikleri, sanığın yumrukla vurması üzerine mak-

Nitekim Almanya’da gerçekleşen bir olayda, iki çocuk annesi fail çocuklarını eve kilitleyerek erkek arkadaşının yanına taşınır. 15 gün boyunca evdeki yiyecekleri yiyen, suları içen çocuklar, yemek ve su bitince kapı ve pencerelere vurarak komşulardan yardım isterler. Komşuları ise, çocuklara yardım etmez. Bu örnek olayda, anne garantör olduğu için, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden, komşular ise yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden sorumlu tutulmalıdır<sup>67</sup>.

Kasten yaralama eylemine iştirak etmeyen kişinin ise yaralanana yardım ve bildirim yükümlülüğü devam ettiğinden, 98 inci madde dolayısıyla sorumluluğu ortaya çıkabilecektir<sup>68</sup>.

---

tulün yere düşüp kafasını şiddetli bir şekilde asfalt zemine çarptığı, bu eylem sonucunda kafa kaide kırığı ve beyin kanaması sonucu öldüğü tüm dosya içeriğinden anlaşılmalıdır;

a) Sanığın eylemi 765 sayılı Yasanın 452/1. maddesi kapsamında kaldığı, 5237 sayılı TCK.nun 87/4. maddenin 1. fıkrası ile karşılaştırılarak lehe olan yasanın belirlenmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yarg. 1.CD., 7.3.2007, 8167/1206.

<sup>67</sup> Aynı yönde bkz. **Hakeri**, s.184.

<sup>68</sup> “Olayda iştiraki olmaksızın, maktülün yaralandığını gören sanık Fırat’ın, maktüle yardım etmemesi ve durumu derhal ilgili makamlara bildirmemesi nedeniyle, hakkında, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesini düzenleyen 5237 sayılı TCK.nun 98.maddesi uyarınca zamanaşımı sonuna kadar kamu davası açılması mümkün görülmüştür” Yarg. 1. CD., 20.02.2008, 2007/5490, 2008/1188 (karar yayımlanmamıştır). “Olay günü katıldığı düğünden, gece geç saatlerde yanında kardeşi ve akrabaları ile alkollü şekilde sanık Cengiz’in de ortak olduğu kahveye gelen maktülün, kahvede yanık oynarken tanık Fahrettin ile tartıştığı, kahvede ocağı olan Yaşar’ın, maktül ile tanığın arasına girdiği, kahvenin dışına çıkartılan maktülün tekrar içeriye girerek Yaşar’a vurduğu, yanında bulunan akrabaları tarafından evine bırakılmak amacıyla götürülürken kardeşi Hakan’ı merak ettiği gerekçesiyle arabadan indiği, kahveyi kapatıp, Cengiz’in sevk ve idaresindeki arabayla evlerine giden sanıkların önüne geçtiği, arabayı durdurduğu, ön tarafta oturan, kapıyı yarım açmış olan ve arabadan inmek üzere olan Yaşar’a vurduğu, arabadan inen Yaşar’ın, maktülle alt alta üst üste boğuşmaya başladığı, sol uyluk bölgesine vurduğu bıçak darbeleri ile maktülün, arteria ve popliteal kesisine neden olduğu, sanık Cengiz’in arabadan inerek, kavgayı ayırmak amacıyla sanığı çektiği, maktülü yerde kanlar içinde yaralı olarak bırakıp, arabaya binerek diğer sanık İbrahim de yanlarında olmak üzere hep birlikte kaçtıkları olayda,

A) Sanık Yaşar’ın, kahvede meydana gelen olayların da etkisi ve maktülün kendisine vurması sonrasında, ani bir karar neticesinde maktülü öldürdüğü, sanık Cengiz’in, maktülün öldürülmesine doğrudan katkısı olmadığı gibi sanık Yaşar ile fikir ve eylem birliği içinde olduğundan söz edilemeyeceği, sanığın, kavgayı ayırmaya çalışmasının, sanık Yaşar’a yardım etme anlamına da gelmeyeceği düşünülmeden iddianamedeki anlatım ve sevk maddelerine göre sanık hakkında 5237 Sayılı Yasanın 81, 39. maddeleri gereğin-

Failin mağdur üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimseye yardım etmeyerek bu kişiyi kendi haline terk eden fail, 98 inci maddeden değil, 97 nci maddede yer alan terk suçundan sorumlu tutulacaktır.

Failin mağdur üzerinde aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğü varsa ve bu yerine getirilmemişse, fail 233 üncü maddede yer alan aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

Bunun yanında failin kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan yardım yükümlülüğü (örneğin, cankurtaran, doktor gibi) bulunmasına rağmen, bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmişse, 83 üncü maddede yer alan suç oluşacaktır.

Üçüncü bir kişi tarafından yaralandığını görmesine rağmen, mağdura yardım etmeyen veya yetkili mercilere durumu bildirmeyen failin eylemi hem 98 inci maddede yer alan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu, hem de 278 inci maddede yer alan suçu bildirmeme suçunun unsurlarını oluşturacaktır. Bu durumda faklı neviden fikri içtima hükümleri çerçevesinde failin en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulması gerekecektir (m.44)<sup>69</sup>.

Göreviyle bağlantılı olarak kendini idare edemeyecek durumda olan birini öğrense buna rağmen yardım etmese, her ne kadar TCK'nun 257 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan görevi kötüye kullanma suçu da oluşmakta ve cezası da daha ağır ise de, 257 nci maddede "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında" denildiği için, kamu görevlisi olan failin 98 inci maddeden ya da 279 uncu maddeden dolayı cezalandırılması yoluna gidilecektir.

---

ce açılan kamu davasının aynı yasanın 98/2. maddesinde tanımlanan yaralıya yardım ve bildirim yükümlülüğüne aykırı davranmak suçuna da dönüşmeyeceği, sanığın eyleminin 98/2. maddede tanımlanan suçu oluşturması olasılığı karşısında gereğinin takdir ve ifası için Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunabileceği cihetle iddianamedeki sevk ve anlatım esas alınarak sanığın kasten öldürmeye yardım suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..." Yarg. 1. CD., 09.11.2007, 2007/1662, 2007/8284 (karar yayımlanmamıştır).

<sup>69</sup> Bu ihtimalde failin her iki suçtan sorumlu tutulması gerektiği konusunda bkz. **Parlar-Hatipoğlu**, s.1595.

Yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen fail aynı zamanda mağdurun malını almışsa, hem hırsızlık hem de yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan sorumlu olacaktır.

Failin eyleminin gerek 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 82 nci maddesini, gerek TCK'nun 98 inci maddesini ihlal etmesi durumunda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3 üncü maddesine göre, sadece TCK'nun 98 inci maddesinden failin sorumluluğu yoluna gidilecektir.

### **8- Yaptırım**

Suçun temel şeklinin yaptırımı bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Görüldüğü gibi kanunda bu suç için seçimlik cezaya yer verilmiştir. Seçimlik ceza öngörülen bu gibi hallerde para cezası temel ceza olarak tayin edildiğinde ne şekilde hareket edileceğini 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı kanunla değişik 61 inci maddenin 9 uncu fıkrası düzenlemektedir. Buna göre, adli para cezasının hapis cezasıyla seçimlik olarak öngörüldüğü suçlarda, bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az, üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.

İnceleme konusu suçun yaptırımının alt sınırı kanunda öngörülmemiştir. TCK'nun 49 uncu maddesinde, “sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz” denildiği için, bu suçun alt sınırı bir ay olup, adli para cezası tercih edildiğinde alt sınır 30 gün olarak kabul edilmelidir.

Adli para cezası ile hapis cezası seçimlik olduğu için, hapis cezasını tercih eden hâkim, daha sonra bunu kısa süreli (TCK. m.49/2) olduğundan bahisle, adli para cezasına çeviremez (TCK. m.50/2). Ancak 50 nci maddede gösterilen kısa süreli hapis cezasına seçenек diğer tedbirler uygulanabilir.

Bu suçun 98 inci maddenin 2 nci fıkrasında yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin müeyyidesi, “bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası”dır. Görüldüğü gibi, kanun burada seçimlik ceza öngörmemiştir. Ancak mahkeme tarafından kısa süreli hapis cezasına mahkumiyet durumunda, hapis cezasının adli para cezasına dönüştürülmesi mümkündür.

Failin mağdurun öleceğini öngörmesine rağmen, yardımında ya da bildirimde bulunmaması nedeniyle ölüm gerçekleşmişse, failin olası kast dolayısıyla cezasında indirimde gidilmemelidir<sup>70</sup>. Zira 23 üncü madde uyarınca netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk için taksir yeterli olup, aksi uygulama (olası kast halinde indirim yapma) ağır neticeye taksirle sebebiyet verilmesi ihtimaline oranla daha hafif cezalandırmayı doğurur ki, bu da yasanın amacına ve hukuk mantığına aykırıdır.

### 9- Soruşturma ve Kovuşturma Usulü, Zamanaşımı

Bu suçun soruşturması re'sen gerçekleşecektir. Takibi şikayete bağlı değildir.

5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun “Sulh ceza mahkemesinin görevi” başlıklı 10 uncu maddesinde; “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir” denilmektedir. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun temel şeklinin cezası, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak öngörüldüğü için, görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesidir. 98 inci maddenin 2 nci fıkrası yönünden ise görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Yetki mahkeme ise yardıma muhtaç olan kişinin bulunduğu ya da ilgili makamlara haber verilmeyen yerdir<sup>71</sup>.

Bu suçun gerek temel şeklinin gerek neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin yaptırımını dikkate aldığımızda sekiz yıllık dava zanaşımı süresi söz konusudur. Kanunun kendisine yapmayı emrettiği bir hareketi yapmamak suretiyle işlenen ihmali suçlarda zanaşımı süresi failin kendisinden bekleneni yapmaması ile işlemeye başlar. Ancak inceleme konusu suç, ihmali olmasının yanı sıra, mütemadi suç özelliği de taşıdığından, TCK'nun 66/6

<sup>70</sup> Aynı yönde bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.393. Aksi görüş için bkz. Meran, s.511.

<sup>71</sup> Yaşar-Gökçen-Artuç, s.3194; Bakıcı, s.1013.



ncı maddesine göre, zamanaşımı süresi kesintinin gerçekleştiği yani suçun sona erdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Buna göre, failin mağdura yardım etmediği ya da yetkili makamlara durumu bildirmediği anda işlenmeye başlayan suç, yardım ve bildirim yükümlülüğünün ortadan kalkması ile birlikte tamamlanacak olup, zamanaşımı süresi de bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

### **SONUÇ**

Ahlaki, insani ve vicdani bir görev olan yardım ve bildirim yükümlülüğü, 5237 sayılı TCK'nun 98 inci maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Maddede, kişilere yaşı, hastalığı, yaralanması ya da herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olanlara yardım etme ve durumu yetkili mercilere bildirimde bulunma yükümlülüğü öngörülmüştür.

Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi seçimlik hareketli ve ihmali bir suç tipidir. Bu itibarla kanunda öngörülen seçimlik hareketlerden herhangi birinin ihlali durumunda failin sorumluluğu doğacaktır. Diğer bir ifade ile, yardım yükümlülüğünü yerine getiren buna karşılık bildirimde bulunmayan ya da bildirimde bulunan ancak yardım etmeyen kişinin 98 inci maddeden dolayı cezalandırılması söz konusu olabilecektir.

Kanunda yardım yükümlülüğünün ortaya çıkması için, “o andaki hal ve koşullara göre elverişli bir durumun” varlığı aranmıştır. Bu yükümlülük hiç kimseye kendi hayatı ya da sağlığını tehlikeye atma konusunda sorumluluk yüklememektedir. Kanunkoyucu diğer seçimlik hareket olan bildirim yükümlülüğü bakımından ise, “derhal” olmasını aramıştır. Kanımızca gerek yardım gerek bildirim yükümlülüğünün “derhal” yerine getirilmesi gerekir. Bu itibarla “derhal” ibaresini her iki yükümlülük için de aramak yerinde olacaktır.

Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu, tehlike suçu olduğu için, failin cezalandırılabilmesi için, herhangi bir zararın ortaya çıkmasına ihtiyaç yoktur.

Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu ölümün gerçekleşmesi 98 inci maddenin 2 nci fıkrasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir hal olarak düzenlenmiştir. Burada ölüm ile failin ihmali dav-

ranışı arasında nedensellik bağlantısının bulunması şarttır. Nedensellik bağlantısının kurulamadığı durumlarda sadece suçun temel şeklinden sorumluluk gündeme gelecektir.

Kanunda ölüye yardım ya da bu durumun bildirilmesi yükümlülüğü açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, ölmüş bir kimseyi görmüş olmasına rağmen durumun ilgili mercilere bildirilmemesi 278 inci maddede yer alan suçu bildirmeme suçu dolayısıyla sorumluluğu gündeme getirecektir.

Kişinin taksirli davranışı ile yaraladığı mağdura yardım etmemesi neticesinde mağdur ölmüşse, burada fail diğer şartları da oluşmak kaydıyla, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan (m.83) dolayı cezalandırılacaktır.

İhmali bir suç olması nedeniyle inceleme konusu suç yönünden teşebbüsün gerçekleşmesi mümkün değildir.

#### KAYNAKÇA

**Arslan, Çetin-Azizağaoğlu, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

**Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A.Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2011.

**Bakıcı, Sedat**, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 4, Ankara 2010.

**Cornils, Karin-Greve, Vagn**, Das dänische Strafgesetz, Straffeloven vom 15. April 1930 nach dem Stand vom 1. Juli 2001, 2. aktualisierte Auflage, Freiburg im Breisgau 2001.

**Çakmut, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Yasası'nda Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2007, Sayı:2.

**Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Baskı, İstanbul 1998.

**Erman, Sahir-Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, (TCK. 448-490) (Sahir Erman), İstanbul 1994.

- Hafizoğulları Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- Hakeri, Hakan**, Kasten Öldürme Suçları, TCK. 81, 82, 83, Ankara, 2006.
- Hakeri, Hakan**, Sorularla Ceza Hukuku, TBB Yayınları, Ankara 2005.
- Majno**, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.:3, Ankara 1977.
- Malkoç, İsmail- Güler, Mahmut**, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C.:IV, Ankara.
- Önder, Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa R.**, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008.
- Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2010.
- Riz, Roland-Bosch, Johanna**, Italienisches Strafgesetzbuch, Bozen 1995.
- Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.: IV, (Madde 454-592, 2. Baskı, Ankara 1998.
- Schroeder, Friedrich-Christian-Bednarz, Thomas**, Strafgesetzbuch der Russischen Föderation, Angenommen von der Staatsduma am 24.5.1996, Gebilligt vom Föderationsrat am 5.6.1996, Freiburg im Breisgau 1998.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005.
- Şen, Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:1, (Madde 1-Madde 140) İstanbul 2006.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R.Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012.
- Weigend, Ewa**, Das Polnische Strafgesetzbuch Kodeks karny (vom 6 Juni 1997 in Kraft getreten am 1. September 1998), Freiburg im Breisgau 1998.

**Weigend, Thomas**, Strafgesetzbuch, 45. Auflage, Stand: 1 April 2008, Beck-Texte im dtv, München 2008.

**Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, Madde 86-146, Ankara 2010.

**Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2009

# AVRUPA MUKAYESELİ HUKUKU'NDA SUÇ KAVRAMI<sup>1</sup>

Dr. Volker HELMERT

Çeviren: Yard. Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECİ<sup>2</sup>

## ÖZET

Suç kavramının Alman, Fransız, Polonya ve İngiliz Hukuku'ndaki anlamı irdelenmektedir. Bu bağlamda von Liszt'in düşüncelerinden yola çıkılmaktadır. "Suç kavramının tüm genel unsurlarının açık olması uluslararası bir gereksinimdir" sözü incelenmektedir. Avrupa Hukuku'nda ortak bir suç kavramının geliştirilip, geliştirilemeyeceği konusu ele alınmaktadır. Bu çerçevede ayrıca mukayeseli hukuk çalışmasının önemi de vurgulanmaktadır.

## ANAHTAR KELİMELELER

Suç kavramı, Franz von Liszt, tipiklik, mukayeseli hukuk, Howell'in davası, strict liability, davranış ve yaptırım normları, 01 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Sözleşmesi

## The Crime Concept in European Comparative Law

## ABSTRACT

The meaning of crime concept is studied within the scope of German, French, Polish and English Law. In this respect, the thoughts of Franz von

---

<sup>1</sup> Bu metin 25 Nisan 2012'de Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde sunulan tebliğin yazılı halidir. Yazar ve tebliği sunan kişi Almanya Federal Cumhuriyeti Başkonsoloslugu'nun Hukuk ve Konsolosluk İşleri Müdürü olarak görev yapmaktadır; burada savunulan görüşler yazarın kişisel görüşleridir ve hiçbir şekilde Dışişleri Bakanlığı'na ait değildir. Tebliği sunmak için beni davet etme nezaketinde bulunan Sayın Dekan Prof. Dr. Emin Artuk'a ve tercüme yapan Yardımcı Doçent Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci'ye en içten teşekkürlerimi sunarım.

<sup>2</sup> Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Liszt are followed. The quotation saying that “It is an international requirement that all the general elements of the crime concept should be clear and accessible,” is also examined. The question whether a common crime concept in European Law may be developed or not is also dealt with. And besides, the importance of comparative law study is highlighted.

### KEY WORDS

Crime concept, Franz von Liszt, typicality, comparative law, Howell’s case, strict liability, behaviour and sanction norms, Treaty of Lisbon that entered into force on 1 December 2009

Çok saygıdeğer Dekan,

Sayın Meslektaşlarım,

Sevgili Öğrenciler, bugün burada, yani Marmara Üniversitesi’nde böyle güzel bir ortamda sizlere hitap edebilmek benim için büyük bir onur ve mutluluktur. Bu benim Marmara Üniversitesi’ne yaptığım ikinci ziyaretimdir: Yılın başında Almanya Federal Cumhuriyeti Başkonsolosluğu’nun Hukuk ve Konsolosluk İşleri Müdürü olarak burayı ziyaret etmiştim. Bu işimin en güzel görevleri arasında, İstanbul’da bulunan ve Almanya ve Başkonsolosluk ile ilgisi olan hukukçularla irtibat kurmak ve irtibat halinde kalmayı saymak mümkündür.

Türkiye’ye geldiğimde, bu tanıma uygun ne kadar çok hukukçunun olduğunu görmek bana sürpriz oldu, aynı zamanda beni çok etkiledi: Alman Hukuku’nu bilen ve Alman diline de hakim olan birçok üniversite öğretim üyeleri, hakimler ve avukatlarla tanıştım. Bu bağlamda kendi Türkçe ve Türk Hukuku hakkındaki bilgilerimin henüz yetersiz ve daha öğrenmeyi gerektiren bir aşamada olmasından dolayı beni mazur görmenizi rica ederim.

Bugün, yani Marmara Üniversitesi’ni ikinci ziyaretimde, izin verirseniz, Almanya Federal Cumhuriyeti Başkonsolosluğu’nun Hukuk ve Konsolosluk İşleri Müdürü olarak değil, bir meslektaş olarak sizlere hitap etmek istiyorum. Üniversite’den ve böylece akademik hukuk dünyasından birkaç sene önce ayrıldım. Ancak bir Alman atasözü vardır “Eski aşk pas tutmaz”<sup>3</sup> – ve

---

<sup>3</sup> Çevirenin notu: Deyimin almancası „Alte Liebe rostet nicht“ şeklindedir. Bu deyim kelime tercümesi „eski aşk pas tutmaz“ olarak yapılabilir, anlam olarak tercümesi de şöyledir: „Eski aşklar unutulmaz, eski aşktan vazgeçmek mümkün değildir“.

bu söz kimi zaman hukuka olan aşk için de geçerlidir. Ve bundan dolayı bugün burada sizlerle hukuki bir konu ile ilgili bazı düşüncelerimi paylaşabileceğimden dolayı çok mutlu ve müteşekkirim. Konumuzun başlığı “Avrupa Mukayeseli Hukuku’nda Suç Kavramı”<sup>4</sup>.

“Suç kavramının tüm genel unsurlarının açık olması uluslararası bir gereksinimdir”<sup>5</sup>. Geçmiş 120 yıl önceye dayanan bu cümle meşhur hukuk bilim adamı Franz von Liszt tarafından söylenmiştir.

1851’de Viyana’da doğan von Liszt, modern Alman ceza hukukunun temelini atan en önemli kişilerden birisidir ve 1882’de “Marburger Programı” ile cezanın amacına yönelik yeni bir anlayış getirmiştir: Cezanın amacı artık intikam veya bir bedel ödeme olmayacaktı, bundan sonra cezanın amacı suçlunun profiline uygun olan ve başka suç veya suçlar işlemesini engelleyen önlem alınması olacaktı. Bu fikir ve bu fikirden doğan birçok sonuç – örneğin şartlı salıverme, ceza infazı esnasında ıslah tedbirleri, genç suçlular için özel düzenlemeler – günümüzde de hala günceldir.

Franz von Liszt bu fikrinin yanı sıra başka görüşleri ile de isim yaptı ve bundan dolayı ona burada atıf yapıyorum. 1889’da Avrupa’da milliyetçiliğin güçlendiği dönemde, kendi gibi düşünenlerle birlikte Uluslararası Kriminoloji Birliği’ni kurdu. Hedefi, ulusal sınırları aşan bilim alışverişini gerçekleştirebilmektir. Bunun temelinde, küresel, ulusal sınırları aşan bir ceza hukuku biliminin olması gerektiği düşüncesi yatmaktaydı. Bu özellikle ceza hukukunun temeli olan suç kavramı için geçerliydi. Bundan dolayı sunumun başlarında ifade ettiğimiz sözü önem arz etmektedir: “Suç kavramının tüm genel unsurlarının açık olması uluslararası bir gereksinimdir”.

Suç kavramının uluslararası karakterine ilişkin görüşlerimiz nasıl olursa olsun, net ve belli olan bir husus vardır: Suç kavramının “açıklanması” Alman ceza hukukunda hala merkezi bir önem arz etmektedir. Neden mi? Çünkü suç kavramı tüm ceza hukuku dogmatığının temel kavramıdır, zira

<sup>4</sup> Geniş bilgi için bak. *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, 2011.

<sup>5</sup> v. *Liszt*, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, 1. Band, 1894, Einführung, S. XXIV.

soyut bir şekilde bir fiilin ne zaman suç olduğunu tasvir etmektedir<sup>6</sup>. Başka bir deyişle: Bu kavram, devletin bir kişiyi cezalandırabilmesi için gereken bütün unsurları saymaktadır. Alman hukukunda hakim görüşe göre bu unsurlar şöyle sayılabilmektedir:

- bir fiil (eine Handlung),
- ki bu fiilin kanuni bir düzenlemede bulunan maddi unsurları karşılaması gerekmektedir / tipiklik (objektif ve sübjektif unsurlar) (die die Voraussetzungen eines gesetzlichen Tatbestands erfüllt („objektiver Tatbestand“ und „subjektiver Tatbestand“)),
- hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit),
- suçluluk / kusur (Schuld)
- ve olası özel cezalandırma şartları (und gegebenenfalls besondere Strafbarkeitsbedingungen).<sup>7</sup>

Bu suç kavramı aynı zamanda hukuk öğrencilerinin, savcılarının, ve ceza hakimlerinin inceleme programını oluşturmaktadır, zira bu şemaya göre bir kişinin fiilinin veya ihmalinin cezai sorumluluğa yol açıp açmadığı incelenmektedir. Bu kavram sayesinde, bir olayın çözülmesi sıralı, rasyonel ve ekonomik şekilde gerçekleşebilmektedir. Aynı zamanda bu kavram bir olayın en önemli unsurlarının – ve sadece bunların – incelenmesini teminat altına almaktadır.

Peki ama suç kavramı von Liszt'in ifade ettiği gibi gerçekten uluslararası mıdır? Uluslararası derken von Liszt uluslararası aynı anlamda olmasını kastetmiştir. İlk bakışta böyle değilmiş gibi gözüküyor. Batı Avrupa'da bir nevi ortak bir ceza hukuku anlayışının geliştiği bir dönem olmuştur. Bu dönem İtalya'da 12. yüzyılda antik Roma Hukuku'nun yeniden keşfedilmesi ile başlamış ve hümanist dönemini geçerek 19. yüzyıla kadar sürmüştür. Ancak

---

<sup>6</sup> Bu şekilde görsel ifade eden *Frischs*, Straftat und Strafsystem, in: Wolter/Freund, S. 135 (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 135.

<sup>7</sup> Temsilen: *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, 2006, § 7 kenar notu 3.



ulusal devletlerin güçlenmesi ile ceza hukuku alanında da artık farklı ceza hukukları ve buna bağlı olarak ulusal ve birbirinden bağımsız suç kavramı da gelişmiştir.

Bu bağlamda tezimde bu suç kavramına ilişkin dört ulusun anlayışını irdeledim: Almanya, İngiltere, Fransa ve Polonya'nın suç kavramlarını inceledim. Bugün olsa tabi ki Türk Hukuku'ndaki suç kavramını da bu inceleme katarım!

Söz konusu çalışmamın sonuçlarını sizlerle paylaşmadan önce kısaca mukayeseli hukuk metoduna ilişkin genel birkaç söz söylememe izin verin. Mukayeseli hukuk çalışmasının geçmişi çok eskidir: Aristoteles, değişik Yunan Şehir Devletlerinin Anayasalarını incelemiş ve bu değişik Anayasaları birbirleri ile kıyas ederek, siyasi hayat için hangi kuralların en iyi olacağını tespit etmeye çalışmıştır. Bu kıyas, anayasa hukuku alanında yapılan en eski mukayeseli hukuk çalışmasıdır.

19. yüzyıldan beri özel hukuk alanında mukayeseli hukuk çalışmasının çok verimli olduğu görülmektedir. Sınırları aşan ve gittikçe çoğalan ticari ilişkiler açısından yeknesak hukuki bir çerçeveye veya en azından birbiri ile çelişen normların olması halinde neyin uygulanacağı konusunda düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu bakımdan mukayeseli hukuk çalışması çok önem arz etmekteydi.

Ceza hukukunda da mukayeseli hukuk çalışmaları ve analizleri uzun zamandır uygulanmaktadır. Bu türlü çalışmanın faydası çoktur. Mukayeseli hukuk çalışması zaman zaman somut amaçlara hizmet eder, örneğin bir yasama faaliyeti çalışması esnasında veya uluslararası ceza hukuku alanında yapılacak ortak organizasyonlar veya ilişkilerin yoğunlaşması alanında olduğu gibi, bunun yanı sıra bazen de sadece ulusal hukukun uygulanmasında da önem arz edebilir. Örneğin Alman Federal Mahkeme'si bir sanığa susma hakkının öğretilmemiş olması konusunda mukayeseli hukuku inceleyerek karar vermiştir.

Mukayeseli hukuk çalışması herhalde "ulusal bakış açısından" farklı bir algılamaya yol açtığından bir kazançtır. Değişik hukuk sistemlerinin belirli bir ceza hukuku sorununa ne şekilde çözüm bulduğunu öğrenmek için iyi bir

metottur ve böylece “çözümler deposu” oluşmaktadır<sup>8</sup>. Suç kavramı bağlamında ise demin belirttiğimiz üzere şu soruyu sormak gerekir: Devletin bir bireyi cezalandırabilmesi için soyut olarak hangi şartların bulunması gerekir?

Mukayeseli hukuk çalışmasında sistematik iki aşamalıdır: İlk aşamada her ülkenin durumunu tespit edilmesi ve ulusal bir raporun hazırlanması gerekmektedir. Bu bağlamda hangi hukuk sistemlerinin incelenmeye dahil edileceğine de karar vermek gerekir. Ben tezimde Almanya’yı, İngiltere’yi ve Fransa’yı, yani Batı Avrupa hukuk sistemleri arasından sayısal olarak en büyük ve etkisi bakımından en güçlü hukuk sistemlerini seçtim ve çalışmada bu hukuk sistemlerinin yanı sıra Doğu Avrupa hukuk sistemlerinden bir temsilci olarak Polonya’yı kattım, zira bu ülke uzun yıllar boyunca sosyalist bir ceza hukuku anlayışına sahipti ve demir perdenin kalkması ile ceza hukukunda temelden reform yaptı, yani yeniledi. Ulusal raporu yazarken, söz konusu hukuk sisteminde incelenen konuya ilişkin çözüm ve varsa görüşler aktarılmalı ve bu sadece durumu aktaran bir şekilde, yani eleştirel bir katkı olmadan yapılmalıdır.

Ulusal raporlar bittikten sonra asıl mukayeseli inceleme başlamaktadır. Bu bağlamda incelenen hukuk sistemleri arasında ortak noktalar veya farklılıklar gösterilerek, her bir hukuk sisteminin çözümü diğer hukuk sistemlerinin çözümü ile eleştirel şekilde kıyas edilmesi gerekmektedir.

Von Liszt’in tezinden yola çıkarak, yukarıda sayılan dört hukuk sistemindeki suç kavramının kıyas edilmesi üzerine yoğunlaştım. Suç kavramı konusunda gerçekten uluslararası ortak temel bir yapının olup olmadığını tespit etmek benim hedefimdi ve benim açımdan bu sorunun cevabı evettir.

Kabaca söylemek gerekirse söz konusu ortak temel yapı şu şekilde tasvir edilebilir: Çıkış noktası her suçun kanuni bir şekilde düzenlenmiş olması gerektiğidir. İncelenen dört hukuk sistemi bu bağlamda objektif ve sübjektif unsurlarının varlığını kabul etmektedir. Hem objektif hem de sübjektif unsurlarının gerçekleşmesi halinde, geçici bir tasvip etmeme karar ortaya çık-

---

<sup>8</sup> Zitelmann, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristen-Zeitung V (1990), S. 329-332; abgedruckt in: Zweigert/ Puttfarcken (Hrsg.), Rechtsvergleichung, 1978, S. 11-17 (11).

mıştır (vorläufiges Missbilligungsurteil). Bu geçici karar, fiil için hukuka aykırılık söz konusu değilse veya suçluluk ortadan kaldıran hallerin varlığı halinde ortadan kalkmaktadır.

Bu hususu derinleştirmeme izin verin: Neyin cezai sorumluluğu gerektirdiği şekli bir kanunda belirtilmiş olması gerekmektedir. Bu kanunilik ilkesidir ve bu ilkenin klasik şekilde ifadesini mutlaka biliyorsunuzdur: nullum crimen, nulla poena sine lege (yani kanunsuz ceza olmaz veya kanun yoksa, suç da yoktur). Bunun yanı sıra ceza kanununun ayrıca belirli olması da gerekmektedir, bu da belirlilik ilkesinin gereksinimidir ve hiçbir şekilde suçlunun aleyhinde kıyas yolu ile veya geriye etkili şekilde uygulanamaz.

Suçun ilk önemli unsuru tipe uygunluktur: Bir suçun maddi unsurlarının objektif ve sübjektif şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun için de ilk önce bir kişinin bir fiil işlemesi veya ihmalden dolayı bir fiili işlemesi gerekir. Bu bakımdan kişinin olay akışı üzerinde herhangi bir şekilde kontrol etme imkanının bulunması önemlidir. Kontrol imkanı yoksa, örneğin baygın bir kişi söz konusu ise, o zaman bir suçun bulunmadığı baştan ortadır.

İhmalden dolayı bir fiilin yapılmamasının cezai sorumluluğu için, fiili gerçekleştirmeyen kişi bakımından, fiili yapma konusunda bir yükümlülüğün bulunması gerekmektedir. Örneğin kişisel yakın ilişkiden böyle bir yükümlülük doğabilir (ebeveyn ile çocuk arasında olduğu gibi) veya bu yükümlülük ihtiyari bir şekilde (örneğin bir sözleşme ile) veya önceden yapılan yanlış bir hareket ile üstlenilmiş olunabilir.

Bir düzenlemede belirli bir sonuç şart koşulmuş ise, o zaman bu sonucun kişinin (suçlunun) icrai bir fiili veya ihmali üzerine ortaya çıkması ve kişinin sorumluluğu dahilinde olması lazımdır. Bunun için kişinin (suçlunun) normda öngörülen bir tehlikeyi yaratması ve bu tehlikenin ortaya çıkan sonuçta kendini somut bir şekilde göstermesi gerekmektedir. Örneğin: A, B'ye silah ile ateş ederek, B'nin hayatını öldürme normu çerçevesinde tehlikeye sokmuştur. B'nin yaralı bir biçimde hastaneye getirildikten sonra, bulunduğu odanın yanması ile ölmesi halinde, bu artık A'nın sorumluluğu dışındadır. Bu halde, silah ile ateş etme ile ortaya çıkarılan tehlikeden başka bir tehlike

gerçekleşmiştir. A, nitelikli yaralama ve öldürmeye teşebbüsten ceza alacaktır.

Failin, suçun ayrıca subjektif unsurlarını / şartlarını da yerine getirmesi gerekir. Burada anlaşılması gereken kasıt, taksir veya başka bir şekilde suça ilişkin içsel bir unsurdur. Kast, ceza hukukunda failin gerçekleştirdiği hareketi ve sonuçlarını bilmesidir – hareketin sonuçlarını istemesine ayrıca gerek yoktur. Failin kastının, maddi normda düzenlenen bütün unsurları kapsamaması gerekmektedir; eğer failin kastı bir unsuru kapsamıyorsa, o zaman kasıtlı bir suç bulunmamaktadır. Taksir ise, ceza hukuku anlamında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir.

Hukuka aykırılığı veya kabahati / kusuru ortadan kaldıran sebepler, cezai sorumluluğu da ortadan kaldırılabilmektedir. İşlenen fiil hukuk düzenine aykırı düşmekteyse hukuka aykırılık unsuru tamamdır; başka bir deyişle, tipikliğe uygun bir şekilde bir suç işleyen aynı zamanda menfaatini koruyorsa ve bu menfaati, hakkı ihlal edilenin menfaatinden daha önemli ise, o zaman hukuka uygunluktan söz etmek mümkündür. En tipik örneği meşru savunmadır. Meşru savunma incelediğim dört hukuk sisteminde aynı şekilde tanımlanmaktadır: Hukuka aykırı bir saldırıya karşı gerekli / orantılı savunmanın yapılmasıdır. Meşru savunma yapan kişinin, hukuka uygunluk durumunu subjektif olarak da algılamış / anlamış olması gerekmektedir.

Eğer fail işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulamayacaksa, o zaman kabahati / kusuru bulunmamaktadır. Bu hallere örnek olarak, failin - örneğin üç yaşındaki bir çocuk olması – hukuki sorumluluk için yaşının küçük olması veya fiilin işlendiği anda hiçbir şekilde kendini kontrol edememesi veya olayı kavrayamaması durumları sayılabilir. Aynı sonuç failin işlediği fiilin cezai sonuçları hakkında yanılgıda bulunması için de geçerlidir.

Sayın Dinleyiciler,

Bütün bunları size burada kısaca ve sanki hiç sorun yokmuş gibi anlattığım için, aslında vicdan azabı da çekiyorum. Zira benim burada aktardığım senteze ulaşabilmek için, incelediğim hukuk sistemlerindeki farklı ulusal suç kavramı modellerinde bulunan sayısızca küçük ve büyük özellikleri anlatmak gerekir. Özellikle Alman ve Polonya suç kavramları ile İngiliz ve Fran-

sız suç kavramları arasında önemli farklar bulunmaktadır. Bu farklılıklar ve özellikler düşünme ve bilim yapma stilindeki farklılık ortaya çıkmakta ve ceza yargılamasının farklı şekilde biçimlendirilmesi ile son bulmaktadır.

Bir temel farklılığa değinmeden geçemeyeceğim: Alman ve Polonya Hukuku'nda kanunsuz ceza olmaz veya kanun yoksa, suç da yoktur ilkesi geçerlidir. Hatta bu ilke anayasal bir ilkedir. Bir kişinin cezalandırılması için en azından taksirli davranmış olması gerekmektedir.

Oysa İngiliz ve Fransız Hukuku'nda suçluluktan / kusurdan bağımsız ceza kabul edilmektedir. Buna örnek olarak da İngiltere'den bir davayı anlatmak istiyorum: İngiltere'de ruhsat olmadan silah sahibi olmak yasaktır ve cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Bunun bir istisnası vardır: Bireyin koleksiyon veya süs amacı ile elinde bulundurduğu antik silahlar için ruhsata gerek yoktur. Howell adlı İngiliz vatandaşı ruhsatı olmadan bir silah almıştır. Aldığı silahın antik bir silah olduğuna emindir. Ancak bu silah bir reproduksiyon olduğu için Howell ruhsatsız silah bulundurmaktan yargılandı. Mahkeme, söz konusu silahın gerçekten antik bir silah olmadığını Howell'in anlamasının hiçbir şekilde mümkün olmadığını kabul etmesine rağmen, Howell'i ruhsatsız silah bulundurmaktan mahkum etmiştir. İngiltere'de buna *strict liability*, yani suçluluktan / kusurdan bağımsız ceza sorumluluğu denilmektedir.

İngiliz Hukuku'nda *strict liability* kurumu tartışma konusudur. Tartışma konularına ilişkin görüşleri incelediğimde şunu tespit ettim: Görüşler coğrafi sınırlar ile bağlı değil, görüşler nesnel gerekçelere bağlı ve böylece çoğu zaman aynı görüş farklı bir devlette de savunulabiliyor.

Suç kavramı konusunda yaptığımız mukayeseli incelemenin sonunda somut bir öneri yapmamız gerektiğini düşünelim. O zaman bu öneriyi hangi kriterlere göre yapmalıyız? *Strict liability* örneğinde kalarak, bu kuruma izin verelim mi yoksa bu kurumu ret mi edelim?

Hukukta çoğu zaman olduğu gibi bu konuda da tek ve doğru bir cevap bulunmamaktadır. Bu bağlamda kişisel bir çözüm / cevap bulmak önemlidir

ve bu cevabı iyi, ikna edici, tutarlı ve hoş bir şekilde gerekçelendirmek gerekir.

Ben strict liability'e karşı argüman geliştirdim ve bunu tezimin değişik yerlerinde ifade ettim. Söz konusu gerekçem aslında çok temel bir gerekçedir. Eğer henüz yorulmadıysanız, size aktarmak isterim<sup>9</sup>:

Ceza hukuku kamu hukukunun bir parçasıdır. Devlet cezalandırdığı her kişinin temel haklarına müdahale etmektedir, örneğin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Bu denli bir müdahale için anayasal bir gerekçenin bulunması şarttır; ayrıca bu müdahalenin orantılı olması da gerekmektedir. Orantılılık ilkesi gereğince, bu müdahalenin meşru bir amaca ulaşma konusunda uygun, gerekli ve orantılı olması şarttır.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, cezanın meşru amacı, menfaatlerin korunmasıdır. Bunu somutlaştırmak mümkündür. 19. yüzyılın sonunda Karl Binding Alman Hukuku'nda bir görüş geliştirdi. Bu görüş, davranış ve yaptırım normları ayırımı (Verhaltens- und Sanktionsnormen) öngörmektedir. Ceza Kanunu'nun kendisi bir yaptırım normudur; belirli davranışlar için belirli müeyyideler öngörmektedir. Örneğin: "Başka bir insanı öldüren kişi, beş yıl hapis cezasından az olmamak üzere cezalandırılır".

Bu yaptırım normu aslında menfaatin kendisini korumamaktadır. Zira yaptırım genelde menfaat ihlal edildikten sonra uygulanmaktadır. Ceza da öldürülen kişiyi yeniden canlandırmamaktadır.

Ancak her yaptırım normunun temelinde aslında yazılı olmayan bir davranış normu bulunmaktadır ve bu davranış normu menfaati korumaktadır. Hayatı koruyan davranış normu şu şekildedir: "Kimseyi öldürmeyeceksin!".

Buna göre yaptırım normunun meşru amacı (zaten ihlal edilmiş ve geri getirilemeyecek olan) hayatı korumak değildir; yaptırım normunun meşru amacı davranış normunu korumaktır. Zira işlenen fiil ile davranış normu ihlal edilmiştir, ancak ceza verilerek davranış normunun etki gücü gene yeri-

---

<sup>9</sup> Bundan sonrası için geniş bilgi için bak. *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2. Auflage, 2009, § 1 kenarnotu 1 ff; aynı yazar, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, §§ 1- 51 StGB, 2003, Vor §§ 13 vd. kenarnotu 62 vd..

ne getirilmektedir. Başka bir deyişle cezanın amacı davranış normlarını korumak ve ayakta tutmaktır; davranış normlarının amacı ise, normda korunan menfaatin ihlal edilmesini önlemektir.

Bu anlattıklarımızdan şu sonuç çıkmaktadır: Bir davranış normunun ihlali ceza ile koruma altına alındıysa, o zaman meşru olması gerekmektedir. Yaptırım normu kamu hukukunun gereksinimlerine uygun olmak zorundadır, yani orantılı olması lazımdır.

Bay Howell'e dönelim. Hangi yaptırım normunu ihlal etmiş olabilir? Ben bu tarz bir ihlal görmüyorum. Zira davranışı ile normu ihlal eden bir zarar doğmamıştır. Kendisine verilen ceza meşru bir amaca hizmet etmektedir ve dolayısıyla hukuka aykırıdır. Eğer tehlikeli silahların kontrolsüz şekilde elde tutulmaması cezanın amacı olarak ileri sürülecekse de, o zaman şunu da gözden kaçırmamak gerekir: Bu problem idare hukukunun kurumları ile, örneğin silaha el koymak ile, çözülebilir.

Son olarak bana Avrupa Birliği Hukuku'na ilişkin bir görüş için de zaman tanıyın. Suç kavramına ilişkin bu incelemeler, mukayeseli hukuka duyulan ilginin yanı sıra, Avrupa Birliği Hukuku bakımından da önem arz etmektedir. Zira Avrupa Birliği bu kavramı geliştirme konusunda ihtiyaç duyabilecektir.

Şu ana kadar Avrupa Birliği Hukuku açısından geliştirilmiş ve düzenlenmiş bir suç kavramı bulunmamaktadır. Ancak bu değişebilir. 01 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Sözleşmesi yürürlüğe girdi ve bu Sözleşme Avrupa Parlamentosu'na "dolandırıcılık ile mücadele konusunda ve dolandırıcılığın engellenmesi için gerekli tedbirlerin" alınması için yetki tanımaktadır. Söz konusu dolandırıcılık Avrupa Birliği'nin ekonomik menfaatlerini ihlal etmeye yönelik olmalıdır. Buna benzer bir düzenleme eski tarihli sözleşmelerde de vardı, ancak onlar da hep şöyle bir ek bulunmaktaydı: "Üye devletlerin ceza hukuku ve ceza yargılama sistemleri bu tedbirlerden etkilenmeyecektir". Bu ek artık yeni Sözleşme'de bulunmamaktadır.

Söz konusu ekin kaldırılması ile birçok kişiye göre şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır:

Avrupa Birliği bundan sonra artık doğrudan geçerli olacak bir Avrupa Ceza Kanunu hazırlamak konusunda yetkili hale getirilmiştir ve bu yetki Avrupa Birliği'nin ekonomik menfaatlerini ihlal etmeye yönelik dolandırıcılığa ilişkindir.

Bu yenilikteki önem arz eden husus şudur: Avrupa Birliği düzeyinde sadece bir ceza normu dahi düzenlenecek olursa, bu ceza hukuku genel hükümlere ilişkin sorunlar ortaya çıkması için yeterli olacaktır. Örneğin: Normda öngörülen fiil ihmal ile de gerçekleşebilir mi ve gerçekleşebilirse, şartları ne olacak? Teşebbüsü için ceza öngörülecek mi, öngörülecekse, hangi şartlar altında? Yanılgılar nasıl ele alınacak? Bütün bu soruların Avrupa Birliği Hukuku bakımından tutarlı bir şekilde cevaplandırılması ancak temel ve ortak bir suç kavramı ile mümkün olacaktır.



## GROTIUS ÖNCESİNDE İLK MODERN ULUSLARARASI HUKUK DÜŞÜNCESİNİN OLUŞTUĞU TARİHSEL KOŞULLAR VE ERKEN KLÂSİK DÖNEMDEKİ ÖĞRETİ

Yrd. Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER\*

### ÖZET

Ortaçağda Avrupa’da Hıristiyan ülkeler arasındaki ilişkiler feodalite etkisindeydiler. Papalık ve Kilise örgütü bu ülkeler üzerinde otorite kurmuştu. “Respublica christiana” denilen Hıristiyan ülkeler üzerinde Papalık ve Roma-Germen İmparatorluğu evrensel hükümlerlik iddiasındaydı. Merkezî krallıklar zayıftı. XIII’üncü yüzyılla birlikte merkezî monarşiler ekonomik ve siyasal şartların değişmesiyle güçlenmeye başladı ve feodaliteyi tasfiyeye girişti. Aralarındaki iktidar mücadelesinden ötürü zayıflayan Papalık ve İmparatorluk güçten düştü. Merkezî ulusal monarşiler, egemenlik sahibi devletlerini inşa etmeye giriştiler. O zamana kadar skolâstik yazarlar, din temelli bir kavimler hukuku, “jus gentium” üzerinde çeşitli düşünceler geliştirmişlerdi. XV’inci yüzyılda Rönesans’ta egemen ulus-devletlerin yükselişi hızlandı. Monarşiler arasında dış ilişkiler yoğunlaştı. Savaş ve barışa, diplomasiye, antlaşmalara ilişkin kuralların oluşturulması ihtiyacı doğdu. Uluslararası hukukun klâsik öğretisinin kurulduğu XVII’nci yüzyılda, Avrupa Kamu Hukuku, “Jus Publicum Europaeum”, egemenler arası hukuk, “jus inter potestates” olarak gelişti. Uluslararası hukuk öğretisinin klâsik kuruluşundan önce, XVI’nci yüzyılda, başta İspanyol teologlar olmak üzere bazı öncü yazarlar, “jus gentium” üzerine yapıtlar vermişlerdi. Asker ya da sivil birkaç hukukçu da devletler arasında savaş ve barış, elçilik, antlaşmalar gibi konularda hukukî eserler yazmıştı. Bu dönem, öğretisi tarihi içerisinde, “erken klâsik dönem” olarak nitelenir. Bu çerçevede, Francisco de Vitoria, Domingo

---

\* T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, herkiner@marmara.edu.tr; hherkiner@gmail.com

de Soto, Luis de Molina, Fernando Vasquez de Menchaca, Bartolomé de Las Casas, Juan Ginés de Sepúlveda, Francisco Suarez, Pierino Belli, Balthazar de Ayala, Alberico Gentilis, eldeki makalede incelenen yazarlardır. Bu dönemde yapıt vermiş Francisco de Vitoria ve Francisco de Suarez, uluslararası hukukun bağımsız bir disiplin olmasına giden yolda, uluslararası hukukun tarihinde, birinci aşamayı temsil etmektedirler. İkinci aşama, daha sonra, XVII'nci yüzyılda, Hugo Grotius'la başlayarak yaşanacaktır. Öğreti tarihinde, erken klâsik dönemden, Grotius'la başlayacak klâsik döneme geçişte Alberico Gentilis köprü oluşturmuştur.

### **ANAHTAR SÖZCÜKLER**

Uluslararası Hukukun Tarihi, Uluslararası Hukuk Öğretisi, Ortaçağda Jus Gentium, Rönesansta Kavimler Hukuku, Uluslararası Hukukun Erken Klâsik Dönemi, Uluslararası Hukukun Öncü Yazarları, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Fernando Vasquez de Menchaca, Bartolomé de Las Casas, Juan Ginés de Sepúlveda, Francisco Suarez, Pierino Belli, Balthazar de Ayala, Alberico Gentilis.

### **ABSTRACT**

On the Middle Age the relations between the Christian countries were under the effect of the feudality. The Papacy and The Roman-Germanic Empire had the pretantion to have a universal sovereignty over the countries named "Respublica christiana". The central kingdoms were weak. With the XIII. century, those monarchies began to strengthen their economical and political conditions and started to liquidate the feudalism. Due to power struggle between the Papacy and the Empire, both fell down. And, national centralized monarchies started to build their sovereign states. Untill then, the scolastical authors have developed varius ideas about "jus gentium" based on religion. During the XV. century the evolution of the national states have accelerated. The international relations between monarchies increased. The necessaty to create rules concerning war and peace, diplomacy and treaties had begun. During the XVII. century, on the new age, where the classical theory of international law has been constructed, "Jus Publicum Europæum" has been developed like "jus inter potestates". Before the classical construction of the theory of the international law, on the XVI. century,

some authors like the spanish theologs gave works about “jus gentium”. Few lawyers, militar or civilian, have written law books about war and peace, embassy, treaties between states. This period has been named on the doctrine as the “early classical period”. Under this frame, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Fernando Vasquez de Menchaca, Bartolomé de Las Casas, Juan Ginés de Sepúlveda, Francisco Suarez, Pierino Belli, Balthazar de Ayala, Alberico Gentilis are the authors examined in this article. On this period Francisco de Vitoria and Francisco de Suarez whom gave works, represented on the history of the international law the first step on its development as an indepanted discipline. Later on, during the XVII. century, the second step starts with Hugo Grotius. On the history of doctrine, the author named Alberico Gentilis constitute a bridge for the passage from the early classical period to the classical period starting with Grotius.

#### **KEYWORDS**

History of International Law, The Doctrine of International Law, Jus Gentium On The Middle Age, Laws of Nations on the Renaissance, Early Classical Period of the International Law, The Pioneer Authors of the Intenational Law, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Fernando Vasquez de Menchaca, Bartolomé de Las Casas, Juan Ginés de Sepúlveda, Francisco Suarez, Pierino Belli, Balthazar de Ayala, Alberico Gentilis.

#### **GİRİŞ**

Her devletin hürriyeti, egemenliği ve bağımsızlığı karşısında, uluslararası müşterek bir hukukun varlığı ve bunun bağlayıcılığı meselesi, uluslararası hukukun bünyesindeki esas varoluşsal gerilimdir. Hugo Grotius’tan önce eserlerini veren Rönesans hukukçularından bazıları, kuramlarının temellerinde, bu gerilimi çok önceden görmüşlerdir. Çözümlerinden ziyade onları ilginç kılan bu öngörüleridir.

Eldeki çalışma, Grotius’la başlayan ve Emer de Vattel’e dek uzanan, klâsik dönem uluslararası hukuk öğretisinden önce yapıtlarını üretmiş ve klâsik dönemin hazırlayıcısı olmuş, bundan ötürü öğretinin tarihinde “erken

klâsik dönem” olarak nitelendirilen dönem yazarlarının irdelendiği bir inceleme olma gayretindedir<sup>1</sup>.

Amaçlanan inceleme ortaya konulurken, yazarlara ve yapıtlarına eğilmezden önce, dönemin hazırlayıcısı (Ortaçağ) ve esas ele alınan döneme ilişkin (Rönesans) siyaset, uluslararası ilişkiler ve “kavimler hukuku” (*jus gentium*) koşullarının da ortaya konulmasının çalışmayı daha anlamlı kılacağını düşünmemizden ötürü, makalede, tarihsel koşullar da ele alınacaktır.

Çalışma, modernitenin başlangıcında, ilk kez bir uluslararası hukukun gerekliliği düşüncesinin doğumuna ışık tutmayı amaçlarken; bu düşüncenin uyanışını takiben, böyle bir hukukun teorik dayanaklarının nasıl tasarlanabileceğine ilişkin üretilen hukukî yaklaşımları ve fikirleri de incelemeyi hedeflemektedir. Bu doğrultuda, eldeki makale iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölüm, “Tarihsel Düzlem” başlığı altında feodalitedeki kavimler hukukuna ve onun dayandığı siyasal kavrayış ve temellere temas ettikten sonra; Avrupa’da modern devletin ve devletlerarası sistemin kökenlerine değinmekte ve nihayet erken klâsik dönem yazarlarının yapıtlarını ürettikleri Rönesans Avrupasındaki devletler arası ilişkiler sistemine eğilmektedir.

İkinci bölüm, “Teorik Düzlem” başlığı altında, ele alınan döneme ilişkin başlıca yazarların ve öğretilerinin incelendiği bölümdür. Bu bölümde, Francisco de Vitoria’dan, Alberico Gentilis’e değin, aralarında Francisco Suarez’in de yer aldığı on yazar irdelenmektedir.

## I- TARİHSEL DÜZLEM

Bu bölümde, feodalitedeki kavimler hukukuna ve onun dayandığı siyasal kavrayış ve temellere temas edildikten sonra, Avrupa’da modern devletin ve devletlerarası sistemin kökenlerine değinilmekte ve nihayet, erken klâsik dönem yazarlarının yapıtlarını ürettikleri, Rönesans Avrupası’ndaki devletlerarası ilişkiler sistemi ve bu sistemden doğan devletlerarası hukukî kaideler incelenmektedir.

<sup>1</sup> Klâsik dönemim ilk yazarı olarak andığımız Hugo Grotius, 1583–1645 ve bu dönemin son yazarı olarak kabul ettiğimiz Emer de Vattel, 1714–1788 yılları arasında; erken klâsik dönemi başlattığımız Francisco de Vitoria, 1480–1546 ve dönemi sonlandırdığımız Alberico Gentilis ise, 1552–1608 yılları arasında yaşamıştır.

### **A- Avrupa’da Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Doğumunun Tarihsel Koşullar Esasında İncelenmesi**

Avrupa tarihinde uzun bir XVI’ncı yüzyıl, Erken Modern Avrupa’nın XVII’nci yüzyılımı hazırlamıştır<sup>2</sup>. XVI’nci yüzyılda, toprak bütünlüğüne sahip egemen devletler, deniz aşırı girişimler ve askerlikteki gelişmeler gibi modern uluslararası siyasetin temel öğelerinin oluşumuna tanık olunmuştur. Aynı yüzyıl zarfında, uluslararası ilişkilerin ve bunu düzenleyecek muhtemel bir uluslararası hukukun doğasını anlamaya ve kuramsallaştırmaya yönelik ilk teorik çalışmalar filizlenmiştir.

XVII’nci yüzyıl, kan ve barut kokuları içerisinde geçen koca bir Otuz Yıl Savaşları’nın (1618–1648) örsünde dövüle dövüle şekillenen Avrupa Devletler Sistemi’nin, Avrupa Uluslararası Kamu Düzeni’nin ve Vestfalya sonrası Avrupa Uluslararası Kamu Hukuku’nun (*Jus Publicum Europæum*) sahneye çıktığı yüzyıldır. Vestfalya Barışı’yla kurulan devletlerarası Avrupa kamu düzeni, imparatorluk kavimler hukukunu (*jus gentium impérial*) kaldırarak; yeni ihdas ettiği Avrupa uluslararası hukukuna (*jus publicum europæum*) dayanmaktadır. Bu düzende devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde konuşlanmış ve dokunulmaz sınırlarla çevrili toprak bütünlüğüne sahip, hukukî ve politik bir yapı olarak tanımlanmaya başlanmıştır. Bu husus, Avrupa devletler hukuku tarihinde bir yeniden yapılanma (reorganizasyon) olarak nitelenir. Bu yapılanmanın bir unsuru da, Avrupa’da oluşturulan devletlerarası yeni dengedir. Vestfalya sonrası Avrupa’da, devletlerarası ilişkileri antlaşmalar yoluyla düzenleme gayreti o zamana kadar hiç olmadığı kadar artmıştır. Bu antlaşmalar, uluslararası hukuk tarihinde, gerçek anlamda bir Avrupa Kavimler Hukuku Külliyyatı (*Corpus Juris Gentium Europæum*) teşkil edecektir.

XV’inci yüzyılda ise Avrupa’nın siyasal yapısında ve düşünsel ortamında önemli değişiklikler ortaya çıkmıştı. Bunlar, Ortaçağın artık tamamlandığının ve “yeni” bir çağın başladığının habercisiydi. Herkesin birbiriyle savaştığı XVI’nci yüzyıl Avrupası’nda ise, Batı Hristiyan dünyasındaki

<sup>2</sup> Bkz. Merry E. Wiesner-Hanks, Erken Modern Dönemde Avrupa, çev. Hamit Çalışkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.

dinsel birliğin simgesi olan Papalık, ayrılıkçı akımlar ve İtalya Yarımadası'ndan esen yeni düşünce rüzgârları karşısında büyük bir sarsıntı geçirdi. Papalık makamının yozlaşmasına karşı, XVI'ncı yüzyılda ortaya çıkan Protestan Reformu'na, Katolik Kilisesi, Karşı-Reform ile cevap vermeye çalıştı. XVI'nci yüzyıldan, XVII'nci yüzyıla geçilirken, Orta ve Batı Avrupa'da, tarihin seyrine şekil veren iki husus, ulusçuluk ve Reform ile Karşı-Reform, yani esas olarak, Luthercilik ve Kalvencilikten oluşan Protestanlıkla Katoliklik arasındaki mücadeledir. Ulusçuluktan kaynaklanan savaşlar ile dinsel anlaşmazlıklardan kaynaklanan savaşlar, birbirine karışmış şekilde, Avrupa'yı kendi içerisinde ateşe ve kana boğmaktaydı.

Öte yandan, Amerika'nın (1492) ve Afrika'nın güneyinden dolanarak Hindistan ticaret yolunun (1498) keşfi ile Avrupa'nın ufukları genişledi. Deniz aşırı yayılcılığın örgütlenmesi, Avrupa devletlerinin siyasal ulusçuluğuyla çakıştı. Ulusçuluk, monarşik ulusal hanedanlar tarafından, ülkelerin içerisinde birliğin sağlanması ve yerel ayrıcalıkların ortadan kaldırılması süreçleriyle sağlandı. Ortaçağda, Hıristiyanlık esasına dayanarak biçimlenen ve artık devri geçmeye başlayan “evrenselci anlayış”ın karşısında, ulusal temeller üzerinde kuvvetlenmeye çalışan güçlü merkezî krallıkların birbirleri arasında kıyasıya bir mücadele vardı.

Güçlü krallıklardan doğan ulus-devletler, kendilerine direnen yerel güçleri tasfiye ettiler. Ortaçağ yönetim organlarının yerini, merkezî bürokrasi alırken; feodalitenin bakiyesi eski toplumsal düzen, ekonomik değişimlerle sarsıldı. Siyasal alanda din dışı değerler, uluslararası ilişkilerde de “devlet aklı” ve “güçler dengesi” kavramları egemen olmaya başladı<sup>3</sup>. Avrupa dev-

<sup>3</sup> “*Raison d'État*” denildiğinde akla gelen ilk tarihsel şahsiyetlerden biri Fransa kralı XIII. Louis'nin ünlü başbakanı Richelieu'dür. Kardinal-Dük Richelieu (1585–1642) görevi müddetince politik, diplomatik, kolonyal, kültürel (Fransız Akademisi'nin kurucusudur) ve dinî alanlarda Fransız devletinin icraatlarına damgasını vurmuştur. Modern “devlet aklı” (*Raison d'État*) anlayışının öncülerinden ve en etkili uygulayıcılarından biridir. İçeride asilzadelere ve Protestanlara karşı mücadele ederken dışpolitikada Habsburglara karşı mücadele etmiştir ve yabancı Protestan güçlerle ittifak kumuştur. Fransa'da modern devletin esas kurucularından biri olarak kabul edilmiştir. İdareyi ve maliyeyi düzenlemiş, yasal reformlar yapmıştır. Kral adına kurduğu merkezîyetçi monarşi rejimi daha sonraları “mutlakîyetçilik” (*absolutisme*) olarak adlandırılmıştır. Richelieu'nün uyguladığı diplomasi için bkz. S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, çev. Atilla Tokatlı, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2009, Cilt 1, ss. 199–200.

letleri arasında, sürekli elçi bulundurmamak bir diplomatik gelenek hâlini alırken; feodalitenin dağınık, düzensiz, toplama silâhlı kuvvetleri, yerlerini, profesyonel ve paralı askerlerden oluşan sürekli ve düzenli ordulara bıraktı.

Vestfalya sonrası düzende ülke, politik otorite ve nüfus sahibi devletler bir de egemenlikle donanmaktaydılar. 1648 sonrasında, bu unsurların meydana çıkışı, modern uluslararası hukuktaki devlet kavramının unsurlarını da, tarihsel olarak tamamlamaya başlamıştır. Vestfalya Antlaşması'yla temelleri atılan *Jus Publicum Europæum*, Papalığın ve Roma-Germen İmparatorluğu'nun Ortaçağ düzeninin esasları olan evrensel egemenlik ideolojisi üzerine değil, uluslararası maddî gerçekler üzerine kuruludur. Bu nedenle, bu modern düzenin ve modern uluslararası hukukun anlaşılması için, siyasal ve hukukî tarihe bakılması gerekir. Böyle bir yaklaşımda, Ortaçağ koşulları ile Erken Modernite'ye geçiş koşullarının, uluslararası hukuk disiplini açısından kıyaslanması aydınlatıcıdır. Ortaçağ siyasal düzeninden, devletler sistemine ve feodal hukukî anlayıştan, aşama aşama, Avrupa Uluslararası Kamu Düzeni'ne geçiş, modern uluslararası hukukun ortaya çıkışının, hem teorik, hem pratik boyutlarıyla kavranılması için, incelenmesi gereken hususlardır.

### **B- Feodal Bir Dünyada Din Temelli Bir *Jus Gentium***

Modern zamanların başlangıcı, Geç Ortaçağ'a (1453 ya da 1492, Rönesans – 1648, Vestfalya Barışı) denk gelmektedir<sup>4</sup>. Uluslararası hukukun modern oluşumuna dair ilk emareler de aynı dönemdedir. Uluslararası hukukun tarihi bakımından, bu oluşumun ne anlama geldiğinin ortaya konulması, düşüncede ve uygulamada eskiye nazaran neyin değiştiğinin belirlenebilmesi ile mümkündür. Bu değişimin belirlenebilmesi için ise, eski ile bir kıyas yapmak gerekir ki; bunun için de, uluslararası hukukun tarihi disiplini çerçe-

<sup>4</sup> Ortaçağ, çok büyük toplumsal, kültürel ve sanatsal değişimlerin ağır ağır biriktiği, Hümanistlerin Rönesansını da ortaya çıkaran büyük dönüşümün tohumlarının atıldığı bir binyıldır. Antik dünyadan Ortaçağ'a geçiş feodal üretim tarzıyla ilgili iç ve dış dinamikler sonucu Avrupa'da uygarlık alanının genişlemesi ve yasama gücüne sahip uzun ömürlü ulusların yan yana oluşması, üretici güçlerin süregelen ilerlemesiyle kapitalizme geçişin maddî koşullarının hazırlanmasını kapsayan aşamaları mevcuttur; bkz. Jules Michelet, Rönesans, çev. Kazım Berker, Cumhuriyet, 1998.

vesinde, Ortaçağa özgü tarihsel koşulların ve politik niteliklerin bilinmesi gereklidir<sup>5</sup>.

Batı için Ortaçağ, üç karakteristik özellik ile damgalıdır; zira Avrupa’da, Hıristiyan ülkeler arasındaki ilişkiler, feodalite olgusunun etkisindeydiler. Bu doğrultuda: a- İktidarın birçok parçaya bölünerek parçalanması; b- devletin zayıflaması, feodal beyin devletin yerine geçmesi; c- özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan ilişkiler ile toplumun piramit şeklinde yapılanması; kurumsal ilişkiler yerine, kişiler arası ilişkilerin hüküm sürmesi; vasalın suzerene bir akit ile bağlanması; vasalın toprak karşılığında suzerene mutlak bağlılığı ve askeri hizmet yükümlülüğü altına girmesi, Batı’da, Ortaçağın karakteristik özelliklerdir<sup>6</sup>. Bu özellikler, feodalite müddetince, devletler arasında hukukî eşitlik olmamasını ve toprak üzerinde devletin egemenlik kuramamasını açıklamaktadır<sup>7</sup>. Ya da, şöyle de ifade edilebilir ki, Ortaçağın bu özellikleri ortadan kalktığına, devlet, toprak üzerinde egemenlik kurabilmiş ve devletler, aralarında, hukukî eşitlik esasında, ilişkiler yürütebilmişlerdir. Bu ilişkilerin, süreç içerisinde, pratik ve teorik bakımdan, uluslararası (ya da devletlerarası da denilebilir) hukukî kurallara bağlanmaya başlanmasıyla da, uluslararası hukuk tarihini, modern anlamda başlatan olgular silsilesi gerçekleşmeye başlamıştır.

<sup>5</sup> Batı Hıristiyan dünyası (ya da Almanya, Avusturya, Polonya, Danimarka ve İsveç dâhil Batı Avrupa) tarihinde, Batı Roma İmparatorluğu’nun yıkılışından, Vestfalya (*Westphalie* ya da *Westfalen*) Barışı’na (476’dan 1648’e) kadar olan süre, bin küsur yıllık bu dönem, uluslararası hukukun tarihi yazınına özgü olarak, Ortaçağ olarak isimlendirilmekle birlikte, katiyen homojen bir tarihî dönem değildir. V’inci yüzyıldan, X’uncü yüzyıla dek, Erken Ortaçağ, XI’inci, XIII’üncü yüzyıllar arası, Feodal Ortaçağ ve XIV’üncü ve XV’inci yüzyıllar ise, Modern zamanların başlangıcına denk gelen, Geç Ortaçağ olarak değerlendirilmektedir. Ortaçağı, 1648’e kadar uzatmak, uluslararası hukuk tarihinde, uluslararası hukuk tarihçisi Gaurier’de de görülen, belirli bir yaklaşımın ürünüdür; bkz. Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, Presses Universitaires de Rennes (PUR), Rennes, 2005, ss. 85–87.

<sup>6</sup> Avrupa feodal toplumu üzerine temel eserlerden biri için bkz. Marc Bloch, *Feodal Toplum*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Savaş Yayınları, Ankara, 1983; ayrıca bkz. Muammer Gül, *Ortaçağ Avrupa Tarihi*, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2010.

<sup>7</sup> Örneğin, İngiltere kralı, Normandiya’da, Fransa kralının vasalıdır; bkz. Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, Ellipses, Paris, 2007, s. 22; ayrıca bkz. Magnus Ryan, “Özgürlük, Hukuk ve Ortaçağ Devleti”, Quentin Skinner, Bo Strâth, *Devletler ve Yurttaşlar*, çev. Gökhan Aksay, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 56–71.



Ortaçağ Batı Hıristiyan dünyasına karakteristik özelliğini veren unsurlar, M.S. III'üncü yüzyıldan itibaren Roma İmparatorluğu bünyesinde belirmeye başlamışlardır. Bu unsurlar, Hıristiyan Kilisesinin oluşumu ve feodalitenin doğumudur. Bu iki unsurun varlığı, Ortaçağda, Batı Hıristiyanlığına mensup halklar arasındaki siyasî ve diplomatik ilişkilerin niteliğini belirlemiştir. Ortaçağda Batı'da, Kilise ve devlet örgütlenmesi özdeşleşecek ölçüde iç içe geçmiş, Kilisenin zamanla dindışı yetkileri de ele geçirerek hükümdarları denetim altına alması sonucunda Papalık ve ruhbanlık örgütü, Ortaçağ Hıristiyan Batı Uygarlığının kimliğini belirlemiştir<sup>8</sup>.

M.S. VI'ncı yüzyılda Batı, barbar krallıkları elinde bölünmüş vaziyeteydi. Barbar krallar, Doğu Roma imparatorunun vasalları olarak kabul edilmekteydiler. V'inci yüzyılın sonunda, Roma İmparatorluğu'nun çöküşünden sonra Batı'da, sağlam kalmış gibi gözükten tek kurum Kilise idi. Bu yegâne istikrarlı kurum, Roma'nın eski birleşik siyasal dünya düzeni ile birçok barbar krallıkla parçalanmış siyasal dünya arasındaki geçişi sağlamıştır. Bu siyasal düzende, Papalık, Batı için tek evrensel otorite olarak kalmıştır. Batı'nın tek bir Hıristiyan halkı (*Respublica christiana*) ideolojisi, Papa III. Leon ve Karolenj İmparatoru Charlemagne tarafından bir kere ortaya konduktan sonra, politik kültürde bütün bir Ortaçağa hâkim olan esas düşünce olarak kalmıştır<sup>9</sup>. Papalığın, bu evrensel hâkimiyet tasarımı, Hıristiyanlık

<sup>8</sup> S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, ss. 79–80; Ortaçağ'da kilise örgütlenmesi için bkz. Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, Dalloz, Paris, 1993, ss. 44–46.

<sup>9</sup> VII'nci yüzyılın ortasından itibaren Karolenjler, parlak Roma mazisini kendi adlarına diriltmeye teşebbüs etmişlerdir. 751'de Frankların kutsal kralı olan Pépin'in oğlu Charlemagne, 800'de, Roma'da, "Romalıların Büyük İmparatoru" namıyla, Papa III. Leon'un elinden taç giymiştir. Batı'da, 476'dan beri kullanılmayan "İmparator" unvanı, Büyük Charlemagne (*Carolus Magnus*) için diriltilmiştir. İmparator unvanını takınarak Charlemagne, kraliyet teokrasisinin siyasî projesi olan Hıristiyan birliği "*unitas christianorum*" adına evrensel otoriteyi yaratmak peşindeydi. Yenilenerek diriltilen imparatorluğun (*Renovatio imperii*) başında iki yüksek zirve bulunmaktaydı: İmparator, geçici dünyevî iktidarın sahibiyken; Papalar, uhrevî (sipiritüel) otoritenin sahibiydi; bkz. Will Durant, The Story of Civilization: Part IV – The Age of Faith, Simon And Schuster, New York, 1954, ss. 460–461; Dominique Gaurier, Histoire du droit international, s. 86; Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 26. Frank İmparatorluğu'nun genişlemesi, Hıristiyanlığın hüküm sürdüğü toprakların önemli oranda genişlemesine koşut olmuştur. İskandinavya'dan, İberik Yarımadası'na, Rusya'dan, Britanya Adaları'na kadar, Ortaçağ Hıristiyanlığı, geniş topraklarda yayılmıştır. Bu toprakların, en

inancı ile şekillenen homojen bir Avrupa'nın kültürel birliğinin sağlanmasına yol açmıştır. Böylelikle, XIII'üncü yüzyıla kadar Batı dünyası, tek bir Hıristiyanlık Cumhuriyeti, “*Respublica christiana*” olarak anlaşılmış ve düşünülmüştür. “*Respublica christiana*”, iki erk tarafından idare edilmekteydi: Papalığın otoritesi ve İmparatorun otoritesi. Her ikisi de, evrensel hükümlerlik iddiasındaydı. Ortaçağın ölküsü “Evrensel Hâkimiyet”ti<sup>10</sup>.

Ortaçağ'da, Avrupa güç merkezleri hiyerarşisinin tepesinde, krallıklar ve İmparatorluk yer almaktaydı. Daha aşağıda ise, yerel egemenlik merkezleri olarak bölgesel prenslikler, baronluklar ya da sadece bir şato sahipliğine kadar kademelenen çeşitli iktidarlar bulunmaktaydı. Avrupa'da, çoğunluğu Germenlerden oluşan barbar kavimler, Asya kaynaklı Hun istilâları<sup>11</sup> ile meydana gelen “kavimler göçü” ertesinde yer değiştirdikten sonra, kabileler, VI'ncı ve IX'uncu yüzyıllar arasında, kanton (*landschaft*) ya da baronluk gibi belirgin bir yerel nüfuz bölgesine ya da köy gruplarına dönüştü. IX'uncu yüzyıldan başlayarak, Batı Avrupa'nın her yerinde görülen dağılma sürecinden siyasal toparlanmaya geçiş, adım adım ve değişik biçimler olarak gerçekleşti.

Feodal beyliğin ekonomik temelleri, en yalın biçimiyle, insanlar üzerinde egemenliğe dayanmaktaydı. Beyin (senyörün) malı olarak toprakta çalıştırılan köleler, Ortaçağ başlarında, Avrupa'nın birçok yerinde ortadan kalkmakla birlikte, bunların yerini alan serflerin de beye karşı hiçbir hakları yok-

---

azından sözde, bağlı olduğu Karolenj İmparatorluğu, gerçekte, sağlamca örgütlenmiş bir siyasî varlık olmaktan çok, başından beri ruhbanın ölküsel (ideolojik) bir öngörüsüydü. Hıristiyanlık inancı ile yapılandırılan imparatorluğun diriltilmesi, “*renovatio imperii*”, egemenliğin gerçekten tesis edilmesi bağlamında, Roma İmparatorluğu'nun hakiki politik egemenliğinden çok farklıydı; Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 27.

<sup>10</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, Editions Economica, Paris, 1995, s. 20.

<sup>11</sup> Bkz. Zeki Velidi Togan, *Umumî Türk Tarihine Giriş*, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları No. 1534; *Tarih Araştırmaları* No. 2, Edebiyat Fakültesi Basımevi, İstanbul, 1970, Cild I, ss. 39–41; Jean-Paul Roux, *Histoire des Turcs*, Fayard, 1984, ss. 50–51; Marcel Dunan, John Bowle, *Larousse Encyclopedia of Ancient and Medieval History*, Librairie Larousse & Paul Hamily, London, 1967, ss. 243–245. Hun hükümdarı Attila'nın, Roma ile kurduğu diplomatik ilişkiler için bkz. S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, *Uluslararası İlişkiler Tarihi*, Cilt 1, ss. 84–85.

tu. Serf, Avrupa'ya özgü bir köylü tipi idi. Özgür olmayan bütün çiftçiler, serf sınıfına girmekteydi. Savaşlarda çaresiz olan, silâhsız ve savunmasız köylülerin görevi, onları koruyan beyleri ve şövalyelerini beslemektir.

Ortaçağ beyliğinin (senyörlüğünün) en ayırt edici özelliği fief idi<sup>12</sup>. Fief, Lâtince *feodum* sözcüğünden türeyen feodal bir ilişki biçimiydi<sup>13</sup>. *Feodum* hizmet (*servitium*) karşılığında bağışlanmış mülk demektir<sup>14</sup>. Hizmet karşılığında belirli bir süre için toprak bağışlama biçimindeki eski *precaria* geleneği ile vasal olarak bir lordun korumasına girme uygulamasının kaynaşmasına dayanan bu *feodum* biçimi, XII'nci yüzyıla doğru, bütün Batı Avrupa'ya yayıldı. Beyle kiracıları arasındaki bu feodal ilişki, belirli bir hiyerarşi içerisinde krala kadar uzanırdı. Nitekim Avrupa'daki merkezî krallıkların örgütlenmesi uzun süre feodal temeller üzerinde gelişmiştir<sup>15</sup>.

Merkezî krallığın toparlayıcı otoritesi ile feodalitenin siyasal iktidarı parçalayıcı ve dağıtıcı niteliği arasında zıtlık vardır. Birincisi merkezîyetçiliği gerektirirken, diğerinin merkez kaç ve âdemi merkezîyetçi bir etkisi vardır. Hükümdarın iktidarına karşın yerel hanedanlar bir güç odağı olarak onun karşısına çıkarlar. Üst bey olan kral ile alt bey olan yerel hanedanlıklar arasında fief sözleşmesi vardır ve bu sözleşme bazı koşullarda çiğnenebilir. Her şeyden önce kralın buna kesinlikle engel olacak askeri ve maddî gücü yoktur. Zaten ne zaman ki krallar bu gücü elde edebilmişlerdir o zaman feodalitenin yerini mutlak monarşi almıştır. Bu gerçekleşinceye kadar bir şato (*castellum*) beyinin çevresinde şatoya bağlı bütün şövalyeleri bir araya getiren askerî topluluklar, aralarında ciddi bir dayanışma bulunan vasal gruplarıydı<sup>16</sup>. Krallar ya da büyük senyörler, bazı vasallarla şatoların korunması amacıyla özel antlaşmalar yapıyorlardı. Bu yükümlülüğü genellikle

<sup>12</sup> Bkz. Marc Bloch, *Feodal Toplum*, ss. 205–220.

<sup>13</sup> Marc Bloch, *Feodal Toplum*, s. 209.

<sup>14</sup> Marc Bloch, *Feodal Toplum*, s. 191.

<sup>15</sup> İktidar ilişkilerinin toplumda sözleşmeler ile birbirine bağlanması, Batı'da temsili demokrasinin üzerinde geliştiği düşünsel temeli yaratan Avrupa feodalitesine ilişkin bir özgünlüktür; Marc Bloch, *Feodal Toplum*, s. 558.

<sup>16</sup> Batı Avrupa'da, feodal zamandaki ekonomik dayanışma için bkz. Marc Bloch, *Feodal Toplum*, ss. 169–172.

vasalların vasalları, yani bu tür hizmetler karşılığında fief sahibi şövalyeler üstleniyordu<sup>17</sup>.

Zayıf krallık erki, ne feodal güçleri tasfiye edebiliyor, ne de feodalizm, krallık kurumunu ortadan kaldırılabiliyordu. Ancak XII'nci yüzyılla beraber Erken Ortaçağ kapanıyor, bu çağın yeni bir evresine giriliyordu. Avrupa'nın ekonomik gelişmesi, üretim ve ticaretteki atılım, iletişimin kolaylaşması, para dolaşımının giderek yerleşmesi, egemenliğin parçalanmasına ortam hazırlayan koşulları giderek ortadan kaldırdı<sup>18</sup>.

M.S. III'üncü yüzyıldan itibaren, Roma İmparatorluğu'nun, içerisinde bulunduğu zorluklardan dolayı bir bakıma mecburiyetten başvurmayı tercih ettiği otarşik ekonomi politikası ile meydana gelmeye başlayan Batı'daki ekonomik ve politik çöküş<sup>19</sup>, XII'nci yüzyılla birlikte bir toparlanma ve kal-

<sup>17</sup> Alâeddin Şenel, İnsanlık Tarihi, İmge Kitabevi, 2009, s. 813. Germen kabile geleneğinin (*de moribus Germanorum*) feodalitenin askerî unsurları üzerinde önemli etkileri vardır; bkz. Eugène Lerminier, Introduction Générale à l'Histoire du Droit, Chamerot & Alex-Gobelet, Paris, 1835, ss. 14–17. Germenlerin Hıristiyan olmadan önceki zamanlardan kalan hatıraları, şövalyelik kurumunun gelişmesinde önemlidir. Germen kabilelerinde “şefler zafer için, yoldaşları da şef için savaşırdı”, “şefi öldüğü halde hayatta kalan ve savaş meydanında geri çekilen ömür boyu itibarsız yaşardı”. Şövalyeliğe özgü erginlenme ritüelinin kökenleri de, Hıristiyanlık öncesi pagan dönemdeki uygulamalara dayanır; bkz. Mircea Eliade, Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi, Cilt II, s. 111. Bu hususta ayrıca, bkz. Larousse Encyclopedia of Ancient and Medieval History, s. 299; Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, Histoire des Institutions Publiques et des Faits Sociaux, ss. 69–71; feodalite ve şövalyelik (*Feudalism and Chivalry*) için bkz. Durant Will, The Story of Civilization: Part IV, ss. 552–579.

<sup>18</sup> Avrupa'da bu ekonomik dönüşüm tarihi için örneğin bkz. Jean Baechler, Kapitalizmin Kökenleri, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge, Ankara, 1994. Ayrıca, İngiltere örneğinden yola çıkan bir değerlendirme için bkz. Alan Macfarlane, Kapitalizm Kültürü, çev. Remzi Hakan Kır, Ayrıntı, İstanbul, ss. 18–44. Marc Bloch, 1050'den 1250'ye kadar olan zamana İkinci Feodal Çağ demektir; bu dönemdeki ekonomi için bkz. Marc Bloch, Feodal Toplum, ss. 95–98.

<sup>19</sup> Roma'nın pazara açık olan, “demense” ve “latifundiya” denen tarım işletmelerinin yerini Ortaçağda “manor” denen birimlerin aldığı görülür. *Latifundium* için bkz. Bloch Marc, Feodal Toplum, s. 315 ve *Manoir* yani Fransa'da senyörlük içinde yer alan senyör evi için bkz. Marc Bloch, Feodal Toplum, s. 374. Manorlar malikânelerdir; bkz. Türk Hukuk Derneği, Türk Hukuk Lûgati, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, *Manor* maddesi, s. 519. Bunlar, kendine yeterli, içine kapalı, pazar için üretim yapmayan, kendi tüketimi için ve o kadar üreten, hem ekonomik, hem de toplumsal ve siyasal birimlerdi. Latifundiya'dan, manora giden süreçte, Batı Roma İmparatorluğu'nda pazar ekonomisi daralmaya başlamıştır; bkz. Alâeddin Şenel, İnsanlık Tarihi, s. 807. Pazar ekonomisinin

kınma sürecine yerini terk etmiştir<sup>20</sup>. Böylelikle Batı Avrupa’da, ücretli memurlara ve paralı askerlere dayalı merkezî bir devlet örgütlenmesini, Romalıların egemenlik ve düzen kavramlarının politik ve hukukî hatırası temelinde, yeniden kurmak olanaklı duruma gelmiş ve hükümdar-uyruk ilişkisi, senyör-vasal ilişkisinin yerini yavaş yavaş almıştır.

Yukarıda anılan süreç zarfında, toplumun üzerin çöken bütün anarşiye rağmen, feodalite, politik bakımdan birleştirici güçler de tanımıştır<sup>21</sup>. Merkezî monarşi ne fikren, ne de fiilen, hiçbir zaman tamamen silinip gitmemiştir.

---

daralmasının nedeni Roma imparatorlarının uygulamaya başladığı otarşi politikasıdır; bkz. Jacques Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, çev. Nihan Önel, Beslan Cankart, Refik Özbek, Meydan, ss. 208–209. Roma İmparatoru Diocletianus’un (M.S. 245–313) uyguladığı otarşik ekonomi politikası için tarih literatüründe “sosyalizm”, “*The Socialism of Diocletian*”, yakıştırmaları yapılmıştır; bkz. Will Durant, *The Story of Civilization: Part III, – Caesar and Christ*, Simon And Schuster, New York, 1954, s. 641. Otarşi politikası uygulanmasının nedeni, Roma aleyhine, Hindistan lehine dış ticaret açığının sürekli artmasının yanı sıra, İmparatorluğun askerî harcamalarının karşılanamayacak seviyeye yükselmesidir; bkz. Alâeddin Şenel, İnsanlık Tarihi, s. 744; Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, ss. 34–36. Askerî harcamaların bu derece artmasının nedeni ise, sınırları, artan baskılarına karşın, barbarlardan koruma gerekliliğidir. Barbar kavimlerin bu baskısının başlıca nedeni Asya’dan gelen Hunların, onları sürekli olarak batıya doğru sürmesidir; bkz. yukarıda, dipnot no. 11. Otarşiye dair nedenler zincirinin esas hatlarıyla özeti, kanaatimizce, bu şekilde yapılabilir. Şayet Roma İmparatorluğu’nun güvenliği, doğal hatlarına ulaşmış sınırlarının korunmasına bağlı idiyse, bunun sağlanmasının yegâne yolu da sınırları koruyacak orduyu ayakta tutacak ekonomik denge idi. Siyasî istikrar bu ekonomik dengenin şartı olduğu gibi, ekonomik dengenin bozulması da siyasî istikrarın sağlanmasını gittikçe güçleştirecek bir kapalı devre etki tepki düzeneğini harekete geçiriyordu. Bu hususta, Roma’nın yükseliş ve düşüş düzeneği çizelgesi için bkz. Alâeddin Şenel, İnsanlık Tarihi, s. 744. Ayrıca, Roma tarafından uygulanan otarşik ekonomi politikası ve bunun önce Güney Fransa’da olmak üzere feodaliteyi tetikleme hakkında daha fazla bilgi için örneğin bkz. Will Durant, *The Story of Civilization: Part III*, ss. 641–642; Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, s. 36; Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, ss. 208–209; Alâeddin Şenel, *İnsanlık Tarihi*, ss. 809–812.

<sup>20</sup> Bkz. Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, ss. 208–209; Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, s. 36.

<sup>21</sup> Özellikle Fransa’da krallığın güçlenmesi [kralın etrafında 1137–1180 arasında “güç teksifi”nin (*concentration du pouvoir*) olması] Avrupa’da merkezî monarşilerin iktidarını kurmasının en önemli örneğidir. Benzer biçimde İngiltere’de de monarşi iktidarını derinleştirmiştir. Sonra da bu iki monarşi, Manş ve Hollanda için mücadeleye tutuşmuştur. Bkz. Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, ss. 309–315.

Anarşinin hâlen yoğun olduğu X'uncu ve XI'inci yüzyıllar boyunca, toplumsal iç barışı ve düzeni sağlayacak iktidar özelemleri de yoğunlaşmaktaydı. Toplumda filizlenen ekonomik ilişkiler de, kargaşanın yerine artık düzenin geçmesini yavaş yavaş gerektiriyordu. Bunu en fazla teşvik edenler, yeni gelişmekte olan kentlerdi<sup>22</sup>. Böyle bir toplumsal ortamda, Roma-Germen İmparatorluğu'nun bitmeyen otorite arayışı, imparatorların İtalya seferleri, kudreti arttıkça İmparatorluk otoritesine karşı çıkan Papalık, kralcı iktidarın güç kazanması ve ulusal monarşiler şeklinde devletlerin oluşumu, çeşitli çalkantılar ve sürekli çatışmalar içinde, Batı feodal dünyasını egemen devletler arası sisteme doğru dönüştürecek belli başlı olgular<sup>23</sup>. Batı kaynaklı modern uluslararası hukuk, ancak böyle bir devletlerarası sistem doğduktan sonra, mümkün olup filizlenmiştir.

X'uncu ve XV'inci yüzyıllar arasında Avrupa'da "evrensel tahakküm"ün kime ait olacağı sorusu sürekli bir mücadelenin konusu olmuştur<sup>24</sup>. Bu tahakkümü sahiplenmek isteyen iki güç, Papalık ve İmparatorluktu. Kilisenin temsilcileri ile Charlemagne'ın hâlefleri, Batı Hıristiyanlığının Ortaçağ boyunca gerçekte kimin otoritesi altında olacağı konusunda birbirleriyle çatışmaktan hiç vazgeçmemişlerdir. Hâlbuki süre giden çatışmaya rağmen, Batı Hıristiyanlığı teoride, iki otorite altına konulmuştu. Papalığın otoritesi tüm vaftiz edilmişler üzerinde ruhanî bir otorite iken, İmparatorluğun otoritesi, diğer krallar üzerinde gerçek bir iktidardan (*potestas*) farklı biçimde, moral bir öncelikten (*auctoritas*) ileri geliyordu. Bu moral önceliğin kurulmasında, zamanında Doğu Roma (Bizans) İmparatoru Basileus'un, Otton'u, Batı'nın İmparatoru olarak tanımış olmasının önemli katkısı olmuştur<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Jacques Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, s. 308. Özellikle deniz ticaretine yönelen kentler bir şehir rönesansı başlatıyorlardı. Bu gelişme Manş Denizi ve Fransa'nın Atlantik kıyılarında yeşermekteydi; Jacques Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, s. 315.

<sup>23</sup> Anılan olgular için ayrıca bkz. S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, s. 123.

<sup>24</sup> "La domination universelle"; bkz. Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 28.

<sup>25</sup> Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 28. 962'de restore edilen bu Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'nun (Almanca *Heiliges Römisches Reich*; Latince *Sacrum Romanum Imperium*) siyasal temelleri hiçbir zaman sağlam olarak kurulamamıştır; bkz. S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi,

Yukarıda anılan yüzyıllar içerisinde, Hıristiyanlık rengine boyanmış siyasî kavramlar etkin olmaya devam ettiler. Bu siyasal Hıristiyanlığın tepesi iki başlıydı. Dünyevî ve geçici iktidar imparatora; ebedî ve ruhanî iktidar papaya aitti. Ancak bunların müstakil alanları hiç de doğru düzgün tanımlanmış değildi. Koşullara göre biri diğerine iradesini dayatabiliyordu. Çoğunlukla imparatorlar papaları etkileri altında tutabilmişlerdir. Ancak XI'inci yüzyılda Kilise dünyevî iktidarın etkisinden kurtulmuş ve dünyevî ile uhrevî olanın sınırlarını kendi lehine genişletmek istemiştir<sup>26</sup>. İmparatorların bunu kabul etmeleri zararlarına olacağından, karşı koydular ve şiddetli çatışmalar meydana geldi. Birbirini takip eden bütün imparatorlar, evrensel iktidarı kendileri için isteyerek, doğrudan Papalık iddiaları ile yarışma ve rekabet içine girdiler. Batı dünyası üzerinde ellerinden geldiğince suzerenlik (metbuluk) tesis ederek yerel iktidarların tüm özerkliğini yadsımaya çalıştılar.

13 Aralık 1250'de İmparator II. Frederik'in ölümü, Papalık ile İmparatorluk arasında, çıkmazda gözükken ihtilâfı kendiliğinden çözdü. II. Frederik'in politik başarısızlığı, siyasî bir varlık olarak İmparatorluğun sona ermesine neden oldu. Bundan sonra İmparatorluk, bir dekordan ibaret olacaktır: Büyük bir ad ancak içi tamamen boş.

Frederik'in ölümü fetret devrini başlatmıştır<sup>27</sup>. İmparator sıfatı sahipsiz kalmış, bir gölge isimden ibaret hâle gelmiştir. 1273'te Habsburg kontu Rudolf, Alman kralı seçilerek imparator unvanını sahiplendiğinde, bu sıfat gerçekte tüm gücünü kaybetmişti<sup>28</sup>. İmparatorluk ya da Papalık yönetiminde bir dünya hükümdarlığını, "*dominum mundi*"yi amaçlayan evrenselci rüyalar yıkılmış; geride siyasal bakımdan paramparça bir Almanya ile yine paramparça bir İtalya kamıştır. Bundan böyle, bölünmüş feodal Batı dünyasını birleştirme görevi imparatora ya da papaya değil; ulusal çerçevelerde, krallık

---

Cilt 1, s. 123. VII'inci yüzyıldan 1806'ya değin kurumsal olarak korunmuştur. İmparator unvanı bütün bu yüzyıllar boyunca, çoğunlukla gerçekliği olmaksızın bir hatıra olarak, Alman kraliyet hanedanlarınca kullanıldı. *Sacrum Romanum Imperium* deyişi 1254'ten sonra kullanılmaya başlandı. XV'inci yüzyılın ortalarından sonra Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu olarak anılmaya başlandı.

<sup>26</sup> Bu istencin başını Grégoire Reformcuları çekiyordu; bkz. Marc Bloch, Feodal Toplum, ss. 440-442; S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, s. 124.

<sup>27</sup> Jacques Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, s. 320.

<sup>28</sup> Jacques Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, s. 321.

erkine düşecektir. Bu krallıklar, ulusal monarşiler olarak yükselecekler ve yeni yeni kimlikleri oluşan Batı ulusları, tarih sahnesine ağırlıklarını koymaya başlayacaklardır.

Almanya’da, XIV’üncü ve XV’inci yüzyıllarda İmparatorluk, yerini, hızla çoğalan egemen prensliklere bıraktı. İmparatorluk, bundan böyle, diğer uluslar karşısında, Alman prenslerinin kendilerini temsil etmek için muhafaza ettikleri bir kalıp olarak mevcut olmuştur.

Papalık, imparatorluğun gücünü kırmış ancak kazandığı bir harabe olmuştur; zaferi ile İmparatorluk üzerinden sürekli bir teokrasi kurabilmeye muvaffak olamamıştır. Papalık da diğer devletlerin yanında, başkentinin Roma olduğu bir devlet olmuştur. Papalığın haşinliği saygınlığını azaltmıştır. Avrupa’nın birçok egemen prensi, İmparatorluğun kaderi karşısında kendi otoriteleri için endişelenmiş ve Papalığa sürekli bir politik kuşku ile yaklaşmıştır.

İki kudretli güç, evrensel hâkimiyet için beyhude yere çarpışıp, birbirlerini tüketerek, krallıkların yükselip Avrupa siyasal arenasında ilk sıraya yerleşmelerine yardım etmişlerdir. Avrupa’nın geleceğinde asıl belirleyici olan, İmparatorluk değil, bu krallıklar olmuştur. Batı Hıristiyanlığında, krallıklar yoluyla ulusal monarşiler kurulmuştur. Bu krallıklar, Papalığın ve İmparatorluğun tahakkümünden kurtularak Hıristiyanî hükûmetin vücut bulmuş yeni biçimleri olmuşlardır. Bu yeni bağımsız monarşik siyasal oluşum içinden, ulus-devlet doğacaktır. Ulus-devlette, prensin egemenliği, bütün ülke ve ülkede yaşayan herkes üzerinde geçerlidir. Papalığın ve İmparatorluğun ikili otoritesi altında birleşmiş bir Hıristiyanlık teorisi geçmişe mal olmuştur<sup>29</sup>.

Batı Avrupa için siyasal iktidarın parçalanmasına yol açan koşulların tersine çevrilmesi, iktidarın krallıklarda toplanmaya başlamasının nedeniydi. Bu nedenlerden öncelikle vurgulanması gereken ekonomik canlanmadır<sup>30</sup>. XI’inci yüzyılda başlayan ve aralıksız iki yüzyıl daha devam edecek ekonomik ve sosyal bir canlanma, feodal Avrupa’yı devletler hukuku bakımından değiştiren esas neticeleri doğurmuştur<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Jacques Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, s. 346.

<sup>30</sup> Ekonomik devrim [*The Economic Revolution (1066–1300)*] için bkz. Will Durant, *The Story of Civilization: Part IV*, ss. 614–649.

<sup>31</sup> Pierre-Clément Timbal, André Castaldo, *Histoire des Institutions Publiques et des Faits Sociaux*, s. 112; Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, ss. 356–359.



XI'inci yüzyıldan itibaren, hakiki uluslararası ilişkiler ortaya çıkmaya başlamıştır<sup>32</sup>. Din temellinden hareketle, bütün Batı Hıristiyanlığı ulusları için müşterek bir *jus gentium* (kavimler hukuku) gelişmiştir<sup>33</sup>. Bu Hıristiyan uluslar, denizci İtalyan Cumhuriyetleri ile olduğu kadar, Müslüman dünya ile de diplomatik ve ticarî temaslar sürdürmüşlerdir. Böylelikle, bir uluslararası ticaret ve denizcilik hukuku doğmuş ve Batı, yavaş yavaş ve denetimsiz feodal şiddetin toplumda yarattığı anarşik felâketlerin içine gire çıka, Antikçağın diplomatik uygulamalarını yeniden ele almıştır<sup>34</sup>.

Hıristiyan inancının Batı'daki evrenselliğinden ötürü Kilise, sesini lâik toplum içinde duyurmuş, Hıristiyanların birbirleri ile olan savaşlarında, savaşı insanileştirmek için onu sıkı kurallar ile çerçevlendirmeye çalışmıştır. Hıristiyanlar arasında kendi barışçıl vazifesini yerine getirebilmek için Kilise farklı kurum ve kurallar önermekteydi: Ateşkes ve Tanrının Barışı, yemin uygulaması, hakeme başvurmak ve haklı savaş (*justum bellum*) öğretisi bunlardandı. Bu çağda Kilise, çift karakterli bir kurumsal kimlik edinmiştir: Roma İmparatorluğu'nun resmî dini olduğundan beri bütün pagan dinlere, kendisinin temsil ettiği "Doğru Hıristiyanlık" mensubu olmayanlara, yani heretik olarak damgaladıklarına, Yahudilere ve Müslümanlara karşı zalim ve kan dökücü bir Kilise; Hıristiyanlar arasında ise barışçı ve düzen tesis edici çabalarda bulunan bir Kilise.

Kilisenin, gerek ruhbanaya yönelik, gerekse cemaatine yönelik olarak ortaya koyduğu hukuk, toplu olarak, kanonik hukuk olarak anılır<sup>35</sup>. Kanonik hukuk, esas olarak, XII'nci ve XIII'üncü yüzyıllarda kodifiye edilmiş (toplanarak yazılı hâle getirilmiş) dinî, ahlâkî, Kilise örgütüne ilişkin konulardaki Kilise hukukundan oluşsa da, toplum üzerinde doğrudan ve dolaylı etkisi olmuştur<sup>36</sup>. Bu kodifikasyon külliyyatı, Kanonik Hukuk Derlemeleri (*Corpus Juris Canonici*) hâlinde bulunur.

<sup>32</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 86.

<sup>33</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 20.

<sup>34</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 35.

<sup>35</sup> Will Durant, *The Story of Civilization: Part IV*, ss. 754–756.

<sup>36</sup> F. E. Peters, İbrahim'in Çocukları, Musevilik, Hıristiyanlık, İslamiyet, çev. Nurşan Üstüntaş, Kozmik, 2005, ss.118–121.

Kanonik hukuk, ne ulusal (nasyonal) ne de uluslararası (enternasyonal) bir hukuktur. Dönemin kavrayışı ulus (nasyon) kavramı ile bağlantılı değildir. Ortaçağda ulus kavramının mevcudiyeti bile (nispeten Geç Ortaçağ hariç) pek ileri sürülemez zaten. Kilisenin kavrayışı evrenseldir. Modern kavramlarla ifade edilmeye çalışılırsa bu kavrayış ulusüstüdür (süpranasyonal).

Bir örnek vermek gerekirse, aforoz yeterli bir örnektir: Aforoz edilen kişi Hıristiyan toplumunun dışına çıkarılmaktadır<sup>37</sup>. Ulusun ve ülkenin önemi yoktur. Her ulus ve her ülke bakımından aforoz geçerlidir ve sonuçlarını doğurur. Hıristiyan toplumu, toplumların toplumu (*communitas communitatum*) olarak bir bütündür<sup>38</sup>. Yeniçağda ortadan kalkacak olan da bu evrenselci kavrayıştır.

Kilise, savaş ve barış konularındaki etkisi ve katkısıyla uluslararası hukuk tarihi bakımından önemli bir etki yaratmıştır. Bu etkiye rağmen, döneme ilişkin koşullar altında Ortaçağda Avrupa'da uluslararası hukukun gelişmesinin önünde üç önemli engel vardı ve bunlar şunlardı: a- Kilisenin evrensel egemenlik iddiası ve kanonik hukukun ulusüstü niteliği<sup>39</sup>; b- Kutsal Roma-Germen imparatorlarının (aslında bunlar, sadece Alman imparatorlarıydılar) Batı Avrupa üzerindeki evrensel egemenlik iddiası<sup>40</sup>; c- feodalite ile egemenliğin devletin elinden çıkıp toprak üzerindeki özel mülkiyet temelinde kurulması<sup>41</sup>.

Diğer taraftan Ortaçağda Avrupa'da, daha sonraları üzerine modern ulus-devletler arası uluslararası hukukun esaslarının kurulabileceği temeller de mevcuttu. Kilise tarafından üretilen ve uygulatılan tatbikatların yanı sıra, başka uygulamalar da belirlemekteydi; çünkü dış dünya ile Ortaçağ Hıristiyanlığı ve Hıristiyan Batı krallıkları ilişkilerini artırmaktaydı: Müslüman dünyası ile savaş, Haçlı seferleri ve İspanya'nın yeniden fethi (*reconquista*); her

<sup>37</sup> Din ile politika çok defa iç içe olmuştur ve örneğin Hıristiyanlıkta aforoz edilme gayet doğal olarak siyasal dışlanmayı da beraberinde getirmiştir; Kadir Albayrak, Semavi Dinlerde Barış ve Şiddet İkilemi, Sarkaç, Ankara, 2010, s. 36.

<sup>38</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 20.

<sup>39</sup> Dominique Gaurier, Histoire du droit international, ss. 88–93.

<sup>40</sup> Dominique Gaurier, Histoire du droit international, ss. 93–94.

<sup>41</sup> Dominique Gaurier, Histoire du droit international, s. 94.

biri kendi çıkarlarının peşindeki devletler arası savaşlar; Akdeniz ve Atlantik kıyısı boyunca Kuzey Avrupa, Baltık, Manş ve Kuzey Denizi üzerinden işleyen ticaret uluslararası ilişkilerin gelişmesini sağlıyordu. Ticaret, uluslararası ilişkileri teşvik ediyordu. Uluslararası denizcilik hukukunun, teritoryal sınır sorunlarına yönelik barışçı çözüm arayışlarının ve hükümdarlar arası diplomasinin belirişi meydana gelmekteydi. Batı artık kendi dışındaki dünyaya da yönelmekteydi<sup>42</sup>.

Hıristiyan dünyası ve İslâm dünyası, Ortaçağ müddetince, ne aralarında çatışmayı bırakmışlardır ne de aralarında antlaşmalar yapmayı. Bununla beraber iki dünya arasında mal ve bilgi değişimi de sürdürülmüştür. Kendisi düşmanca ve vahşî bir hareket olsa da Haçlı seferlerinin de, uluslararası ilişkilerin gelişmesinde önemli etkisi olmuştur. Bu şartlar altında, şu da belirtilmelidir ki Bizans, Batı Avrupa, Ortadoğu ve Slav ülkeleri arasında özel bir köprüydü. Coğrafi olarak bu dünyalar arasında köprü olduğu gibi, kültürel olarak da Antikite ile köprüydü.

Ortaçağın bin yılı süresince, üç büyük dinsel blok arasındaki çatışma sürekli olmuştur. Katolik, Ortodoks ve İslâm dünyaları arasındaki ilişkiler, savaşlar, Haçlı seferleri, fetih ve yeniden fetihlerle yürüyüp gitmiştir. Ortaçağda, insanlar arasındaki uluslararası ilişkiler samılanın aksine sürekli bir husustu. Haç yolculukları ile insanlar yabancılar ile yüz yüze geliyorlardı. Bankerleri, tüccarları, sanatçıları ve zanaatkârları bir araya getiren uluslararası fuarların da düzenlenmesi sıkça rastlanılan bir olaydı. Uluslararası hukukun modern çağda meselelerinden olan, sınır konuları, tarafsızlık, hakemlik gibi konular, Ortaçağda da gündemde olan konulardı<sup>43</sup>.

Ortaçağda, Akinolu Tommaso gibi önde gelen bazı Batılı yazarlar Hıristiyan devletler arasındaki ve hatta Hıristiyanlarla “kâfir” ya da pagan devletler arasındaki ilişkileri ve bunları düzenlemesi gereken hukuk kurallarını araştırma çabası içine girmişlerdir ve bu çalışmalar, ilerleyen yüzyıllarda Avrupa’da gelişecek uluslararası hukuk düşüncesi için de bir başlangıç nok-

<sup>42</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 22.

<sup>43</sup> Marie-Hélène Renaud, *Histoire du droit international public*, s. 22.

tası olmuştur<sup>44</sup>. Ancak bu hukuk düşüncesi, öncelikle, modern devletlerarası sistemin oluşturduğu zemin üzerinde yükselebilecektir. Aşağıda bu sisteme temas edilmektedir.

### C- Avrupa’da Modern Devletin ve Devletlerarası Sistemin Kökenleri

Belirttiğimiz gibi, Ortaçağ Batı Hıristiyan dünyasındaki politik ülkü, evrensel hâkimiyetti. Bu evrensellik, Katolik Hıristiyan dünyasını, uhrevî bakımından Papalığın, dünyevî politik egemenlik bakımından da Kutsal

<sup>44</sup> Akinolu Tommaso, Hugo Grotius’u da etkilemiş olan, başta doğal hukuk anlayışı ile ilişkili görüşleri olmak üzere, uluslararası hukuk öğretisi için çeşitli bakımlardan önemlidir. Akinolu Tommaso için bkz. Will Durant, *The Story of Civilization: Part IV*, ss. 961–983; Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, Say Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 336–356; Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1990, ss. 170–174; Alfred Weber, *Felsefe Tarihi*, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1993, ss. 168–172; Mircea Eliade, *Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi*, Cilt III – Muhammed’den Reform Çağına, çev. Ali Berktaş, Kabalcı, İstanbul, 2003, ss. 219–223; Léon-Louis Grateloup, *Les Philosophes de Platon à Sartre*, Hachette, Paris, 1985, ss. 125–134; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, ss. 186–189; Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 221–227; Mehmet Akad, V. Bihterin Dinçkol, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2004, ss. 40–45; İlhan Akin, *Devlet Doktrinleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1962, ss. 56–65; Torbjon L. Knutsen, *Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi*, çev. Mehmet Özay, Açılım Kitap, İstanbul, 2006, ss. 48–50. Akinolu Tommaso için ayrıca bkz. *Saint Thomas Aquinas* maddesi, <http://www.britannica.com> (06.02.2012); *Saint Thomas d’Aquin* maddesi, <http://www.larousse.fr/encylopedie> (06.02.2012). Eserlerinin İngilizce tercümelemeleri için bkz. [http://www.archive.org/search.php?query=Thomas Aquinas AND mediatype%3D+Atexts](http://www.archive.org/search.php?query=Thomas+Aquinas+AND+mediatype%3D+Atexts) (06.02.2012); *Summa Theologia* ve diğer eserlerinin Lâtinçe orijinal metinleri için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/aquinas.html> (06.02.2012) ve buradan *Summa Theologica*, VIII/94:1–6. Ayrıca bkz. Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 26–27; A. Vanderpol, *Le droit de Guerre d’après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge*, A. Tralin, Paris, 1911, ss. 7–8; Ahmet Halûk Atalay, *Uluslararası Hukukun Oluşumu*, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997, s. 65; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 214; Muharrem Kılıç, *Özsellik ile Olgusallık Arasında Hukuk Kavramı – St. Thomas’ın Hukuk Kuramı Örneğinde Doğal Hukuksal Bir Analiz*, Yetkin, Ankara, 2011, s. 134, 139, ss. 140–143; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 210–228; Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis libri tres in quibus jus naturae et gentium item juris publici praecipua explicantur*, S. Claudij, & Homini Siluefris, Paris, 1625, Proleg., §11; e-okuma için bkz. [ftp://ftp.bnf.fr/060/N0606957\\_PDF\\_1\\_-1DM.pdf](ftp://ftp.bnf.fr/060/N0606957_PDF_1_-1DM.pdf) (08.10.2011). Ayrıca bkz. Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, XII Levha, İstanbul, 2010, ss. 199–217; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, XII Levha, İstanbul, 2010, ss. 43–50; Strauss Leo, *Doğal Hak ve Tarih*, çev. Murat Erşen, Petek Onur, Say Yayınları, İstanbul, 2011.

Roma-Germen İmparatorluğu'nun etrafında, sağlam bir birliktelik olarak kurmaya dayanmaktaydı; fakat bu politik hedef, Roma Kilisesi ve Roma-Germen İmparatorluğu arasındaki siyasal güç mücadelesi yüzünden hiçbir zaman tam ve kusursuz biçimde kurulamadığı gibi bu iki güç arasındaki bitmeyen entrikalar ve mücadele neticede ikisini de kuvvetsiz bırakmış ve köhneleştirmiştir. Sonuçta, Antik Roma İmparatorluğu'nun politik hatıralarının ve emperyal esinlerinin de etkili olduğu bu “görmeli” ve “iddialı” politik hedef terk edilmek zorunda kalındı. İleride, modern ulus-devlet biçimini alacak ülkelerde, başta İngiliz ve Fransız ulusal monarşileri, Batı Avrupa'da var olan uluslararası güç boşluğunda (Papalığın ve İmparatorluğun karşı koyacak gücü olmadığından) merkezî egemenliklerini kurma olanağı buldular<sup>45</sup>.

Ortaçağ ile Modernite arasında geçiş dönemi olan XIV'üncü ve XV'inci yüzyıllar şu belirgin nitelikler ile farklılaşmaktadır: a- Siyasal alan dönüşmektedir. Eski düzen, içeride hâkimiyet için mücadele veren ve dışarıda bağımsızlığı için uğraşan yeni bir siyasal oyuncunun meydana çıkması ile sarsılarak değişmektedir. Ortaçağın feodal siyasî düzeni, içeride ve uluslararası sahada egemenlik sahibi prenslerin ve kralların bir bir belirmesi ile yıkılmaktadır. Doğmakta olan bu yeni egemen siyasal aktör modern anlamıyla ulus-devlettir. b- Devletin inşası, Batı Hıristiyanlığında, *Respublica christiana*'nın ortadan kalkmasına ve yeni bir Avrupa'nın oluşmasına sebep olmuştur. Bu Avrupa, “Monarkların Avrupası”dır. Bağımsız ulus-devletlerin birbiri ardına egemen siyasal varlıklar olarak oluşması, bunların arasındaki ilişkilerin, savaşa ve barışa ilişkin kaideler içeren bir kurallar kümesi ile düzenlenmesi gerekliliği fikrini doğurmuştur.

<sup>45</sup> Geç Ortaçağda uluslaşma meselesi için bkz. Marc Bloch, Feodal Toplum, ss. 536–542. Monarşik devlet şeklinde egemenlik aslen ve yalnız, hayat boyunca tek kişiye, hükümdara aittir. Onun iradesi egemenliğin kaynağıdır. Monarşiler hükümdarın tahta geçiş tarzlarına göre seçimli ve irsi olmak üzere ikiye ayrılır. Monarşiler, saltanat haklarının sınırlarına göre de mutlak monarşi ve meşrûti monarşi olmak üzere ikiye ayrılır. Mutlak monarşide hükümdarın iradesini sınırlayacak bir kanun ve bir organ yoktur; bkz. Hüseyin Nail Kubalı, Anayasa Hukuku Dersleri – Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 1417, Hukuk Fakültesi No. 312, Kurtulmuş Matbaası, İstanbul, 1969, ss. 55–58. Son Haçlı seferinin yapıldığı 1270'i izleyen yıllarda İngiltere ve Fransa'da güçlü merkezî hükümetler kuruldu. Yine bu yıllarda Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu Habsburg liderliğinde Yeniçağa aktarılan “modern” biçimini aldı. Ortaçağ kurumları olan feodal yapı ve evrensel Kilise yerlerini merkezî devletlere ve ulus-devlet kavramına bırakmaya başladı; Ahmet Halûk Yüksel, Uygarlık Tarihi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 700, Eskişehir, 2002, s. 64.

### D- Rönesans Avrupasında Devletlerarası İlişkiler Sistemi

Batı Avrupa’da Rönesans ile Ortaçağdan Moderniteye geçilirken, devletler arasında yeni bir karakterde ilişkiler düzeni doğuyordu<sup>46</sup>. Bu Avrupa devletlerarası ilişkiler sistemi uygulaması içerisinde, hâlâ Antikiteden miras kalan adıyla literatürde *jus gentium* olarak adlandırılrsa da, yeni bir uluslararası hukuk anlayışı da doğmaktaydı. Bu anlayış, XVII’nci yüzyılda, gerçek anlamda teorik olarak kuramsallaştırılacak uluslararası hukukun öncüsüydü. Modernitenin başlangıcında, Avrupa’da hem ulus-devletler arası ilişkiler doğmakta ve hem de modern uluslararası hukukun nüvesini oluşturan bir kavimler hukuku, *jus gentium*, uygulamada ve öncü düşünürlerin zihninde gelişmekteydi.

Çok daha sonraları, evrenselleşen ve yerküreyi kuşatan modern devletlerarası sistemi<sup>47</sup> ve uluslararası ilişkileri ve bunu düzenlemeye yönelik uluslararası hukuku doğuran Batı’ya özgü şartlar, Batı’nın Ortaçağındaki entelektüel ve siyasal gelişimde başlamıştı<sup>48</sup>. Ortaçağın Batı’ya nazaran kıyaslanamaz biçimde uygar ve güçlü dünyaları Çin, Hindistan, Bizans ve İslâm coğrafyalarından farklı olarak, imparatorluk sistemine “devletlerin çoğulluğu” alternatifinin ortaya çıkması ve kalıcı olması, Batı’nın Ortaçağın ortalarından itibaren, yabancı istilâlarından uzak kalarak, kendi soyutlanmış çevresinde, feodaliteden barbar krallıklarının merkezîleşmesine kadar uzanan kendine özgü koşullarında mümkün olmuştur<sup>49</sup>.

Batı Roma İmparatorluğu’nun çöküşünden sonra, Doğu’nun büyük uygarlıklarında hüküm süren, zengin ve askerî açıdan geniş imkânlarla sahip imparatorluklarına benzer bir biçimde, Batı’da tek bir üstün güç, kıtayı elinde birleştiren bir imparatorluk, hiçbir zaman varol(a)madı. Bunun belli başlı nedenleri şunlardır: Feodalitenin mirası bir politik çoğulculuk; coğrafi unsur;

<sup>46</sup> Marcel Dunan, John Roberts, Larousse Encyclopedia of Modern History, Librairie Larousse & Paul Hamlyn, London, 1964, s. 13; Torbjon L. Knutsen, Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi, s. 83.

<sup>47</sup> Avrupa’nın ulus-devlet temelinde yeni monarşilerinin kurulması ve okyanüsötesi küresel devletler sistemi için bkz. Paul Kennedy, Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri, çev. Birtane Karanakçı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1993, s. VII.

<sup>48</sup> Torbjon L. Knutsen, Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi, s. 51.

<sup>49</sup> Torbjon L. Knutsen, Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi, s. 57.

ticaret unsuru ve ekonomik neden; silâh teknolojisi unsuru ve askerî neden<sup>50</sup>. Bu nedenlerin üzerine modern devletler sistemini yaratan olaylar silsilesi gerçekleşme olanağı bulmuştur.

Ulusal devletler temelinde Avrupa devletler sisteminin ortaya çıkışının erken kökenleri, Kuzey Atlantik kıyıları boyunca birkaç “teritoryal devlet”in<sup>51</sup> evriminden önce İtalyan kent-devletleri sisteminde daha küçük ölçekli fakat parlak, belirgin ve karakteristik bir ilk erken örneğe kadar gider. İmparatorluğa ve Papalığın da peşinde koştuğu evrensel egemenlik iddialarına karşın “devletlerin çoğulluğu” ya da “çoğulcu egemenlik” alternatifi ilk kez İtalya’da yavaş yavaş başarılı olmaya başlamıştır<sup>52</sup>.

XIV’üncü ve XV’inci yüzyıllar, Avrupa’da siyasal alanda, Batı Hıristiyanlığının iki yüksek makamı olan papalığın ve imparatorluğun zayıflayarak kriz içine girmeleriyle şekillenmiştir<sup>53</sup>. İmparatorluk, 1254–1273 arası yaşanan “büyük fetret devri” (*grand interrègne*) esnasında anarşi içine düşmüş ve I. Otton ve I. Frederik zamanlarındaki saygınlığına bir daha kavuşamamıştır. Papalık ise kendi payına, 1348–1417 yılları arasında, Roma Katolik Kilisesi’nin otoritesine bağlı olmak istemeyenlerin ve Roma’dan ayrı bir kilise taraftarı olanların yarattığı şizmatik<sup>54</sup> hareketler ile sarsılmış ve iktidarını Kilisenin kendi içinde dahi savunmak zorunda kalmıştır<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Paul Kennedy, *Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri*, ss. 19–36.

<sup>51</sup> Sınırlı belirli bir ülke üzerinde mülkîlik prensibi uyarınca egemenlik icra eden devlet; bkz. Torbjon L. Knutsen, *Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi*, s. 51.

<sup>52</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 41.

<sup>53</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 39; Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, s. 390.

<sup>54</sup> M.-N. Bouillet, *Dictionnaire Universel des Sciences, des Lettres et des Arts*, Librairie Hachette, Paris, 1896, *Schisme* maddesi, ss. 1489–1490; M.-N. Bouillet, *Dictionnaire Universel d’Histoire et de Géographie*, Trentième Édition, Librairie Hachette, Paris, 1864, *Schisme* maddesi, s. 1746. 1377–1417 yılları arasında kilisede yaşanan anarşinin ilk nedeni Fransız kardinallerinin 1378’de Roma’da seçilen VI. Urbain’i papa olarak kabul etmeyip karşısına Avignon’da VII. Clément’i çıkarmalarıdır. Böylelikle biri Avignon’da diğeri Roma’da iki papanın mevcudiyeti Hıristiyanlığı ve Kiliseyi büyük bir kargaşaya sürükledi; bkz. Will Durant, *The Story of Civilization: Part V – The Renaissance*, Simon And Schuster, New York, 1954, ss. 361–372. Bu esnada 1382’de İngiltere’de Oxford Üniversitesi profesörlerinden Wyclef, Papalık otoritesini, takdis törenini ve Kilise’nin İncil’e ilâve ettiği bütün şeyleri tanımadığını ilân etti. Bohemya’da Prag Üniversitesi Rektörü Jean Hus da aynı görüşleri ileri sürdü. Konstans Konsili, Jean

İmparatorluğun ve Palığın zayıflamasına koşut olarak kelimenin modern anlamıyla devlet(ler)in doğumuna ve akabinde yükselişine şahit olunmaktadır<sup>56</sup>. “Devlet” (*Lo Stato*) kelimesi önce İtalya’da, daha önceleri “Cumhuriyet” (*Respublica*) olarak adlandırılan siyasal yapıları adlandırmak için kullanılmıştır<sup>57</sup>. Aynı dönemde “devlet”in ortaya çıkışıyla birlikte “egemenlik” kavramı hukukî ve siyasal dilde Lâtincedeki geleneksel *summa potestas* (yüksek iktidar) anlamı yerine gene Lâtincedeki *majestas* (hükümlerlik) anlamına daha yakın biçimde yerini almaktaydı<sup>58</sup>.

Şehir devletleri<sup>59</sup> ve krallıklar, bu zamanda, artık bağlı olacakları kendilerinden üstün bir güç tanımamaktaydılar (*superiorem non recognoscentes*). Batı Hıristiyanlığının o güne değin iki başlı olan politik zirvesi artık egemen devletlerin çoğulluğuna yerini bırakmaktaydı. Bu devletler, bağımsızlıkları hususunda son derece kıskançtı<sup>60</sup>. Bu kıskançlık dışarıda Papalığa ve İmparatorluğa karşı egemenliklerini ve bağımsızlıklarını asla paylaşmamakla

---

Hus’u 1416’da yakılarak ölüme mahkûm etti; bkz. Jacques Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, ss. 389–390.

<sup>55</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 39. 1300–1517 yılları arasında Roma Katolik kilisesi için bkz. Will Durant, The Story of Civilization: Part VI – The Reformation, Simon And Schuster, New York, 1957, ss. 3–25.

<sup>56</sup> Larousse Encyclopedia of Modern History, s. 13.

<sup>57</sup> Cumhuriyet kelimesi ile devlet kelimesi bu yüzyıllarda bir süre daha birbirlerinin yerine ve aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaya devam edilmişlerdir. Jean Bodin (1530–1596), temel eserine, *Les six livres de la République* [(1576), Cumhuriyetin Altı Kitabı] adını verirken, Thomas Hobbes (1588–1679) da, J. Bodin’den neredeyse bir yüzyıl sonra bile, başlıca yapıtına, *Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil* [(1651), Leviathan ya da Dinî ve Dünyevî Cumhuriyetin İçeriği, Biçimi ve Kudreti] ismini vermekteydi. Bkz. Jean Bodin, *Les six livres de la République*, De L’Imprimerie de Jean de Tournes, Lyon, 1579, eserin e-tam metni için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k536293/fl.image.r=les+six+livres+de+la+r%C3%A9publique.langEN> (30.05.2011); Hobbes Thomas, *Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Paul’s Churchyard, 1651, eserin e-tam metni için bkz. <http://www.archive.org/stream/leviathan03207gut/lvthn10.txt> (30.05.2011).

<sup>58</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 40.

<sup>59</sup> İtalya’da XIII’üncü yüzyılın sonundan beri şehirler gerçek devletler hâline gelmişlerdi; Jacques Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, s. 392.

<sup>60</sup> Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 46.



tezahür ettiği gibi içeride de feodal senyörlerin elinden onlarda kalan son iktidarları koparıp alma biçiminde gerçekleşmekteydi<sup>61</sup>.

XV'inci yüzyılda, İtalya'daki devletlerin birbirlerine üstünlük sağlayacak bir konumda olmaması, çeşitli dönemlerde değişen saflaşmalara dayalı bir tür güç dengesinin kurulması sonucunu doğurdu<sup>62</sup>. Öte yandan İtalyan devletleri arasındaki karmaşık ilişkiler ağı, diplomasinin gelişmesine önemli katkılarda bulundu<sup>63</sup>. Aynı yapı XVI'ncı yüzyılda İtalyan örneğinin izinde bütün Batı Avrupa'ya yayıldı<sup>64</sup>. Bu durum şu şekilde betimlenmektedir:

*“Orta Çağın evrenselci rüyalarından sonra, XVI'ncı yüzyılda, her biri derin millî duygular ile güdülenen egemen devletlerden oluşan bir (uluslararası) topluluk meydana geldi. Bu devletler, otoritelerini sınırlı bir ülkede tam olarak uyguluyorlardı ve komşuları ile sürekli ve kimi zaman barışçı, kimi zaman ise çatışmacı, az ya da çok ilişkiler kuruyorlardı. Bağımsızlıkları ve egemenlikleri hakkında kıskanç birçok devletten oluşan bir uluslararası toplulukta, belirli bir düzenin sağlanması ihtiyacı kendisini dayatıyordu. Üstün bir güç altında oluşmayan organik bir toplumun eksikliği yerine - Hıristiyanlık, Papalığın devletüstü bütün otoritesini kaybetmişti-, Avrupa'da, eşitlik ve denge ilkesine dayalı bir düzen yerleşmekteydi. Bu düzen en güçlülerin hırslarını kabartsa da; Avrupa'da, bütün ittifakları, taahhütleri ve devletlerin tarafsızlığını belirleyen denge ilkesi, eski bir İtalyan uygulamasıydı. XV'inci yüzyılın sonunda, bir İtalyan şehir-devleti ne zaman çok güçlense, diğerleri dengeyi yeniden kurmak için birleşirlerdi. Denge ve eşitlik siyaseti, gücün yoğunlaşmasına karşı doğal tepki olarak, Avrupalı güçler arasındaki ilişkilerde yayılmaktaydı”<sup>65</sup>.*

<sup>61</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 40.

<sup>62</sup> S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, s. 147.

<sup>63</sup> Torbjon L. Knutsen, Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi, s. 59.

<sup>64</sup> Ernest Nys, Les Origines De La Diplomatie Et Le Droit D'Ambassade Jusqu'a Grotius, Librairie Européennes C. Muquardt Merzbach Et Falk, 1884; <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55070c.r=ernest+nys.langEN> (15.01.2012).

<sup>65</sup> Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 53.

Avrupa’da yükselişe geçen bölgesel devletler, yönetimde ve kamusal alanın başarıyla denetim altına alınmasında, kentsel deneyimi görmezden gelemezler. Böylece, büyük kentlerin siyasal seçkinleri, kent kurumlarını devlet yapısına yerleştirmeyi başardılar<sup>66</sup>. Avrupa’da İtalya birçok devletin yan yana yaşayıp diplomatik ilişkiler içine girdikleri bir ilk ve geleneksel örneği sunuyorsa şayet, Fransa da, krallığın feodalite karşısında güçlenip bir ulus-devlet oluşturmaya başlamasının ilk örneğini sunmaktadır<sup>67</sup>. XII’nci yüzyıldan XV’inci yüzyıla değin, Fransız kraliyet diplomasisi, devletin çıkarlarına yönelik, katılıktan uzak bir diplomasi anlayışını kucaklayacaktır<sup>68</sup>. Fransız diplomasisinin belirttiğimiz zaman aralığında en dikkat çekici uygulayıcısı XI. Louis’dur (1423–1483)<sup>69</sup>. Düşmanlarına karşı yürüttüğü sayısız mücadelede, doğrudan doğruya saldırıdan her zaman kaçınan bu hükümdarın tek güvendiği silâh, diplomasiydi.

XI. Louis’nin saltanat dönemi (1461–1483), Fransa’nın birliğine kavuşması için diplomasi yoluyla çok önemli sonuçların alındığı bir dönemdir<sup>70</sup>. Bu Fransız kralı tarafından uygulanan yöntemler, Avrupa diplomasisinin temel biçimlerini kökten değiştirip diplomasiin evrimi üzerinde büyük çapta etki yaratmıştır. Yetenekli diplomat kadrolarının ülke yönetimi bakımından büyük önemini, tahta geçişinin ilk yıllarında kavrayan XI. Louis, diplomatlarını, geniş ve derin bir casus ve gizli görevli ağı ile yabancı ülkelerde bilgi ve yardım için çekinmeden harcanan altınlar ile de desteklemekteydi. XI Louis, çeşitli ülkelere yolladığı diplomatik misyonların sayısını büyük çapta arttırmakla kalmamış, bu misyonların o ülkelerde kalış süresini de arttırmıştır. Burgonya ve İngiltere gibi kendisini en fazla ilgilendiren ülkelerdeki geçici misyonlarını da sürekli ve düzgün elçilikler hâline dönüştürmeye çalışmıştır. XI. Louis’nin akredite (itimatnameli) temsilciler bulundurduğu ülkeler de, kendi diplomatik kurumlarını düzene koymak zorunluluğu

<sup>66</sup> Almut Höfert, “Geç Ortaçağda Devletler, Kentler ve Yurttaşlar”, Quentin Skinner, Bo Stråth, Devletler ve Yurttaşlar, s. 87.

<sup>67</sup> Larousse Encyclopedia of Modern History, ss. 13–14.

<sup>68</sup> S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, ss. 134–139.

<sup>69</sup> S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, s. 140.

<sup>70</sup> Will Durant, The Story of Civilization: Part VI, ss. 89–93.

duymuşlardır. Çok geçmeden Avrupalı belli başlı bütün devletlerin ve bütün sarayların yerleşmiş bir diplomatik örgütü oluşmuştur. İtalya’da özellikle Venedik’te öteden beri var olan diplomasiye ilişkin temelleri, merkezî bir krallığın çıkarları doğrultusunda en geniş bir biçimde kullanan bu kralın, diplomasiyi bir devlet tekeli hâline getirip, metbuu bulunduğu güçlü feodal senyörleri bu haktan yoksun kılma eğilimi, bütün öbür krallıklar tarafından da benimsenecektir<sup>71</sup>. Modernitenin karakteristik siyasal nitelikleri diplomasi sahasında da belirginleşmeye başlamaktadır artık.

Avrupa devletler sisteminde diplomasiyi ve uluslararası ilişkileri geliştiren çeşitli unsurlar etkin olmuştur. Dünya ölçeğinde, modern zamanların başlangıcında, gerçekte uzun süredir birbirinden kopmuş toplumlar trajik biçimde tanışmaya, buluşmaya başlamışlardır. Batı Hıristiyanlığı bu dünyalardan biriydi. Diğerleri gibi o da en iyi olduğuna inanmıştı, gene de ve her şeye rağmen İslâm Uygarlığını’nu iyi kötü tanıyordu. Bu uygarlık, Avrupa için, “*parlak, kıskanılan ve nefret edilen*”di<sup>72</sup>. Bu Avrupa, şimdi diğer uygarlıklarla tanışmaktaydı. Modernite, yerküre çapındaki bu karşılaşmaların başlangıcıdır ve “yeni bir dünya düzeni” ile kendini ifşa etmiştir.

XVI’ncı yüzyıl tarafından getirilen alt üst oluşlar, tarihi genel olarak etkileyecektir. Bu çerçevede, bu çağ sürekli bir değişim çağıdır. İki büyük olay Yeniçağ açıyor ve yeni bir dünya düzeninin doğumunu haber veriyordu.

Her şeyden önce Büyük Keşifler, genel olarak insanlık tarihi ve konumuz özelinde uluslararası hukuk tarihi için temel öneme sahip bir olaydı. Bilinmeyen dünyaların keşfi, Kilise için muazzam ve zor bir iş olan Amerika ve Afrika kıtalarının Hıristiyanlaştırılması meselesini doğurmuş ve Batı monarşileri için fetih ve sömürge politikasını mümkün kılmıştır.

İkinci temel olay ise ulus-devletin gürbüz doğumu ve onun hırslarının dünya sahnesine önüne geçilemez biçimde dökülmesidir. Ortaçağ düzeni biterken, Hıristiyanlar arası dinsel çatışmalarla da kanlı bir vaziyet alan “yeni dünya düzeni”, 1648’te kalıcı olarak tanımlanacak “Avrupa devletler düzeni”ne doğru ilerlemekteydi.

<sup>71</sup> S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, s. 145.

<sup>72</sup> Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 42.

Papa VI'ncı Alexandre (1492–1503), Inter Caetera belgesi ile 3 Mayıs 1493'te kâşiflere keşfettikleri yer üzerinde egemenlik tanımıştı<sup>73</sup>. Bu belge İberyalılar ile Fransızlar, İngilizler ve sonraları Hollândalılar gibi kâşifler dünyasının geri kalanı arasında sayısız tartışmaya neden olmuştur. Bu belgenin izi, Lâtin Amerika'da dillerin sınırları olarak kazanılmıştır. Bu paylaşım temelinde, İspanya ve Portekiz yeni toprakların paylaşımı için, 4 Haziran 1494'te, Tordesillas'da, yeni bir antlaşma yapmışlar ve bu antlaşma, Papa II. Jules tarafından 1506'da teyit edilmiştir. 1529'daki Saragosse Antlaşması ise toprakların paylaşımında Papalığın tüm etkisini ortadan kaldırmaya yöneliktir.

1507 ve 1549 arasında Almeida ve Albuquerque tarafından kurulan Asya Portekiz İmparatorluğu, baharat trafiğine yönelik küçük kıyı karakollarından oluşturulmuştu. Toprak parçası olarak imparatorluk, esas olarak Asya'da konuşlanmıştı. Zengin ancak kırılıyordu; Portekiz'in kâr elde etmesine yönelikti<sup>74</sup>.

Amerika'daki İspanyol İmparatorluğu, 1519'dan 1521'e dek, Cortez tarafından fethedilen Meksika ve 1532'de Pizarro ve Almagro tarafından fethedilen Peru olmak üzere iki mücevhere sahipti. İmparatorluk, idarî olarak *Indes* Konseyi tarafından Sevilla'dan ve ticarî olarak bir sömürge bakanlığı gibi davranan ticaret odası (loncası) *Casa de Contratación* tarafından yönetilmekteydi<sup>75</sup>. İmparatorluğunun tarım ve maden (altın ya da gümüş) zenginliğini işletmek için İspanya, Kızılderililerin ve Afrikalı siyahîlerin zorla çalıştırılmasını (köleliği) örgütlemişti. İspanyolca ve Hıristiyanlaştırma, Kızılderili gelenekleri ile karışarak Lâtin Amerika uygarlığının doğumuna neden olacaktır.

Yeni deniz yollarının keşfi ile İspanyol ve Portekiz büyük koloni imparatorluklarının oluşumu Dünyayı altüst etti. Bunun farklı neticeleri oldu: a- İspanya'nın ağırlığı, değerli madenlerin akışı ile artmıştır, ancak İspanya bu zenginliği askerî hırsları doğrultusunda harcayacak ve ekonomiye yönlendiremeyecekti<sup>76</sup>. b- Avrupa'nın Atlantik yüzünün ekonomik gelişmesi Akdeniz

<sup>73</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 43; Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 44.

<sup>74</sup> Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, ss. 432–433 ve ss. 438–445.

<sup>75</sup> 1503'te Sevilla'da kurulmuştur; Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, s. 465.

<sup>76</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 45.

yüzünü geriletmiş ve Antikiteden beri ticarî eksen olan coğrafyanın önemini azaltmış, aynı gerileme Baltık ve Kuzey Denizi için de gerçekleşmiştir<sup>77</sup>. c- Küresel büyük ticaretin gelişmesi: Lizbon baharatın ve Uzak Doğu ürünlerinin büyük limanı olurken, Sevilla ve Kadiz şeker, deri ve değerli madenlerin limanı olmuştur. Bu zenginlik Avrupa'ya Anvers'den yeniden dağıtılmaktaydı<sup>78</sup>. d- Büyük keşif yolculukları koloni ve deniz savaşlarını başlatmıştır. Her biri kendi emperyalizmlerinin peşindeki Fransa, İngiltere ve Hollânda, İspanya ve Portekiz'in hâkimiyeti ve ticarî çıkarları ile zıtlasmaktaydılar<sup>79</sup>.

Avrupa'nın yeni ekonomik düzeninde, İspanya zenginliğini sömürgelelerinden, güdümlü ekonomi uygulayan Fransa endüstrisinden almakta, 1531'de ilk modern borsanın ve daimî şirketlerin kurulduğu liberal Hollânda uluslararası ticaret trafiğinin kavşak noktası olurken, parlâmenter monarşi İngiltere servet kaynağı olarak donanmasından faydalanmaktadır. Bu alanların hiçbirinde korporatif müdahaleceliğe dayanan eski Ortaçağ komünlerine yer yoktu<sup>80</sup>. Ekonomik organizasyon kapitalizme göre şekillenmekteydi<sup>81</sup>. Sermaye birikiminin ve dış ticaretin monarşik devlette kazandığı önem, ekonomiye ve ticarete devlet müdahalesini de beraberinde getirmiştir. Devletlerin gücünü, rakip devletlerin zararına arttırmak amacıyla ulusal ekonominin hükûmet tarafından düzenlenmesini öngören ve bu niteliğiyle siyasal mutlakiyetçiliğin ekonomi alanındaki karşılığını oluşturan merkantilizm, az ya da çok bütün Batılı devletler tarafından uygulanmaya başlanacaktır<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, s. 468–470.

<sup>78</sup> Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, s. 470–472.

<sup>79</sup> Modernitedeki emperyalizmlerin, Antikitedeki bir anlamda “Stoacı emperyalizm”lerden farkı, modern sömürgeci emperyalizmin kapitalist amaçlarla yürütülmesidir. Bu bağlamda, bir Yeniçağ barut imparatorluğu olan Osmanlı emperyalizmi de modern Batı emperyalizmlerinden farklıdır, zira kapitalist bir amacı ol(a)mamıştır ve Osmanlı Hanedanı'nın hâkimiyetindeki bir “kozmpolis ideali” (nizam-ı âlem) ile Antik tasavvurlara yakındır ve hatta bu tasavvurun son temsilcisidir; benzeri bir yorum için bkz. Paul Kennedy, *Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri*, s. 12.

<sup>80</sup> Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, s. 483–486.

<sup>81</sup> Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, s. 472–475; Merry E. Wiesner-Hanks, *Erken Modern Dönemde Avrupa*, ss. 276–323.

<sup>82</sup> Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, s. 475. Monarşik mutlakiyetçilik ile kapitalizmin sahneye çıkışı ve zengin bir burjuvazinin doğuşu ile Batı'da ulusların varlık kazanması, bir dizi gelişmenin birbirlerine anlamlı biçimde bağlı halkalarıdır; bkz. Jacques

1450 sonrası Avrupa'daki siyasal ve askerî gelişmeler, ulus-devletin doğumu ile yakından ilgilidir. XV'inci yüzyılın sonundan, XVII'nci yüzyılın sonuna dek pek çok Avrupa ülkesinde politik ve askerî otoritede bir merkezîleşme meydana geldi. Bu merkezîleşme, genelde kralın ya da kimi yerlerde ise yerel bir prensin veya ticaret oligarşisinin yönetiminde olmuştur. Merkezîleşme ile birlikte vergi toplama imkânları ve yöntemleri artmış, hükûmetin otoritesi merkezî bir bürokrasi ile ülke geneline yayılmış, asker toplanarak ulusal ordular oluşturulmuştur<sup>83</sup>. Ekonomik değişim eski feodal düzeni büyük ölçüde sarsmış ve farklı toplumsal gruplar birbirleriyle yeni sözleşme ve yükümlülük biçimleriyle bağlantı kurmak zorunda kalmışlardır.

Batı Hıristiyanlığı âleminde, “*cuius regio, eius religio*” (teba hükümdarının dinindedir) ilkesinin uygulanması ile hükûmetin sivil otoritesi ve ülkedeki dinsel otorite birleştirilmiş; Katolik Roma Kilisesine karşı bağımsızlık, ulusal temelde genişletilmiştir<sup>84</sup>. Bu husus, lâikliğin ulus-devlette temellenmesinin yolunu açmıştır. Kilisenin otoritesinin kırılması, Lâtincenin etkisinin

---

Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, s. 477; Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 45.

<sup>83</sup> Paul Kennedy, Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri, s. 83.

<sup>84</sup> Charles Quint, 25 Eylül 1555'de, Augsburg Barışı ile İmparatorluğun dinsel bölünmesini tasdik etmiş ve üstü kapalı biçimde kabul edilen “*cuius regio, eius religio*” (hükümdar tebasının dinini tayin eder) ilkesi ile Almanya'da Lutherci (Protestan) ve Katolik olmak üzere iki mezhebin olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, Lutherci ya da Katolik her prens, kendi toprakları üzerinde yaşayan kişilerin dinini belirleyebilecektir; S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, s. 181. Kalvencilik, Augsburg Barışı'nda izin verilen mezhepler arasında sayılmamıştır. Bu noksanlık Otuz Yıl Savaşları'na götüren süreçte önemli bir etken olmuştur. Almanya'da Kalvencilik, Katoliklik ve Luthercilikle birlikte eşit ve meşrû bir mezhep olarak ancak 1648 Vestfalya Barış Antlaşması'nda kabul edilmiştir. Vestfalya Antlaşması'nda Kalvenciliğin de sayılması ile genişletilen “*cuius regio, eius religio*” ilkesi, hükümdarların din seçme yetkilerini kullanmaları hakkında birbirlerine mutlak olarak katlanmalarını, toleranslı olmalarını gerektirmekteydi. Vestfalya ile kurulan “Avrupa devletler(i) arası kamu düzeni”nde, kral (ya da prens) kendi ülkesinin en üst düzey dinî otoritesi oluyordu. Yüzyıllardır Kilisenin işgal ettiği mertebeye, hükümdar çıkmaktaydı; ülkesindeki en üst düzey dinî otorite olarak kabul edilmekle otoritesi Kilisenin de üzerine çıkmakta ve kilise de bu otoriteye bağlanmaktaydı. Artık bu yeni düzende, halkı üzerinde dinî otoritesine ilişkin yetkilerini kullanan hükümdara, hiçbir haricî (yabancı) aktör karışamaz ve ülkesindeki bu otoritesine meydan okuyamazdı. Vestfalya Antlaşması ile kurulan Avrupa kamu düzeninde, Kilisenin siyasal ve hukukî alandaki yetkisi kesin olarak azaltılmakta ve manevî konulardaki yetkisi ise artık kralın dinî otoritesini takip etmekteydi; Torbjon L. Knutsen, Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi, s. 120.

de gerilemesini getirmiş, yerel ulusal diller toplum önderleri tarafından gide- rek daha çok kullanılmış ve bu husus da lâiklik doğrultusundaki eğilimi güç- lendirmiştir.

Ulaşım imkânlarının ilerletilmesi mal değişimini daha yaygın hâle ge- tirmiş ve matbaacılığın bulunuşu, okyanuslardaki keşifler, kültürel olarak, en azından eğitilmiş Avrupalı insanları daha açık fikirli ve dünyayı fakında hâle getirmiştir<sup>85</sup>. Bu ortamda yükselen burjuvazi sınıfının dünya görüşü ile bağ- lantılı pek çok yazar ve düşünür ulus-devletin çıkarları ve ulusal yararlar doğrultusunda yayın yaparak, toplumlarını etkilemeye başlamışlardır. Ancak ulus-devletin temellenmesinde bu entelektüel çabalardan ve toplumsal eği- limlerden çok daha fazla etkin olan husus, Avrupa'daki güç mücadelesi ve savaşı<sup>86</sup>.

Devletlerin savları, bir baştan bir başa Avrupa'da türdeşti. Ufak değişik- likler tespit edilebilse de esas çizgiler ortaktı: İçeride feodal beylere karşı ve özerkliklerini ellerine almış şehirler karşısında egemenliğin sağlanması; dışarıda papa ve imparatora karşı bağımsızlığın elde edilmesi.

<sup>85</sup> Torbjon L. Knutsen, Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi, s. 87.

<sup>86</sup> Paul Kennedy, Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri, ss. 83–84. Askerî güç, Avru- pa'daki çoğu hanedanın ülkelerindeki zengin toprak sahibi senyörlerin üzerinde baskı ku- rarak politik birlik ve otoriteyi sağlamalarını mümkün kılmıştır. Askerî ve jeostratejik öğeler, ulus-devletlerin topraklarının sınırlarını biçimlendirmede etkili olmuş, bu çağda aralıksız çıkan savaşlar da politik otoritenin ulusal bilinci uyandırmasında esas olmuştur; çünkü İngilizler İspanyollardan, İsveçliler Danimarkalılardan, Hollandalı isyancılar da başlarından attıkları Habsburg efendilerinden nefret etmeyi öğrenmişler ve ulusal kimlik- lerini olumsuz yoldan da olsa keşfetmişlerdir. Gelişen kara ve deniz savaş teknolojisini karşılamak, kalabalık piyade ordularını toplamak ve lojistiğini sağlamak, ulus-devletlerin monarklarının gerçekleştirdiği en pahalı fakat yaşamsal etkinliklerdi. Savunma ya da sal- dırı için olsun, savaş için para bulmak ve alınan borçları ödemek, devlet maliyelerinin sü- rekli uğraşydı artık. Kardinal Richelieu, *Testament Politique* (Siyasi Vasiyetname)'de şu sözlerle yer vermiştir: “*Tarihte yokluk ve düzensizliğin mahvettiği orduların sayısı, düş- manlarınca mahvedilenlerden çok daha fazladır. Ben kendi zamanımda girilen tüm iş- lerin sırf bu yüzden nasıl eksik kaldığına tanık oldum*”; Paul Kennedy, Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri, s. 85. Alman merkantilist yazar Von Horning ise şu yorumu yap- maktadır: “*Bir ulusun bugün için kudretli ve zengin olup olmaması gücünün ve zenginli- ğinin büyüklüğüne ya da sağlamlığına değil, esas olarak, komşularının aynı şeylere ken- disinden daha çok ya da daha az sahip olmasına bağlıdır*”; Paul Kennedy, Büyük Güçle- rin Yükseliş ve Çöküşleri, s. XVI.

Bir bir devletin varoluşu karşısındaki engeller aşıldı; şöyle ki: a- Devletin meydana çıkması vergi sisteminin kurulması ve sürekli bir ordunun mevcut kılınması gibi yeni araçlar doğurmuştur. Sürekli bir ordunun kurulması, devleti düzenli ve bol vergi kaynakları aramaya yöneltmiştir. b- Devlet, meşrû güç kullanma tekeli eline almıştır. c-Devlet, dış ilişkilerde savaşa başvurmayı yoğunlaştırmıştır<sup>87</sup>.

Ulus-devletlerin, komşu devletlerle çatışan ekonomik menfaatleri ve toprak hırsları vardı. Ayrıca o esnada, bütün Avrupa devletlerini etkileyen dinsel sorunlar toplumsal ve siyasal yaşamdaki en baskın sorunlardı. Neredeyse bütün bir XVI'ncı yüzyılda, uluslar arasındaki çekişmeler dinsel çatışmalarla misliyle ağırlaşıyordu<sup>88</sup>.

Gerçekten de Ortaçağın evrenselci rüyalarından sonra, XVI'ncı yüzyılda egemen devletlerden oluşan bir “uluslararası topluluk” meydana gelmiştir. Bu topluluğa mensup devletlerin her biri derin bir milliyetçilik duygusu ile hareket etmekteydi. Bu devletler, belirli ve sınırlı bir toprak parçasında otoritesini tam olarak uygulamakta; komşularıyla rakip olarak ya da barışçı bir biçimde yakın ve sıkı ilişkiler sürdürmekteydi. Egemenlikleri ve bağımsızlıkları konusunda kıskanç birçok devletin yer aldığı şiddet dolu bir uluslararası ilişkiler arenasında, ulusların birbirleriyle olan ilişkilerine düzen verecek bir mekanizmaya ihtiyaç olduğu açıktı<sup>89</sup>. Sürekli savaş ne kadar hırçın olsalar da hiçbir devletin dayanamayacağı kadar yıpratıcıydı.

<sup>87</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 45–46.

<sup>88</sup> Paul Kennedy, *Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri*, s. 41. Hıristiyanlar ve Müslümanlar (Türkler) arasındaki çatışmanın yanı sıra, Katolikler ve Reformcular, II. Felipe'nin Katolik İspanyası ile Protestan Elizabeth'in İngilteresi arasındaki çatışmada ve İspanya ile Hollânda arasındaki çatışmada karşı karşıya oldukları gibi, Ortodoks Rusya ile Lutherci İsveç de çatışmaktaydı. Genç Avrupa milliyetçilikleri dinsel ihtilaflar ile kendilerini güçlendirmekteydiler; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 44; Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 46. 1517–1564 yılları arası yaşanan Reform için bkz. Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, ss. 495–524; Will Durant, *The Story of Civilization: Part VI*, ss. 337–643; Mircea Eliade, *Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi*, Cilt III, ss. 265–279; Merry E. Wiesner-Hanks, *Erken Modern Dönemde Avrupa*, ss. 224–275. 1517–1565 yılları arası Katolik Kilisesi'nin Karşı-Reformu (Reforma tepkisi) için bkz. Will Durant, *The Story of Civilization: Part VI*, ss. 891–933; Larousse *Encyclopedia of Modern History*, ss. 57–58.

<sup>89</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 53.



XVI'ncı yüzyıldan itibaren sorulmaya devam edilen esas soru basittir: Bir devlet, egemenliğini terk etmeden, nasıl verdiği söze saygı göstermekle kendini bağlayabilir?

Aynı soru şöyle de sorulabilir: Devletler için, aralarında çıkabilecek olası ya da somut çeşitli sorunlarda, kendi menfaatleri doğrultusunda uygulayabilecekleri çözüm yolları nelerdir?

Bu sorunların farkında olarak, egemenler arasındaki sürekli temas ile yüzleşme, uluslararası ilişkileri idare eden kuralları meydana çıkartmaktaydı. Dağınık, düzensiz ve yazılı olmasa da bu kurallar, şöyle ya da böyle, uluslararası normatif bir sistemin başlangıcıdır<sup>90</sup>.

Bu kurallar teamüller yaratarak, uygulamadan süzülmekteydi. Devletler arasındaki güç ilişkilerinde, ülkenin büyüklüğü, nüfus, vergi sisteminin işleyişi ve buna bağlı olarak ordunun gücü belirleyici unsurlardı. Bu unsurlara, diplomasi yeteneğinin sağladığı avantajlar eklenmekteydi<sup>91</sup>. Diplomasi savaşın başka bir alanda verilmesiydi<sup>92</sup>.

Diplomasi her uyuşmazlığı çözmeye yetmemekte, aslında tam olarak yumuşak ve pek de zararı olmayan uyuşmazlıkları çözmekteydi. Silâhların kuvvetine başvurmak doğal bir yol olarak kalmaktaydı. Bu anlayış Antikite-deki greko-romen anlayışın devamıdır<sup>93</sup>. Humanizmanın Antikiteyi tekrar keşfettiği ve Antik medeniyetin onurunu iade ettiği bir zamanda bu anlayışın da yükselmesine şahit olunur: “Savaş işlevi ve devlet için taşıdığı amaçlarla değerlendirilmelidir, doğru ya da yanlış şeklinde değil”<sup>94</sup>.

Savaş, bir uzmanlık mesleği hâline geldi. Feodal savaştan modern savaşa geçildi. Ağır süvari barutun ve ateşli silâhın hızla gelişmesi ile bozguna

<sup>90</sup> Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 53.

<sup>91</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 44–46; S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, s. 161.

<sup>92</sup> Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 55; S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, s. 172.

<sup>93</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 42.

<sup>94</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 42.

uğradı<sup>95</sup>. Egemenler profesyonel paralı askerler (*mercenaire*) tutmaktaydılar. Askerler bu işi bir meslek (*un militaire de carrière*) hâline getirmişlerdi. İsviçre ve Almanya, kendi ordu mevcutlarından kalabalık, paralı asker mevcudu sağlayan memleketlerdi. Askerlik meslek hâline gelirken, ordular da sürekli hâle geldi. Savaşlar da karada ve denizde artan şiddetli ateş gücü ile gitgide daha organize faaliyetler hâline geldi<sup>96</sup>. Savaşın bu hâle gelmesi, devletler için büyük malî yük getirmekteydi, dolayısıyla çok etkin bir vergi sistemine ihtiyaç duyulmaktaydı. Ayrıca donanmalar emperyalizmlerin elinde etkin araçlara dönüşmüştü ve uluslararası ilişkilerde çok önemli bir güç unsuru<sup>97</sup>.

XVI'ncı yüzyıldan itibaren yeni sorunlar belirmiştir. Bunlar da eninde sonunda kendi hukukî çözümlerini yaratmışlardır. Uluslararası uygulamalar, devletlerarası ilişkileri belirleyen önemli sorunlar etrafında toplanmıştır. Bunlar dolaşım özgürlüğü, savaş faaliyeti ve tarafsızlık, sınırların belirlenmesi, Papalığın müdahalelerinin seküler (dünyevî) çözümler lehine engellenmesi<sup>98</sup>. Bu meseleler yepyeni ve önemli meselelerdi. XVI'nci yüzyıldan itibaren, uluslararası ilişkilerin dinden bağımsız seküler karakteri çok daha fazla telâffuz edilmeye başlanmıştır. Neticede Papalığın etkisi antlaşmaların içeriği üzerinde silikleşmiş, antlaşmaların güvencesi olarak yemin uygulaması ritüelik bir kalıntı hâline gelmiştir<sup>99</sup>.

Barış zamanında hükûmetler, kişilerin ve malların dolaşımında titizdiler. Kural özgürlüktü. Vitoria'nın ifadesiyle “iletişim hakkı” (*ius*

<sup>95</sup> Merry E. Wiesner-Hanks, Erken Modern Dönemde Avrupa, s. 124.

<sup>96</sup> Bkz. Merry E. Wiesner-Hanks, Erken Modern Dönemde Avrupa, ss. 124–133.

<sup>97</sup> Merry E. Wiesner-Hanks, Erken Modern Dönemde Avrupa, ss. 128–133. Korsanlık denizlerdeki mücadelede belirleyiciydi. Esasında buna deniz akıncılığı demek daha doğrudur. Korsanlıktan farkı, bunun hükûmet adına yapılması ve sadece düşman devletin gemilerinin hedef seçilmesi idi. Bu örtülü olarak yürütülen bir savaştı ve resmî olarak savaş ilân edilmeden sürdürülmekteydi. Geleneksel olarak Akdeniz’de yaygınken, 1560’tan itibaren Atlantik’te önem kazanıp yaygınlaşmıştır. Ayrıca bkz. A. Emre Öktem, Bleda R. Kurtarcan, Deniz Haydutluğu ve Korsanlık – Tarihi ve Hukuki Boyutlarıyla, Denizler Kitabevi, İstanbul, 2011.

<sup>98</sup> Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 58; S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, ss.163–177.

<sup>99</sup> Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 58.

*communicationis*) ya da bir ülkeden diğerine özgürce seyahat etmek, insan toplumunu yöneten bir kuraldı<sup>100</sup>. Barışçı faaliyetlerde bulunan bir kişiye hiçbir ülke sınırlarını kapatmamalıydı<sup>101</sup>. XVI'ncı yüzyılda bir devletten diğerine geçişlerde özel bir işlem yapılmamaktaydı. Kara sınırları bariz bir biçimde belirlenmemişti ve geçişler sıkı bir kontrol altında değildi. Tıpkı Ortaçağda olduğu gibi sınırlar doğal engeller hariç belirli ve devamlı bir hatta sahip değildi. Ayrıca egemenliğin tartışmalı olduğu birçok bölge vardı. Bir ülkenin içinde de ayrı ayrı geçişlerde vergi alınan birçok iç sınırlar vardı. Devletlerin gittikçe artan malî ihtiyaçlarından ötürü, devletler yolculuk edenlerden ve tacirlerden vergi almaya yönelmekteydi. Örneğin Fransa'da gümrük vergileri 1581'den itibaren ülke çapında genelleşmiştir<sup>102</sup>.

Uluslararası ilişkiler zemininde bu yeni gümrük politikası, ticaret antlaşmaları şeklinde yeni bir uygulama doğurmuştur. Ticaret antlaşmaları iki taraflı ve karşılıklı olmak üzere yapılmaktaydı. Tanınan avantajlarda müttekâbiliyet şartı uygulanmaktaydı<sup>103</sup>. Ticarî meseleler diplomasiinin işleyişinde gitgide daha fazla önem kazanmaktaydı<sup>104</sup>.

Karasularında, egemen, bir denetim uygulayabilir ve düşman baskınlarına ve hücumlarına engel olmak için dolaşımı yasaklayabilirdi. Karasularının sınırı askerî gerekliliklere göre belirlenmekteydi: Grotius'a göre savunulacak toprak parçasından itibaren, Bynkershoek'in kriterine göre ise üç deniz mili açığa kadar karasularının sınırına dâhildir<sup>105</sup>. Üç deniz mili bir topun etkili olabileceği azami mesafeydi<sup>106</sup>.

<sup>100</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, Dost Kitabevi, Ankara, 2005, s. 78.

<sup>101</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 58.

<sup>102</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 59.

<sup>103</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 59.

<sup>104</sup> Merry E. Wiesner-Hanks, *Erken Modern Dönemde Avrupa*, ss. 302–311.

<sup>105</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, s. 400. XVIII'inci yüzyıl boyunca topların ortalama menziline koşut olarak karasularının genişliği genel olarak üç deniz mili olarak kabul edilmiştir; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 85. Cornelius van Bynkershoek (d. 1673, Middleburg, Zeeland – ö. 1743, Lahey, Felemenk), uluslararası hukukun pozitivist çizgide gelişmesine katkılarıyla tanınan Hollandalı hukukçudur. Alman pozitivistlerinden önce literatürde etkilidir. Bynkershoek'in uluslararası hukuk üzerine yazdığı belli başlı yapıtlar arasında *De Dominio Maris* (1703); *De Foro Legatorum* (1721) ve *Quaestiones*

Savaş zamanı yürürlükten kalksa da, denizde dolaşım özgürlüğü genel olarak kabul edilmişti ve bu husus uluslararası ticaretin gelişmesi için elzemdi. Ancak tarafsız ülkelerin gemilerine ilişmemeleri beklense de, savaş gemileri, deniz akıncıları ve korsan gemileriyle birlikte düşman gemilerini avlardı<sup>107</sup>.

1550'ye doğru, savaşta yeni uygulamalar belirdi. Taraflar arasında anlaşma ile ordular arasında çarpışma başlamadan önce fidye oranları, tutsakların değiş tokuş şartları belirlenmekteydi. Geleneksel olarak tutsaklar öldürülürdü ya da iyi bir fidye karşılığı serbest bırakılırdı. Tutsaklar öldürülmekten kurtulmuşlarsa bunun sebebi kadırgalara kürek çekmeye gönderilmelerinin tercih edilmesiydi. Ayrıca bir şehir savaşla alınmışsa yağma kuraldı<sup>108</sup>.

Savaş karşısında bazı ülkeler savaşa katılmama kurallarının olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu kurallara “tarafsızlık hukuku” adı verilmiştir. 1492’de Liej Prenslüğü ile Fransa ve Hollânda arasında imzalanan antlaşmada “tarafsızlık” bir tanıma kavuşmuştur<sup>109</sup>. Buna göre: Tarafsızlar hiçbir şartta düşmanlığa iştirak etmemek yükümlülüğündedirler. Düşman taraflara hizmet verilecekse bu hizmet taraflara eşit olarak verilecektir. Tarafsızlar savaştan etkilenmemelidirler. Bir ordu tarafsız topraklardan geçebilir ancak bu mümkün olduğu kadar çabuk ve zarar vermeksizin olmalıdır.

Buna karşın, İsviçre tarafından ortaya atılan ve tarafsız bir ülkeden geçişi tamamen yasaklayan “*transitus innoxius*” ilkesi gelişmiştir. Neticede, tarafsızlık Devletler arasındaki anlaşmalarla şartları belirlenen bir durumdu. İsviçre kantonları, Fransa ile 1515’de devamlı barış antlaşması imzalamış, bu antlaşma 1602’de yenilenmiştir. 1611’de Avusturya ile benzeri bir antlaşma imzalanmıştır. Ancak kantonlar, bütün Avrupa’ya paralı asker kiralamaya devam etmişlerdir.

---

*Juris Publici* adlı yapıtının birinci kitabı olan *De Rebus Bellicis* (1737) bilhassa zikredilmelidir.

<sup>106</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 59.

<sup>107</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 59; Merry E. Wiesner-Hanks, *Erken Modern Dönemde Avrupa*, s. 368.

<sup>108</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 60.

<sup>109</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 60.

Yeni devletler, bölünmez ve sürekli egemenliğin verdiği bütün gücü kullanarak, bu egemenliğin topraklarının bütünü üzerinde uygulanmasından taviz vermeme düşüncesindeydiler. Toprak, devletin *dominium* ve *imperium* yetkilerini kullandığı sahadır. O dönemde bir toprak parçasının sahipliğinin kazanılmasının ve sınırların belirlenmesinin farklı yöntemleri vardı<sup>110</sup>. Bir toprağın kazanılması, *terra nullius* kategorisindeki bir toprağın keşfi, keşfi takiben sahiplenme, fetih ve devletlerarası bir muamele olan barış antlaşması ile olabilirdi.

Avrupa’da egemenlik sahibi modern ulus-devletlerin belirmeye başlaması, XV’inci yüzyılda Amerika’nın Batılı Hıristiyanlar tarafından keşfi ve İspanya’nın hâkimiyeti altına girmesi, Avrupa tahtlarının, ideolojik ve hukukî olarak, *Respublica christiana*’dan farklı olarak, yeni bir uluslararası topluluk anlayışına doğru yol almalarını doğurmuştur<sup>111</sup>. Bu uluslararası topluluğun mensuplarının birbirleriyle olan, savaş ve barış üzerine kurulu ilişkilerini düzenleyecek bir hukuk düzenine olan ihtiyaç, kendini belli etmeye başlamıştı. Bu hukuk düzeninin teorisi, Ortaçağ tanrıbilimci ve hukukçu yazarları tarafından işlenen *jus gentium*, *bellum justum* ve *jus humanae societatis*<sup>112</sup> gibi öğretiyeye ilişkin esas ve temellerden yararlanmakla birlikte, egemenlik ve egemenlerin birbirleriyle olan ilişkileri ve taahhütlerinin hukukî değeri gibi Ortaçağ düşüncesi bakımından yepyeni kavramlar üzerine kurulmak zorundaydı.

Yeniçağ kendine özgü, Avrupa Kamu Hukuku (*Jus publicum europaeum*), Egemenlerarası Hukuk (*Jus inter potestates*) gibi belli başlı yeni kavramları da beraberinde getirmişti. Etraflarındaki dünyanın değiş-

<sup>110</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 61.

<sup>111</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 47.

<sup>112</sup> Kavramı ilk kez bu ifade ile kullanan, İtalyan kanonist, Giovanni d’Andrea’dır (1270–1348). Nihayetinde XIV’üncü yüzyılda, Hıristiyan dünya ile “imansızlar dünyası” arasındaki ilişkiler sorunu, insanlık üzerine genel bir kavrayışın işlevi ile ilgili olarak çözümlenir. Bazı kanonistler dünyanın sınırları belirli ülkeler ve kurumlar üzerinden paylaşılması ile nitelik kazanan bir kavimler hukuku, *jus gentium* karşısında, insanların iletişim ve dolaşım haklarını (*droit des communications et des circulations humaines*; bkz. Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 27) evrensel olarak tanıyan bir insanlık toplumu hukukunu, *jus humanae societatis* tasarlama anlayışını savunmuşlardır. Bu gelişmenin önde gelen mimarı, doğal hukuka ve kavimler hukukuna insanlık toplumu hukukunu (*jus humanae societatis*, *droit de Société humaine*) ekleyen Giovanni d’Andrea’dır; bkz. J. Moreau-Reibel, “Le droit de Société interhumaine et le *jus gentium*”, *Recueil des Cours*, 77 (1950-II), s. 515.

mekte oluşu, düşünürleri, bu dünyayı anlamak ve anlamlandırmak üzere çalışmaya sevk ediyordu. Bu çalışmalar içerisinde, yeni uluslararası topluluğun hukuk düzeninin teorisine ilişkin incelemeler de ağırlıklı bir yere sahipti. Eldeki makalenin ikinci bölümü bu teorik gelişmeyi konu edinmektedir.

## II- TEORİK DÜZLEM

Ortaçağın sonlarında hazırlanmaya başlayan koşullar, XVI'ncı yüzyılda büyük değişimler şeklinde netice vermiştir. Büyük coğrafi keşiflerin gerçekleştiği ve Avrupa'da egemen devletlerin kurulduğu bu çağ, Rönesans insanların uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk hakkında geniş bir düşünce ufku açmıştır. Gerekliliklerden ötürü doğan bu ilgi neticesinde uluslararası hukukun teorik temelleri bilimsel bakımdan da oluşmaya başlamıştır. *Jus gentium*, birkaç teolog, asker, hukukçu entelektüelin ilgi alanına girmekte ve onlar bu konuda çalışırken, bir yandan Ortaçağın ve hatta Antikitenin düşünce mirasından, diğer yandan ise zamanlarının gerçeklerinden etkilenmekteydiler.

Teorik düzlem olarak adlandırdığımız bu bölüm altındaki iki başlıkta sırasıyla, İspanyol teologların ve asker-hukukçu yazarların ortaya koydukları öğretiyi ele alınacaktır. Bu öğreti aşaması, XVII'nci ve XVIII'inci yüzyıllarda oluşturulan klâsik öğretinin öncelidir ve onu hazırlamıştır. Bu bakımdan Grotius öncesi bu dönemi, erken klâsik dönem olarak adlandırmak uygundur. Disiplinin klâsik öğretisi içerisinde, *De jure belli ac pacis* adlı yapıtı, Grotius'a, uluslararası hukuk disiplininin kurucu yazarları arasında en başta yer alma onurunu sağlayacak kadar önemli bir yapıt olmuştur. Bu bakımdan erken klâsik dönemi, Vitoria ile başlatıp Grotius'a kadar ilerletmek ve Grotius'la da klâsik dönemi başlatmak isabetli gözükmektedir. Bu dönemsel ayrışmanın temelinde ise, disipline dair kavrayış tarzı bulunmaktadır: Grotius, disiplini, seküler ve rasyonalist temellere kavuşturan yazardır. Bu nedenle dönemlendirmeyi ondan öncesi ve sonrası olarak tasarlanmanın anlamlı gerekçeleri vardır.

Klâsik dönemde eser veren Hugo Grotius (1583–1645), Samuel von Pufendorf (1632–1694), Richard Zouche (1590–1660), Cornelius van Bynkershoek (1673–1743), Samuel Rachel (1628–1691), Johann Jakob Moser (1701–1785), Georges-Frédéric de Martens (1756–1821), Christian von Wolf (1679–1754), Emer de Vattel (1714–1788), William Penn (1644–

1718), Saint-Pierre (1658–1743), Eammanuel Kant (1724–1804), Jeremy Bentham (1748–1832) gibi yazarlardan önce Francisco de Vitoria (1480–1546), Domingo de Soto (1494–1570), Luis de Molina (1536–1600), Fernando Vasquez de Menchaca (1512–1569), Bartolomé de Las Casas (1474–1566), Juan Ginés de Sepúlveda (1490–1573), Francisco Suarez (1548–1617), Pierino Belli (1502–1575), Balthazar de Ayala (1548–1584) ve Alberico Gentilis (1552–1608) gibi yazarlar öğretinin temellerini atmışlardır.

### A- İspanyol Teologlar

Uluslararası hukuk düşüncesinin öncü düşünürleri, öncelikle İspanyol ilâhiyatçılar ve onları takiben Kilise mensubu olmayan, orduların bünyesinde görev yapan laik hukukçulardır. Bu bakımdan uluslararası hukuk düşüncesi bir yandan teoloji ve öte yandan Kilise mensubu olmayan düşünürler dolayısıyla seküler ahlâk etkisinde gelişmiştir.

Teologlar bakımından, özellikle Yenidünyada sürdürülen sömürgecilik ve yerlilere karşı ya da Avrupalıların kendi arasında ve Müslümanlar ile devam eden savaşların haklılığı meseleleri, üzerinde durulması gereken öncelikli ahlâkî sorunlardı. Ahlâk yasaları, bu teologlara göre, Tanrı, doğa ve insan arasındaki ilişkileri yöneten ilâhî ve tabii kozmolojik ve evrensel yasalardan kaynaklandığı için, mesele dinî ve felsefî bir sorundur aynı zamanda. Bu “mitolojik yaklaşım”, teologların, elbette bilimsel anlamda hukukî eserler yazmak amacıyla olmadıklarını göstermektedir. Bununla beraber, çalışmaları, uluslararası hukuk bilimi ve onun düşünce tarihi bakımından önemli sonuçlar yaratmıştır. Gerek teologlar, gerekse militer hukukçular tarafından ortaya konan çalışmalar, uluslararası hukuk disiplinin doğumunda, ilk modern düşünceleri ortaya koyarak, disipline kuramsal temeller sağlamıştır.

XVI'ncı yüzyıl, İspanya'nın gücünün Avrupa'da etkin olduğu, İspanya'nın altın asrıdır<sup>113</sup>. İspanya'nın siyasî parıltısı, bir dizi eserle taçlandırılır.

<sup>113</sup> Cemal Bâli Akal, İspanyol Altın Çağı'nı 1492'de Amerika'nın keşfi ile başlatır. XVI'nci yüzyılın başlangıcından, XVII'nci yüzyılın ortalarına kadar uzanan yaklaşık yüz elli yıllık bir dönem, İspanyol uygarlığının, felsefe, edebiyat, sanat, dinî düşünce alanlarında görkemli bir çıkış yaptığı bir dönemdir. Ayrıca bu dönem, hukuk ve siyaset bilimleri açısından, İspanya'nın modern devlet, insan hakları ve uluslararası hukuk kavramlarını Batı düşüncesine kazandırdığı dönemdir; Cemal Bâli Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 28.

miştir: Edebiyatta Cervantès, resimde LeGreco, mistisizmde Thérèse d’Avilla ve Jean de la Croix ve büyük bir üniversite: Salamanka Üniversitesi.

İki isim siyasî düşüncede ve uluslararası hukuk literatüründe özellikle önemlidir<sup>114</sup>: Vitoria ve Suarez. İkisi de Akinolu Tommaso’nun disiplinin-den gelmektedir<sup>115</sup>. Bu iki düşünür, hukukun yeni uluslararası alanlarında düşünce üretmişlerdir. Bağımsız bir biçimde düşünce üretebilmelerinin nedeni, XVI’ncı yüzyılda Reform ertesinde, Hıristiyan güçlerin Roma’dan kopmasıdır. Bir diğer neden de, Hıristiyan prensler arasında, keşfedilen yeni toprakların paylaşılmasından kaynaklanan tartışmalar yüzünden, tek bir Kili-se hukukunun ya da İmparatorluk hukukunun uygulanmasının mümkün olmamasıdır.

Fetih sorunu, ileride uluslararası hukuk olarak anılacak şey üzerine düşünmeyi elzem kılmıştır<sup>116</sup>. Bu bağlamda, İspanya, yeni düşüncelere elverişli entelektüel konumuyla, teolojik ve hukukî bakımdan uluslararası topluluk ve onun savaşa ve barışa yönelik hukukî düzeni üzerinde doktriner gelişmeye önderlik etmiştir.

### 1- Francisco de Vitoria

1522’de Fransa’da Sorbonne Üniversitesi’nde doktorasını tamamlayan ve vatani İspanya’da Salamanka Üniversitesi’nde teoloji profesörü ve kürsü başkanı olan, teolojide Akinolu Tommaso’nun izleğini takip eden<sup>117</sup>

<sup>114</sup> Carl Schmitt, *The nomos of the earth in the international law of the Jus Publicum Europaeum*, trans. G. L. Ulmen, Telos Press Publishing, New York, 2006, s. 119; e-okuma için bkz. [http://books.google.com.tr/books?id=Qayg5HqaY18C&pg=PA164&dq=Bynkershoek&ei=TtPmTsffLozNUZH\\_6IEK&hl=tr&cd=3#v=onepage&q=Bynkershoek&f=true](http://books.google.com.tr/books?id=Qayg5HqaY18C&pg=PA164&dq=Bynkershoek&ei=TtPmTsffLozNUZH_6IEK&hl=tr&cd=3#v=onepage&q=Bynkershoek&f=true) (13.12.2011).

<sup>115</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 35–37.

<sup>116</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 37–40.

<sup>117</sup> Francisco de Vitoria’nın entelektüel kimliğini kavrayabilmek için Tommaso hakkında asgarî bir bilgi sahibi olmak gereklidir; bkz. yukarıda dipnot no. 44. Akinolu Tommaso’nun (Lâtince *San Tommaso d’Aquino*, 1226–1274) gerçek uğraşı Aristoteles’in felsefesinin ilkeleri ile Katolik dogmaları uzlaştırmaya çalışmak olmuştur. Tommaso’nun katkıları Vitoria’nın çalışmalarını da kuvvetle etkilemiştir. Kendisine, döneminde, “Tanrı Habercisi Bilgin”, “*Doctor Angellicus*”, lâkabı verilen Tommaso, 1323’te Papalık tarafından azizler listesine de kabul edilmiştir. Ortaçağ Skolâstik düşünürlerinin en önde geleni ve Katolik ilâhiyatının sistemleştiricisi olarak kabul edilen bir İtalyan Dominikenidir. Napoli Üniversitesi’nde, Arapça ve Yunancadan yeni çevrilen



felsefî ve bilimsel yapıtları okuma fırsatı bulmuştur. Dominiken tarikatının da etkisiyle doğduğundan beri içinde yaşadığı feodal dünyanın ve yetiştiği manastır düzeninin dışına entelektüel olarak bir adım atabilmiştir. Üniversite kürsüsünde Meşşai filozoflara olan derin saygısı nedeniyle Müslüman kıyafeti ile ders anlatan hocası Albertus Magnus'un (1193–1280) da etkisiyle, Hıristiyanlıkta on iki yüzyıldır etkili olan Plâtonculuğa karşı Aristotelesçi bir felsefî temel edindi. Albertus Magnus için bkz. Will Durant, *The Story of Civilization: Part IV*, ss. 1003–1015. Plâtonculuk, Hıristiyanlık rengine de bürünse de, özündeki idealar evrenini yücelten tutumuyla öte dünyacı bir mistisizmi kıskırtmakta ve bu dünyayı aşığılamaktaydı. Bu dünyadan Plâtoncu mistik kaçış feodal dünyanın fakirliğinde, anarşisinde ve zulmünde yerleşecek elverişli ortamı bulmuştu. Tommaso'nun zamanında, Müslümanların entelektüel etkisiyle Aristotelesçi düşüncenin yaygınlaşması, dindar Hıristiyanlar arasında tepkilere yol açıyordu. Kilise yetkilileri gençleri baştan çıkardığı gerekçesiyle bu tür doğacı ve usçu düşüncelere karşı savaş açmışlardı. Ama Hıristiyan dünyası ve ilâhiyatçıları tarihte ilk kez bilimsel usçuluğun talepleri ile karşı karşıya gelmişti. Bu arada teknik gelişmeler, kent yaşamına geçişi hızlandırıyor, yeni kuşaklar dünyevî yaşamı aşığılayan geleneksel anlayışa tepki gösteriyor, akıl aracılığıyla doğa güçlerine egemen olmaya çalışıyordu. Bu ortamda, zihinsel etkinliği öne çıkaran yapıyla Aristoteles felsefesi çok sayıda yandaş buldu. 1268'den itibaren Paris Üniversitesi'ne katılan Tommaso, İslâm felsefesinin önemli temsilcisi İbn Rüşd'ün görüşlerinin etkin olduğu bir ortama girdi. Tommaso, İbn Rüşd yorumuyla Aristotelesçi kavramları kullanarak, inancın sınırları içinde aklın kendi yasalarına bağlı olarak işlediğini savundu. Tommaso'nun savunduğu felsefî teoloji, us ve inanç konusunda mantıksal netice olarak doğa gerçeklerindeki temel tutarlılığın kabul edilmesini gerektiriyordu. Doğanın kendine özgü zorunlu yasaları vardı, bu olgunun kabul edilmesi akla uygun bir bilimin oluşturulmasına olanak verecekti. Her şeyi gölgeleyen bir doğaüstü dünya, insanın hayal gücünü de aklını da bulanıklaştırmıştı. Dinsel dogmalar ne derse desin, gerçek bir dünya vardı ve onun keşfedilen yasaları dindeki yerini de almalıydı; İnsan, Tanrı'ya, daha usçu yollardan ulaştırılmalıydı. Aynı dönemde üniversitelerde Roma hukuku yeniden ele alınıyor ve doğal hukuk çözümlemelerine gidilerek kilise ilâhiyatçılarının karşısına güçlü savlarla çıkılıyordu. Gelenekçi ilâhiyatçılar bu savları ilâhî takdir inancını sarsacağı gerekçesiyle reddettiler. Tommaso, doğadaki belirlenimlerle birlikte insan özgürlüğünün de ussal olarak varolduğunu ileri sürmekteydi. Tanrı, yarattığı evrende, her şeyi sürekli olarak harekete geçirmekteydi ve Tanrısal takdire göre her varlık kendi doğasına uygun davranmalıydı. Bu özerklik en yetkin biçimde insanda mevcuttu ve insan kendi aklı ile fizikî ve iradî varoluşunda kendi hareketini kendisi belirlerdi. Bu özgürlük ona, Tanrısal bir lütuf ve özgürlüğünün temeli Tanrı ile olan bu ilişkisindediydi. 1277'de Paris'te Kilisenin yüksek yargı organı, Tommaso'nun, insanın doğası ve dünyanın birliği ile ilgili on iki savını lânetledi. Bu lânetlemenin kökeninde Hıristiyanlığın açıklanması için Aristoteles'in kavramlarının ve onun Müslüman yorumcularının görüşlerinin kullanılması bulunuyordu. Ancak geçen zaman içinde Dominiken tarikatı onun öğretisini benimsedi ve 1323'te Papa onu aziz ilân etti. 1400–1650 yılları arasında öğretisi gittikçe daha çok yorumcunun ilgisini çekti ve görüşleri güçlendi. Bu öğretinin esası, akla hak ettiği yeri vermek ve geçici ve doğal olanın alanını, uhrevî ve doğaüstü olandan açıkça ayırt etmektir. Gerçek dünyada insan hareketlerinde özgürdür ve onlardan sorumludur. Bir savaşın haklı olup olmadığına karar verilirken de insan aklı bu özgürlüğünü kullanmalı ve sorumluluğunu tanımalıdır. İnsanlar arasında bir savaşın haklılığı için imanlı-kâfir ayrımı ya-

Dominiken tarikatına mensup Francisco de Vitoria'nın<sup>118</sup> (1480–1546) “kamu hukuku” ve “uluslararası hukuk” hakkındaki kuramı, derslerinin üç der-

pılması insan doğasının birliğine aykırıdır. Uluslararası hukukun gelişim tarihi içerisinde Tommaso'nun bu düşüncelerine karşın, Hıristiyanlık içerisindeki şiddetin meşrulaştırılması bakımından onu ağır biçimde eleştirilen görüş de mevcuttur. Günümüzden Tommaso'ya getirilen bu eleştirilerin ona yönelmesinin nedeni bazı İncil pasajlarını engizisyoncuları cesaretlendirecek tarzda yorumlamış olmasıdır. Örneğin Matta İncili'nde geçen bir alegoriden (Matta, 13.24–30) kalkarak heretiklerin (dinsel sapkınların) yakılmasına izin vermiştir; bkz. Kadir Albayrak, Semavi Dinlerde Barış ve Şiddet İkilemi, ss. 165–166. Bu eleştiriler akılda tutulmakla birlikte, uluslararası hukuk öğretisinin oluşturulması bakımından, Tommasocu görüşler, Sinnibaldo Fieschi'den (y. 1190–1254; 1243'te IV. İnosan namıyla papa seçilmiştir) ve Raymon de Penyafort'dan (y. 1180–1275) geçip, XVI'ncı ve XVII'nci yüzyılların başta Vitoria olmak üzere İspanyol hukukçu ve teologlarınca işlenen ve Cajetan'a (1469–1534), Alberico Gentilis'e (1552–1608) ve Hugo Grotius'a (1583–1645) vararak derinleştirilen Tommasocu anlayış önemli bir gelenek yaratmıştır.

<sup>118</sup> Francisco de Vitoria'nın Dominiken oluşunu anlamlandırmak için bazı kısa bilgiler verilmelidir. Skolâstisizm, felsefe tarihinde, özellikle Ortaçağda, Hıristiyanlığın yerleşik inançları ile geleneksel felsefe sorunları arasında ilişki kuran çeşitli sistem ve eğilimlere verilen addır. Lâtince *schola* (okul) sözcüğünden türetilmiş, dinsel açıdan kabul gören felsefi görüşleri nitelenmek için kullanılmıştır. Skolâstik ilâhiyat akımlarından en önemli ikisi, Duns Scots'un [1266–1308; aklın vahye ve dine yabancı dünyevî bir araç olduğunu savunarak teolojiyi kurtarmaya çalışırken “istemeyerek” teolojinin alanını daraltmış ve Ockhamlı William'ın (XIV'üncü yüzyılda metafiziksel ve epistemolojik kabulleri reddedererek bilgiyi radikal ampirizme dayandırmıştır; bkz. Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, ss. 367–373) hazırlayıcısı olarak modern düşünceye giden yolun taşlarını döşeyenlerden biri olmuştur; bkz. Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, ss. 360–367] izleyicileri olan Fransiskanlar ile Akinolu Tommaso'nun (ö. 1274) izleyicileri olan Dominikenlerdi; bkz. Will Durant, The Story of Civilization: Part IV, ss. 792–804. Fransiskanlar Tanrı'nın mutlak bir özgürlük içinde yarattığı dünyada “tam ve kesin zorunlu nedenler”in bulunamayacağı görüşündeydi. En başta İbn Rüşd ve İbn Sina'nın yapıtlarıyla Avrupa'ya ulaşan Aristotelesçi görüşleri benimseyen ve akılcı çıkarımlara ve mantıksal tutarlılığa büyük önem veren Akinolu Tommaso'nun izinden giden Dominikenler ise, inancın genel olarak akılcılığı varsaydığını dolayısıyla da gerektirdiğini kabul ediyorlardı. Fransiskanların görüşü, üzerine bilimsel bir bilgi kurulabilecek “kesin ve anlaşılabilir doğa yasaları”nın varlığını ve bunların akılcı bir biçimde araştırılması yolunu kapatırken, Dominikenlerin görüşü, bilimsel araştırmanın kapısını düşünsel olarak kapatmamaktaydı. İslâm düşüncesinde Farabi, İbn Sina ve Batı'da en çok okunan İbn Rüşd gibi Meşşai filozofların öne sürdüğü gibi, Dominikenler de, akılcı bir biçimde araştırılması gereken doğa yasalarının varlığını kabul etmekteydi. “Tabiat Kanunu Fikri” için bkz. Hilmi Ziya Ülken, Bilim Felsefesi, Ülken Yayınları, İstanbul, 1983, ss. 4–30; [Meşşaiyun, İslâm düşüncesinde Aristotelesçi geleneği izleyen felsefecilere ve felsefe akımına verilen addır. Kindi, Farabi, İbn Sina ve İbn Rüşd gibi büyük Meşşai filozoflar, Aristotelesçilikten olduğu gibi Yeni-Platoncu yorumdan ve Hermetika geleneğinden de önemli ölçüde etkilenmişlerdir. Bu bakımdan Hellenistik niteliği ağır basmaktadır, ama Meşşailer her alanda İslâm metafiziğinin Aris-

lemesinde yer almaktadır<sup>119</sup>. Francisco de Vitoria, tıpkı yerel siyasal topluluk olan “*Respublica*”<sup>120</sup> gibi uluslararası topluluğun da doğal hukuk üzerine

---

totelesçi felsefe sistemine karşılık düşen boyutlarını dikkate alarak iki geleneği birleştirmeye çalışmışlardır. İslâm’ın temel inançlarına ters düştüğü iddiaları karşısında İslâm düşüncesi içerisinde bir süre sonra etkisini yitirmiştir. Aristoteles evrenin başlangıçsız ve yaratılmamış olduğunu savunduğundan, evrenin Allah’ın eseri olduğunu kabul eden Meşşailer en büyük felsefi güçlüğü bu husus üzerinde yaşadılar. Aristotelesçi felsefenin bu noktadaki fikrî otoritesi altından ne tam anlamıyla sıyrılabildiler ne de bu başlangıçsızlık düşüncesini tam anlamıyla yadsıyabildiler. Bu noktada çözümü Yeni-Plâtonculuktan esinlenerek geliştirdikleri sudur (olma, meydana gelme, sâdır olma) görüşünde aradılar. Genel olarak dinle ilgili yorumlarının İslâm toplumunca kabul edilmesi olanaksız olduğundan, Gazali’nin Meşşai öğretilerine yönelttiği ağır eleştiri bu nedenle akımın kısa sürede sona ermesini sağlayacak ölçüde etkili olabildi. Bu noktadan sonra kelâmın, bilgi kuramı ve metafiziği de içine alan felsefi bir düşünce sistemi biçiminde gelişmesi ortaya çıktı. Bu doğrultudaki felsefi düşüncenin ilk temsilcisi de kelâmcı filozof Fahreddin Razi (ö. 1209) oldu; bkz. Seyyid Hüseyin Nasr, Oliver Leaman, İslâm Felsefesi Tarihi, çev. Şamiş Öçal, Hasan Tuncay Başoğlu, Açılım, İstanbul, 2011, 3 Cilt]. İslâm uygarlığında Gazali ve kelâmcılar mücadeleyi kazanıp, Müslüman filozofların ve İbn Rüşd’ün öğretisi gözden düşürülürken, Hıristiyan Avrupa’da, Tommasoculuk diye bilinen usçu görüş üstün geldi ve Akinolu Tommaso’nun ünlü *Summa theologica*’sı (1265–1273; İlahiyat Toplu Yapıtı) Skolâstisizmin temel yapıtı sayıldı. Skolâstisizm, Ortaçağda Avrupa’da eğitimde tek ve en önemli okul olurken, özellikle Dominikenler eliyle üniversite eğitiminin Hıristiyan Batı’da kurucusu olmuştur. Öte yandan Dominikenler, Güney Fransa’da Albi heretiklerine (Katarlar), İspanya’da ise Müslümanlar ile Yahudilere karşı vaazlar verdiler. Doğu Avrupa’da Hıristiyanlığın yayılmasında çalıştılar. Enkizisyonun yönetimini üstlendiler. Skolâstisizmin felsefe tarihi açısından olumsuz yanı, felsefeyi dine bağımlı duruma getirmesidir. Olumlu etkisi ise Aristoteles’ten gelen mantıksal geleneği son derece keskin bir düşünme aracı olarak geliştirmesi, felsefede açık bir biçimde kanıtlanmamış hiçbir görüşün kabul edilmemesi anlayışının önemli örneklerini vermesidir. Skolâstik felsefe için ayrıca bkz. Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, ss. 307–375. Skolâstik üslup, Vitoria’dan Grotius’a değin uluslararası hukuk öğretisinin en önemli kurucularının da yapıtlarına egemen olan yazım metodudur

<sup>119</sup> Vitoria Francisco de, *De protestate civili, De Indis, De jure belli: Leçons sur le pouvoir politique*, çev. Barbier, Paris, J. Vrin, 1980; Vitoria Francisco de, *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, çev. Barbier, Genève, Droz, 1966; Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, ss. 64–66. Vitoria biyografisi için bkz. Uzun Ertuğrul, Uzun Elif, “Uluslararası Hukukun Temelleri ve Francisco De Vitoria”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 5, Sayı: 18, 2009, ss. 40–43. Vitoria’nın eserleri şunlardır: *De potestate civili*, 1528; *De potestate Ecclesiae*, 1532; *De Indis*, 1532; *De Jure belli Hispanorum in barbaros*, 1532; *Relectiones Theologicæ*, 1557; *Summa sacramentorum Ecclesiae*, 1561; Vitoria’nın eserlerinin toplu bir yayını için bkz. Anthony Pagden, Lawrence Jeremy, *Vitoria: Political Writings*, Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge 2001; [http://books.google.com.tr/books?id=IQQZoviOw7cC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22francisco+de+vitoria%22&hl=tr&ei=5VkMTqbIM4fJswbAmJCRDw&sa=X&oi=book\\_result&ct=bookthum](http://books.google.com.tr/books?id=IQQZoviOw7cC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22francisco+de+vitoria%22&hl=tr&ei=5VkMTqbIM4fJswbAmJCRDw&sa=X&oi=book_result&ct=bookthum)

kurulu olduğunu üzerine basa basa vurgulamıştır<sup>121</sup>. Kavramın en geniş tanımıyla iktidarın (*dominum*) meşrûiyeti, dinden bağımsızdır<sup>122</sup>. Buna karşılık Kilise, “pozitif dinî hukuk”a tâbidir. Kilisenin iktidarı, papanın elinde, doğrudan doğruya sadece vaftiz olmuşların üzerinde uygulanırken; ancak uhrevî bir fayda söz konusu olduğu oranda dolaylı olarak, dünyevî olan üzerinde uygulanır<sup>123</sup>. Bu nedenle Vitoria’nın, Ortaçağdaki Papalık hukukçuları olan kürialistler<sup>124</sup> gibi *plenitudo potestatis*’de<sup>125</sup> gözü olmamıştır<sup>126</sup>.

---

bnail&resnum=1&ved=0CC0Q6wEwAA#v=onepage&q&f=false (30.06.2011); Vitoria üzerine ayrıca bkz. Brown James Scott, The Spanish Origin Of International Law – Francisco Vitoria And His Law Of Nations, The Lawbook Exchange Ltd. Union; New Jersey, 2000; [http://books.google.com.tr/books?id=\\_LBIpmkOzviC&printsec=frontcover&dq=in+author:%22francisco+de+vitoria%22&hl=tr&ei=\\_1kMTqCgNM\\_IswaD55zxDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&ved=0CDQQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.tr/books?id=_LBIpmkOzviC&printsec=frontcover&dq=in+author:%22francisco+de+vitoria%22&hl=tr&ei=_1kMTqCgNM_IswaD55zxDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CDQQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false) (27.07.2011).

- <sup>120</sup> Cemal Bâli Akal, *Respublica* kelimesini “devlet” olarak çevirmenin, Vitoria’ya söylemediği bir şeyi söyletmek olacağını belirtmektedir; biz de bu nedenle konumuz itibarıyla *respublica* ifadesinden anlaşılması gerekenin “yerel siyasal toplum” olduğunu belirterek kelimeyi çevirmeden bırakmaktayız; ayrıca bkz. Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 41.
- <sup>121</sup> Vitoria, siyasî bütünü, kamusal güçle donanmış eksiksiz (ya da kusursuz) toplum (*Respublica proprie vocatur perfecta communitas*) diye adlandırır; bkz. Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 41; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 150.
- <sup>122</sup> Vitoria’ya göre, hangi din olursa olsun ve ister özel hukuk alanındaki özel mülkiyet gibi ya da isterse kamusal, ne çeşit iktidar olursa olsun; iktidarın meşrûiyet temeli doğal hukuktan kaynaklanır, herhangi bir dinî sebepten değil; bkz. Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 50.
- <sup>123</sup> Bkz. Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 50.
- <sup>124</sup> Papalara, Roma Katolik kilisesi’ni yönetme görevinde yardım edip, danışmanlık yapan idarî organın (*La Curie*) mensubu. Kûri tabiri kiliseye ilişkin bir kavram olarak ilk kez 1089’da bir Papalık belgesinde kullanılmıştır; Paul Robert, *Dictionnaire, Société Du Nouveau Littré*, Paris, 1972, *Curie* maddesi, s. 395. Ayrıca bkz. Jacques Pirenne, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt 1, s. 388.
- <sup>125</sup> “*Plenitudo potestatis*”i savunmak, “Papalığın otoritesinin uhrevî ve dünyevî tamlığını savunmak” anlamına gelir. Papalık otoritesinin uhrevî ve dünyevî tamlığını (*plenitudo potestatis*) savunan Henri de Suse gibi kürialist okula mensup yazarlar savaşa başvurma hakkının kullanılmasının tekeli papalığın ellerine vermekteydiler. Paris Üniversitesi profesörlerinden ve kardinal Henri de Suse (ö. 1271), XIII’üncü yüzyılda eserleri, dersleri ve görüşleriyle etkili olmuş hukuk âlimidir; bkz. A. Vanderpol, *Le droit de Guerre d’après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge*, ss.13–14. Kâfirlere karşı yürütülecek savaşa ilişkin “bir savaşı haklı kılan şartlar kâfirlere karşı yapılacak savaşlarda da aranacak mıdır?” sorusunda, doğal hukuku, kutsal hukuktan ileri gelen bir normlar man-

Vitoria, kendi çağında oluşmaya başlayan egemenlik kavramı üzerinde düşünmektedir: Egemenliği “*respublica*”yı (ya da toplumu yani “*communitas*”) yönetme hakkı, otoritesi ya da yetkisi olarak tanımlayan Vitoria için, her insan topluluğu, ortak yararı güvence altına alan dünyevî bir otoriteye (*auctoritas*) sahiptir<sup>127</sup>.

Böylelikle Vitoria, siyasal iktidar<sup>128</sup> (egemenlik) sahibi olana, dinî olanın iktidar ve otoritesinden bütünüyle bağımsız bir egemenlik alanı açmaktadır<sup>129</sup>. Ancak gene de Vitoria’da, bir Bodin’de emaresi görüldüğü gibi modern egemenlik anlayışı ile donanmış devlet kuramı ve Johannes Althusius’ta görüldüğü üzere bunun daha ileri bir tasarımı olan toplumsal sözleşme üzerine kurulu siyasal iktidar anlayışı noksandır. Ona göre siyasî iktidarın ilk kaynağında gene de Tanrısal istenç bulunmaktadır: Doğal hukuk ilâhî iradeden neşet eder. Siyasal iktidar bir insan icadı ve insan yaratısı hukukun ürünü değildir<sup>130</sup>. Bu yönüyle Vitoria’nın düşüncelerinin bir kısmı gene de Ortaçağdadır.

Tarihsel olgu olarak Vitoria için “modern bir uluslararası hukuk sorunu”nun doğmasına yol açan belirleyici olay, Güney Amerika’nın Hıristiyanlarca keşfiyle ortaya çıkan fetih sorunudur<sup>131</sup>. Ancak Vitoria düşüncesinde, uluslararası hukukun kuramsal başlangıcı yer bulsa da, söz konusu olan, modern anlamda devletlerin oluşturduğu bir uluslararası topluluğun hukuku

---

zumesi olarak anlayan küriyalist Henri de Suse gibi yazarlar, kâfirlere uluslararası hukukî bir kişilik tanımamakta ve haklı savaş öğretisini onlara kadar genişletmemektedirler. Akinolu Tommaso ile başlayan bir yazarlar silsilesi ise, geçici (*temporel*) ve doğal (*naturel*) olanın alanını, uhrevî (*spirituel*) ve doğaüstü (*supernaturel*) olandan açıkça ayırt etmekte ve bir savaşın haklı olup olmaması bakımından Hıristiyan-kâfir ayrımı yapmaktaydılar; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 27.

<sup>126</sup> Vitoria bu konuya üç *relectiones*’te (konferansta; Vitoria her şeyden önce meslekten bir teoloji hocasıdır; ders vermiş ve öğrenci yetiştirmiştir) eğilmekte: *De potestate Ecclesiae prior* (1532), *De potestate Ecclesiae posterior* (1532) ve *De potestate papae et concilii* (1534).

<sup>127</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 41.

<sup>128</sup> Vitoria’da bu iktidar, salt güce dayalı bir iktidar (*potentia*) değil, hukuk fikriyle donanmış bir iktidar (*potestas*)dır; Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 43.

<sup>129</sup> Bkz. Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 151.

<sup>130</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 47.

<sup>131</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 23–28 ve s. 42; Ertuğrul Uzun, Elif Uzun, “Uluslararası Hukukun Temelleri ve Francisco De Vitoria”, ss. 42–43.

değildir. Vitoria’da, egemen devletler, uluslararası hukukun kurucu ve esas hukukî kişileri (süjeleri) değildir. Bir Rönesans dönemi düşünürü olan Vitoria aynı zamanda bir geçiş dönemi filozofudur ve skolâstik düşüncenin kavramsal bağlamını tamamen aşmamıştır. Bu nedenle Vitoria, modern anlamda devletin ortaya çıkışını ve uluslararası hukukun belirleyicisi ve uzun süre tek kişisi olacağını düşünsel olarak görememiştir. Sanırız Vitoria, bunu çok da arzu etmeyecekti zaten. Onun kuramı kanaatimizce, ulus-devlet ile kayıtlanamamış, uluslarüstü bir insanlık hukukuna, *jus humanae societatis*’e yakın durmaktadır.

Vitoria’nın uluslararası hukuku anlatmak için kullandığı *gent*’ler (kavimler, halklar) hukuku (*jus gentium*) ifadesi, ulus-devletleri esas almayan, belirsiz bir anlama sahip, bulanık bir tabirdir. Vitoria’nın düşüncesinde söz konusu olan daha çok, dünya insanların oluşturduğu topluluklar ve bu insan topluluklarının oluşturduğu küresel-evrensel bütündür<sup>132</sup>. Bu taraflıyla Farabi’yi anımsatır<sup>133</sup>. Aslında bu düşüncenin dar modern kalıpla klâsik

<sup>132</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 42.

<sup>133</sup> Vitoria’dan geriye doğru Moşe ben Maymon (1135–1204), İbn Rüşd (1126–1198) ve diğer Endülüslü filozoflar [İbn Meserre (883–931), İbn Bacce (1095–1138) ve İbn Tufeyl (1106–1186) gibi] ve onlardan da Müslüman-Türk düşünür Farabi’ye (870–950) doğru, XVI’ncı yüzyıl İspanyol düşüncesi ile İslâm Aristotelesçiliği (Meşşaiyun, bkz. Hilmi Ziya Ülken, *İslam Felsefesi*, Cem Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 107) arasında bağ vardır. Farabi, siyaset ve toplum düşüncesinde de yapıt vermiş ve politik felsefede iz bırakmıştır. Farabi, Plâton’un eserlerini okumuştur ve Aristoteles’i çok iyi tanıyordu. Diğer Yunanlı filozofları da incelediği Stoacılığın kurucusu olan Zenon’un bir risalesine yazdığı şerhten anlaşılmaktadır; bkz. Abdullah K. Yörük, “Fârâbî’nin Siyasî Felsefesi”, *Fârâbî Tetkikleri*, s. 87. Bu çerçevede Stoacılar olduğu gibi Farabi’de de siyasal felsefe, halkın ve idarecilerin ahlâkı gözden uzak tutulmadan ele alınmıştır. Filozofa göre ahlâk bilgiden ileri gelir. Farabi, Plâton’un filozof-kral ve tanrısal yasa (*nomos*) anlayışı ile İslâm’ın Peygamber-yönetici ve Şeriat ilkelerini birleştirmeyi denemiştir. Farabi’nin, siyasal felsefe hakkındaki en önemli ve tanınan eserleri *El-Medinetü’l Fâzıla* (Fazıl Şehir Halkının Fikirleri) ve *Kitâb-ül-siyâset-il-medeniye* (Şehir Siyaseti Kitabı) adlı kitaplarıdır (risaleleridir). Farabi’ye göre, Eflâtuncu bir bakış açısıyla, insanın tabiatına has mükemmelliğe ulaşması için hemcinslerinin yardımına ihtiyacı vardır. Hayvandan farklı olarak insan doğa tarafından varlığının korunması ve gelişmesi için lüzumlu her şeyle donatılmamıştır. İnsan fizikî, fikrî ve ahlâkî ihtiyaçlarının tam olarak tatminini ancak toplum sayesinde bulur. Toplum ya mükemmeldir ya da değildir. Mükemmel toplum üç çeşittir: Üst, orta ve alt. Üst olan tek bir politik örgütlenme altındaki tüm meskûn dünyadır. Orta olan meskûn dünyanın belli bir yerinde yerleşmiş bir millettir. Altta olan bir milletin toprağının bir bölümünü temsil eden şehirdir. Mükemmel olmayan toplum da üç çeşittir: Köy, bir şehrin meskûn çevresi ve yuva. Bunlar sadece devletin örgütlenmesine yol açan basamaklardır; bkz. Farabi, *El-Medinetü’l Fâzıla*, çev. Nafiz Danışman, M.E.B., İstanbul,

“devletler hukuku” kavramını aşan (ya da yıkan), devlet ve ulusötesi insanlık hukukuna, uluslarüstü ve insanlararası hukuka yakın bir kuramsal duruşu da vardır<sup>134</sup>. Vitoria’da kanaatimizce skolâstiğin *jus gentium*’undan ziyade, insanların iletişim ve dolaşım haklarını evrensel olarak tanıyan bir insanlık toplumu hukukunu, *jus humanae societatis*’i, düşünüş vardır.

Uluslararası topluluk insan doğasının ayrılmaz bir unsuru olan toplumsallaşmadan ileri gelir ve insan türünün bütününe kapsar. Vitoria bu evrensel bütünü yeniden adlandırmakta ve ona “*orbis*” demektedir. *Orbis*, halkların, ulusların ve devletlerin bütünüdür<sup>135</sup>. *De potestate civili*’de (1528), Vitoria, *orbis*’e hukukî bir kişilik tanır ve onun belirli bir anlamda (*aliquo modo*) tek bir siyasal bütün (*una respublica*) oluşturduğunu savunur. Bu olgudan da şu husus çıkmaktadır ki, bütün halklar arasında doğal hukuktan kaynaklanan ve geçersiz kılınamayacak bir iletişim hakkı, *jus naturalis communicationis* bulunmaktadır.

Uluslararası topluluk evrensel bir biçimde insanın toplumsallaşma doğasının bir sonucudur. Bu evrensel toplumu bağlayan hukuk *jus gentium*’dur. Vitoria bu hukuku iki boyutlu anlar: Bir taraftan Roma hukuku geleneği uyarınca<sup>136</sup> *jus gentium*, insan türünün müşterek hukukudur<sup>137</sup>; diğer taraftan,

---

1990, s. 79. “Büyük topluluk, yeryüzündeki bütün insanlardan ibarettir” diyen Farabi, X’uncu yüzyılda siyasal felsefede, insanlığın tek bir büyük topluluk olduğunu belirtmekte ve üstelik bunun en “kâmil topluluk” olduğunu da tespit etmektedir. Farabi şöyle devam eder: “Mahallenin ve köyün her ikisi de şehre tâbidir; şu farkla ki köy, şehre hâdim olması itibarıyla; şehre bir cüz’ü olmasıyla tâbidir. Bu kabilden ev, sokağın bir cüz’ü, şehir millet topraklarının bir cüz’ü, millet de Dünya nüfusunun bir cüz’ü sayılır”; Farabi, El-Medinetü’l Fâzıla, s. 79. “Sakinlerinin –ancak saadete erişmek maksadıyla– yardımlaşmaları bir şehir fazıl bir şehir olur. Zaten saadete erişmek maksadıyla kurulan her topluluk da fazıl bir topluluk sayılır. Onun içindir ki, bütün şehirleri –saadete erişmek maksadıyla el ele vererek– çalışan bir millet de fazıl bir millettir; bütün milletleri, saadete ulaşmak maksadıyla elbirliğiyle çalışan bir Dünya da fazıl bir Dünya olur”; “Büyük topluluk, yeryüzündeki bütün insanlardan ibarettir”; bkz. Farabi, El-Medinetü’l Fâzıla, s. 80. Farabi’de ve Stoacılığın kurucusu Zenon’da “beşeriyete şamil cemiyet fikri” tabiri için ayrıca bkz. Abdullah K. Yörük, “Fârâbî’nin Siyasî Felsefesi”, s. 96. Stoacılık için aşağıda biz. dipnot no.

<sup>134</sup> Hâlihazırda “uluslararası hukuk”, ne bu kadar geniş bir anlayışta, ne de “devletler hukuku” kadar dar bir yapıdadır.

<sup>135</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 50.

<sup>136</sup> Roma, hükümranlığı altına aldığı halklar ile hukuken bir arada yaşama yoluna gitmiştir. *Jus gentium*, kişiler arasındaki ilişkileri, insanların kökenlerine temas etmeksizin düzen-

lemektedir. Lâtincede *gens* kökü, klan, aile, ırk, soy; kabile, halk, ulus anlamlarına gelmektedir; bkz. Sina Kabağaç, Erdal Alova, Lâtincede Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1995. *The Law of The Nations* – Kavimler Hukuku anlamı için ayrıca bkz. Will Durant, *The Story of Civilization: Part III*, ss. 404–406. *Gentium* tabiri halklar anlamına gelmektedir. *Jus gentium*, fethedilen halkla, fetheden halkın, emperyal ve kozmopolit ideoloji uyarınca, aynı Roma kurumlarına tâbi olarak birlikte yaşaması esasına dayalıdır. Çok çeşitli hukukî adetlerin karışımı olmakla birlikte, *jus gentium*, bütün halkların kurallarının doğal olarak, güven, iyi niyet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olduğunu kabul etmektedir. Zamanla *jus gentium*, *jus fetiale*'ye (savaşa, barışa ve anlaşma yapmaya ilişkin Roma dinî kurallarına) göre çok daha fazla önem kazanmıştır. *Jus gentium*, yabancıya hukukî bir koruma sağlama işlevine sahipti. Şayet, yabancıların sitesi ile Roma arasında, yabancıya doğrudan koruma sağlayan bir anlaşma yoksa ancak *jus gentium* bu korumayı sağlayabilirdi. Roma özel hukuku olan *jus civile*'nin yabancıya uygulanabilmesi mümkün olmadığından, onun hukukî durumu ancak *jus gentium*'a göre belirlenebilirdi. *Jus gentium*, yabancılar başyargıcı (*praetor peregrinus*) tarafından uygulanırdı. *Jus gentium*'un giderek önem kazanması ticaretin gelişmesi ile olmuştur. Nitekim *jus gentium*, ticaretin gerektirdiği kozmopolit yapıyı gözetir biçimde gelişmiştir. Bu hukukun ortaya çıktığı tarih, Birinci Pön savaşının sona ermesi ve Romalıların dış ticaretinin artış göstermesi ile aynı zamana denk gelmektedir; bkz. Nayan Chanda, Küreselleşmenin Sıradışı Öyküsü, ODTÜ Yayıncılık, Ankara, 2009, ss.48–49; S. Bakruşin, A. Efimov, İ. Mintz, E. Kosminski, Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, s. 69, Jacques Pirenne, Büyük Dünya Tarihi, Cilt 1, s. 241. *Jus gentium*'un Roma hukukundaki yeri hakkındaki doğrudan bir bilgiyi *Gaius*'un *Institutiones* inde bulmaktayız: “*Kanuna ve adaba göre yönetilmesi gereken halklar, kısmen kendi hukuklarına, kısmen de bütün insanlar için geçerli olan hukuka tabidirler, çünkü her halkın kendisinin bizzat oluşturduğu hukuk, onun Devleti için özeldir ve jus civile olarak adlandırılır. Ancak, doğal olarak bütün insanlar için oluşturulan hukuk, herkes için eşit oranda dikkate alınır ve bu hukuk, bütün halklar için geçerli olmasından ötürü jus gentium olarak adlandırılır. Bundan dolayı Roma halkı kısmen kendi hukukunu, kısmen de bütün insanlar için ortak olan hukuku kullanır*”; bkz. Arzu Oğuz, Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku – Lex Mercatoria – Unidroit İlkelerinin lex Mercatoria Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2001, C. 50, s.14 ve ayrıca Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 11. Roma vatandaşları arasında *jus civile* uygulanırken, iki yabancı (*peregrinus*) arasındaki ya da bir yabancı ile bir Roma vatandaşı arasındaki ilişkilerde ve ihtilâflarda *jus gentium* uygulanırdı. *Jus gentium*, erkenden *jus civile*'den farklılaşarak çok daha esnek bir hukuk olarak gelişmiştir; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 16. Roma hukukunda, her hakka bir dava (*actio*) açma olanağı verilmişti. Verilen davalar ve bunlara ilişkin dava *formula*'ları, *praetor*'ların beyan-namelerinde sayılı olarak belirtiliyordu. Eğer bir hakka, bir dava verilmemiş ise, bu usul hukukunda, davanın reddi sonucunu doğuruyordu. Böyle tamamen şekli bir yargılama usulü, somut olaylarda çok katı ve haksız birtakım sonuçlara yol açabiliyordu. *Praetor*'lar, haklı buldukları, ancak bir kanun (*lex*) ile koruma altına alınmamış davaları reddetmemek için M.Ö. III'üncü yüzyıldan itibaren iyi niyetin (*bona fides*), talep hakkının nedeni olarak, kanunun yerine geçtiği “*bonae fidei iudicia*” davaları öngörmüşlerdi. Bu davalarda dava *formulası* şöyle düzenleniyordu: “İyi niyetin gerektirdiği her şey”. Bu şekilde *bona fides* yardımıyla, dava *formula*'larının sınırlı sayıda (*numerus clausus*) ol-



onların karşılıklı ilişkilerine uygulanacak bir halklar hukukudur (*jus inter gentes*)<sup>138</sup>. *De Indis*'de (1532) verilen bu terminolojik kullanımda, Vitoria'ya, eski ve geleneksel *jus gentium* (kavimler – halklar hukuku) kavramını, ilk kez, *jus inter gentes* (kavimlerarası – halklararası hukuk) şeklinde tanımlamıştır. Bu terminolojik mantık, uluslararası hukuk ifadesine ve bu ifadenin temsil ettiği kavramsal karşılığa yaklaşılmakta olduğunun bir göstergesidir. Bu terimler dizgesindeki ilerlemede kilittası, (olumlu ve olumsuz yönleriyle) egemenlik anlayışı olacaktır.

Vitoria, uluslararası topluluğun doğasından onun diğer siyasal topluluklara göre önceliğini çıkarsamaktadır. Burada bir düşünceden öbürüne geçerken ki önermesi, uluslararası topluluğun ya da *orbis*'in müşterek iyiliğinin (*bonum commune totius orbis*), onun parçası olan üyelerinin iyiliğinden önce gelmesi gerektiğidir. Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu adlı yapıtında, Vitoria'nın bu önerge sırasını irdelerken şöyle demektedir<sup>139</sup>:

“Vitoria'yı önemli kılan özellik, bu siyasî toplumu<sup>140</sup>, siyasî gerçeklik olarak son aşama saymaması ve onu, tüm dünyayı kapsayan bir bütün içinde, farklı siyasî toplumların arasına yerleştirerek, yeryüzü halklarının oluş-

---

masından kaynaklanan engelleri aşmak ve bu nedenle somut olaylarda ortaya çıkabilecek haksızlıkları önlemek amacıyla, davalı ve davacılar arasında yeni bir hukukî durum yaratılmıştır. Böylece bir genel hukuk ilkesi olarak *bona fides*'in çıkış noktası, *praetor*'lar tarafından katı dava *formula*'ları ile somut olay hakkaniyeti arasında bir denge kurma çabaları olmuştur. *Bona fides* (iyi niyet) ve *aequitas* (nesafet) hukuk uygulamasına değer yargılarının katılmasını sağlamıştır. Bu gelişmelerde Marcus Tullius Cicero (M.Ö. 106 – 43), Lucius Annaeus Seneca (M.Ö. 4–M.S. 65), azatlı bir köle olan Epikletos (M.S. 50–130), İmparator Marcus Aurelius Antonnius (M.S. 121–180) gibi Stoacı düşünce adamlarının önemli etkisi vardır. Stoacıların savunduğu doğal hukuk (*jus naturale*) düşüncesinin *jus gentium*'un gelişmesine katkısı vardır. *Praetor peregrinus*, *jus gentium*'u uygulayarak, *jus civile*'nin katı şekilciliğine göre *jus gentium*'un daha esnek yapısıyla, daha serbest bir biçimde, Romalılarla yabancılar ve imparatorluktaki yabancılarla yabancılar arasında güncel pratik ve ticari ihtiyaçları karşılayabilmiştir; Christian L. Lange, *Histoire de l'Internationalisme Jusqu'à la Paix de Westphalie*, Felix Alcan, Paris, 1919, s. 28.

<sup>137</sup> Skolâstiğin anladığı biçimde sırf Hristiyanî bir hukuk değil, Stoacı felsefe anlamına evrensel bir hukuktur bu.

<sup>138</sup> Gentes terminolojisi hakkında ayrıca bkz. Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 51.

<sup>139</sup> Eklenen dipnotlar bize ait olmak üzere; Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 47.

<sup>140</sup> Tekil *Respublica* kastedilmektedir.

turduğu çoğulcu, eşitlikçi bir evrensel düzeni savunmasıdır. Ona göre her *Respublica* tüm dünyanın bir parçasıdır... Bir *respublica*'ya yaralı olan savaş, dünyaya zarar veriyorsa, yalnızca bu nedenle, haksız bir savaştır. Truyol y Serra'ya<sup>141</sup> göre bu sav, tâbii hukuk temelinde, siyasî bütünler biçiminde bütün halkların oluşturduğu topluluk olarak, İnsanlık ya da *totus orbis* düşüncesine dayalı olan ve çoğulcu bir evrenselciliğe denk düşen barış anlayışıdır. Temelinde de, Stoacı antropolojiyle<sup>142</sup> Hıristiyanlık'ı kaynaştı-

<sup>141</sup> Uluslararası hukuk tarihçisi, filozofu ve profesörü, ülkesinde Anayasa Mahkemesinde yargıçlık da yapmış olan İspanyol yazar Antonio Truyol y Serra (1913–2003) başta vatanı İspanya olmak üzere Avrupa'da öncü bir uluslararası hukuk teorisyeni olarak ün yapmıştır. Fransızca olarak yazdığı ve 1994'te tamamladığı *Histoire du droit international public* (Uluslararası kamu hukukunun tarihi), bizim de eldeki çalışmamızda yararlandığımız önemli yapıtları arasındadır.

<sup>142</sup> Uluslararası hukuk, şayet felsefe ile de ilişkilendirilmek istenirse, Stoacı felsefe böyle bir yaklaşımda bizce bugün dahi, en önemli yeri işgal eder. Stoacılık, Antik bir felsefî akımdır. Bu felsefe okulu aynı zamanda Eski Yunan'dan Roma'ya aktarılan en önemli felsefe okuludur. Okulun bu ismi almasının nedeni, kurucusu Kıbrıslı (*Kiitium*) Zenon'un (M.Ö. 336–264) derslerini Atina'da (M.Ö. 308'den itibaren) *Stoa poikile* (Revaklı kemeraltı) denilen direkli bir galeride verişidir. Okulun takipçilerine bu nedenle Stoacılar denmiştir. İslâm felsefesinde bu okula "Revakiyun" denmiştir; bkz. Habib İsmail, Avrupa Edebiyatı ve Biz – Garpten Tercümeler, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1940, Birinci Cild, s. 56. Zenon, gençlik yıllarında İskender İmparatorluğu'nun doğuşunu görmüştür. Siyasal sınırların ortadan kalktığı, faklı halkların bulunduğu ve görkemli bir kültürel füzyonun yaşandığı bu olağanüstü zamanın etkisinin Zenon'da ve takipçilerinde uluslararası evrenselci düşüncenin geliştirilmesinde silinmeyecek bir etki bıraktığı düşünülmektedir; Christian L. Lange, *Histoire de l'Internationalisme Jusqu'à la Paix de Westphalie*, s. 28. İskender'in ölümünden sonra imparatorluğunun idarî yıkılışı, kuruluşu kadar hızlı oldu. Ancak, uluslararası ticaretin geldiği evrensel seviye ve ticaret yollarının şehircilik projeleri ile teşkilâtlandırılması, Yunancanın ve Yunan felsefesinin kabından taşması ve Antik dünyaya yayılması, Yunanistan'ın da daha önce tanımadığı kadar Mısır'ı ve Doğu'yu tanıması ve etkilenmesi, Akdeniz'de kadim Mısır, Pers, Yunan ve kısmen Hint düşüncesinin harmanlanması, insanların eşitliğine dair Stoacı ve doğal hukukçu idarî yapının tecrübe edilmesi, evrensel imparatorluk ideolojisinin (*civitas maxima*) kısa da olsa gerçekleştirilmesi arkasında bıraktığı zengin miras oldu. Stoacılığa göre, Evrenin aslı Akıl'dır (Logos). Bu Akıl, Tanrısal Akıl'dır; öyleyse Evrenin aslı Tanrı'dır. Evrende bir düzen olmasının, anarşi olmamasının nedeni de budur. Yeryüzünde insanlar arasında olması gereken düzen de tabiata ve evrensel akla uygun olmalıdır. Buradan antik doğal hukuk düşüncesi doğar; Bkz. Eugène Lerminier, *Introduction Générale à l'Histoire du Droit*, Chamerot & Alex-Gobelet, Paris, 1835, ss. 1–10. Evrendeki doğal düzene uygun yaşamak erdemdir ve mutluluk getirir. İnsan için en yüksek amaç da bu mutluluktur; Alâeddin Şenel, *Eski Yunan'da Siyasal Düşünüş*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 258, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 266. Tabiata uygun davranan kişi tanrısal akla uygun hareket etmiş olur. Bu evrensel akıl herkese kıvılcımlarını sıçratmıştır ve herkesin içinde ondan bir parça vardır. Buradan hareketle Stoacı felsefe hiçbir nedenle ayrım gözetmek-

ran bir düşünce<sup>143</sup>, insanların tâbii eşitliğinden kaynaklanan, insan neslinin birliği ilkesi yatmaktadır<sup>144</sup>”.

---

sizin insanların evrensel eşitliğini öne sürmüştür; Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, ss. 154–155. Buna ilâveten, Stoacı filozoflar, aynı evrensel aklın kanunlarına tâbi olmaları gereken bütün insanların, çeşitli devletler hâlinde ve çeşitli kanunlar altında değil evrensel bir devletin bütün insanlara aynı şekilde uygulanan tek, mutlak kanunları altında bulunmalarını isterler; evrensel devlet ve evrensel dünya vatandaşlığı (kozmpolis) tasavvuruna varırlar; Alâeddin Şenel, Eski Yunanda Siyasal Düşünüş, s. 267. Roma İmparatorluğu zamanında görülmüştür ki bu ideoloji, köleci, antidemokratik, mutlakiyetçi ve emperyalist politikaları meşrû kılmak için de kullanılabilmiştir. Ancak Stoa, insanlar arasındaki evrensel eşitliği ilk defa entelektüel bakımdan ciddi ve kuvvetli bir biçimde işleyip, siyasî tasavvuru olan evrensel devlet kozmpolis düşüncesini sonraki yüzyıllara bıraktığı için çok önemli bir düşünce okuludur; Bkz. Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, s. 155. Evrensel devlet (kozmpolis) düşüncesi, İskender’in Hellenistik imparatorluğundan sonra Roma İmparatorluğu’nu ve Ortaçağ Batı Hıristiyanlığı siyasal tarihinde Papalığı ve Kutsal Roma-Germen İmparatorluğunu etkileyecektir. Stoacılık evrensel insanlık tasavvurunu felsefeye, siyaset ve hukuk düşüncesine armağan etmiştir. Tanrı, insan ve hukuk arasındaki ilişki kurulurken doğal hukuk öğretisinin Vitoria gibi Rönesanstaki kuramcılarını, İbn Rüşd’ün vatani Endülüs’ten süzülüp gelen Stoacı düşünce geleneğinden çok yararlanmışlardır. Bu düşüncenin önemli temsilcilerinden Stoacı devlet adamı ve filozof Cicero milattan önce birinci yüzyılda şöyle der: “*Dindarlık tanrılara karşı sevecen davranmaktır – “Est enim pietas justitia adversum deos”*”; Miguel De Unamuno, Yaşamın Trajik Duygusu, çev. Osman Derinsu, İnkılâp Kitapevi, İstanbul, 1986, s. 203’ten Cicero, De Natura Deorum, Kitap I, başlık 41. XX’nci yüzyıl İspanyası’nın en önde gelen filozoflarından biri olan Miguel De Unamuno (1864–1936), *Del sentimiento tragico de la vida* (1913) adlı başyapıtında, Cicero’ya sözünü tamamlar: “*Tanrılara sevecenlikten, insanlara karşı sevecenlik doğar*”; Miguel De Unamuno, Yaşamın Trajik Duygusu, s. 203. İnsan türünün birliği, insanların kardeşliği, barış ilkesi doğal hukukun gerektirdiği evrensel barışçı düzen arzusu, Stoacı filozoflarca Antikçağda savunulmuş, onlardan Hıristiyan ve Müslüman düşünürlere bu felsefî gelenek miras kalmıştır. Bu felsefe geleneği ve insanlık ülküsü Farabi, İbn Sina, İbn Rüşd gibi Müslüman ve Albertus Magnus, Akinolu Tommaso gibi Hıristiyan Ortaçağ düşünürlerince taşındıktan sonra, Rönesansta önce Vitoria ve sonra Erasmus gibi Avrupalı düşünürlerce moderniteye yeni bir solukla aktarılacak ve Grotius’un yapıtlarında da Stoacı etkiler görülecektir.

<sup>143</sup> Hıristiyanlık, Pavlus tarafından Stoacı filozofiyeye yaklaştırılmıştır. Pavlus tarafından (Romalılara Mektuplar, Bap II, 13-17’de ve Galatyalılara Mektuplar, Bap III, 26-28’de bariz izleri görüldüğü üzere) Hıristiyan öğretisinin, Stoacılığın doğal hukuk düşüncesiyle sentezlenmesi, daha sonraları Batı’da oluşacak hukukî düşünce üzerinde belirleyici bir etkide bulunmuştur. Pavlus, Hıristiyan inancını yüksek bir medeniyetin ve incelmış bir felsefî düşüncenin mirasçısı Romalılara ve Yunanlılara tanıtırken, Hellenistik dönemde yükselen ve Roma’da kozmpolis ülküsü biçiminde imparatorluk ideolojisi olarak da kuvvetle benimsenen Stoacı düşüncüyü göz ardı edememiştir. Şu satırlar Stoacı doğal hukuk anlayışını kuvvetle hatırlatmaktadır kanaatindeyiz: “*Şeraihi olmayan Milletler, şeraihin işlerini tabii surette yaptıkları zaman, onların şeraihi olmayarak kendi kendilerine şeraihtirler; onların vicdanı birlikte şahadet ederek ve düşünceleri aralarında kendilerini*

*itham ve yahut müdafaa eyleyerek şeraatin işi yüreklerinde yazılı olduğunu gösterirler*"; Yeni Ahit - Pavlus'un Romalılara Mektubu, Bap II, 15–16, Kitabı Mukaddes, İstanbul, 2000, s. 155. Bununla beraber Galatyalılara Mektuplarda ise Stoacı eşitlik ülküsü Hıristiyan imanı ile ulaşılacak yeni bir biçim kazanmaktadır: “*Ne Yahudi ne de Yunanlı vardır, ne kul (köle) ne de azatlı (hür) vardır, ne de erkek ve dişi vardır*”; Yeni Ahit - Pavlus'un Galatyalılara Mektubu, Bap III, 28, Kitabı Mukaddes, s. 195. Ayrıca bkz. Torbjon L. Knutsen, Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi, s. 40; Christian L. Lange, Histoire de l'Internationalisme Jusqu'à la Paix de Westphalie, s. 37. Esasında Stoacılık, Hıristiyanlıkla ciddi bir fikir savaşına girişmiş ve Hıristiyanlığı birçok bakımdan etkilemiştir. Hıristiyan felsefesinin patristik döneminde Kilise babaları, Hıristiyanlığın ilk düşünsel savunmalarını Stoacılığa karşı yapmışlardır. Hıristiyanlık, Hellenistik şekliyle Yunan felsefesinin ve Roma kültürünün egemen olduğu Akdeniz dünyasında tutunabilmek için Stoacılığa karşı yürüttüğü fikrî mücadeleyi kazanmak adına ilkelerinden birçoğunu Stoacılığa nazaran pozisyon alarak kurmuştur; bkz. Hançerlioğlu Orhan, Felsefe Sözlüğü, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1970, Stoacılık maddesi; Eliade Mircea, Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi, Cilt II - Gotama Budha'dan Hıristiyanlığın Doğuşuna, çev. Berktaş Ali, Kabalcı, İstanbul, 2003, s. 397. Patristik felsefe için bkz. Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, ss. 187–221; Thomas Michel, Hıristiyan Tanrıbilimine Giriş, Orhan, İstanbul, 1992. İskenderiyeli Philo (M.Ö. 20 – M.S. 45) ile en yetkin noktasına ulaşan Stoacı ve Yeni Eflâtuncu alegorik tefsir yönteminin Pavlus'tan itibaren Hıristiyanlık üzerindeki etkisi için bkz. F. E. Peters, İbrahim'in Çocukları, ss. 140–144 ve ss. 211–226; Yeni Ahit'in tarihsel ve kültürel bağlamı ve ortamı üzerindeki Hellenistik Yunan kültürünün etkisi için bkz. Jean Bottéro, Marc-Alain Ouaknin, Joseph Moingt, İnançın En Güzel Tarihi, çev. İsmail Birkan, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, ss. 104–110; Felicien Challaye, Dinler Tarihi, çev. Samih Tiryakioğlu, Varlık Yayınları, İstanbul, ss. 175–206; Muammer Gül, Ortaçağ Avrupa Tarihi, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2010, s. 111; Will Durant, The Story of Civilization: Part III – Caesar and Christ, Simon And Schuster, New York, 1954, ss. 579–595. Ayrıca bkz. İlber Ortaylı, Avrupa ve Biz, Turhan, Ankara, 2007, s. 236. Ancak şu da varittir ki, Hıristiyanlık, insan türünün birliği ilkesini getirmiştir. Stoacıların kozmopolitlikçiliğinden farklı olarak Hıristiyanlık evrenselciliği vurgulamıştır. Bu evrenselciliğin temeli, halkların tarihten kaynaklanan etnik, dilsel, dinsel, kültürel farklılıklarını daha pozitif ve gerçekçi bir anlamla Hıristiyanî evrensel birliğin (*humanitas*) çerçevesinde değerlendirmesidir; Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 24. “*Barış muntazam bir uyumdur*” (*Pax est ordinata concordia*) diyen (bkz. Dominique Gaurier, Histoire du droit international, s. 100) Augustinus'ta (M.S. 354–430) Hıristiyanî *jus gentium*'un ilk önemli teorik sentezlenişine rastlanır. Augustinus, dünya devletini “*ortak bir sözleşme ile birbirine bağlanan aklı varlıkların teşkil ettiği birlik*” olarak tanımlamaktadır. *De civitate Dei contra paganos* (Tanrı Devleti; 412 ile 426 yılları arasında kaleme alındı) adlı eserinde, Roma İmparatorluğu'nun müşterek bir hukuk ve barışın kurulması hakkındaki katkısı ne olursa olsun, imparatorluk yerine halkların çokluğunu ve yan yana barış içerisinde yaşamasını tercih etmektedir (*De civitate Dei*, IV, 15); Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 25. Nihai birlik Tanrı'nın Sitesi'nde gerçekleşecek olsa da bu birlikte örflerin, yasaların ve kurumların üyelerindeki farklılığı silinmeyecektir. Augustinus ve felsefesi için bkz. Will Durant, The Story of Civilization: Part IV, ss. 64–75; Mircea Eliade, Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi, Cilt III, ss. 52–63; Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, ss. 195–209; Alfred Weber,

Felsefe Tarihi, ss. 128–136; Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, ss. 152–156; Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, ss. 180–182; Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, ss. 217–221; İlhan Akın, Devlet Doktrinleri, ss. 50–55; Northcote Parkinson, Siyasal Düşüncenin Evrimi, çev. Mehmet Harmancı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1976, ss. 132–137; Claude Augé, Larousse, Augustine maddesi, s. 1203; Léon-Louis Grateloup, Les Philosophes de Plâton à Sartre, ss. 109–125; Augustinus ve tarih felsefesi için bkz. Harold H. Titus, Living Issues in Philosophy, American Book Company, New York, ss. 460–461; Alban Widgery, Tarih Boyunca Büyük Öğretiler, çev. Gülçiçek Soytürk, Milliyet Yayınları, 1971, ss. 155–161; Torbjon L. Knutsen, Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi, ss. 37–39. Augustinus'un eserlerinin Lâtince orijinal metinleri için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/august.html> (04.06.2012).

<sup>144</sup> İnsan türünün birliği meselesi, uluslararası meselelere eğilen ilk Hristiyan düşürlerin de üzerinde durdukları bir husustur. Bu meselelere eğilen yazarların başında Augustinus gelir. Augustinus'un uluslararası hukukun tarihi bakımından düşüncesinin asıl önemi haklı savaş öğretisinde bulunmaktadır. Augustinus'un haklı savaş (*la guerre juste*) öğretisine göre bir savaş ancak bir haksızlığın bu haksızlığı işleyen tarafından onarılmaması durumunda, haksızlığı gidermenin tek yolu ise meşrûdur; A. Vanderpol, Le droit de Guerre d'après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge, A. Tralin, s. 6. Savaşın haklı bir nedeni olmalıdır ve savaş, üstün kamusal otoritenin yetkisindedir. Savaş bu otorite tarafından doğru bir çerçevede yürütülmelidir. Onu meşrû kılan nedenin mecburiyeti savaşa sınır da koymaktadır (Augustinus haklı savaş öğretisini benimseyerek uluslararası hukukun gelişim tarihinde olumlu bir yer edinirken; âdil-haklı zulüm (*just persecution*) teorisinden de bahsederek Hıristiyanlık otoritelerinin uygulayacağı şiddet teorik olarak meşrûlaştırmıştır. Bu teorisine göre, Kuzey Afrika'da Katolikliği kabul etmeyen Donatistler örneğinden yola çıkarak Katolik Hıristiyanlığı kabul etmeyenlere karşı "biz-zat Tanrı'nın da şiddet ve zor kullandığını" söyleyerek zorla dinin kabul ettirilebileceğini etmezlerse haklı olarak şiddet göreceklerini savunmuştur; Kadir Albayrak, Semavî Dinlerde Barış ve Şiddet İkilemi, ss. 164–165). Grotius'a kadar, teologların, sivilistlerin ve kanonistlerin *justum bellum* (haklı savaş) doktrininin kaynağını oluşturan bu ağır konuda, Augustinus'un zikrettiğimiz anlayışı etkili olmuştur. Hippo Piskoposu Augustinus'a göre, savaş, bir haksızlık (*injuria*) onu işleyen tarafından onarılmadığında, haksızlığı ortadan kaldırmamanın tek yolu olduğu oranda haklıdır. Buna göre savaş: a- Haklı ve doğru bir nedene sahip olmalıdır; b- meşrû yüksek otoritenin yargısına tabidir; c- doğru bir niyet ve amaçla yönetilmelidir; d- kendisini haklı kılan bir gerekliliğe sahip olmalıdır ve bu gereklilik sınırlarını çizmelidir, bu sınırlar geçilmemelidir. Augustinus'dan sonra, İsidorus Hispalensis (Sevilyalı İsidorus, y. 560–636), eseri *Etymologiae* de kavimler hukukunun şaşırtıcı derecede modern bir tanımını vermiştir; bkz. *Etymologiae*, L. V, IV-VII. Eserin Lâtince orijinal metni için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/isidore.html> (04.04.2012). Bu tanım *jus gentiumu*, doğal hukuktan ve *jus civile*'den açıkça farklılaştırmaktadır. İsidorus Hispalensis'e göre "*jus gentiumun düzenlediği işgal, inşaat, müstahkem kurmak, savaş, esir almak, egemenlik altına almak, fidye, boyunduruk, barış yapmak, müttefik olmak, ateşkes, elçilerin dokunulmazlığı, yabancılarla evlenmede kısıtlamalar, bütün halklar (gentes) tarafından uygulanır*" ve bu konulara ilişkin hukuk halkların müşterek hukukudur. İsidorus'un fikirleri, Ortaçağdaki haklı savaş doktrininin temel kaynaklarından biridir; "*Jus gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutibus postliminia, foedera, paces, induciae, legatorum non violandorum religio,*

Vitoria'ya göre biri diğerinden üstün sayılamayacak siyasî toplumların oluşturduğu bir uluslararası düzen içinde, her toplum kaderini özgürce belirleme hakkına sahip olmalıdır. Onun bu düşüncesi İspanyol sömürgeciliğinin gemini koparmış hırsı ve İspanyol tahtının Katolik dünya imparatorluğu düşleriyle tezat teşkil edecektir elbette.

1526'da öğrencilerin büyük bölümünün desteğiyle Salamanka Üniversitesi'nde ilâhiyat kürsüsü başkanı seçilen Vitoria, hayatının bu döneminde sömürgeciliği ahlâkî açıdan sorgulamaya başladı. Vitoria, İspanya'nın Amerika kıtasındaki fetihlerinin haklılığına kuşkuyla bakıyordu<sup>145</sup>.

Vitoria, yerlileri korumak için masumların öldürülmemesi gerektiği tezine sarılacak, bunun tâbii-tarımsal, dolayısıyla vazgeçilmez bir yasadan kaynaklandığını söyleyecektir<sup>146</sup>. Masumlar kavramı, Vitoria'da evrensel bir nitelik taşır. Savaşçılar dışında savunmasız herkes, yerli olsun olmasın masumdur ve korunmalıdır. Bu ilkeye uyulmazsa savaş asla haklı savaş olmaz.

Ona göre yalnızca çoktanrıya tapındıkları ya da Hıristiyanlığı benimsemeye yanaşmadıkları için insanlara savaş açmak yanlıştı; inanç ancak ira-

---

*connubia inter alienigenas prohibita.*”; Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, Alfred Castaigne, Bruxelles, 1894, s. 9; Ernest Nys, *Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius*, Bruxelles, Librairie Européenne Muquardt, 1882, s.12; bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k24370b.r=ernest+nys.langEN> (05.02.2012); <http://www.thelatinlibrary.com/isidore.html> (05.02.2012); Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 25; A. Vanderpol, *Le droit de Guerre d'après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge*, ss. 6–7. Dönemin hukukçularınca benimsenen bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, İsidorus Hispalensis'in *Etymologie*'sinde yaptığı, doğal hukuk, medenî hukuk ve kavimler hukuku ayrımları ve kavimler hukukunun kendine özgü niteliğini tespit edip bunun (en azından Hıristiyan) bütün milletlerin müşterek hukuku olduğunu yazması, kendinden sonraki hukukçuları temelden etkilemiştir. Esasında bu tanımların tekrar edilerek yerleşmesindeki geçek neden, kavimler hukukunun var olan bir gereksinime cevap verme olasılığıdır. Kanonist hukuk âlimlerine göre (“kâfirler” dışarıda bırakılarak şimdilik sadece) Hıristiyan kavimler (milletler – uluslar – gentes) arasındaki siyasal ve diplomatik ilişkilerin hukuken düzenlenip icra edilmesi ihtiyacı *Summa*'larda yürütülen tartışmalar ile teorisi kurulmaya başlanan bu protouluslararası hukuk tarafından düzenlenmeliydi.

<sup>145</sup> Vitoria'nın fetih hakkındaki tezleri için bkz. Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, ss. 367–377.

<sup>146</sup> Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 24, 2003, s. 11.

deyle benimsenebilir, zorla dayatılamazdı<sup>147</sup>. Çoktanrıcılar Tanrı'ya karşı işledikleri suçtan ötürü cezalandırılmazdı, çünkü Hıristiyanlar da en az onlar kadar bu tür suçlar işlemişlerdi. Papa, Avrupalı hükümdarlara ilkel topluluklar üzerinde egemenlik hakkı tanıyamaz, ancak bu topraklardaki misyonerlik (dini yayma) alanlarını belirleyebilirdi. Çoktanrıcılar da akıl sahibi varlıklar olduklarına göre onların da kendi mülklerine sahip olma ve yöneticilerini seçme hakkı vardı. Nitekim Kızılderililer, İspanyollar gelmeden önce de bu haklarını meşrû bir biçimde kullanmaktaydılar<sup>148</sup>.

Daha önce üzerinde insan yaşayan topraklar için keşiften söz edilemezdi; fetih ise ancak masum insanları yamyamlık ve insan kurban etme gibi uygulamalardan koruma gerekçesiyle savunulabilirdi. Yamyamlığın ve insan kurban etmenin önlenmesi için açılan bir savaş haklı bir savaştır; burada Vitoria'nın kuramında “insanî müdahale” (*intervantion humanitaire*) fikrinin ilk erken görünüşlerinden birine rastlanmaktadır<sup>149</sup>.

Fethedilen toprakların yönetimini üstlenen bir Hıristiyan hükümdar, o topraklarda yaşayanlara, kendi ülkesindeki uyruklarıyla eşit haklar tanımak zorundaydı. Fethedilen topraklara, yasaların nasıl işlediğini denetlemek için görevliler göndermek de hükümdarın sorumlulukları arasındaydı<sup>150</sup>.

Vitoria'ya göre, “Kızılderililerin ya da Hıristiyan olmayanların hakları olabilir mi?” sorusu mutlaka olumlu cevaplandırılması gereken bir sorudur. Akinolu Tommaso'nun varsayımı doğrultusunda, yerliler ya da Hıristiyan olmayanlar, yalnızca insan oldukları için, tıpkı Hıristiyanlar gibi tâbii haklara sahiptirler. Bu tâbii haklar, doğrudan doğruya, inançtan bağımsız, evrensel

<sup>147</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 51.

<sup>148</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 51; J. Barthélemy, “François De Vitoria”, A. Pilet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 5; anılan kitabın e-tam metni için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k548036.r=-vitoria.langEN> (29.06.2011). Ayrıca bkz. Ernest Nys, *Études de Droit International et de Droit Politique*, Alfred Castaigne, Bruxelles, 1896, s. 240; kitabın e-tam metni için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93142.r=ernest+nys.langEN> (01.07.2011).

<sup>149</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 51. İnsanî müdahale ya da en azından müdahale savaşı kavramı Suarez'de de bulunmaktadır. Masumların korunması böyle bir savaşın haklı gerekçesidir bir prens için; bkz. A. Pilet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 113. Suarez'e göre, inançsızlık haklı bir savaşın gerekçesi olmaz; Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, s. 158

<sup>150</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 59–63.

bir insan tabiatından kaynaklanır. Her şeyden önce, insan, tabiatı gereği, akıllı ve irade sahibi bir yaratık olduğu için, özgürlük içinde yaşama hakkı onun en önde gelen hakkıdır. Bunu toplum (*societas*) içinde yaşama ve siyasî bir bütün oluşturma hakkı izler. Üçüncü temel haksa Vitoria düşüncesinin belirleyici kavramı olan iletişim hakkıdır. Bu da gerek düşünsel, gerekse maddî zenginliklerin değiş-tokuş edilebilmesine ilişkin bir haktır<sup>151</sup>. Vitoria'nın bu özgün haklar kuramında doğal hukuk ağır basmaktadır. Bu kuramın özelliği, İspanya'da ulus-devletin doğuşuna paralel olarak "öteki"ni bir kişi olarak tanıması ve hem ekonomik, hem de ahlâkî düzlemde, insanlar arası iletişime dayanmasıdır. Vitoria, insanın tâbii sosyalliği ilkesini öncelikle uluslararası düzleme taşıma kaygısındadır. Literatürde, Vitoria'nın, uluslararası hukuku doğal hukuka dönüştürerek, ona zorlayıcı bir nitelik kazandırdığını, bir yasa niteliği verdiğini, bu yüzden de, her şeyden önce uluslararası hukukun kurucusu olarak görülmesi gerektiği söylenmiştir<sup>152</sup>.

Kölelik kurumunu belli ölçüler içinde meşrû gören Vitoria'nın insan hakları kuramcısı yönü, "Uluslararası Hukukun Kurucusu Vitoria"ya nazaran gölgede kalmaktadır; fakat enternasyonalist tarafı şunları söylerken gerçekten kuvvetlidir<sup>153</sup>:

*"Bir anlamda, tek bir siyasî topluluk oluşturan tüm dünyanın, herkes için iyi ve doğru yasalar yapma iktidarı vardır... Bundan açıkça çıkan sonuç şudur: Savaşta ya da barışta, uluslararası hukuku çiğneyenler ölümcül bir günah işlemiş sayılırlar... Ve hiçbir Respublica'nın uluslararası hukuk kurallarına uymayı reddetmesi mümkün değildir, çünkü o hukuku oluşturan, tüm dünyanın otoritesidir"*.

Vitoria'nın vardığı sonuca göre, uluslararası düzlemde, Hıristiyan ya da değil, eşit uluslararası hukukî kişiliğe sahip, asgarî düzeyde uygarlaşmış siyasî toplumların bağlı oldukları bir toplumlarüstü (*orbis*'e ait) ortak yarar vardır. Söz konusu yararın ayırt edici niteliği, tek tek her toplumun müstakil

<sup>151</sup> Vitroia, skolâstik düşünceyle hümanist düşünceyi kaynaştırmaktadır. Onun kuramında insanın, Tanrı'nın yeryüzündeki görüntüsü olduğuna ilişkin geleneksel sava, insana, kozmosta işgal ettiği yer için değer veren hümanist sav eklenecektir; Cemal Bâli Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 68.

<sup>152</sup> Cemal Bâli Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 69.

<sup>153</sup> Cemal Bâli Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 69.



yararına üstün olmasıdır. Toplumların kendi kendine yeten (*sibi sufficiens*) şekilde<sup>154</sup> kendi kendilerini yönetme iktidarının (egemenliğin) üstünde, bu iktidarı sınırlayan ve uluslararası ortak yarara yönelik bir uluslararası hukuk (*quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*), bir uluslararası yasa olmalıdır; çünkü kurumsal anlamda bir toplumun olduğu yerde, mündemiç bir ortak yarar, ortak yararın olduğu yerde de ussal bir yasa vardır<sup>155</sup>. Bu yasa, doğru yasadır ve herkes üzerinde uzlaşmıştır<sup>156</sup>. Vitoria'ya göre, uluslararası hukuk, halklar arasında doğal aklıdan çıkan yasaların uygulanmasıdır: “*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur jus gentium*”<sup>157</sup>.

Birçok ilk kuramcı, uluslararası hukuk düşüncelerinin temelinde devletlerin (bunu burada Vitoria'nın terminolojisine uygun biçimde “siyasal toplumlar” şeklinde anlayalım zira o devlet kelimesi yerine siyasal toplum anlamında *Respublica* der) bağımsızlığını oturturken, bilâkis Vitoria onların karşılıklı bağımlılığına vurgu yapar. Halklar, *societas naturalis* bünyesinde birbirlerine bağımlıdır<sup>158</sup>. Bu nedenle onların ve teker teker insanların doğal hukuktan kaynaklanan evrensel ve vazgeçilmez bir iletişim hakkı bulunmaktadır. Bu hak ne medenî toplumlar kalıbıyla ne de dinsel kimlik ile kayıtlanamamıştır. Hatta çağının ve sonraki yüzyılların yükselen yapısı ulus-devlet bile Vitoria'ya göre bu hakkı sınırlayamaz. Gelgelelim modernite Vitoria'yı dinlemeyecektir elbette. Onun kuramının bu boyutunun uygulamada dayanabildiği tek alan açık denizlerin serbestliği olacaktır<sup>159</sup>.

Vitoria, *De bello contra Indos* adlı yapıtında fethin haklılığını bir dizi tezini sıralayarak çürüttükten sonra, bu konferansını tamamlamak üzere *De jure belli* adlı çalışmasında haklı savaş ilkelerini irdelemektedir. Vitoria, geleneksel Hıristiyanî haklı savaş (*bellum justum*) öğretisini yeniden ele

<sup>154</sup> “Papaların bu iktidarın üzerinde herhangi bir yetkisi yoktur; İsa gelmeden önce de kralar vardı ve siyasal iktidar sahibiydiler” der Vitoria; Ernest Nys, *Études de Droit International et de Droit Politique*, s. 241.

<sup>155</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 70.

<sup>156</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 51.

<sup>157</sup> J. Barthélemy, “François De Vitoria”, s. 7; Ernest Nys, *Études de Droit International et de Droit Politique*, s. 241.

<sup>158</sup> J. Barthélemy, “François De Vitoria”, s. 8.

<sup>159</sup> J. Barthélemy, “François De Vitoria”, s. 9.

almakta ve onu geliştirmektedir<sup>160</sup>. O, kuramında, Hıristiyan olmayanlara karşı haklı savaş öğretisindeki tüm olumsuz ayrımcılığı ortadan kaldırmaktadır. Vitoria'ya göre siyasî bir toplumun, bir başka siyasî topluma açacağı savaş, ödün verilemez üç ölçüte bağlı kalmalıdır<sup>161</sup>: Yeterli haklı neden; meşrû otorite; doğru amaç.

Öncelikle, savaş açmaya hazırlanan bir siyasî toplum, giderilmemiş ciddi bir haksızlıkla (*injuria accepta*) karşı karşıya kalmalıdır (*fundamentum justa belli est injustitia*)<sup>162</sup>. Ayrıca, ihlâlin ağırlığı savaş açılmasını haklı kılmalıdır. Her şeyden önce dinî farklılıklar bir savaş nedeni olamaz. Şayet savaş, tazmini istenen zarardan çok daha büyük yıkımlara neden olacaksa, kralın savaş açmaktan kaçınması gerekir<sup>163</sup>.

Haklı savaşa ilişkin ölçütleriyle, doğal hukuk uyarınca özgür ve eşit insanları, toplum oluşturma ve iletişim kurma hakkıyla donatan kuramı birlikte değerlendirince, Vitoria'ya göre, Avrupalıların Amerika'daki varlığını doğrulayabilecek öncelikli nedenlerin neler olacağı açıklığa kavuşmaktadır<sup>164</sup>: Denizler ve tüm limanlar özgürce kullanılabilir<sup>165</sup>; herkes istediği yere göçebilir (*jus peregrinandi*); herkes, her yerde serbestçe dolaşır, ticaret yapabilir (*jus commercii*). Bu hakların bütünü ve “inanç yayma hürriyeti”yle birlikte, iletişim hakkının (*jus communicationis*) kapsamını oluşturur<sup>166</sup>. Akal, iletişim hakkı kuramı üzerinden Vitoria hakkında şunları söylemektedir<sup>167</sup>:

“İletişim Hakkı'yla, Vitoria, El Inca ve Spinoza modernite ötesine atlayacaklardır; modernitenin ulusal mantığı içinde kendilerine bir yer bulama-

<sup>160</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 51.

<sup>161</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 73; Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı”, s. 21. Bu ölçütler Vitoria tarafından orijinal olarak getirilmiş değildir. Ortaçağ'da da bu ölçütlerin aranması gerektiğini ileri süren başta Tommaso olmak üzere skolâstik düşünürler vardır.

<sup>162</sup> J. Barthélemy, “François De Vitoria”, s. 11.

<sup>163</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 74–75.

<sup>164</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 78–80.

<sup>165</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 51.

<sup>166</sup> Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı”, s. 22.

<sup>167</sup> Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı”, s. 26.

dan. Modern yerellik elbette, evrensel bir iletişime (malların, insanların ve düşüncelerin sınırsız dolaşımına) kapılarını kapatmıştır. Vitoriacı-Spinozacı anlamda (merkezî olmayan bir bütün içinde, tek-yönlü bir bilgilendirme-biçimlendirmeye dönüşmeksizin işleyen) bir iletişim, modernitenin sorgulanmaya başladığı anda ve yerde hatırlanacaktır. Öteki kavramını anlamsızlaştırarak”.

Vitoria yaşadığı dönemde çok yaygın bir nüfuz kazandı; yalnız öğretim kurumlarını değil kralın danışma kurullarını da derinden etkiledi. Yetiştirdiği öğrencilerin çoğu, Salamanka ve başka üniversitelerde önemli kürsülerin başına geçti. Kuramı, XVI’ncı ve on XVII’nci yüzyılda yapıtlarının tekrar tekrar basılmasıyla büyük bir etki sahibi oldu, ancak sonra bütün bir İspanyol ekolünün neredeyse başına geldiği gibi unutuldu. Yeniden hatırlanması ve önemli görülmeye başlanması XIX’uncu yüzyılın ikinci yarısını ve XX’nci yüzyılın başını bulacaktır. Özellikle Belçika’da Ernest Nys (1851–1920) ve Amerika Birleşik Devletleri’nde James Brown Scott’un (1866–1943) modern liberal bir optikten yaklaştıkları çalışmalarıyla, Vitoria’nın kuramı, çağdaş uluslararası hukuk öğretisi bakımından irdelenmeye başlandı.

## 2- Vitoria’dan Suarez’e İspanyol Okulunun Yazarları

İspanyol Altın Çağı düşünürleri, evrenselcilik ve ulusçuluk kaygıları arasında gitgeller yaşamışlardır, ancak kavimler hukuku söz konusu olduğunda, dönemin diğer İspanyol yazarları da genelde, Vitoria’nın ortaya koyduğu ilkelere büyük ölçüde katılmaktadırlar.

### a- Domingo de Soto

Özellikle, hem fizikçi, hem de siyaset ve hukuk felsefecisi Domingo de Soto (1494–1570), Yenidünya’nın fethi konusundaki görüşleriyle Vitoria’nın izleyicilerindendir<sup>168</sup>. Soto, Kızılderililerin, Hıristiyanların ilâhî sözlerini (vaazlarını) dinlemeye mecbur edilmek için hâkimiyet altına alınmalarına karşıdır<sup>169</sup>.

<sup>168</sup> Ernest Nys, *Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius*, ss. 169–170; Ramón Hernández, “The Internationalization of Francisco de Vitoria and Domingo de Soto”, *Fordham International Law Journal*, Volume 15, Issue 4, Article 4, 1991, ss.1031–1059.

<sup>169</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 52.

Tanrı, Hıristiyanlara ilâhî adaleti sağlama görevi vermemiştir<sup>170</sup>. *De ratione promulgandi Evangelium* adlı konuya özgülenmiş çalışması ve sonraki geniş kapsamlı yapıtı *De justitia et jure*'de Soto, yerlilerle yapılan savaşları hukukî ve ahlâkî yönlerden irdelemektedir<sup>171</sup>.

Yerlilere önce İncil'in tanıtılması sonra da onlara zorla da olsa Hıristiyan inancının kabul ettirilmesini sağlamak için savaş açılması haksızdır<sup>172</sup>. Soto'ya göre yerliler, yoksul insanlardır ve yoksullara yardım edilmesi krallığın değil Kilisenin görevidir.

Doğmakta olan modern devlet karşısında, Kilise yanlısı muhafazakâr görüşlere sahip Soto, krallık ve Kilise arasındaki siyasal ve dünyevî alana hâkimiyet çatışması Yenidünya'ya taşındığında, krallık karşıtı görüşleriyle, yerli hakları koruyucusu bir konumda yer almaktadır.

Soto'ya göre, yoksul yerlilere yardım sorunu, devletin uzak tutulması gereken ve yalnızca Kilise denetiminde ve yerlilerin özgürlüğüne asla karışılmadan çözümlenmesi gereken bir sorundur<sup>173</sup>.

#### **b- Luis de Molina**

Cizvit teolog Luis de Molina (1536–1600), ilâhiyat sahasında “serbest irade” sorunu üzerinde düşünürken, insan özgürlüğü hakkındaki düşüncelerini geliştirmekte ve ondan sonra da, hukuk sahasında, bu özgürlüğün uluslararası hukuku da ilgilendiren birtakım görünümleri üzerine eğilmektedir<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 94.

<sup>171</sup> Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, s. 156.

<sup>172</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 99; Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, s. 155.

<sup>173</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 221.

<sup>174</sup> Serbest irade üzerine eğildiği en önemli ve meşhur eseri, 1588'de Lizbon'da yayınlanan, *De concordia liberi arbitrii cum gratiae donis, divina praescientia, providentia, praedestinatione, et reprobatione ad nonnullos primae partis divi Thomae articulos*'tur (Özgür irade, Tanrı'nın lütfü, başışı, alınyazısı ve lânetleme üzerine). Eser teolojide ileri bir atılım olarak değerlendirilmektedir ve büyük tartışmalara neden olduğu gibi kendinden sonra Molinacılık olarak adlandırılan bir akımı da başlatmıştır. Düşüncesinin özünde, insanın dilediğini yapabileceği yer almaktadır. Bununla birlikte bu savı, “başarı için Tanrı'nın yardımı gerekir” diyerek yumuşatmıştır; ayrıca bkz. *Molinisme* maddesi,

Molina, iletişim hakkını, yani *jus communicationis*'i, doğal hukuk kapsamında, tâbii bir hak olarak görmemekte, fakat onu, pozitif hukuktan kaynaklanan bir hak olarak değerlendirmektedir; dolayısıyla devletler gerektiğinde bu hakkı sınırlandırabilirler.

Dönemin öğretisinin kuramına göre, bir hakkın doğal hukuktan ileri geldiği kabul edildiğinde, bu hak vazgeçilmez ve sınırlandırılmazdır ve devlet bu hakka olumsuz biçimde müdahale edemez; fakat bir hakkın pozitif hukuktan kaynaklandığı kabul edildiğinde, devletin gerektiğinde onu sınırlandırma yetkisi bulunur<sup>175</sup>. Uluslararası hukuk genelde tüm insanlığa özgü olsa da, her siyasî iktidarın (devletin), uluslararası hukuku, kendi özel koşullarına uyarlama yetkisi bulunur<sup>176</sup>.

Burada, Vitoria'nın evrenselci kuramından, İspanyol düşüncesinde (de) beliren, egemenlik odaklı ulus-devlet kavrayışına doğru bir geçiş vardır. Evrenselci kaygılarla, ulusal çıkarlar ve endişeler çelişmeye ve çatışmaya başlamıştır. Molina'nın açıkladığı düşünce, bu hususun, ulusçu menfaatperestlik lehine, köktenci bir ifadesidir.

Uluslararası hukuk, Molina'nın yaklaşımında pozitifleştirilerek, Vitoriacı insanlık hukuku olarak kurgulanmaktan “nihayet” çıkarılmakta ve devlet(ler)in egemenlikçi harisliklerinin ve (Taç'ın özel yararı değil) ulusal çıkarlarının doğrultusunda biçimlendirilebilecek bir biçimde, temellendirilmektedir.

Molina ile uluslararası hukukta, müteal (transandantal) kökenli doğal hukuk anlayışından, iradeci pozitif hukuk anlayışına doğru da yol alınmaktadır.

### **c- Fernando Vasquez de Menchaca**

Fernando Vasquez de Menchaca (1512–1569) kuramında, birincil tâbii kavimler hukuku (*jus gentium primaerum*) ile ikincil pozitif kavimler huku-

---

<http://fr.wikipedia.org/wiki/Molinisme> (06.11.2011); Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 240.

<sup>175</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 52.

<sup>176</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 241.

ku (*jus gentium secundarium*) arasında ayırım yapmaktadır<sup>177</sup>. Vasquez de Menchaca'ya göre, pozitif kavimler hukuku, tarihsel olarak, farklı halkların medenî hukuklarından (*jus civile*) başlayarak insanlık tarafından üretilir. Uluslararası hukukun sükeleri Vitoria'da olduğu gibi halklar değil, insanlardır Menchaca'da, ancak bu noktada kuramı bulanıktır, zira aynı zamanda, bu hukuku tamamen egemen devlet odaklı olarak kurgulamaktadır. Bu kuramda, uluslararası hukukun kaynağı evrensel ve değişmez/kendisinden-sapılamaz ilkeler değil, insanların hukuk yaratmalarıdır. Bu hukuk değişebilir ve kendisine uyulmayabilir. Egemenler, uluslararası hukuku kabul edebilirler ya da etmeyebilirler. Bununla birlikte, uluslararası özel hukuk uyuşmazlıkları, iç hukuka gönderme yapılarak çözülemez. Bu durumda başvurulması gereken iç hukuka üstün bir uluslar-üstü ya da ulus-ötesi hukuk olacaktır<sup>178</sup>.

Vasquez de Menchaca, evrenselciliğin karşısında ulusçu ve devletçi bir açıdan uluslararası hukuka yaklaşır. Bununla birlikte Vitoria'nın haklı savaş kuramına radikal biçimde katılmaktadır. Savaş bir zorbalıktır ve yerlilerin topraklarını işgal ederken ve onlara saldırılırken savaşı haklı çıkarmak için ileri sürülen savlar uydurma gerekçelerdir<sup>179</sup>.

Bu düşünür, en çok, gene Vitoria'nın kuramında başlangıç noktasını bulan, “denizlerin serbestliği” üzerine olan görüşleri ile tanınmıştır<sup>180</sup>. Menchaca'ya göre, insanlık denizlerden ortaklaşa yararlanmalı ve denizlerde bazı ülkeler adına ayrıcalıklar ve tekeller yaratılmamalıdır<sup>181</sup>.

Vitoria ve Suarez arası dönemin ele alacağımız diğer İspanyol yazarları Bartolomé de Las Casas (y. 1474-1566) ve Juan Ginés de Sepúlveda'dır. (y. 1490-1573).

#### **d- Bartolomé de Las Casas**

Las Casas, siyasal düşüncede sözleşmecî kurama dayanarak toplumu, siyasal olanın yaratıcısı olarak kabul eder ve onu, saklı tuttuğu yetkilerle

<sup>177</sup> Cemal Bâli Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 236.

<sup>178</sup> Cemal Bâli Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 236.

<sup>179</sup> Cemal Bâli Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 100.

<sup>180</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 53.

<sup>181</sup> Cemal Bâli Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 100.

hükümdarı sınırlayacak bir yerde görür<sup>182</sup>. Sözleşmeci kuramdan yola çıkarak yerlilerin gerçekten düzenli siyasal bütünler içinde yaşadığını göstermektedir<sup>183</sup>. Akal, bu hususta şunları yazmıştır:

“İyi vahşî mitosunun olağanüstü yayılmasını sağlayan en çarpıcı İspanyol düşünürü Las Casas olacaktır. Las Casas, sömürgecilerin yok ettiği bir dünyayı ve sakinlerini yücelterek, fethe saldırır ve kitaplarında, fatihlerin vahşetini sergilemeye başlamadan önce Yenidünyanın benzersiz tâbii güzelliklerini lirik bir dille över. Hemen ardından, bu olağanüstü tabiatla, o dünyanın yerlileri arasındaki uyumu, yerlilerin alçakgönüllülüklerini, uysallıklarını, yardımseverliklerini överek sergiler. Keşfedilen kıta bir cennet, onun sakinleri de hemen hemen bütünüyle birer melektir. Amerika'nın tâbii zenginliğinin ayrıntıyla anlatılmasında ve yerlilerin böyle yüceltilerek kusursuzlaştırılmasındaki amaç, sömürgeciliğin bir cenneti cehenneme dönüştürdüğünü göstermektir. Las Casas için, masum yerlilere kıyan fatihler, birer cehennem zebânîsinden farksızdır... Bu düşünür, sömürgeciliğe karşı siyasetini bir cennet mitosu üzerine kurarken, söz konusu mitosu etkin bir silâha dönüştürecek...”<sup>184</sup>.

Sevilyalı Dominiken rahip Las Casas Kızılderililerin haklarını müdafaa eder<sup>185</sup>. Onun kuramsal önemi, gerek dinî, gerekse siyasî düzlemde, İspanyol hâkimiyetinin meşrûiyet koşulu olarak, yerlilerin bağımsız iradesini devreye sokmasından kaynaklanır<sup>186</sup>. En önemli çalışmalarını, ele aldığı konular hakkındaki tezlerini sistematik ve didaktik bir yöntemle savunduğu, *Tractados* (Sevilya, 1542) adlı yapıtında yayınlamıştır. Bunlar arasındaki “Kızılderililerin İmhası” (*Brevísima relación de la destrucción de las Indias*) başlıklı olanı, birçok dile çevrilmiştir ve en meşhurdur.

Las Casas, Avrupalıların Kızılderililere her türlü haksız müdahalesine karşı çıkmakta ve Avrupalıların, ahlâkî üstünlüklerini ileri sürerek yerlileri

<sup>182</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 47.

<sup>183</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 70; Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza’da İletişim Hakkı”, s. 12.

<sup>184</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 131–132.

<sup>185</sup> Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, s. 153.

<sup>186</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 134.

tâbii haklarından mahrum etmesini şiddetle reddetmektedir. O da, Soto gibi, yerlilere zorla dinî tebliğde bulunulmasını (*forcer les Indiens à entendre la prédication*) kabul etmemektedir. Las Casas'ın çalışmalarında, eşitlikçi bir doğal hukuk anlayışı egemendir. Köleciliği kesin olarak reddeder<sup>187</sup>. Las Casas tarafından, savunduğu eşitlikçi doğal hukuk düzeninde, bu düzenin mensuplarının müşterek kanaatinin (*communis opinio*) önemine ısrarla vurgu yapılmaktadır<sup>188</sup>.

### e- Juan Ginés de Sepúlveda

Sepúlveda ise, başta Politika adlı yapıtı olmak üzere Aristoteles'in eserlerinin Lâtince tercümelemleri ile tanınmıştır<sup>189</sup>. Sepúlveda, Aristoteles'in insanlar ve halklar arasındaki tâbii eşitsizlik teorisini yeniden irdelemekte ve kendi kendilerini akılcı bir biçimde yönetmekten aciz olanların en yetkinlerin idaresine boyun eğmeleri gerektiğini savunmaktadır<sup>190</sup>. Sepúlveda, Las Casas karşısında, İspanya Krallığı'nın sömürge siyasetini doğrulayan savlar ileri sürer<sup>191</sup>.

### 3- Francisco de Suarez

Uluslararası hukuka ilişkin kuramını esas olarak *De Legibus ac de Deo Legislatore* (1612) adlı kitabında geliştiren Francisco Suarez, Altın Çağ'da İspanyol okuluna mensup teoloji kökenli düşünürlerin modern uluslararası hukuk öğretisinin geliştirilmesi bakımından en etkili ve bizim de bu başlık altında ele alacağımız yazarların sonuncusu olan teolog ve filozoftur<sup>192</sup>. An-

<sup>187</sup> Ernest Nys, *Études de Droit International et de Droit Politique*, s. 227.

<sup>188</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 53.

<sup>189</sup> Ernest Nys, *Études de Droit International et de Droit Politique*, s. 230.

<sup>190</sup> Eserleri: *Democrates, sive de convenientia disciplinae militaris cum Christiana religione* (Roma, 1535); *Apologia pro libro de justis belli causis* (Roma, 1550); *Democrates alter, sive de justis belli causis apud Indos* (Bu kitabın basımına Las Casas'ın girişimleriyle izin verilmemiş ve elyazması kopyaları dolaşmıştır, kitap ancak 1892'de basılabilmektedir; zaten, Sepúlveda, *Apologia*'yı bu nedenle yayınlamıştır); bkz. Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 53.

<sup>191</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 87; Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, s. 154.

<sup>192</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, ss. 95–124, kitapta Suarez'e ilişkin kısmı L. Rolland yazmıştır. Suarez, Nys'in ifadesiyle uluslararası hukuk disiplinin kurucularından ve Hıristiyanlıkta merhametin ve iyilikseverliğin yüzünü ağartan, insanlık aş-



cak şunu belirtelim ki, evvelden ele aldığımız teolog düşünürler gibi o da hukukçu değildir ve amacı hukuk kitabı yazmak da değildir. Felsefesini geliştirirken hukuk kuramı için anlamlı neticelere vardığında, bunlar uluslararası hukuk öğretisi tarihi bakımından üzerlerinde durulması gereken kuramsal düşünceler niteliği kazanmaktadırlar.

Suarez teolog ve filozof olarak, Vitoria ile başlatılan bir çizgide, aslında yetkin bir üslûp olan skolâstik metot ile yazan ve bunu en başarılı bir biçimde uygulayan<sup>193</sup>; metodu ile Ortaçağda, fakat fikirleri ile bütün Batı dünyası için modernitenin, sonraları bir nebze unutulmuş kurucularından biri olan<sup>194</sup>, İspanyol okulu teologlarının kavimler hukuku üzerine de kalemiyle etki eden düşünürleri kuşağının belki son ama en büyük temsilcisidir<sup>195</sup>.

Suarez'in politik düşüncesinin temelindeki önermeler birkaç esasa dayanır: Kutsal olan hiçbir krallık yoktur, zira siyasal otoriteyi meydana getirenler halkların kendisidir.

Devlet, halkın rızasını bildirdiği bir sosyal sözleşmeden ileri gelir<sup>196</sup>. Her kişinin, yaşamaya, özgürlüğe ve mülkiyete ilişkin temel bir hakkı vardır<sup>197</sup>. Kölelik doğal değildir<sup>198</sup>.

Suarez, politik kuramında, sözleşme ile kurulan ulusa dayanarak, devleti meşrûlaştırmakta ve onu egemenlik ile donatmaktaydı<sup>199</sup>. Dışa karşı ise bu egemen devlet bağımsızdır. Siyasal olarak kendisinden üstün bir otorite olmadığı gibi Papalığa da bağlı değildir<sup>200</sup>.

---

kıyla dolu bir filozoftur; Ernest Nys, *Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius*, s. 187.

<sup>193</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 252.

<sup>194</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 31.

<sup>195</sup> A. Pilet, *Les Fondateurs Du Droit International*, ss. 97–98.

<sup>196</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 252.

<sup>197</sup> Ancak Suarez'in kuramında, devlet bu özgürlüklerin sınırını belirler; bkz. Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 253–257. Bununla birlikte, onun kuramında dinlenme hakkı da mevcuttur; bkz. a.g.e. 258–260.

<sup>198</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 153.

<sup>199</sup> Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı”, s. 13.

<sup>200</sup> Suarez'de kilise devlet ilişkileri için bkz. Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 260–263.

Suarez'in kavimler hukuku kuramı öncelikle uluslararası topluluk kavramı (*la notion de communauté internationale*) odaklıdır. Suarez'e göre, "insan türü", farklı uluslara ve krallıklara bölünmüş olsa da, siyasî ve ahlâkî olarak birdir ve bütündür. Bu husus aynı zamanda, *jus gentium*'un varoluş nedenidir. Her bağımsız şehir, her cumhuriyet, her krallık kendi başına mükemmel bir siyasî ünite teşkil etse de, hiçbirinin diğerlerinin yardımına, işbirliğine, dayanışmasına ihtiyaç duymaksızın kendi kendilerine yeterli olmaları söz konusu olamaz. Bu bağlamda, tecrübenin ispat ettiği gibi, bunların çıkarları uyarınca olduğu kadar ahlâkî olarak da, insanlığın bütünlüğünden ayrılmalarına imkân yoktur. Hâl böyleyken onların ilişkilerini yöneten ve uyumlu beraberliklerini temin eden bir hukuka ihtiyaç duydukları açıktır<sup>201</sup>. Buna ilişkin görüşleri oldukça iyi tanınan bir çalışmasında, *De Legibus*'da ortaya konmaktadır:

*"İnsan türü, farklı krallıklara ve uluslara bölünmüş olmasına rağmen belirli bir birliğe sahiptir. Bu birlik salt aynı türe mensup olmaktan kaynaklanan bir birlik değildir; fakat aynı zamanda kısmen siyasal ve ahlâkî bir birliktir. Bu birlik, doğanın buyruğu olan ve hangi ulusa mensup olursa olsun yabancılara da dâhil herkese yönelmesi gereken, karşılıklı şefkat ve sevgiden ileri gelir. Her mükemmel site, cumhuriyet ya da krallık, kendi kendisine mükemmel bir topluluk oluştursa (communitas perfecta) ve kendi mensuplarından meydana gelse de, bununla birlikte bu toplulukların her biri belirli bir tarzda, insan türünün bütünü olan bu kümenin de üyesidirler. Neticede hiçbir zaman, tecrübenin gösterdiği gibi, gerek refahları ve yüksek faydaları, gerekse ahlâkî bir gereksinim nedeniyle, bu topluluklar ayrı ayrı ve karşılıklı olarak birbirlerinin yardımına, dayanışmasına, iletişimine gereksinim duymaksızın (aliquo mutuo iuvanimo et societate ac communicatione) kendi kendilerine yetemezler. Bu sebeple, bu toplulukların karşılıklı toplumsal ilişkilerini yönetecek ve uygun biçimde düzenleyecek bir hukuka ihtiyaçları vardır"*<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Topluluk Kavramı", MÜHF-HAD, C. 16, S. 1–2, Y. 2010, s. 54; Trelles Camilio Barcia, "Francisco Suarez (1548–1617) Les théologiens espagnols du XVIème siècle et l'école moderne du droit international", RCADI, vol. 43, 1933-II, ss. 462–469.

<sup>202</sup> Suarez, *De Legibus*, II. Kitap, XIX. Bölüm/9; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 54; Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 251.

Suarez'de de, Vitoria'da olduğu gibi ulusal yarar, evrensel yarara bağımlıdır; önce evrensel yarar gelir (*bonum commune omnium nationum, bonum commune generis humani*)<sup>203</sup>. Üst norm olan evrensel doğal kavimler hukuku herkes için aynı derecede bağlayıcıdır. Bundan sonra örf ve âdetten doğup gelişen pozitif kavimler hukuku gelir<sup>204</sup>. Gerçekte, Suarez'de uluslararası hukukun kaynağı olarak, Tanrısal istencin, kozmik doğanın ya da insanlığın evrensel doğasının yerine, devletlerin somut iradesi geçmektedir<sup>205</sup>. Şayet uluslararası hukuk literatüründe pozitivist bir okul varsa, bunun ilk ve gerçek kurucusu sözleşmeci/iradeci lâik düşünceli Suarez'dir<sup>206</sup>.

Suarez, modern kavimler hukuku kavramının gelişiminde çok kesin bir belirginlikte ileri doğru bir adım atmıştır. Suarez konuya öyle bir ayırım getirmiştir ki, Truyol y Serra şöyle demektedir: “*Astronomi de Kopernik*<sup>207</sup> nasıl bir kavşak ise, Suarez de uluslararası hukuk için odur”<sup>208</sup>. O, iki tür kavimler hukuku olduğunu belirtmiştir: a- İlk önce, bütün halkların ve bütün ulusların aralarında (*inter se*) uymak zorunda oldukları hukuk; b- ikinci olarak da, her sitenin ya da krallığın kendi içinde (*intra se*) uymak zorunda olduğu hukuk.

Suarez bu hususta (a- ve b- önermeleri arasında) kendisine kadar devam etmiş olan karışıklığı şu şekilde belirtmektedir: “*Bunların arasında gerçekte kavimler hukukunu oluşturan birincisidir (a-), ikincisine de (b-) kavimler hukuku denilmesi sadece bir benzerliktir*”<sup>209</sup>.

Pozitif kavimler hukuku, doğal hukuk ile (dikkat edilmesi gereken şudur ki, Suarez'in zamanında sivil hukuk diye anlaşılan) medenî hukuk ara-

<sup>203</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 54.

<sup>204</sup> Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 66.

<sup>205</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 36.

<sup>206</sup> Suarez'de yasa, iradecilik, egemenlik için bkz. Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 271–280. Suarezcilik için bkz. Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 280–284.

<sup>207</sup> Doğa biliminde devrim yapan Kopernik'in öğretisi üç şeyi altüst etmişti: 1. Gözlerimizle gördüğümüzü sandığımız yerin, ayın, güneşin, yıldızların evrendeki yerine ilişkin görüşünü; 2. Kilisenin dünya görüşünü; 3. Ortaçağın resmî felsefesi olan Aristoteles felsefesini; bkz. Stephen Hawking, Leonard Mlodinow, çev. Selma Ögünç, *Büyük Tasarım*, Doğan Kitap, 2012, İstanbul, ss. 38–39; Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, s. 252.

<sup>208</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 54.

<sup>209</sup> Suarez, *De Legibus*, II. Kitap, XIX. Bölüm/8.

sında bir noktada bulunur. Pozitif kavimler hukuku ikisinden de farklıdır, fakat zaman zaman ikisi ile de karıştırılır. Bu nedenle onun iyi tanımlanması ve ayırt edilmesi gerekli ve önemlidir<sup>210</sup>.

Suarez şöyle düşünmektedir: Doğal hukuk ya da tâbii yasa, aklın tâbii ışığı ile tanıdığımız yasadır. Bu ışık bize iyi ile kötüyü ayırt etme yetisi kazandırır. İyi ve kötü, bizim akılcı doğamıza uygun olan ve olmayandır. Tâbii yasa, insanlara iyi olanı yapmayı, kötü olanı engellemeyi emreder. Bunun nedeni iyinin ve kötünün bu yasa ile tespit edilmiş olması değildir: İyi kendinden iyidir; kötü de kendinden kötüdür. Bu yasa bütün insanlık için ve her zaman aynıdır; onun yazarı Tanrı'dır. Tâbii yasaların bütünü, doğal hukuku oluşturur<sup>211</sup>.

Kavimler hukuku ise, şayet hukuktan bir şeyi yapma ya da yapmamaya müsaade edilmesi anlaşılıyorsa, bu hususun ulusların müşterek âdetlerinden ileri gelerek ortaya konmuş hâlidir. Ancak hukuktan yasa, anlaşılıyorsa kavimler hukukundan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bunun incelenmesi için Suarez, doğal hukuk ile kavimler hukukunu birbirlerinden ayırt etmek için aranması gereken ölçütlerin (*critérium*) üzerinde durmaktadır. Yukarıda yazdığımız gibi, kavimler hukuku diye (aslında gerçek kavimler hukuku olmayan bir biçimde) her sitenin ya da krallığın kendi içinde (*intra se*) uymak zorunda olduğu hukuk anlaşıldığında, Suarez'in belirttiği husus, her devletin medenî (sivil) hukuklarında aynı olan bazı kurallardır.

Gerçek kavimler hukukundan söz edildiğinde ise, Suarez'e göre bu, devletler arasındaki ilişkilerde (*inter se*) uyulması gerekli olan hukuktur. Gerçek kavimler hukukunun varolmasının sebebi, devletlerarası bir toplumun varolmasıdır. *De Legibus*'ta, II. Kitap, XIX. Bölüm/9'daki o meşhur pasajda<sup>212</sup> Suarez, bu uluslararası toplumun temelini Rolland'ın ifadesiyle, "mükemmel bir biçimde" anlatmaktadır<sup>213</sup>.

<sup>210</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 99.

<sup>211</sup> Suarez, *De Legibus*, I. Kitap, III. Bölüm/9; A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 99.

<sup>212</sup> Yukarıda bu pasaja yer vermiştik: "*İnsan türü, ...*".

<sup>213</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 100.

Suarez'e göre, kavimler hukuku, artık devletlerin iç hukuklarında müşterek olan evrensel ilkelerle karıştırılmayacaktır, çünkü kavimler hukuku, hukuk olarak tek bir devlet tarafından değil, fakat devletlerin aralarındaki ilişkilerde uygulamak üzere birlikte oluşturdukları bir hukuktur.

Gene Suarez'e göre, kavimler hukuku doğal hukukla da karıştırılmayacaktır<sup>214</sup>, çünkü kavimler hukuku politik bir toplum olan devletlerarası topluma katıldığında her devletin müstakil politik iradesi ile uyduğu hukuktur. Bu hukuk doğal hukuk gibi tamamen evrensel değildir ve doğal hukuk zaman içinde değişmezken, bu hukuk değişir.

Pozitif kavimler hukukunun oluşmasının temelinde devletlerin özgür iradeleriyle bu hukuka katılmaları bulunmaktadır. Onun yaptırım gücü, devletlerin iradelerinin uyuşmasından ileri gelir<sup>215</sup>.

Suarez, tâbii kavimler hukukunun yanında teamülden doğan pozitif kavimler hukukunun işlevini Vitoria'dan daha açık bir biçimde belirtmiştir. Suarez çalışmalarında kavimler hukuku terimini yani *jus gentium* ifadesini muhafaza etmiştir, ancak bunun içeriğini modern anlamda "uluslararası hukuk"a yaklaştırmaktadır.

Suarez'de, devlet istencinin/iradesinin işlevinin pozitif kavimler hukuku üzerinden kuvvetle vurgulanması, devletlere uluslar arasında savaşa başvurmak için bencilce bir olanak sunmamaktadır. Suarez, savaşı, merhame-ti/iyilikseverliği işleyip savunduğu bir kitabında (*Tractatus de Charitatem – Disputatio XIII*) irdelemektedir<sup>216</sup>. Savaşa başvurmak, üstün bir siyasal otoritenin bulunmadığı uluslararası arenada, bir *injuria*'ya yani haksızlığa uğrayan devletin bunun onarılmasını elde edememesi durumunda sahip olduğu bir yetkidir<sup>217</sup>. Buna rağmen üçüncü bir kişinin hakemliğine başvurmak gibi savaş harici bir yola müracaat edilmesi olanağı da bulunmaktadır. Neticede savaş, tâbii hukuktan ileri gelmez, fakat bir insan yarattığı hukuk olan pozitif

<sup>214</sup> Bkz. Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 267–271.

<sup>215</sup> Cemal Bâli Akal, "Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı", s. 14.

<sup>216</sup> A. Pilet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 105.

<sup>217</sup> A. Pilet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 107.

kavimler hukukundan ileri gelir. Pozitif kavimler hukukunun bir müessesesi olan savaşın da aslında, uzlaşmazlıkların barışçıl yollardan çözümlenmesi düzeneklerinin geliştirilmesi ile ortadan kaldırılması mümkündür<sup>218</sup>.

Suarez'in kuramında, savaş her şeyden önce adaleti elde etmenin bir yoludur. Galip, mağlûp üzerinde adaletin bir tür tecellisini gerçekleştirmektedir. Bunun söz konusu olabilmesi için elbette savaşın galip bakımından haklı bir savaş olması şarttır. Haklı savaşın bütün ölçütleri karşılanmış olmalıdır. Bunlara ilâveten merhametli olunmalıdır; asla masumlara ve elçilere zarar verilmemelidir<sup>219</sup>. Yargı yetkisi mevcut olan (*potestas jurisdictionis*) ve otoritesi kendisinininkinden yüksek olan bir mahkemenin mevcut olmadığı bir durumda, haklı bir savaş gerçekleştirmiş olan galip, adaleti bu biçimde gerçekleştirmeye mecbur kalmıştır.

Suarez'e göre, bunun kabulü, devletler arasındaki sosyal ilişkileri yadsımak demek değildir. Şayet devletler soyutlanarak gelişebilselerdi, birbirleriyle zarurî ve neredeyse düzenli ilişkiler içerisine girmek zorunda kalmazlardı. Bu husus, uluslararası hukukun mevcudiyetinin temelindeki nedendir. Katolik teolog, insanlar arasındaki birbirine karşı olan sevgiyi de, bu uluslararası sosyalleşme dinamiğinin nedenlerinden biri olarak öne sürmektedir. İnsanlık aşkı ya da insanlığın kendi kendisine olan tutkusu, uluslararası hukuku var eden uluslararası toplumun mevcudiyetindeki varlık sebeplerinden biridir Suarez'e göre<sup>220</sup>. Uluslararası topluluk kısmen ahlâkî, kısmen de politik bir topluluktur.

Amerikan yerlileri yanlısı Cizvit Suarez, Katolik teolog kimliği ile insanlık sevgisinden söz etse de, pozitivist kuramıyla, Hıristiyan prensler arasında savaşı reddeden Katoliklik ağırlıklı görüşleri yadsımaktadır. Şayet ortada bir haksızlık mevcutsa, Hıristiyan bir hükümdar, başka bir Hıristiyan hükümdara karşı haklarını korumak için, hakemlik ile sorun çözümlenemiyorsa, savaşa başvurmakta özgürdür<sup>221</sup>. Bu tarafıyla, yükselen ulus-devletin

<sup>218</sup> Suarez, De Legibus, II. Kitap, 19. Bölüm/8.

<sup>219</sup> Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 67.

<sup>220</sup> A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 121.

<sup>221</sup> Cemal Bâli Akal, "Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı", s. 16.

çıkarları için dışpolitikada savaşı meşrû gören tutuma gerçekçi bir tavırla kuramsal temel sunmaktadır. Bu çerçevede şayet Vitoria evrenselciyse, Suarez ulusalcıdır<sup>222</sup>. Vitoria'nın kaygısı biraz da soyut kalan insanlıkken, Suarez'in kaygısı devletin bekasıdır<sup>223</sup>.

Devlet diye adlandırılan egemenin sınırları belli olan ülkesinde içerideki kaygısı barış ve güvenlikken, aynı egemen dışarıda rekabeti ve çatışmayı sürdürmektedir<sup>224</sup>. Uluslararası hukuk her şeyden önce bu gerçeklik ile ister istemez şekillenecektir, çünkü ona vücut veren bu kaygılı ve çatışmacı hür devletlerin müşterek iradesidir. Yazımızın hemen girişinde belirttiğimiz gibi, her devletin hürriyeti (egemenliği/bağımsızlığı) ve müşterek bir hukukun varlığı ve bunun bağlayıcılığı meselesi, uluslararası hukukun bünyesindeki esas varoluşsal gerilimdir. Suarez de kuramının temelleriyle bu gerilimi çok önceden görmüş ve haber vermiştir. Çözümlerinden ziyade onu ilginç kılan bu öngörüsüdür.

## **B- Asker ve Hukukçu Yazarların Ortaya Koyduğu Literatür**

Savaşların, iktidarları yükselen egemenlerin elinde gittikçe yoğunlaşması ve karmaşıklaşması uygulamada önemli bir malzeme sunmakta ve ordularda bulunan birkaç hukukçu yazar da bu malzemeyi, konu hakkındaki görüşlerini işledikleri monografileri yazarak değerlendirmekteydi. Onların çalışmaları da, öncü teologlarınki gibi, uluslararası hukukun kuramsal kurulumunda kendilerinden sonra gelecek yazarlara dayanak vazifesi görecektir modern temellere katkı yapmıştır.

Bizim burada çalışmaları dolayısıyla ele alacağımız üç meşhur yazar Pierino Belli, Balthazar Ayala ve asker kökenli olmayan Alberico Gentilis'dir. Onların eserleri modern uluslararası hukuk literatüründe erken klâsikler arasında kabul edilmektedir.

<sup>222</sup> Cemal Bâli Akal, "Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı", s. 20; Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 17.

<sup>223</sup> Bkz. Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, ss. 264–267.

<sup>224</sup> Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 91.

### 1- Pierino Belli

İtalyan asker ve hukukçu Pierino Belli (Alba, 1502 – Turin, 1575), imparator V. Karlos'un ve II. Felipe'nin yanında hizmet ettikten sonra Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'nun Pimonte'deki ordusunda kumandan olarak görev yapmıştır. Bunu takiben meslek hayatında İtalyan devletleri için diplomatik görevler de üstlenmiştir.

Venedik'te, 1563'te yayınlanan ve zamanı için savaş hukuku ve faaliyeti üzerine görülmedik derinlikte kapsamlı bir kitap olan *De re militari et de bello* (Savaş ve askerlik işleri) adlı çalışmanın yazarıdır. Eserinin başında yazar, askerî tahkimat ya da savaş sanatı üzerine değil, fakat savaş hakkındaki hukukî meselelere eğilmek istediğini belirtmektedir. Bu doğrultuda çalışmasının girişinde, savaşın haklı sebeplerini, meşrû ve gayrimeşrû ittifakları, askerî faaliyetler sırasında hukuka uygun olan ve olmayan eylemleri, düşmanla silâhlı çatışmada uyulması gereken kuralları, tutsaklara, tüccarlara ve her iki taraftan da köylülere nasıl davranılması gerektiğini, düşman malları hakkında yapılabilecek muameleleri hukukî usulleri ile belirlemeyi istediğini ifade etmektedir<sup>225</sup>. Gurier'in de dediği gibi, yapıt incelendiğinde, gerçekten de yazarı tarafından doğal hukuktan çıkarılan ilke ve kurallar ile çerçevesi çizilen uluslararası savaş hukuku üzerine kapsamlı bir eser ile karşı karşıya kalınmaktadır<sup>226</sup>.

Belli, genel olarak skolâstik öğretinin haklı savaş doktrinini izlemektedir<sup>227</sup>, ancak meslekî olarak uygulamanın içinde bulunduğu saptamaları skolâstiklerde olduğu gibi salt teorik değildir ve somut örnekler ile konunun işlenmesini zenginleştirir. Görüşlerini oluştururken İtalyan hukukçu Giovanni Lignano'nun (1320–1383) yazılarından etkilendiği yerler önemli orandadır<sup>228</sup>.

<sup>225</sup> Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, s. 129.

<sup>226</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 154.

<sup>227</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 55; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 155.

<sup>228</sup> Giovanni Lignano'nun savaş hakkındaki görüşleri için bkz. Ernest Nys, *Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius*, ss. 75–78.



İtalyan ordu hukukçusuna göre savaş her zaman varolmuştur ve dünya durdukça da varolacaktır. Buna karşın doğal hukuk savaşın haklı olmasını buyurur. Silâha başvurmak ancak bir haksızlığı defetmek içinse elzem ve haklıdır. Vatani savunmak için prensin savaşı haklı savaştır<sup>229</sup>.

Savaşın nedenlerinin haklı olması gerektiği gibi savaş ilânının da yapılması gereklidir<sup>230</sup>. Buna uyulmaması savaşı haklı olmaktan çıkarır. Savaş ilân edildikten sonra da akla uygun bir süre beklenilmeli ve silâha öyle başvurulmalıdır. Bu uygunluk doğal hukukun kaynağını bulduğu akla (*raison naturelle*) göredir<sup>231</sup>.

Savaş sırasında, tutsaklara yapılan zalimliği hukuken mahkûm eden Belli, işgal edilen topraklardaki halkın da korunup kollanması gerektiğini savunmaktadır<sup>232</sup>.

Çağına göre ve hatta uzun müddet için çok ileri olan bir görüşü de, şayet taraflardan biri hakeme başvurmayı kabul ederse, diğerinin de çatışmayı durdurması gerektiğidir<sup>233</sup>.

## 2- Balthazar de Ayala

Anvers doğumlu İspanyol yazar Balthazar de Ayala (1548–1584), Parma prensi Alexandre Farnèse'in ordusunda askerî yargıç görevi yapmıştır. 1582'de *De lure et Officiis bellicis et Disiplina militari*<sup>234</sup> adlı kitabını yayınlamıştır. Bu kitapta çağdaşlarının paylaştığı skolâstik fikirleri birçok noktada bir kenara bırakmıştır. Hollânda Protestanlarının II. Felipe'nin Katolik İspanyasına karşı yürüttükleri savaş bir başkaldırı, bir isyandı ve kelime-

<sup>229</sup> Belli, *De re militari et de bello tractatus*, ilk bölüm; bkz. Ernest Nys, *Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius*, s. 82; ayrıca Stephen C. Neff, *War and the Law of Nation – A General History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 63.

<sup>230</sup> Ernest Nys, *Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius*, s. 107.

<sup>231</sup> Ernest Nys, *Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius*, s. 107.

<sup>232</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 55; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 155.

<sup>233</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 55; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 155.

<sup>234</sup> [http://www.archive.org/stream/dejureetofficiis02ayaluoft/dejureetofficiis02ayaluoft\\_djvu.txt](http://www.archive.org/stream/dejureetofficiis02ayaluoft/dejureetofficiis02ayaluoft_djvu.txt) -adresinde *De lure et Officiis bellicis et Disiplina militari*'nin metni mevcuttur (13.03.2012).

nin gerçek anlamına göre bir savaş değildi. Ayala bu görüşünü savaşın statüsünden hareket ederek belirlemiştir<sup>235</sup>.

Yapıtı yayınlandığında Avrupa’da savaş konusu üzerine yazılmış en kapsamlı eser olmuştur. Yapıtın ikinci cildi esas olarak strateji, askerî disiplin ve savaş siyaseti üzerineyken, birinci cildi savaş hukuku üzerine bir inceleme ve tartışma ortaya koymaktaydı.

Siyasal olarak Ayala, Katolikliğin (din siyasal bir çatışma nedeniydi Avrupa’da) ve İspanya’nın ateşli bir destekçisiydi. Bu nedenle konuları incelediği soğukkanlılığı ve mantık gücü dikkate değerdir. Politik yargılarının hukukçu bir yazar olarak muhakemesini etkilemesine izin vermemiştir. Bununla birlikte teologlarla doğrudan bir tartışmaya girmeksizin İspanyol Okulu uluslararası hukuk yazınında sekülerliği (dinden bağımsızlığı) gerçekten temsil etmiş en önemli şahsiyettir<sup>236</sup>. Haklı savaş hakkındaki düşüncelerini ahlâk ve dindarlık üzerinden geliştirmemiş, fakat meseleleri hukukî taraflarıyla değerlendirmiştir. İki egemen arasında çıktığında, ahlâkı, bir savaşı haklı kılan ya da kılmayan bir unsur olarak değerlendirmeyi reddetmiştir, çünkü böyle bir değerlendirme, Ayala’ya göre, tamamen yararsızdır<sup>237</sup>.

Ayala, savaş açılmasını ve icra edilmesini bir devletin tam yetkisinde görmekte ve egemen taraflar arasında gerçekleşiyorsa her iki taraf için de bunun hukuken haklı olduğunu düşünmektedir. Savaşın hukukî teorisi söz konusu olduğunda Ayala’da, gerçekten Ortaçağcı skolâstik öğretiden moderniteye doğru tam bir kopuş vardır. Egemenlik kavramı haklı savaş kuramının tam ortasına yerleşmektedir onunla<sup>238</sup>. Öte yandan, egemenin devleti koruma görevi olduğundan hareketle isyan eden uyruklarına karşı prensin silâh kullanmasını meşrû görmektedir<sup>239</sup>. İsyanın prens tarafından bastırılması bir savaş değil, fakat daha çok adaletin sağlanmasıdır; çünkü hükümdara isyan etmek bir suçtur<sup>240</sup>.

<sup>235</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 156.

<sup>236</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 156.

<sup>237</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 156.

<sup>238</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 55.

<sup>239</sup> Ernest Nys, *Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius*, s. 84; Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, s. 130.

<sup>240</sup> Ernest Nys, *Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius*, s. 85.

### 3- Alberico Gentilis

Alberico Gentilis (1552–1608), pregrotiens yazarlar içinde önemli bir yere sahiptir<sup>241</sup>. Hugo Grotius öncesinde, uluslararası hukuk literatürünün ve uluslararası hukukun kuramsallaştırılmasının ilk modern başlangıcında, XVI'ncı yüzyılda Avrupa'da, iki ekol, uluslararası hukuk alanında düşünce üremekteydi. Bu ekoller felsefî okul ve tarihçi okuldur<sup>242</sup>. Gentilis, tarihçi okulun önemli temsilcisi olarak değerlendirilmiştir<sup>243</sup>. Bu yaklaşımlara Henry Nézard'ın da yaptığı gibi ekol denilmesi<sup>244</sup> çok yersiz değildir, çünkü insan düşüncesinde güçlü biçimde bulunan iki önemli eğilime karşılık gelmektedirler.

Anılan eğilimlerden birincisi, felsefî okul tarafından karşılanmaktadır. Yazarları teologlardır. Bu teologlar, hukuku, Tanrı'dan ve insanın ya da devletin evrensel doğasından ileri gelen soyut felsefî ilkeler üzerinde, uluslararası pratikten epey farklı bir biçimde, olması gereken hukuk olarak kurgulamaktaydılar.

Suarez, bu teologlar kuşağı içerisinde uluslararası uygulama ile akıldan üretilen davranış kuralları arasındaki farkın bilincine en belirgin biçimde varan yazar olmuştur. Bu doğrultuda Suarez, pozitivizm geleneğinin başlangıcında durmakta ve tarihçi okulun da eşğini teşkil etmektedir<sup>245</sup>.

<sup>241</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 37, kitapta Alberico Gentilis'e ilişkin kısmı Nézard H. yazmıştır, ss. 37–93.

<sup>242</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 37.

<sup>243</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 56; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 159.

<sup>244</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 37.

<sup>245</sup> Pozitivist okulun klâsik yazarlar arasındaki ilk ve önemli temsilcisi ise Zouche'tur. Richard Zouche (1590–1660), pek çoklarıncı uluslararası hukukun kurucularından biri olarak kabul edilen İngiliz hukukçudur. Oxford'da kendisinden önce Gentilis'in de bulunduğu makamda kraliyet medenî hukuk profesörlüğü (*Regius Professor of Civil Law*) yapmıştır. 1641'de Deniz Kuvvetleri Mahkemesi yargıçlığına atanmıştır. Zouche özellikle uluslararası hukuk konusundaki *Iuris et Iudicii Fecialis* (1650) adlı araştırmasıyla tanınır. Kendi alanında ilk kapsamlı yazma olan bu yapıtında, görenek kurallarına ve dönemin emsal kararlarına önceki yazarlara göre daha çok yer verdiği için ilk olgucu olarak kabul edilir. Uluslararası hukuku adlandırmak için *jus inter gentes* terimini bulan ilk kişi değilse de, bunu *jus gentium*'dan daha uygun bularak benimseyen ilk kişi olmuştur. Zouche'a kadar, bugün uluslararası hukuk olarak bilinen hukuk dalının Avrupa'daki atası

Tarihçi okul, felsefî okulun temsil ettiği, zihnin soyut, genel ve ideal kurallara ulaşma eğilimi karşısında, insan zihninin kurallar ile olayların hikâyesi ve somut gerçeklik arasında bağ kurma ihtiyacını cevaplandırmaktadır.

Gentilis, örf ve âdetten doğan uygulamalar ile antlaşmalardan kaynaklanan kurallara dayanarak uluslararası hukuka ilişkin ilkeleri çıkarmaktadır. *A priori* kabulleri ve metafiziği uluslararası hukuktan ayıklamak istemektedir<sup>246</sup>. Bu karakteri ile Suarez'den sonra ele aldığımız asker-hukukçu yazarları takiben (din adamı olmayan anlamında) lâik bir üniversite profesörü olarak tarihçi okulun en kuvvetli temsilcisidir<sup>247</sup>. Gentilis'in bu niteliğinin temelindeki düşünüş hukukî kuralları dinî hükümlerin etkisinden kurtarma gerekliliğine olan inancından ileri gelir.

---

için kavimler hukuku (*jus gentium*) kavramı genel olarak benimsenerek kullanılmıştır. Çağdaş anlayışa yakın bir biçimde bu hukuk dalını adlandırmak için, bu disiplinin uluslararası bir hukuk olduğunu vurgulayacak biçimde, kavimlerarası hukuk ifadesini kullanan ilk yazar Zouche olmuştur. Bu adlandırmanın benimsenmesinde de öncüdür. Ancak bu yaklaşımı, teorisinde ilk kez ortaya koyan, Suarez olmuştur. Suarez'e göre iki tür kavimler hukuku vardır. Bunlardan biri, her sitenin ya da krallığın kendi içinde (*intra se*) uymak zorunda olduğu hukuk; diğeri ise, bütün halkların ve bütün ulusların aralarındaki (*inter se*) ilişkilerde uymak zorunda oldukları hukuktur. Suarez uluslararası hukuk anlamında gerçek kavimler hukukunun bu son söylenen olduğunu vurgulamıştı. Bu tespitinin yanı sıra Suarez, kendinden önceki bütün diğer yazarlardan daha fazla "olgucu" bir anlayışla kuramını oluşturmuştu. Suarez'den sonra Gentilis'te pozitivistlik yakın durmuştur. Gentilis, örf ve âdetten doğan uygulamalar ile antlaşmalardan kaynaklanan kurallara dayanarak uluslararası hukuka ilişkin ilkeleri düşünmüştü. Bu bakımdan Zouche'dan önceki yazarlardan Suarez ve Gentilis, pozitivistlik bakımından erken öncüler olarak kabul edilmelidir. Ancak uluslararası hukukun modern şeklini almaya yaklaştığı klâsik öğretide Zouche'u, Fransız hukukçu Georges Scelle'in (1878–1961) yaptığı gibi pozitivist yaklaşımın eşliğine yerleştirmek de konuya dönemselsel olarak yaklaşıldığında yersiz değildir Zouche'un *Juris et Judicii Fecialis sive Juris Inter Gentes* (Fetialis Hukuku ve Yargılaması Hakkında ya da Kavimlerarası Hukuk ve Buna İlişkin Sorunlar Üzerine Açıklama. "Fetialis" Roma zamanında savaş ve barış işlerinde kutsal ritüelleri gerçekleştiren heyetin üyesi olan rahipti) adlı yapıtı, gene Scelle tarafından, uluslararası hukuka özgülenmiş ilk "ders kitabı" (*manuel*) niteliğindeki teknik yapıtı olarak değerlendirilmiştir; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 83.

<sup>246</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 159; Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 68.

<sup>247</sup> Christian L. Lange, *Histoire de l'Internationalisme Jusqu'à la Paix de Westphalie*, s. 294.

İspanyol Okulu'na mensup teolog yazarlar Katolikler ve Gentilis'in karşı olduğu bir biçimde Katoliklik içerisinde Papalık, *imperium* iddiası ile devletler üzerinde egemenlik sahibi olma uğraşını asırlardır sürdürmüştü. Dinî esas olarak üretilecek bir hukuk, bağımsız mensupları arasındaki ilişkilerden meydana gelen devletlerarası politik ortamın gerçeklerine artık uymamaktaydı çünkü devletler kendi üzerlerinde üstün bir güç tanımaksızın kendi öz egemenlikleri ile donanmaktaydılar. Öte yandan dinî esas olarak üretilen bir hukuk, dünyevî temellerinden kopartılmakta ve bilimsel niteliği de bulunmamaktaydı. Bu hususları farkında olan Gentilis, yeni bir seküler doktrin geliştirilmesi gereğine inanmaktaydı.

Uluslararası hukuk öğretisini teolojinin hâkimiyetinden kurtarmak gerektiğini düşünen Gentilis, kuramsal olarak bu disiplinin özerk çerçevesini tamamlayamasa da bunun temellerini sağlamıştır. Örneklerini daha ziyade Antik dünyanın tarihinden seçtiği gibi, çağının uluslararası olaylarından da bolca örnek üreten Gentilis, bu disiplinde evrensellik ve insanlık tümellerini kapsayıcı bir biçimde ve gerekirci bir şekilde doğanın düzeninden kaynaklanan “doğrudan kurallar” görmemekteydi; ama disiplinin düzenlemesi gereken ilişkilerin kaynağında, insan doğasından başka bir kaynak bulunduğunu da düşünmemekteydi. Gentilis bu düşüncüsü ile Grotius tarafından oluşturulacak yeni doktrinin ve onun izleyicisi Wolff, Puffendorf, Zouch ve Moser gibi yazarların ait olduğu geleneği başlatmaktadır. Gentilis'in yaşamının ve eserlerinin incelenmesi modern uluslararası hukukun entelektüel geleneğinin seküler başlangıcında durduğunu göstermektedir<sup>248</sup>.

<sup>248</sup> A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 38. 1625 yılında Paris'te yayınladığı *De jure belli ac pacis*'i Grotius'un, o (kırk) yaşına kadar elde ettiği bilgi birikimi ile *De jure belli ac pacis*'i 1623 yılının başında yazmaya başladığı anlaşılmaktadır. Bu birikimin üzerine Grotius, ilk gençliğinden itibaren kişiliğinin özelliği olduğu üzere, olağanüstü bir çalışkanlık ve üretkenlikle başarıyı iki yılda tamamlamayı başarmıştır. Bu hummalı çalışmasına başlarken onun için vazgeçilmez olan kaynakların Ayala'nın ve Gentilis'in çalışmaları olduğunu kardeşine yazdığı mektuplardan öğrenmekteyiz; 23 Nisan 1623 tarihli mektup; bkz. A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 141. Grotius, kavimler hukuku üzerine düşünmeye elbette *De jure belli ac pacis*'i yazmaya koyulmadan çok önce başlamıştı. Grotius, özellikle Plâton, Aristoteles, Cicero, Akinolu Tommaso, Kilise hukuku ve kanunları, Vitoria başta olmak üzere İspanyol teolog ve hukuk doktorlarında, Belli, Ayala, Gentilis gibi yazarlarda, kavimler hukuku ve kamu hukuku hakkındaki düşünceler üzerine okumuş ve çalışmıştı; A. Pilet, Les Fondateurs Du

Gentilis, “uluslararası hukukun tarihi”nden bahseden ilk hukukçudur aynı zamanda. “Kavimler hukuku bilimi”ni bağımsız bir disiplin olarak kurmayı düşünen ilk yazardır. Disiplini teolojinin hâkimiyetinden kurtarıp lâik bir biçimde kurgulama düşüncesi onu Vitoria ve Suarez ile en tanınmış biçimde temsil edilen Katolik geleneğinden ayırmaktadır. Bu noktada, Gentilis’in yaşamı, onun düşüncelerinin temelinde yatan somut hayat tecrübelerini anlamamız bakımından irdelenmeye değerdir.

Gentilis İtalya’nın Ancône bölgesindeki Castello di San Ginesio’da, Protestanlığı benimseyen bir İtalyan’ın oğlu olarak 1552’de doğdu. Babası Mathieu Gentilis tıp doktoruydu. Gentilis, gençliğinde, parlak bir hukuk eğitimi aldıktan sonra, babasıyla birlikte İtalya’yı terk etmek zorunda kaldı. İtalya’yı terk etmeden önce, 1572’de Cino de Pistoia, Bartolo ve Balde gibi âlimlerin üniversitesi olan Pérouse Üniversitesi’nde hukuk doktorasını tamamlamış ve aynı yıl Ascoli’de yargıç seçilmiştir. 1575’te bu görevden ayrılıp doğduğu şehirde avukatlığa başlamıştır. 1579’da Gentilis ve babası dinsel sapkınlık (heretiklik) suçlamasıyla engizisyon tarafından yargılanmış ve 1581’de Roma’da ömür boyu hapis ve mallarına el konulması cezasına uğratılmışlardır. Fakat ikisi de 1579’da İtalya’dan birlikte kaçmayı başarmışlar ve Katolikliğe karşı cephe alan İngiltere’ye gelmişlerdi. Reform taraftarı birçok İtalyan, babası kral tarafından Katoliklikten kopartılan İngiltere’nin kraliçesi Elizabeth tarafından korunmaktaydı. Gentilis, eskinin Dominikenî,

---

Droit International, s. 143. Uluslararası hukuk profesörü ve Uluslararası Adalet Divanı’nın ilk başkanlarından Jules Basdevant’ın (1877–1968) Grotius hakkında yazdığı çoktan klâsikleşmiş makalesinde (1904) de belirttiği üzere, Grotius’un bu okuma ve çalışmalarında aradığı başlıca bakış açısı kavimler hukukunu, doğal hukuk temeline oturtabileceği düşüncelere ulaşabilmeye yönelikti; Jules Basdevant, “Hugo Grotius”, A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 143. Grotius, hâpiste olduğu zamanlarda da, yazdığı mektuplardan Gentilis’in çalışmalarını okuduğu ve doğal hukuk üzerine düşündüğü belli olmaktadır; Kardeşine yazdığı 12 Ocak 1623 tarihli mektup; bkz. A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 143. Tüm bunlar, *De jure belli*’nin uzun bir inceleme ve düşünme sürecinin ürünü olduğunu göstermektedir. Grotius, *De jure belli*’de kendisinden önce de savaş hukuku üzerine yazan teologların ve hukukçularının görüşlerine değindikten sonra Ayala ve Gentilis’in üzerinde özellikle durmaktadır. Gentilis’in çalışmalarından yararlandığını belirttikten sonra bu çalışmalarda tarihin gerektiği gibi işlenmemesinden ve savaş hukukuna ilişkin olan hususların, hukukun diğer meselelerinden yeterince ayırt edilmemesinden ötürü çeşitli noktaların karanlıkta kaldığını ve eksikler bulunduğunu belirtmektedir; A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 181.

bir ara Reformun taraftarı, hermetik filozof, sezimci ve aykırı düşünür, bilim adamı Giordano Bruno (1548–1600) ile İngiltere’de tanıştı. Bruno, bir süre sonra İtalya’ya dönmüş ve Venedik engizisyonu tarafından tutuklanıp 1600’de heretiklik suçundan yakılacağı Roma’ya teslim edilmiştir.

Dinî inancı yüzünden sürgündeki hukuk doktoru Gentilis, 1554’ten beri Oxford Üniversitesi’nin şansölyesi de olan Leicester saymanının himayesini edindikten sonra, akademinin otoriteleri ile ilişki kurar. 1581’de İtalya’da aldığı hukuk doktorasına binaen *Regius Proffesor* olarak atanır ve Oxford’da Roma hukuku öğretmeye başlar.

1582’de Roma hukuku üzerine yorumlarını içeren altı diyalogunu, “*De Juris Interpretibus dialogi sex*” başlığı ile yayınlar. Bu eserde Gentilis, hümanistlerin “Lâtin barbarı” diyerek yediği Bartolo taraftarı eski okula mensup bir sivilist hukukçu kimliği ile belirmektedir<sup>249</sup>.

Gentilis, 1582’de Londra’da “*De Legationibus Libri tres*” adını verdiği “elçilik hukuku” üzerine olan yapıtını yayınladı. Kitap, konunun, kuramsal olarak tamamlandığı bir inceleme olmamakla birlikte, hukukî bağlamıyla sistemli olarak ele alındığı ilk çalışmadır<sup>250</sup>. Bu çalışmayı yayınlamadan önce Gentilis, İngiliz hükûmetine İspanyol elçisi Don Mendoza olayında danışmanlık yapmıştı. Elçi Bernardino de Mendoza, kraliçe Elizabeth’e karşı Mary Stuart’ı tahta geçirmeye yönelik bir komplonun içinde olmakla suçlanmıştı. Gentilis, hükûmete, elçinin dokunulmazlığı ve onun yargı bağımsızlığı hakkında verdiği mütalâada, yabancı bir elçinin İngiliz mahkemesine çıkarılamayacağını, öldürülemeyeceğini, ancak onun geri gönderilebileceğini bildirmiştir<sup>251</sup>. Görüşü itibar görmüştür ve İngiliz hükûmeti ona göre davranmıştır. Bu olay elçilik hukuku üzerine yazdığı kitabının temelini oluşturmuştur.

1587’de Roma hukukunda kraliyet profesörü olarak atanan Gentilis’in, dönemin akademik geleneğinin talep ettiği üzere, yeni atanan bir profesör olarak bir konuyu tez olarak ele alıp tartışması gerekmektedir. Gentilis, tez konusu olarak savaş hukukunu seçmiştir. Atanmasını takip eden iki sene

<sup>249</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 157, 159.

<sup>250</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 157.

<sup>251</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 56.

içerisinde de konuyla ilgili iki ders daha hazırlayan Gentilis, savaş hukuku üzerine bu üç çalışmasını “*De Jure Belli Libri tres*” adıyla yayınladı.

1605’te Gentilis, İngiliz mahkemelerinde görülen<sup>252</sup>, Atlantik Okyanusu’nda İspanyol gemilerinin Hollândalı korsanlar tarafından ele geçirilmesine ilişkin davalarda İspanya’nın çıkarlarını savunmak için İngiltere’nin izniyle avukat olarak görev almıştır. Üç yıl boyunca bu davalarda çalışan Gentilis, savaş hukuku ile yakından ilgili bu denizcilik meselesi üzerine olan tecrübe ve görüşlerini yazıya da aktardı. Bu çalışması da ölümünden sonra erkek kardeşi Scipion tarafından 1613’te, “*Hispanicæ advocacionis libri duo*” adıyla yayınlanmıştır<sup>253</sup>.

Alberico Gentilis 1608’de İngiltere’de hayata gözlerini kapadı. Oxford’un bu İtalyan hukuk profesörünün ölümünün üzerinden çokça zaman geçip kendisi ve çalışmaları unutulurken ve uluslararası hukukun kuruculuğu payesinin tümü Hollândalı Grotius’a verilirken, 1874’te Oxford’un bir başka hocası Thomas Erskine Hollând (1835–1926) bir dersinde, “Uluslararası Hukuk Öğretisinde Gentilis” konusuna girerek unutulmuş kurucu yazarlar arasından Gentilis’i çekip çıkardı. O artık, zamanında engizisyon yüzünden kaçtığı anavatanı İtalya’da 14 Eylül 1875’te anısına sunulan bir manifestoda, akademik dünya, uzman hukukçular ve devlet adamları arasında, “*Vatanın büyük evlâtlarından biri ve yeni zamanların erginleştiricilerinden, barışın ve özgürlük bilincinin filozofu ve halklar arasındaki kardeşliğin ve evrensel barışın öğretmeni!*” olarak selâmlanmaktaydı<sup>254</sup>. Tamamıyla unutulmuşluk içerisindeyken, takip eden otuz yıl içerisinde Gentilis’in eserlerine akademik çevrede önemli bir ilgi uyanmış ve Batı yazınında uluslararası hukuk öğretisine olan katkısı etraflıca irdelenmiştir<sup>255,256</sup>.

<sup>252</sup> İngiltere, Hollândalılar ile İspanya arasındaki savaşta tarafsız durmakta ve İngiliz mahkemesi iki taraf arasında korsanlıktan doğan davalarda İspanya’nın taleplerinin görüşüldüğü mahkeme olarak görev yapmaktaydı; bkz. A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 43.

<sup>253</sup> *Hispanicæ advocacionis libri duo* üzerine bir değerlendirme için bkz. A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, ss. 74–76.

<sup>254</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 44.

<sup>255</sup> Gentilis’in elyazmaları dâhil bütün yapıtlarının bir listesi için bkz. A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, ss. 46–48.

<sup>256</sup> Gentilis’in elyazmaları dâhil bütün yapıtlarının bir listesi için bkz. A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, ss. 46–48.



Gentilis'in yapıtları ve öğretisi incelendiğinde, uluslararası hukuk adına her şeyden önce sadece savaş hukuku (*De jure belli*, Oxford, 1588) ile sınırlı bir alandan çıktığımızı görmekteyiz. *De legationibus* (Oxford, 1585) ile teoriyi elçilik hukukuna doğru genişletmekte ve uygulamada gittikçe daha önemli hâle gelen diplomatik ilişkilerin hukukî altyapısı ve devletlerarasında sürekli elçilik konusunu disiplinin alanına katmaktadır<sup>257</sup>.

Diplomasi hukukunda, Gentilis, elçilerin dokunulmazlığı ve bağımsızlığı taraftarıydı. Şayet İspanya elçisi olayında olduğu gibi işlenen suç, teşebbüs hâlinde kalmış ve netice doğmamışsa, elçi kabul eden devletin ceza yargısı yetkisinin dışında tutulacaktır. Elçi, kabul eden devletin medenî hukuk yargısı yetkisinin ise dışında değildir; fakat menkul mallarına el konulamaz ve konutu dokunulmazlığa sahiptir<sup>258</sup>.

Gentilis, savaşın kamusal niteliğini vurgulamaktadır. Onun kamusal niteliğine vurgu yapmak demek savaşın egemenlerin yetkisinde bir eylem olduğunu vurgulamaktır. Savaşın haklılığına ilişkin, öğretilerde kendisinden önce yapıldığı gibi İncilsel (*Evangelie*) öğelerin temel alınmasına karşıdır. Ayrıca savaşın haklılığı ya da haksızlığı, savaşın hukukunu değiştirmemekte ve savaş sırasında savaşçıların hak ve ödevlerini ilgilendirmemektedir; onlar savaş haklı olsun olmasın yürürlükte dirler. Savaşın sürdürülmesine ilişkin hukukta ise, savaş sırasında insanî şekilde davranılmalı ve özellikle sivil halk mutlaka korunmalıdır<sup>259</sup>. “Savaş”, demektedir Gentilis, “silâhli, kamusal ve haklı bir mücadeledir”<sup>260</sup>.

Savaşın hukuken haklı nedenlerini Gentilis, *De jure belli*'nin birinci kitabında incelemektedir. Gentilis'e göre savaş egemenlerinin yetkisinde bir eylem olduğu için kamusaldır ve düello dâhil her türlü özel feodal silâhli mücadele savaş hukukunun dışında bırakılmalıdır<sup>261</sup>. Savaşın haklı bir eylem

<sup>257</sup> Elçilik hukuku üzerine olan *De legationibus*un bir değerlendirmesi için bkz. A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, ss. 69–74; ayrıca Ernest Nys, *Les Origines De La Diplomatie Et Le Droit D'Ambassade Jusqu'a Grotius*, ss. 44–46.

<sup>258</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 57.

<sup>259</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 57.

<sup>260</sup> “*Bellum est publicorum armorum justa contentio*”; *De jure belli*, Birinci Kitap: *Belli definitio*; A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 49.

<sup>261</sup> Grotius ise savaşı “*kişilerin anlaşmazlıklarını zorla çözümleme halidir*” diyerek tanımlamıştır ve hâlâ kamusal savaş ile feodal özel savaşı ve düelloyu birbirine karıştırmaktadır;

olması ise her iki tarafın da savaşmaya ehil ve yetkili olmasından kaynaklanmaktadır. Şayet mücadele bu niteliklerin birinden dahi yoksunsa, egemen prenslerin arasında gerçekleşen bir savaş değildir ve ortada savaş hukukunun uygulanacağı bir mesele yoktur. Ancak ve ancak egemen prenslerin birbirleri arasındaki silâhli eylemleri savaş olarak haklıdır ve hukuka uygundur, zira onların adaletin gereğini gerçekleştirmek için uyacakları, kendilerinden üstün bir otoritenin yargı yetkisi ve imkânı yoktur. Hâl böyleyken, adaletin tecellisi için savaşmaları hukuken mümkündür, çünkü ne birbirlerinin iradesini ne de bir başkasının iradesini kendi iradelerinin üstünde tanıyamazlar. Tanıdıkları andan itibaren artık onlar egemen değildirler. Bununla birlikte taraflardan birisi, bir başka merciinin uzlaşmazlık hakkındaki yargı yetkisini kabul ediyorsa, ona karşı savaşmak artık hukuka uygun değildir. Hakemlik kurumu, egemenliğin terki anlamına gelmez ve devletler arasında uyuşmazlıkların barışçı yolla çözümlenmesi için başvurulması gereken bir yoldur. Şayet teologlar olaylara Tanrı'nın iradesini uygulamak istiyorlarsa, hukukçular da olayları hukuka uygun şekilde çözmek istemektedirler; bu nedenle devletler arasında uzlaşmazlık “âlim ve yozlaşmadan uzak hukukçular”ın önünde, “Doğu Roma İmparatoru Justinianus’un zamanında ortaya koyduğu hukuk üzere” çözümlenebilir<sup>262</sup>.

Korsanlara karşı ve isyancı uyruklara karşı yapılan silâhli mücadele ise hukuken savaş değildir. İsyan iç hukukun yargı yetkisine dâhil bir olaydır ve devletlerarası hukuku ve savaş hukukunu ilgilendirmez. Korsanlığı insanlara değil “dinsiz hayvanlar”a yakıştıran Gentilis, korsanlık yapanların hiçbir hakları olmadığını çünkü onların insanlığın dışına çıktıklarının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>263</sup>.

Gentilis’e göre, savaşın haklı sebepleri ise üç başlık altında incelenebilir. Bunlar: ilâhî; tâbî; insanî sebeplerdir.

İlâhî neden Tanrı'nın düzenidir ve haklı bir savaşı gerektirir, fakat tarihte neredeyse her halk şu ya da bu zamanda kendi kutsal savaşını ilân etmiş olsa da, dinî ayrılıklar kendisinin yaşadığı çağda artık savaş nedeni olamaz-

---

De jure belli ac pacis, Birinci Kitap, I & 2; A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 49.

<sup>262</sup> A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 51.

<sup>263</sup> A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 52.

lar. Dinî inançları insanların kendilerine bırakılmalıdır ve hiç kimseye kendisine rağmen inanç dayatılamaz. İnanç, Tanrı ile kişi arasındadır ve ruhların efendisi sadece ve sadece Tanrı'dır. Bu doğrultuda, "*Vitoria'nın dediği gibi*" der Gentilis, "*onlar saldırmadığı sürece inançsızlara (kâfirlere) ve heretiklere karşı da savaş haksızdır*"<sup>264</sup>. İç hukukta da, Gentilis, "*bir prens uyruğuna savaş ile dinini dayatamaz*" demektedir. Bodin'in dediği gibi, "*uyruğun dini prensin dinine göre*" demek hatalıdır; yeter ki uyruk din değiştirmekle devlete hiçbir somut zarar vermesin. Bunun gibi, dinsel bir neden hiçbir biçimde uyrukların prene karşı savaşmaları için haklı bir sebep teşkil edemez. Toparlamak gerekirse Gentilis'in düşüncesinde, ilâhî düzen haklı savaş başlıklarından biri olarak sayılsa da, yazar, bunun içini doldurmamakta ve dinî uzlaşmazlığı haklı savaş nedeni olarak kabul etmemektedir. Ona göre, din ve dinsel hukuk, insanlar arasındaki bir ilişkinin konusu olmazlar ve fakat bunlar ancak insan ile Tanrı arasındaki ilişkinin konusudurlar ve insanların hukukunu ilgilendir(e)mezler<sup>265</sup>.

Tabiattan kaynaklanan haklı savaş nedenlerini ele alırken de Gentilis, Antikçağdan başlayarak halklar arasındaki savaşlardan örnekler vermektedir. Bu örneklerin dayandığı anafikir şudur ki, tarih boyunca bir halk öbürüne savaş ilân ederken kendi fitratını doğaya uygun sayıp ötekini doğaya aykırı, barbar, vahşî, insanlıktan nasibini almamış olarak değerlendirerek kendi savaşını kendince haklı kılmıştır; fakat bu hatalıdır. "*Yunanlılarla - barbarlar, Yahudilerle - Filistinliler, Romalılarla - barbarlar, Hıristiyanlarla - Müslümanlar arasındaki savaşlarda bu böyle olmuştur*" der Gentilis<sup>266</sup>. Hâl-buki insanlar hep insandır. Onlar arasında doğadan kaynaklanan hiçbir fark yoktur. Hepsî insanlığa mensuptur. İspanyolların Kızılderililere savaş ilân etmesi ya da Hıristiyanların Türklerle savaşması için doğadan ileri gelen hiçbir haklı neden yoktur<sup>267</sup>. "*Savunma savaşı ise haklı bir savaştır*" der yazar; "*fakat onlar bize saldırmadığında ve barış içerisinde yaşadıklarında bizim onlarla savaşmamız haklı olamaz*" diye de ekler<sup>268</sup>.

<sup>264</sup> A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 52.

<sup>265</sup> A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 52.

<sup>266</sup> Ernest Nys, Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius, s. 87.

<sup>267</sup> Ernest Nys, Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius, s. 87.

<sup>268</sup> De jure belli, Birinci Kitap, XII: Utrum sint causæ naturales belli faciendi; A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 54.

Gentilis konu hakkındaki muhakemesini ilerletmektedir. Doğa, savaşı kendinden haklı kılmazken, savaşı haklı kılan bazı doğal nedenler vardır. Saldırıya uğranıldığında kendini savunmak doğal bir savaş nedenidir. Oxford'un hukuk hocası, dünya egemenliği peşinde olan İspanyollara ve Türklere karşı bu nedenle savaşıldığını yazar<sup>269</sup>. Bunun gibi, bir saldırı hazırlandığında ve bu belli olduğunda da savunmaya geçmek haklıdır. Saldırıya uğrayan bir halk sizi yardıma çağırdığında da savaşma onurlu ve haklıdır ancak bu para için yapılmamalıdır; para için yapılması utanç vericidir. “*Pe-kiyi*”, der Gentilis, “*uyrukları savaş yoluyla bir egemene karşı savunulabilir mi?*”. Şayet konu özel hukuka ilişkinse, bu meselede ancak o ülkenin yargıçları karar verebilir ve yabancılar konuya karışamaz. Fakat mesele kamusalsa ve çok sayıda uyruk kendi prenslerine karşı ayaklanmışsa, yabancı bir egemen, şayet ülkenin prensinin çatışmadaki savları haksız, ise neden olaya karışamayacaktır? O takdirde, “*krallığın kral için olmadığını fakat kralın krallık için olduğunu*” unutan bu prensle karşı uyruklarının yardımına koşulabilmelidir<sup>270</sup>. Nitekim İngiltere İspanyol egemenliğinde ezilen Hollândalılara karşı böyle yardım etmiştir. Buna karşın, bir prens, bir prensle, başka bir prensle olan anlaşmazlığında yardım etmemelidir.

Tâbii hakların çiğnenmesi durumunda da savaş bir gerekliliktir. Geçiş hakkı, denizcilik hakkı gibi doğal hakların tanınmaması haklı savaş nedenidir. Bu haklar herkes içindir ve bunların reddedilmesinin hiçbir iyi nedeni olamaz. Özellikle denizcilik hakkının engellenmesi, insanlık toplumuna karşı koymaktır. Denizler doğal olarak herkesindir ve herkese açıktır. Gentilis, açık denizlerin serbestliği ilkesini savunur. Bununla birlikte yüz millik bir karasuları sınırının varlığını belirlemektedir<sup>271</sup>. Venediklilerin Adriyatik Denizi üzerindeki hâkimiyetleri açık denizlerin serbestliğine ilişkin evrensel hakkı gasp etmektir. Limanlardan yararlanmak ve ticaret hakkı da doğal haklardandır ve tanınmamaları Gentilis'e göre haklı savaş nedenidir. Fakat bu haklar genel olmalı, karşılıklı ve âdil bir biçimde tanınmalıdır. İspanyol-

<sup>269</sup> De jure belli, Birinci Kitap, XII: Utrum sint causæ naturales belli faciendi.

<sup>270</sup> Gentilis'in bu görüşleri, güncel öğretilerde “insanî müdahale” olarak adlandırılan konuyu ilgilendiren düşüncelerdir.

<sup>271</sup> Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 57.

ların Kızılderiilere yaptığı gibi tek taraflı dayatmalar haklı neden teşkil etmez<sup>272</sup>.

Nihayet Gentilis, haklı savaşın insanî nedenlerine eğilmektedir. Bu kategoridekilerin hepsi “insanî kanunlar” ile tanınmış ve garanti edilmiş bir hakkın ihlâlinden doğar; fakat bu ihlâl bir prensin (egemenin) ya da bir halkın işi olmalıdır. Özel hukuk kişilerinin ihlâlleri devletler hukukunu ve dolayısıyla savaş hukukunu ilgilendirmez, fakat devlet anılan kişilerin sürekli ve birbirini izleyen ihlâlleri karşısında gereken hukukî önlemi almamaktaysa mesele artık devletlerarası hukukî bir mesele hâline gelir<sup>273</sup>.

Gentilis, *De jure belli*'nin ikinci kitabında savaş sırasındaki eylemlerin hukuka uygunluğunu incelemektedir. Savaşın haklı bir nedenle açılması yetmez, doğru bir şekilde de sürdürülmelidir. Savaş ilânı şarttır ve bu yapıldıktan sonra makûl bir süre beklenmelidir. Bunun istisnası acil bir biçimde meşrû müdafaada bulunulması gereğidir. Bundan sonra yazar kendi çağına göre savaşta kullanılacak silâhları ve yöntemleri hukukî yönden irdelemektedir. Genel ilke olarak şunu belirtmektedir ki, savaş sırasında insanî şekilde davranılmalı ve özellikle sivil halk korunmalıdır.

Gentilis *De jure belli*'nin üçüncü kitabını barış antlaşmalarına ayırmaktadır. “Barış, savaşın sonudur”<sup>274</sup>.

Antlaşmalar egemenleri, onların hâleflerini ve imzalayan egemen tarafların halklarını bağlar. Mağlûbiyet neticesinde bir antlaşmanın imzalanmış olması onun geçersizliğini ileri sürmek için bir gerekçe teşkil etmez. Gentilis, kanonik hukuk kökenli bir ilkeyi antlaşmalar hukukuna uygulamaktadır. Buna göre, antlaşmalar bütün içerikleri ile birlikte şartlar esaslı şekilde değişmediği sürece yürürlükte dirler. Bu şerh (*clause*), “*rebus sic stantibus*” şerhidir<sup>275</sup>.

<sup>272</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 55.

<sup>273</sup> *De jure belli*, Birinci Kitap, XX: *De humanis causis belli inferendi*; A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 57.

<sup>274</sup> *De jure belli*, Üçüncü Kitap, I: *De belli fine et pace*.

<sup>275</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 57.

Barış, antlaşmaların eseridir. Yazımlarında açık olunmalı, çelişkiye yer verilmemelidir. Onlar, prenslerin bütün sözleşmeleri gibi, hukukî katılık ile değil, iyi niyet ilkesi ile ayakta dururlar<sup>276</sup>.

Yukarıdan beri yazılanlara dayanarak Gentilis'in metodu ve uluslararası hukuk hakkındaki en karakteristik ilkelerini aşağıdaki şekilde öze indirgeyebileceğimiz kanaatindeyiz.

#### **Metodu bakımından:**

Uygulamadan kuramcılığa geçmiştir ve döneminin somut olaylarından uluslararası hukuk kuralı çıkarsama uğraşı içindedir. Skolâstik metot ile yazmayan ilk modern "lâik" yazardır. Metafiziği, teolojiyi, felsefeyi ve ahlâkî uluslararası hukukun kuramsallaştırılmasında arka plâna atmıştır. Pozitivist ve sekülerdir. Felsefî değil tarihçi okulun temsilcisidir. Olgulardan hareket eder. Gerçekten uluslararasıdır (enternasyonalisttir); bütün ulusları ve halkları dinleri ne olursa olsun uluslararası toplumun (*societas gentium*) mensubu saymıştır. Hıristiyanlar ve Türkler arasındaki "sürekli savaş"ta, kurguladığı haklı savaş hukukuna ilişkin pozitif hukuk kurallarını eğip bükmeden Türklerle olan savaşlara da ilkesel olarak uygulamıştır.

#### **Uluslararası hukuka ilişkin ilkeleri bakımından:**

Barış adalete hizmet eder, intikama değil. Antlaşmalar, hukukî katılıkla değil iyi niyetle ayakta kalır. Bütün hükümleriyle hukukî bir bütün oluştururlar, keyfî olarak şu ya da bu kısmına kısmen uymamak hukuken mümkün değildir. Savaş, dinsel nedenlerle açılmaz ve yürütülemez. Kimse kimseye dinini dayatamaz. Savaş saldırı karşısında savunma, doğal hakları koruma amacıyla ya da yasal hakların çiğnenmesi karşısında yapılıyorsa meşrûdur. Açık denizlerin serbestliği mutlak bir haktır. Denizler kimseye ait olmasa da egemenin yüz deniz mili içerisindeki karasuları üzerinde kolluk ve yargı yetkisi vardır.

Arthur Nussbaum (1877–1964), *A Concise History of the Law of Nations* (1954) adlı kitabında, onun "*ne Vitoria kadar büyük bir yazar, ne de disiplin için Grotius kadar değerli*" olduğunu söyledikten sonra, Gentilis'in yaptıkları ve öğretisinin geneli hakkında Truyol y Serra'nın da tamamen ka-

<sup>276</sup> A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 65.

tıldığını ifade ettiği<sup>277</sup> şu değerlendirmeyi yapmaktadır<sup>278</sup>: “*Gentilis’i uluslararası hukukta seküler ekolün başlangıcı olarak değerlendirmeliyiz*”. Aynı değerlendirmeye Gaurier de katılmakta ve Gentilis’in metodu ve yazıları incelendiğinde onun modern uluslararası hukuk hakkında yazan ilk büyük “çağdaş” yazar olduğunu söylemektedir<sup>279</sup>. Bu değerlendirmeler arasında en ilginç ve biraz da edebî olanı kanaatimizce, Henry Nézard tarafından 1904’te yapılandır: “*Gentilis, bir Grotius’un geleceğinin şanlı habercisidir*”<sup>280</sup>.

Gentilis ile birlikte, bu yazıda irdelemeye çalıştığımız “erken klâsik dönem” kapanmaktadır. Klâsik dönem, Grotius ile birlikte başlamak üzeredir. Klâsik yazarlar, önce İspanyol teologlar ve onların devamında birkaç hukukçu tarafından ortaya konulan düşüncelerin yarattığı fikrî zemin üzerinde uluslararası hukukun modern öğretisini şekillendirmeye başlayacaklardır.

## SONUÇ

Tarihsel plânda, Rönesans, Hümanizma, coğrafi keşifler ve okyanus aşırı ticaret, dünyayı, modern zamanlara doğru taşıırken; sömürgecilik ve ondan doğan ahlâkî sorunlar, İspanyol teologların, uluslararası hukuk alanında modern düşünceyi başlatacak çalışmalar yapmasına neden olmuştur. Salamanka Üniversitesi, bu çalışmaların odağı olurken, başka bir modern tarihsel gelişme daha yaşanmaktaydı: Devlet, egemenlik ile donanarak, ulus-devlet şeklinde doğmakta, Avrupa sahnesini feodal Ortaçağdan bambaşka bir dekora kavuşturmaktaydı. Bunun üzerine bir de, Avrupa’da Hıristiyanlık, birliğini yitirecek ve Reform ile Yeniçağa tam anlamıyla geçişi işaretleyen tarihsel unsurlar tamamlanacaktır: Rönesans, Hümanizma, coğrafi keşifler, okyanus aşırı ticaret, sömürgecilik, güçlü monarşiler hâlinde ulus-devletlerin ortaya çıkışlar ve Reform, Yeniçağın karakteristik özelliklerini kazandıran tarihsel olaylar olacaktır. Tarihin güçleri tarafından modern uluslararası alan kurulurken, yazarlarca bunun üzerine düşünülme de başlanmaktaydı.

<sup>277</sup> Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 57.

<sup>278</sup> Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, Macmillan, New York, 1954, s. 101; ayrıca bu değerlendirmenin değerlendirilmesi için bkz. Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 160

<sup>279</sup> Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 159.

<sup>280</sup> A. Pilliet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 89.

İki İspanyol düşünür, Francisco de Vitoria ve Francisco de Suarez uluslararası hukukun bağımsız bir disiplin olmasına giden yolda, hukuk tarihinde birinci aşamayı temsil etmektedirler. İkinci aşama, XVII'nci yüzyılda Grotius'tan başlayarak yaşanacaktır. Gentilis bu dönemler arasındaki kuvvetli köprüdür.

Vitoria ve Suarez'in ikisi de teolog ve kanonisttirler; skolâstik felsefe ile yetişmişlerdir. Yazım metotları Ortaçağ tekniğine dayalıdır, olaylara bakış açıları da o çağın optiğindedir. İlâhî düzen ve kozmolojik ahlâkî yasalar dünyayı ve vicdanları yönetir. Bu düşünürlerin ikisi de derin ve zaman zaman çok gerçekçi zihinlerdir: İleride uluslararası hukuk disiplini tarafından sahiplenilecek alana onların döneminde verilen adla "kavimler hukuku"nun alanının kendine özgü niteliklerini ve bu alandan yükselen mesele ve konuları farkındaydılar. Onlar, bu alanda Ortaçağdan modern zamanlara geçişi başlatmışlardır.

Savaş ve barış, uluslararası arenanın temel meselesiydi<sup>281</sup>. Sürekli elçilik ve diplomasi kurumu da devletlerarası sahada önem arz eden bir diğer konuydu. Bu konularda din dışı ilk yetkin modern çalışmayı Gentilis ortaya koymuştur.

Grotius'un ve ondan sonra gelenlerin üzerinde çalışabileceği alanın temelleri bizim bu çalışmada incelemeye gayret ettiğimiz yazarlarca oluşturulmuştur. Disiplinin özerk bir dal olarak belirmesi için yapısal ve düşünsel şartlar XVII'nci yüzyıla girilirken artık olgunlaşmıştı. Bir sonraki aşamada disiplinin klâsik öğretisi oluşturulmaya başlanacaktır.

---

<sup>281</sup> Christian L. Lange, Histoire de l'Internationalisme Jusqu'à la Paix de Westphalie, s. 142.



## KAYNAKÇA

### Basılı Kaynaklar

- Akad Mehmet, Dinçkol V. Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2004
- Akal Cemal Bâli, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza’da iletişim Hakkı”, Doğu Batı Düşünce Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 24, 2003, ss. 11–27
- Akal Cemal Bâli, Modern Düşüncenin Doğuşu, Dost Kitabevi, Ankara, 2005
- Akın İlhan, Devlet Doktrinleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1962
- Albayrak Kadir, Semavi Dinlerde Barış ve Şiddet İkilemi, Sarkaç, Ankara, 2010
- Aral Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, XII Levha, İstanbul, 2010
- Aral Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, XII Levha, İstanbul, 2010
- Atalay Ahmet Halûk, Uluslararası Hukukun Oluşumu, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997
- Baechler Jean, Kapitalizmin Kökenleri, çev. Kılıçbay Mehmet Ali, İmge, Ankara, 1994
- Bakruşin S., Efimov A., Mintz İ., Kosminski E., Uluslararası İlişkiler Tarihi, Cilt 1, çev. Tokatlı Atilla, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2009
- Barcia Trelles Camilio, “Francisco Suarez (1548-1617) Les théologiens espagnols du XVIème siècle et l’école moderne du droit international”, RCADI, vol. 43, 1933-II
- Barthélemy J., “François De Vitoria”, Pillet A., Les Fondateurs Du Droit International, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 1–36
- Bloch Marc, Feodal Toplum, çev. Kılıçbay Mehmet Ali, Savaş Yayınları, Ankara, 1983
- Bodin Jean, Les six livres de la République, De L’Imprimerie de Jean de Tournes, Lyon, 1579

- Bottéro Jean, Ouaknin Marc-Alain, Moingt Joseph, İncanın En Güzel Tarihi, çev. Birkan İsmail, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul
- Bouillet M.–N., Dictionnaire Universel d'Historie et de Géographie, Trentième Édition, Librairie Hachette, Paris, 1864
- Bouillet M.–N., Dictionnaire Universel des Sciences, des Lettres et des Arts, Librairie Hachette, Paris, 1896
- Cevizci Ahmet, Felsefe Tarihi, Say Yayınları, İstanbul, 2010
- Challaye Felicien, Dinler Tarihi, çev. Tiryakioğlu Samih, Varlık Yayınları, İstanbul
- Chanda Nayan, Küreselleşmenin Sıradışı Öyküsü, ODTÜ Yayıncılık, Ankara, 2009
- Dunan Marcel, Bowle John, Larousse Encyclopedia of Ancient and Medieval History, Librairie Larousse & Paul Hamlyn, London, 1967
- Dunan Marcel, Roberts John, Larousse Encyclopedia of Modern History, Librairie Larousse & Paul Hamlyn, London, 1964
- Durant Will, The Story of Civilization: Part III – Caesar and Christ, Simon And Schuster, New York, 1954
- Durant Will, The Story of Civilization: Part IV – The Age of Faith, Simon And Schuster, New York, 1954
- Durant Will, The Story of Civilization: Part V – The Renaissance, Simon And Schuster, New York, 1954
- Durant Will, The Story of Civilization: Part VI – The Reformation, Simon And Schuster, New York, 1957
- Eliade Mircea, Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi, Cilt II- Gotama Budha'dan Hıristiyanlığın Doğuşuna, çev. Berktaş Ali, Kabalcı, İstanbul, 2003
- Eliade Mircea, Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi, Cilt III – Muhammed'den Reform Çağına, çev. Berktaş Ali, Kabalcı, İstanbul, 2003
- Erkiner Hakkı Hakan, “Uluslararası Topluluk Kavramı”, MÜHF-HAD, C. 16, S. 1–2, Y. 2010, ss. 39–75

- Farabi, El-Medinetü'l Fâzıla, çev. Danışman Nafiz, M.E.B., İstanbul, 1990
- Gaurier Dominique, Histoire du droit international, Presses Universitaires de Rennes (PUR), Rennes, 2005
- Gökberk Macit, Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1990
- Grateloup Léon-Louis, Les Philosophes de Plâton à Sartre, Hachette, Paris, 1985
- Grotius Hugo, De Jure belli ac pacis libri tres in quibus jus naturae et gentium item juris publici praecipua explicantur, S. Claudij, & Hominis Siluefris, Paris, 1625
- Gül Muammer, Ortaçağ Avrupa Tarihi, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2010
- Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999
- Habib İsmail, Avrupa Edebiyatı ve Biz – Garpten Tercümeler, Birinci Cild, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1940
- Hançerlioğlu Orhan, Felsefe Sözlüğü, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1970
- Hawking Stephen, Mlodinow Leonard, Büyük Tasarım, çev. Öğünç Selma, Doğan Kitap, 2012, İstanbul
- Hernández Ramón, “The Internationalization of Francisco de Vitoria and Domingo de Soto”, Fordham International Law Journal, Volume 15, Issue 4, Article 4, 1991, ss.1031–1059
- Hobbes Thomas, Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil, Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Paul’s Churchyard, 1651
- Höfert Almut, “Geç Ortaçağda Devletler, Kentler ve Yurttaşlar”, Skinner Quentin, Stráth Bo, Devletler ve Yurttaşlar, çev. Aksay Gökhan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 73–88
- Kabağaç Sina, Alova Erdal, Lâtinçe Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1995
- Kennedy Paul, Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri, çev. Karanakçı Birtane, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1993

- Kılıç Muharrem, Özsellik ile Olgusallık Arasında Hukuk Kavramı – St. Thomas’ın Hukuk Kuramı Örneğinde Doğal Hukuksal Bir Analiz, Yetkin, Ankara, 2011
- Kitabı Mukaddes, İstanbul, 2000
- Knutsen Torbjon L., Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi, çev. Özay Mehmet, Açılım Kitap, İstanbul, 2006
- Kubalı Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Dersleri – Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 1417, Hukuk Fakültesi No. 312, Kurtulmuş Matbaası, İstanbul, 1969
- Lange Christian L., Histoire de l’Internationalisme Jusqu’à la Paix de Westphalie, Felix Alcan, Paris, 1919
- Lerminier Eugène, Introduction Générale à l’Histoire du Droit, Chamerot & Alex-Gobelet, Paris, 1835
- Macfarlane Alan, Kapitalizm Kültürü, çev. Kır Remzi Hakan, Ayrıntı, İstanbul
- Michel Thomas, Hıristiyan Tanrıbilimine Giriş, Orhan, İstanbul, 1992
- Michelet Jules, Rönesans, çev. Berker Kazım, Cumhuriyet, 1998
- Moreau-Reibel J., “Le droit de Société interhumaine et le jus gentium”, Recueil des Cours, 77, 1950-II
- Nasr Seyyid Hüseyin, Leaman Oliver, İslâm Felsefesi Tarihi, çev. Öçal Şamiş, Başoğlu Hasan Tuncay, Açılım, İstanbul, 2011
- Neff Stephen C., War and the Law of Nation – A General History, Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- Néard H., “Albericus Gentilis”, Pillet A., Les Fondateurs Du Droit International, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 37–93
- Nys Ernest, Études de Droit International et de Droit Politique, Alfred Castaigne, Bruxelles, 1896
- Nys Ernest, Le Droit De La Guerre et Les Précurseurs de Grotius, Bruxelles, Librairie Européenne Muquardt, 1882
- Nys Ernest, Les Origines De La Diplomatie Et Le Droit D’Ambassade Jusqu’a Grotius, Librairie Européennes C. Muquardt Merzbach Et Falk, 1884

Nys Ernest, *Les Origines du Droit International*, Alfred Castaigne, Bruxelles, 1894

Oğuz Arzu, *Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku – Lex Mercatoria – Unidroit İlkelerinin lex Mercatoria Niteliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2001, C. 50

Ortaylı İlber, *Avrupa ve Biz*, Turhan, Ankara, 2007

Öktem A. Emre, Kurtarcan Bleda R., *Deniz Haydutluğu ve Korsanlık – Tarihi ve Hukuki Boyutlarıyla*, Denizler Kitabevi, İstanbul, 2011

Öktem Niyazi, Türkbağ Ahmet Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, 2009

Pagden Anthony, Jeremy Lawrance, *Vitoria: Political Writings*, Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge 2001

Parkinson Northcote, *Siyasal Düşüncenin Evrimi*, çev. Harmancı Mehmet, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1976

Peters F. E., *İbrahim'in Çocukları*, Musevilik, Hristiyanlık, İslamiyet, çev. Üstüntaş Nurşan, Kozmik, 2005

Pillet A., *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904

Pirenne Jacques, *Büyük Dünya Tarihi*, Cilt I, çev. Önel Nihan, Cankart Beslan, Özbek Refik, Meydan

Renaut Marie-Hélène, *Histoire du droit international public*, Ellipses, Paris, 2007

Robert Paul, *Dictionnaire, Société Du Nouveau Littré*, Paris, 1972

Rolland L., "Suarez", Pillet A., *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 94–124 Roux Jean-Paul, *Histoire des Turcs*, Fayard, 1984

Ryan Magnus, "Özgürlük, Hukuk ve Ortaçağ Devleti", Skinner Quentin, Stráth Bo, *Devletler ve Yurttaşlar*, çev. Aksay Gökhan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011 ss. 56–71

- Schmitt Carl, The nomos of the earth in the international law of the Jus Publicum Europaeum, trans. Ulmen G. L., Telos Press Publishing, New York, 2006
- Scott Brown James, The Spanish Origin Of International Law – Francisco Vitoria And His Law Of Nations, The Lawbook Exchange Ltd. Union; New Jersey, 2000
- Skinner Quentin, Strâth Bo, Devletler ve Yurttâşlar, çev. Aksay Gökhan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011
- Strauss Leo, Doğal Hak ve Tarih, çev. Erşen Murat, Onur Petek, Say Yayınları, İstanbul, 2011
- Şenel Alâeddin, Eski Yunanda Siyasal Düşünüş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 258, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968
- Şenel Alâeddin, İnsanlık Tarihi, İmge Kitabevi, 2009
- Timbal Pierre-Clément, Castaldo André, Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, Dalloz, Paris, 1993
- Titus Harold H., Living Issues in Philosophy, American Book Company, New York
- Togan Zeki Velidi, Umumî Türk Tarihine Giriş, Cild I, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları No. 1534; Tarih Araştırmaları No. 2, Edebiyat Fakültesi Basımevi, İstanbul, 1970
- Truyol y Serra Antonio, Histoire du droit international public, Editions Economica, Paris, 1995
- Türk Hukuk Derneği (Kurumu), Türk Hukuk Lûgatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998
- Unamuno Miguel De, Yaşamın Trajik Duygusu, çev. Derinsu Osman, İnkılâp Kitapevi, İstanbul, 1986
- Uzun Ertuğrul, Uzun Elif, “Uluslararası Hukukun Temelleri ve Francisco De Vitoria”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 5, Sayı: 18, 2009, ss. 39–60
- Ülken Hilmi Ziya, Bilim Felsefesi, Ülken Yayınları, İstanbul, 1983
- Ülken Hilmi Ziya, İslam Felsefesi, Cem Yayınevi, İstanbul, 1993

- Vanderpol A., Le droit de Guerre d'après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge, A. Tralin, Paris, 1911
- Vitoria Francisco de, De protestate civili, De Indis, De jure belli: Leçons sur le pouvoir politique, çev. Barbier, Paris, J. Vrin, 1980
- Vitoria Francisco de, Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre, çev. Barbier, Genève, Droz, 1966
- Weber Alfred, Felsefe Tarihi, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1993
- Widgery Alban, Tarih Boyunca Büyük Öğretiler, çev. Soytürk Gülçiçek, Milliyet Yayınları, 1971
- Wiesner-Hanks Merry E., Erken Modern Dönemde Avrupa, çev. Çalışkan Hamit, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009
- Yüksel Ahmet Halûk (Editör), Uygarlık Tarihi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 700, Eskişehir, 2002

### İnternet Kaynakları

[ftp://ftp.bnf.fr/060/N0606957\\_PDF\\_1\\_-1DM.pdf](ftp://ftp.bnf.fr/060/N0606957_PDF_1_-1DM.pdf)

[http://books.google.com.tr/books?id=\\_LBIpmkOzvIC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22francisco+de+vitoria%22&hl=tr&ei=\\_1kMTqCgNM\\_IswaD55zxDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&ved=0CDQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.tr/books?id=_LBIpmkOzvIC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22francisco+de+vitoria%22&hl=tr&ei=_1kMTqCgNM_IswaD55zxDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CDQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false)

[http://books.google.com.tr/books?id=IQQZoviOw7cC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22francisco+de+vitoria%22&hl=tr&ei=5VkMTqbIM4fJswbAmJCRDw&sa=X&oi=book\\_result&ct=book-thumbnail&resnum=1&ved=0CC0Q6wEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.tr/books?id=IQQZoviOw7cC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22francisco+de+vitoria%22&hl=tr&ei=5VkMTqbIM4fJswbAmJCRDw&sa=X&oi=book_result&ct=book-thumbnail&resnum=1&ved=0CC0Q6wEwAA#v=onepage&q&f=false)

[http://books.google.com.tr/books?id=Qayg5HqaY18C&pg=PA164&dq=Bynkershoek&ei=TtPmTsffLozNUZH\\_6IEK&hl=tr&cd=3#v=onepage&q=Bynkershoek&f=true](http://books.google.com.tr/books?id=Qayg5HqaY18C&pg=PA164&dq=Bynkershoek&ei=TtPmTsffLozNUZH_6IEK&hl=tr&cd=3#v=onepage&q=Bynkershoek&f=true)

<http://fr.wikipedia.org/wiki/Molinisme>

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k24370b.r=ernest+nys.langEN>

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k536293/f1.image.r=les+six+livres+de+la+r%C3%A9publique.langEN>

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k548036.r=vitoria.langEN>

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55070c.r=ernest+nys.langEN>

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93142.r=ernest+nys.langEN>

[http://www.archive.org/stream/dejureetofficiis02ayaluoft/dejureetofficiis02ayaluoft\\_djvu.txt](http://www.archive.org/stream/dejureetofficiis02ayaluoft/dejureetofficiis02ayaluoft_djvu.txt)

<http://www.archive.org/stream/leviathan03207gut/lvthn10.txt>

<http://www.archive.org/search.php?query=Thomas+Aquinas+AND+mediatype+%3Atexts>

<http://www.britannica.com>

<http://www.larousse.fr/encyclopedie>

<http://www.thelatinlibrary.com/aquinas.html>

<http://www.thelatinlibrary.com/august.html>

<http://www.thelatinlibrary.com/august.html>

<http://www.thelatinlibrary.com/isidore.html>



## SUÇLUYU KAYIRMA SUÇU (TCK. m. 283)

Ar. Gör. Zahit YILMAZ\*

### ÖZET

Suçluyu kayırma suçu, adliyeye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenen suçlardan biridir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 283.maddesine göre “*Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkan sağlamak*” cezalandırılmalıdır. Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesinde de vurgulandığı gibi bu suçla, bir suç işlendikten sonra suçun failine yardım edilmesinin engellenmesi ve ceza adaletinin gerçekleşmesi amaçlanmaktadır. 765 sayılı eski ceza kanununda bu suç mevcut olmakla birlikte eski kanundan farklı bir biçimde düzenlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler :** *suçlu, adil yargılanma hakkı, ceza adaleti, susma hakkı*

### ABSTRACT

“Supporting offender” is one of an offenses that against the judicial bodies or court. According to the 283 nd. Article of Turkish Penal Code (Law No: 5237) “*Any person who provides facility for an offender in order to avoid his search, arrest or conviction*” must be punished. As expressed in justification of Turkish Penal Code, this offence aims to avoid helping the offender after a crime and realize criminal justice. The previous Penal Code (Code No:765) also included this crime but it was different from the law in force.

**Key Words:** *offender, right to a fair trial, criminal justice, right to silence*

---

\* Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

## I- GİRİŞ

Bir devletin, “*Hukuk Devleti*” olarak tanımlanması yani tüm işlem ve eylemlerinde kendisini hukukla sınırlaması, hukuki ilkelere bağlı olması demektir. “*Hukuk devleti olmak*” bir devletin ya da o devleti oluşturan toplumun iradesidir. Hukuk devleti, millet adına egemenliği kullanan erklerin, bu gücü yalnızca hukuk çerçevesinde kullanmasını ifade eder. Devlet organları bu gücü kullanırken amaç olarak insan haysiyetini korumak, temel hak ve hürriyetleri sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamayı belirlemelidir. Anayasada da Cumhuriyetin temel nitelikleri sayılırken vurgu hukuk devletine yapılmıştır.

Ceza yargılamasında amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak maddi gerçeğe “*ne olursa olsun*” ulaşmak, bir başka deyişle amaç uğruna her türlü aracı meşru görmek, bir hukuk devleti için kabul edilebilir bir durum değildir. Zira bu, devletin hukuk ve adalet yolundan sapmasına ve bireylerin hak ve hürriyetleri üzerinde devlet tarafından ağır bir baskı oluşturmaya yol açacaktır.

Anayasa’nın 36. maddesinde herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. 2001 Yılında Anayasa’da yapılan değişikliklerle<sup>1</sup> “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” ifadesi metne eklenmiş, adil yargılama, en üst düzeyde teminat altına alınmıştır. İşte genelde adil bir yargılamayı özel olarak da ceza adaletini koruma altına alan adliyeye karşı suçlar başlığı altında incelenen suçlardan birisi de *Suçluyu Kayırma* suçudur. Suçluyu kayırma suçu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükmeler*” başlıklı dördüncü bölümünün “*Adliyeye Karşı Suçlar*”<sup>2</sup> alt başlıklı ikinci bölümün 283 üncü maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>1</sup> 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun’un 14 üncü maddesiyle değişik fıkra.

<sup>2</sup> Kelime anlamı itibarıyla adliye; “*Hukuk ve adalet işlerini gören devlet kuruluşları. 2. Hukuk ve adalet işlerinin görüldüğü resmî yapı*” olarak tanımlanmaktadır. [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f64beaa6f4ee6.95169957](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f64beaa6f4ee6.95169957) (Erişim Tarihi: 19.07.2012).

Suçluyu kayırma suçu, TCK m.283'te, "(1) Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlayan kimse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz" şeklinde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun "Suçluyu Kayırma" başlıklı 283.maddesinin ilk fıkrası, suçun temel şeklini düzenlerken, ikinci fıkrada suçun nitelikli haline yer verilmiştir. Son fıkra ise şahsi cezasızlık haline ilişkindir.

## II- 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME İLE KARŞILAŞTIRMA

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>3</sup> "Adliye Aleyhine Cürümler" başlıklı dördüncü babının altıncı faslı, cürüm işleyenleri saklamak ve cürmün delillerini yok etmek olup, bu başlık altında 296 ve 297 nci maddeler yer almaktaydı. 765 Sayılı TCK m. 296 "Suçluyu Kayırma" başlığı taşımasına rağmen bu düzenleme 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine suçun delillerine yönelik saklama gizleme değiştirme gibi fiilleri de kapsamaktaydı<sup>4</sup>. 765 Sayılı TCK m.297 ise cesetle ilgili olarak özel bir hükme yer vermekteydi<sup>5</sup>.

---

Dolayısıyla bu başlık altındaki suçların adliye teşkilatına karşı işlenmiş olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce "Adalet Düzenine Karşı Suçlar" veya "Adil Yargılamaya Karşı Suçlar" başlığı daha uygun olacaktır.

<sup>3</sup> 01/03/1926 tarihli 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu, (RG 13/03/1926, No 25832).

<sup>4</sup> 765 sayılı TCK'nun "Suçluyu Koruma Cürmü" başlıklı maddesi aşağıdaki gibi düzenlenmişti; "Madde 296- (14.07.2004, No.5218) "Her kim hapis cezasından aşağı olmayan cezayı müstelzim bir cürüm işlendikten sonra bu cürmün icrasında faille evvelce ittifak etmiş ve cürmü neticelendirmekte yardımcı dokunmuş olmaksızın, bir kimsenin o cürümden istifadesini temine veya Hükümetçe icra olunacak tahkikatı yanlış yola sevk etmeye yahut Hükümetin araştırmalarına veya hüküm icrasına karşı faili gizlemeye yardım eder yahut hakkında yakalama veya tevkif müzekkeresi çıkarılmış olan bir kimsenin saklı bulunduğu yeri bildiği halde yetkili mercilere derhal haber vermezse veya her kim bu cezaları istilzam eden bir cürmün eser ve delillerini yok eder yahut bunları bir suretle değiştirir veya bozarsa, hapis cezasını gerektiren suçlarda altı aydan iki yıla kadar, ağır hapis cezası gerektiren suçlarda iki seneden dört seneye, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ce-

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu arasında inceleme konusu suç tipi bakımından önemli farklılıklar mevcuttur. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, suçluyu kayırma suçunun işlenebilmesi için, suçun belli bir ağırlığa ulaşması ve suçun hapis cezası ile cezalandırılması gerekmektedir. Oysa 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu açısından kayırılan fiilin suç olması yeterlidir. Asıl suçun cezası açısından herhangi bir ağırlık koşulu aranmamıştır. Ancak doğaldır ki kabahat neviden fiiller “suç” olarak kabul edilemeyeceğine göre kabahat fiilini işleyen kişi hakkında suçluyu kayırma suçü hükümleri tatbik edilemez.

Kanaatimizce 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kayırılan suç açısından belli bir ceza ağırlığını gerektirmesi şartına yer vermesi, yerinde bir düzenlemeydi. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda böyle bir şarta yer verilmemesi adaletsiz ve kanunun amacına aykırı bir neticeye yol açacak niteliktedir. Örneğin yeni düzenlemeye göre kayırılan suçun şikayete tabi olması, bu fiilin, hakkında uzlaşma veya ön ödeme hükümlerinin uygulanması imkanı olan bir fiil olması halinde de suçun kayırılması, suç teşkil edecektir. Oysa kanun koyucu bu gibi suçların soruşturulmasından ve kovuşturulmasından bazı hallerde vazgeçmekte, suçun mağdurunun da iradesine önem vermektedir. Bu nedenle bahse konu suçların kayırılması halinde re'sen takip edilecek olması hatta kimi zaman bu suçlara verilecek cezaların, asıl suçta verilecek cezalardan fazla olması adil olmayan bir durum meydana getirecektir.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, asıl suçun işlenişine iştirak edenler suçun kapsamı dışında tutulmuşken 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu açısın-

---

*zasını gerektiren suçlarda da üç seneden beş seneye kadar hapis cezasına mahkûm olur. Şu kadar ki, bu ceza müddeti asıl cürüm için kanunda tâyin edilen cezanın üçte birini geçemez. Sair fiillerden dolayı tertip olunacak ceza dokuzbin liradan onsekizbin liraya kadar ağır para cezasıdır.*

*Bu fiili usul ve fîruunun, karı veya kocasının yahut kardeşinin lehine olarak işleyen kimseye ceza verilmez”.*

<sup>5</sup> **Cesedi Saklama veya Gömme**

“Madde 297- Maktulün cesedini saklayan veya saklatan veya Hükümete haber vermeksizin ve keşfolunmaksızın gömen veya gömdüren kimseler üç aydan bir seneye kadar hapis ve dokuzbin liraya kadar ağır cezayı nakdî ile cezalandırılır”.

dan bu durum şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir<sup>6</sup>. 765 sayılı TCK'nun 296 ncı maddesinde yer alan “bir kimsenin işlediği cürümden istifadesini temine veya Hükümetçe icra olunacak tahkikatı yanlış yola sevk etmeye yahut Hükümetin araştırmalarına veya hüküm icrasına karşı faili gizlemeye yardım eder yahut hakkında yakalama veya tevkif müzekkeresi çıkarılmış olan bir kimsenin saklı bulunduğu yeri bildiği halde yetkili mercilere derhal haber vermezse veya her kim bu cezaları istilzam eden bir cürmün eser ve delillerini yok eder yahut bunları bir suretle değiştirir veya bozarsa” şeklindeki düzenleme bu suçun kapsamı genişletir niteliktedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ise suç tipini seçimlik hareketlerle sınırlama yoluna giderek suçun kapsamını daraltmıştır.

765 Sayılı Kanun ile 5237 Sayılı Kanun arasındaki diğer bir fark asıl suçun yaptırımına ilişkindir. Nitekim eski düzenlemede suçluyu kayırmanın konusunu teşkil eden asıl suçun gerektirdiği ceza miktarına göre bir yaptırım derecelendirmesi yapılmış iken yeni düzenlemede suçun cezası, kayırılan suçlunun işlediği asıl suç nazara alınmaksızın tespit edilmektedir ki eski kanunun bu noktada daha yerinde olduğu kanaatineyiz. Örneğin yeni düzenleme açısından kasten öldürme suçunun kayırılmasının meydana getirdiği zarar ile basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralamayı kayırma arasında ceza açısından herhangi bir fark olmayacaktır ki bu durum adil olmayan neticelere yol açacaktır. Her ne kadar adil bir yargılamanın gerçekleşmesinin ortak bir değer olduğu ifade edilebilirse de her fiilin adalet düzenine aynı oranda zarar verdiği söylenemez. Nitekim her suç kamu düzenine zarar verse de suçlar için öngörülen ceza oranları farklıdır.

Son olarak 765 sayılı TCK'da “..bu fiili usul veya firuunun, karı veya kocasının yahut kardeşinin lehine olarak işliyen kimseye ceza verilmez” şeklindeki düzenleme ile 5237 sayılı TCK'ya benzer bir biçimde şahsi cezasızlık sebebine yer verilmiştir.

### III- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 283.maddesinin Gerekeşi'nde korunan hukuki değere ilişkin olarak; “Bununla güdülen amaç, suç işlendikten

<sup>6</sup> Parlar, Ali- Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (223-345.Maddeler) 4.Cilt, Ankara 2008 s.3956.

*sonra failin herhangi bir şekilde yardım görmesini engellemektir. Bu suretle ceza adaletinin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır”* ifadelerine yer verilmiştir. Bu anlamda suçla korunan hukuki değer suçların önlenmesi ve adil yargılanma<sup>7</sup>, ceza adaletini gerçekleştirmeyi amaçlayan adliyenin saygınlığı,<sup>8</sup> adil, dürüst ve usulüne uygun bir yargılama anlamında adliye<sup>9</sup>, adliyenin ceza muhakemesini düzgün bir biçimde yürütmesine ilişkin menfaati<sup>10</sup> olduğu ifade edilmektedir.

Kanaatimizce suçluyu kayırma suçunda genel olarak korunan hukuki değer adil yargılamadır. Adil yargılama, devlet için bir görev iken birey için de adil yargılanma temel bir haktır. Adil yargılanma hakkı kavramı ne Anayasa’da ne de diğer ulusalüstü belgelerde tanımlanmış değildir. Bu hakkın içeriğinin saptanmasının, evrensel standartlara bırakıldığı görülmektedir<sup>11</sup>. Adil yargılanma için çok çeşitli tanımlar yapılması mümkün ise de adil yargılanma hakkını, *ceza muhakemesi işlemlerinin irade serbestliğini engelleyen ve savunmayı kısıtlayıcı yollara sapmaksızın, hukuk devleti ilkeleri içerisinde yapılması* şeklinde tanımlanmıştır<sup>12</sup>. Yine adil yargılanma hakkı, *insan hakları ile şüpheli, sanık ve mağdur hakları ihlal edilmeksizin yapılan yargılama olarak* da ifade edilmiştir<sup>13</sup>. Adil yargılanma hakkının sadece hukuk veya ceza davaları ile sınırlı olmadığı, bu hakkın hukuk devletinin temel unsurunu oluşturduğu ifade edilmiştir<sup>14</sup>. Bu suretle ceza adaletinin tam ve gerçek manasıyla sağlanması amaçlanmaktadır.

<sup>7</sup> Yaşar, Osman- Gökcan, Hasan Tahsin - Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Ankara 2011, s.281.

<sup>8</sup> Meran, Necati, Yeni TCK’da Kamu Görevlisine ve Adliyeye Karşı Suçlar, Ankara 2006, s.343, Parlar- Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (223-345.Maddeler) 4.Cilt, Ankara 2008, s.3954.

<sup>9</sup> Ünver, Yener, Adliyeye Karşı Suçlar, Ankara 2010, s.314.

<sup>10</sup> Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s.567.

<sup>11</sup> Boyar, Oya, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı” in Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Editör Selda Çağlar, İstanbul, 2010, s.188.

<sup>12</sup> Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Baskı, İstanbul 2008, s.115.

<sup>13</sup> Centel, Nur-Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Baskı, İstanbul 2011, s.142.

<sup>14</sup> İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal İlkeler, 1.Bası, İstanbul 2002, s.4.

## IV- SUÇUN UNSURLARI

### 1- Maddi Unsurlar

#### A- Fiil ve Netice

“Suçluyu kayırma” suçunun tipinde *kayırma* kavramı tanımlanmamış, ancak suç tipinin işlenebilmesi için çeşitli hareketler öngörülmüştür. Suç kapsamında yaptırım altına alınan fiil, suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlamaktır<sup>15</sup>.

Madde metninde imkan sağlamanın hangi şekilde değil hangi amaçla gerçekleşmesi gerektiği düzenlenmiştir. İmkan sağlamaya örnek olarak şüpheli, sanık veya mahkumun saklanması, ele geçirilmesinin engellenmesi, bu amaçlarla ona imkan sağlanması gösterilmiştir<sup>16</sup>. Doktrinde, sahte deliller uydurmak, olanları gizlemek, değiştirmek, ortadan kaldırmak gibi davranışların bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>17</sup>.

Suçluyu kayırma suçu, Kanun’da seçimlik hareketli, ancak her bir seçimlik hareket bakımında serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>18</sup>. Yani failin, suçluyu araştırma, yakalama, tutuklama, hükmün infazından kurtulması için imkan sağlayıcı her türlü hareketi madde kapsamında cezalandırılmaktadır.

Suçluyu kayırma suçunda yer alan “*araştırma işlemleri*” ifadesi Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer almamaktadır. Ancak kanunda çeşitli maddelerde “*araştırma*” ifadesi geçmektedir. Bu işlemler genel olarak koruma tedbirleri arasında sayılmaktadır. Ancak doktrinde araştırma ve koruma tedbirleri şeklinde bir sınıflandırmaya da rastlamak mümkündür<sup>19</sup>. Araştırma-

<sup>15</sup> **Zafer, Hamide**, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004, s.45, **Gökcan, Hasan Tahsin**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Avukatların Görev Suçları Özel Soruşturma Usulü Hukuki Sorumluluk, 2.Baskı, Ankara 2009, s.255.

<sup>16</sup> **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007 s.2085.

<sup>17</sup> **Malkoç**, s.2086.

<sup>18</sup> **Zafer**, Faile Yardım, s.45, **Gökcan**, s.255.

<sup>19</sup> **Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun - Nuhoğlu, Ayşe**, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.Baskı, İstanbul 2008, s.749.

nın, suçun izlerinin araştırılması, ipucu arama suretiyle kişiyi bulma olduğu ifade edilmiştir<sup>20</sup>. Doktrinde 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 296 ncı maddesinde yer alan *tahkikatı yanlış yola sevk etme* fiilinin karşılığı olarak araştırma işlemlerine yer verildiği ifade edilmiştir. Bu bakımdan failin, şüpheli ya da sanık olduğunun anlaşılması için yapılan ve araştırmayı yanlış yöne sevk edici fiillerin bu kapsamda yer aldığı ifade edilmiştir<sup>21</sup>.

Araştırmanın, yakalama veya tutuklama kararının yerine getirilebilmesi için kolluk güçlerince yapılan faaliyetler olarak anlaşılacağı de ifade edilmiştir<sup>22</sup>. Bu gibi tedbirleri engelleme, geciktirme suç kapsamında görülmektedir<sup>23</sup>. Araştırma işleminden, arama, iletişimin tespiti ve kayda alınması, teknik araçlarla izleme gibi netice olarak "araştırma" işleminin gerçekleştirildiği koruma tedbirlerinin kastedildiği . 765 Sayılı Kanunda yer alan "*tahkikatı yanlış yola sevk etmek*" ifadesinin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 283.maddesindeki araştırma işlemi ile karşılandığı ifade edilmiştir<sup>24</sup>. Bununla birlikte 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda<sup>25</sup> tahkikatın *kovuşturma aşamasında* maddi gerçeğin ortaya çıkarılma olduğu ifade edilmiştir<sup>26</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 283. maddesinde ifade edilen "*Yakalama, tutuklama*" koruma tedbirleri 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açık bir biçimde düzenlenen kurumlardır. Buna göre yakalama şüphelinin hakim kararı olmaksızın savcı tarafından gözaltına alınması veya serbest bırakılmasına kadar kişi özgürlüğünün geçici olarak sınırlandırılması anlamına gelmektedir<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s.750.

<sup>21</sup> **Gökcan**, s. 255.

<sup>22</sup> **Gündel, Ahmet**, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara 2009, s.5247.

<sup>23</sup> **Soyaslan**, s.568.

<sup>24</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.8075.

<sup>25</sup> 04/04/1929 tarih 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, (RG 20/04/1929, No.1172).

<sup>26</sup> **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s.750 , krş. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 296'ncı maddede bahsedilen tahkikatın kovuşturma makamlarının *her aşamadaki* soruşturmasını kastettiği ifade edilmiştir. Suç tipi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Zafer**, Faile Yardım, s.168 vd.

<sup>27</sup> **Öztürk**, s.385, **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 84.



Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin tanımlar başlıklı dördüncü maddesinde de yakalama, “Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır<sup>28</sup>.

Tutuklama, şüpheli veya sanığın kişi özgürlüğünün yargıdan önce hakim kararı ile sınırlandırılarak tutukevi adı verilen yere konması<sup>29</sup> veya suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hakim kararıyla geçici olarak kaldırılması olarak da ifade edilmiştir<sup>30</sup>. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100 ve devamı maddelerinde düzenlenen tutuklama koruma tedbirine alternatif olarak düzenlenen adli kontrol açısından 283.madde herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu itibarla bir kişiye adli kontrol hükümlerini tatbik etmemek için imkan sağlayan kişiler açısından ceza hukukunda kıyas açıkça yasaklandığı için 283.maddenin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

“Hükmün infazından kurtulma” hareketi bakımından, hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunan hükümlüyü, infazın gerçekleştirilmesinden kurtarmak için yapılan her türlü hareketler örnek gösterilebilir. Asıl suçluyu hükmün infazından kurtarmanın ihmali veya icrai bir şekilde icra edilebileceği ifade edilmelidir. Bu konuda doktrinde adres bildirmeme, saklama veya tebligatı saptırma gibi eylemler örnek verilmiştir<sup>31</sup>. Soyaslan'a göre, bu bentten anlaşılması gereken “suçun işlenmesinden sonra güvenlik güçlerince yapılacak tahkikatı yanlış yola sevk etmek, devletin araştırmalarına veya mahkumiyet hükmünün yerine getirilmesine karşı faili gizlemeye yardım etmek, hakkında yakalama veya tevkif müzekkarsi çıkartılmış olan bir kimse- nin saklı bulunduğu yeri bildiği halde yetkili mercilere derhal vermemektir.”<sup>32</sup>. 765 Sayılı TCK'nun 296'ncı maddesinde de hükmün icrasına karşı faili gizlemeye yardım etme suç olarak düzenlenmiş, burada kastedilen hük-

<sup>28</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (RG 01/06/2005, No. 25832).

<sup>29</sup> Öztürk, s.400.

<sup>30</sup> Centel-Zafer, s.337.

<sup>31</sup> Malkoç, s.2088.

<sup>32</sup> Soyaslan, s.568.

mün kesinleşmiş bir hüküm olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>33</sup>. 765 sayılı TCK'nun 296.maddesinde yer alan hükmün icrasını engellemekle ilgili suç açısından, failin kurtarılması ile amaçlanan hükmün ceza mı tedbir mi olduğu konusunda belirsizlik olduğu yönünde doktrinde bir görüş olsa da<sup>34</sup> kanaatimizce 5237 sayılı TCK açısından, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223.maddesinin ilk fıkrasındaki; “*Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür*” şeklindeki düzenleme göz önüne alındığında böyle bir sorun kalmamıştır. Dolayısıyla hüküm şeklinde tanımlanan güvenlik tedbirlerinin de suçluyu kayırma suçu kapsamında yer aldığını söylemek gerekmektedir. Bununla birlikte koruma tedbirlerinin hüküm olmadığı, geçici tedbirler olduğu, bu sebeple sadece Türk Ceza Kanunu'nun 283. maddesinde yer alan tedbirlerin suç kapsamında yer alacağını ifade etmek gerekmektedir; aksi bir değerlendirme kıyas yasağına aykırılık teşkil edecektir. Doktrinde işlediği suç nedeniyle hakkındaki hapis cezası kesinleşen ancak infaz işlemleri başlatılmamış olan bir kimseyi barındırma eyleminin suç oluşturmayacağı, infaz işlemleri başlatılan ve bu karar kendisine tebliğ edilip, hakkında yakalama kararı başlatılan kişiye yardımın suç oluşturacağı ifade edilmiştir<sup>35</sup>.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç tipinde kayırılanın fiil değil, fail olduğu ifade edilmektedir<sup>36</sup>. Ancak kanaatimizce failin korunması aynı zamanda fiilin de korunması anlamına gelmektedir. Zira ceza adaletinin sağlanmaması halinde, failin hukuka aykırı bir biçimde kayırılması neticesinde fiil de kollanmaktadır.

Asıl suçun tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması, suçluyu kayırma suçunun oluşması için yeterlidir<sup>37</sup>. *Ünver* ön suç olarak kabul ettiği kayırılan fiil açısından hukuka uygunluk sebeplerinin olması halinde bu durumda kayırılan bir suç olmadığı için suçluyu kayırma suçunun da işlenemeyeceğini öne sürmektedir ki aynı fikirdeyiz<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> **Zafer**, Faile Yardım, s.235.

<sup>34</sup> **Zafer**, Faile Yardım, s.46.

<sup>35</sup> **Gökcan**, s.255.

<sup>36</sup> **Malkoç**, s.2085.

<sup>37</sup> **Gündel**, s.5246.

<sup>38</sup> **Ünver**, s.323.

Suçun pasif şekilde işlenip işlenemeyeceği konusunda da tartışma vardır. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde, bahse konu suça karşılık gelen 296 ncı maddedeki suçluya yardım fiilinin ancak olumlu (*aktif*) hareketle işlenebileceği, bildirmeme gibi bir durumun suça sebep olmayacağı ifade edilmiştir<sup>39</sup>. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde suçun aktif olarak işlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>40</sup>. Bununla birlikte Yargıtay, saklanan kişileri aramayı gerçekleştiren kişilere bildirmeme fiilini işleyen kişiler hakkında, saklanan kişilerin hangi suçtan arandıklarını bilmedikleri gerekçesiyle beraat hükmü kurulmasını yasaya aykırı bulmuştur<sup>41</sup>.

### B- Fail

Suçluyu kayırma suçunun temel hali herkes tarafından işlenebilir. Bu itibarla özgü bir suç değildir. Suçun kamu görevlisi tarafından görevi ile bağlantılı olarak işlenmesi cezayı artıran nitelikli bir haldir. Bununla birlikte asıl suçun faili veya şeriki bu suçun faili olamaz<sup>42</sup>. Zira bir kişinin kendi işlediği suçun delillerini saklamaya yönelik hareketleri kendini kurtarmaya yönelik doğal hareketlerdir. Kanunda, her ne kadar suç işleyen insanların pişmanlık göstermeleri çeşitli kurumlar aracılığıyla (Ör.etkin pişmanlık, yargılamadaki tutum ve davranışlar...vb.) ödüllendirilme yoluna gidilmişse de kimse işlediği veya işlediği iddia olunan bir suç ile ilgili olarak bilgi vermediği, delillerin yerini göstermediği için cezalandırılmaz. Zaten madde metninin lafzından da *suç işleyen bir kişiye...imkan sağlayan kimse* şeklinde yer alan ifadeden de asıl suçludan başkasının kastedildiği anlaşılmalıdır.

Suçluyu kayırma suçunun, herhangi bir sebeple asıl suçun mağduru tarafından da işlenebilmesi mümkündür<sup>43</sup>. Mağdurun, sanık veya şüpheliye acıması, başına bela almak istememesi veya korkması gibi sebeplerin, ona ceza adaletinin gerçekleşmesini engelleme hakkı vermez. Ancak suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olma hallerinde mağdurun şikayet etmemesi veya şikayetini geri alması da bu kapsamda değerlendirilir.

<sup>39</sup> Savaş, Mahmutoğlu, s.3027.

<sup>40</sup> Parlar-Hatipoğlu, s.3955, krş. Soyaslan, s.568. Yazar suçun ihmali hareketle işlenebileceğini ifade etmekte; ancak bunun için hukuksal bir yükümlülüğün var olması gerektiği belirtmektedir.

<sup>41</sup> Parlar-Hatipoğlu, Y4CD.10.07.2006,12332-13610) Parlar-Hatipoğlu, s.3959.

<sup>42</sup> Gökcan, s.255.

<sup>43</sup> Meran, s.344, Ünver, s.316.

lemez<sup>44</sup>, zira burada kovuşturulabilirlik veya soruşturulabilirlik mağdura bağlı bir hak olarak somutlaşmaktadır. Müdafii de bahse konu suçun faili olabilir<sup>45</sup>.

Son olarak bir görüşe göre kusur ehliyeti bulunmayan veya fiili kusursuz olarak işleyen kişiye yardımın bu suçu oluşturmayacağını söylemek gerekmektedir<sup>46</sup>. Kanaatimizce kusur suçun bir unsuru olmadığına göre, kusur ehliyeti olmayan kişilerin de pekala bu suçu işlemeleri mümkündür, ancak bu suç nedeniyle haklarında cezaya hükmolunması söz konusu değildir. Bununla birlikte kastı olmaksızın bir suçluya yardım eden kişinin eylemi, manevi unsur gerçekleşmediği için suç olarak kabul edilmeyecektir.

### C- Mağdur

Suçun mağduru olarak kamuyu kabul edebiliriz. Zira bahse konu suç, adliye karşı suçlar arasında yer almaktadır. Devlet veya adliye teşkilatı tüzel kişilik olduğu için suçun mağduru olarak kabul edilmez. Bu itibarla bu tüzel kişilerin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

### D- Konu

#### a- Genel Bilgi

Suçluyu kayırma suçunun konusu kayırılan kişidir<sup>47</sup>. 5237 Sayılı TCK'nun 283 üncü maddesinin Gerekçesi'nde de bu husus "*Bu suçun konusu, daha önce işlenmiş olan bir suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmiş olan bir kişidir*" şeklinde ifade edilmiştir. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde verilen bir kararda da suç failini gizlemeye yardım suçunun oluşması açısından aranan kimseye atıf ve isnat olunan fiilin kesin şekilde ortaya çıkmasına gerek olmadığı, bahis konusu suçun bir tehlike suçu olduğu, 296 ncı maddenin amacının ceza adaletini sağlamak olduğu ifade edilmiştir<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Meran, s.344.

<sup>45</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç s.8075. Soyaslan, bu durumu "*savunmanın görevi adaleti aydınlatmaktır. Suçu değil hakkı ve hukuku savunmaktır*" şeklinde açıklamaktadır, s. 568.

<sup>46</sup> Zafer, s.45.

<sup>47</sup> Parlar-Hatipoğlu, s.3954.

<sup>48</sup> Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, Ankara, 1998, s.3028.

Kayırlan kişinin işlenen suçun faili veya yardım edeni olabileceği ifade edilmiştir, bu bakımdan asıl suça iştirakin şeklinin önemi olmadığı<sup>49</sup>, suça herhangi bir biçimde iştirakin gerçekleşebileceğini söylemek mümkündür<sup>50</sup>. Konu bakımından yapılan ayrıma göre suçun soyut tehlike suçu olduğu söylenmektedir<sup>51</sup>. Suçluyu kayırma suçundan bahsedilebilmesi için öncelikle suç bir işleyen kimse bulunması, bu itibarla da suçun işlenmiş olması gerekmektedir. Bu kapsamda suçluyu kayırma suçu açısından “bir suçun işlenmiş olması” ve “suç işleyen bir kimse olması” başlıkları altında meselelerin incelenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

#### **b- “Suç”un İşlenmiş Olması**

Suç teşkil etmeyen bir fiilin kayırılması, suçluyu kayırma anlamına gelmez. Bu anlamda eylem ceza kanunlarında suç teşkil etmeyen, tipik olarak suç kabul edilemeyen, idari bir ceza gerektiren kabahat, hukuki uyumsuzluk vs. gibi hallerde suçtan bahsedilemeyeceğinden suçluyu kayırmadan da bahsedilemez. Örneğin bir kişinin işlemiş olduğu *kabahat* nedeniyle ceza almaması için kayırılması suçluyu kayırma olmayacaktır. Suçluyu kayırma suçu açısından işlenmesi gereken suçun *önfiil* olarak nitelendirildiği de görülmektedir<sup>52</sup>.

Suçun işlenmiş ya da en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Zira istisnalar haricinde kural olarak failin cezalandırılması için asıl suçun en azından icra hareketlerine başlanmış olmalıdır. İşlenip de tamamlanmayan veya teşebbüs aşamasındaki bir suçu işleyen kişiye yardım etme fiili, iştirak olarak kabul edilmelidir<sup>53</sup>.

Suçun kovuşturulabilir veya cezalandırılabilir olması gerekir. Örneğin fiilin cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartı mevcut ise bu şart gerçekleşmeden suçluyu kayırmanın mümkün olamayacağı ifade edil-

---

<sup>49</sup> Malkoç, s.2085.

<sup>50</sup> Gündel, s.5247.

<sup>51</sup> Ünver, s.322.

<sup>52</sup> Zafer, Faile Yardım, s.45. Yazar 2004 Türk Ceza Kanunu Tasarısı m.285 den bahsetmektedir.

<sup>53</sup> Ünver, s.317.

mektedir<sup>54</sup>. Bir görüşe göre fiilin, kovuşturulmasına veya soruşturulmasına, zamanaşımı, genel af veya şikayet koşulu gibi bir durumun engel teşkil etmesi halinde suç meydana gelmeyecektir<sup>55</sup>. Aksi görüş bakımından fiilin cezalandırılabilirliğini şart olarak kabul etmek, dar olan maddenin tatbik alanını daha da daraltacaktır<sup>56</sup>. Mevcut düzenleme açısından, asıl suçun zamanaşımına uğramış olması, genel affa tabi olması gibi durumların suçluyu kayırma suçunun soruşturulması veya kovuşturulmasını etkilemeyeceği görülmektedir. Bununla birlikte maddede bu hususlar nazara alınmak suretiyle bir değişiklik yapılması, kanaatimizce maddenin konuluş amacına uygun olacaktır.

Kişinin kayırdığı fiilin suç olması, suçun oluşması açısından yeterlidir. Kişinin kayırdığı eylemi suç olarak kabul etmemesi suçun oluşmasını engellemez. Bu anlamda bir kişinin herhangi bir suçluya acıma, minnet ya da sevgi sebebiyle maddede düzenlenen fiillerle yardım etmesi halinde de suç gerçekleşmiş olacaktır. Kısaca “*sübjektif değerlendirmeye üstünlük tanımak; hukuki konuyu göz ardı etmek olur*”<sup>57</sup>.

### c- “Suç işleyen bir kişi” olması

Suçluyu kayırma suçunun konusu “*suç işleyen bir kimsedir*”. Madde Gerekeşi’nde, suçun konusu “*daha önce işlenmiş olan bir suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmiş olan bir kişidir. Kayrılan kişi, önceki suçun faili veya şeriki olabilir. Bu kişi, önceden işlenen bir suçtan mahkûm olmuş bir kişi olabileceği gibi, sadece şüpheli veya sanık olması nedeniyle aranan bir kişi de olabilir*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu ifade kanaatimizce suç tipi açısından sorun oluşturmaktadır.

<sup>54</sup> Ünver, s.317.

<sup>55</sup> Savaş- Mahmutoğlu, s.3027, krş. Parlar-Hatipoğlu, s.3955. Yazarlar suçlu hakkında kayırılmasından sonra kovuşturmaya yer olmadığı, beraat, genel af, zamanaşımı, ön ödeme ceza zamanaşımı gibi sebeplerle davanın düşmesi halinde eylem hukuka uygun hale gelmez demektedir.

<sup>56</sup> Soyaslan, s.567.

<sup>57</sup> Malkoç, s.2086.

Kanun koyucu madde metninde “suç işleyen” bir kimsenin kayırılmasından bahsetmekte, ancak suç işleyen kimse ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin gerekçede yer alan ifadeler çelişki arz etmektedir<sup>58</sup>.

Öncelikle “suç işleyen” kişi kavramı, Türkçe açısından hem halihazırda suç işleyen hem de suçu işlemiş olan kişi anlamına gelebilir. Bu anlamda ifadenin, “suç işlemiş” veya “suç işlediğinden şüphe edilen” olarak değiştirilmesinin ileride de izah edeceğimiz şekilde gerekli olduğunu ifade edemeyiz. Ancak konu ile ilgili eleştirimiz sadece dilbilgisel anlamda değil kanun koyucunun “suç işleyen” kimse tabirinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin tanımına da ilişkindir. Her ne kadar gerekçe bağlayıcı olmasa da özellikle başta hakimler olmak üzere uygulayıcılar açısından gerekçe anlam taşımaktadır.

Maddenin başlığında yer alan “Suçluyu Kayırma” ifadesindeki “suçlu” kavramı Türkçe’de suç işlemiş olan kimse anlamına gelmektedir ki bu ancak kesinleşmiş bir yargılama neticesinde ortaya çıkarılabilecek bir husustur. Bu duruma dikkat çeken Ünver, bu suçun işlenmiş sayılabilmesinin kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığına bağlı olduğunu, böyle bir karar yoksa araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulmayı sağlamanın suçluyu kayırma olarak kabul edilemeyeceğini söylemektedir<sup>59</sup>. Yazar bu itibarla şüpheli/sanık olan kişiler açısından bu suçun işlenemeyeceğini ifade etmekte, aksi tutumun kıyas veya genişletici yorum yasağı kapsamında kala-

---

<sup>58</sup> TCK’nun 283 ncü maddesinin Gerekçesi; “ Bu suçun konusu, daha önce işlenmiş olan bir suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmiş olan bir kişidir. Kayırılan kişi, önceki suçun faili veya şeriki olabilir. Bu kişi, önceden işlenen bir suçtan mahkûm olmuş bir kişi olabileceği gibi, sadece şüpheli veya sanık olması nedeniyle aranan bir kişi de olabilir. Sanık veya mahkûm olan kimsenin saklanmasına yönelik her hareket, bu suçun oluşmasını sağlayacaktır. Sanık veya mahkûmun belli bir yerde saklanmasının temin edilmesinden başka; bu kişi, soruşturmanın veya infazın engellenmesi amacıyla örneğin bir başka ülkeye kaçırılmış olabilir. Bu tür fiilleri de söz konusu suç kapsamında değerlendirmek gerekir. Belirtmek gerekir ki, hakkında tutuklama veya mahkûmiyet kararı verilen kişinin bir yerde barınmasını temin etme durumunda dahi, bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. “*şeklindedir.*”

<sup>59</sup> Ünver, s.318. Doktrinde yardım edilen şahsın mutlaka suçu işlemiş olmasının gerekmediği, suçun işlenmiş olduğundan şüphelenilmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir. Soyaslan, s.569.

çağını öne sürmektedir<sup>60</sup>. Buna karşın doktrinde gerekçeye uygun bir yorumla kayırılan kişinin önceki suçun mahkumu olabileceği gibi sadece şüpheli veya sanık olabileceği de ifade edilmektedir<sup>61</sup>. *Zafer*, 765 Sayılı TCK'nun 296. maddesine göre soruşturma makamlarının bu suçtan haberdar olmadığı sırada bile suçun işlenebileceğini ifade etmektedir<sup>62</sup>.

Masumiyet karinesi bir suç ile itham edilen kimsenin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılması anlamına gelmektedir<sup>63</sup>. Masumiyet karinesinin, davaya bakacak olan mahkemenin, sanığa suç işlemiş önyargısıyla bakmasının engelleyen bir durum olduğu ifade edilmiştir<sup>64</sup>. Yine bu ilke, *“herkesin adil bir yargılanmanın asgari gereklerini içeren bir yargılamayla hukuka göre mahkum olmadıkça (mahkeme kararıyla suçu işlediği sabit olmadıkça) ve oluncaya kadar suçsuz sayılma ve buna göre muamele görme hakkına sahiptir”*<sup>65</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Ancak kanaatimizce sanığın masumiyet karinesinden yararlanması onun suçsuz olduğuna değil, suçlu sayılmadığına işaret etmektedir, bu anlamda bu karine sanığın lekelenmemesini sağlar<sup>66</sup>. Masum sayılma hakkı, suçun bütün unsurları hakkında geçerlidir<sup>67</sup>. Ayrıca adil yargılanma hakkının sonuçları arasında sayılan masumiyet karinesinin yargılamanın her aşamasında geçerli olan bir durum olduğu, yargılama sürecinin her aşamasının adil yargılanma ilkesine uygun olma zorunluluğunun bir mükemmeliyetin aranması şeklinde görülmemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası da, bu hakkı adil yargılanma hakkı kapsamında esas kabul etmektedir. Anayasa'da da bu husus düzenlenmiş olup 38'inci maddesinin dördüncü fıkrasında *'Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz'* denilmektedir. Kanunlar, Anayasaya aykırı olamaya-

<sup>60</sup> **Ünver**, s.319.

<sup>61</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, s.3954.

<sup>62</sup> **Zafer**, Faile Yardım, s.45.

<sup>63</sup> **Ünver, Yener-Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku 3.Bası, Ankara 2010, s.22.

<sup>64</sup> **Boyar**, s.191.

<sup>65</sup> **Kalabalık, Halil**, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009, s.261

<sup>66</sup> **Centel-Zafer**, s.152. Nitekim Kunter, Yenisey, Nuhoğlu'na göre bu ilke, şüpheli veya sanığın suçsuz olduğu hakkında bir varsayım değildir. **Kunter- Yenisey-Nuhoğlu**, s.418.

<sup>67</sup> **Ünver-Hakeri**, s.23.

<sup>68</sup> **İnceoğlu**, s.6.



çağına göre ceza kanununun da bu kuraldan muaf olması düşünülemez. Bu itibarla ceza kanununda hakkında suç işlediği şüphesi bulunan kişilerin suçlu olarak kabul edilmesi başta Anayasa olmak üzere temel mevzuatlara aykırıdır ve ilgili hükmün yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

### E- Nitelikli Unsurlar

Türk Ceza Kanunu'nun 283.maddesinin 2 nci fıkrası, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir hale yer vermektedir. Buna göre *“Bu suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır”*. Fıkra esasen Türk Ceza Kanunu'nun 257'nci maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun özel bir hali düzenlenmektedir. Örnek olarak bir kolluk görevlisinin, yakalama kararından şüpheliyi haberdar etmesi, ya da savcılıktaki bir görevlinin şüpheli veya sanığa dosya ile ilgili olarak bilgi vererek uyarmasını bu kapsamda değerlendirebiliriz<sup>69</sup>. Suçun bu nitelikli hali kapsamında *“Kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma”* şeklinde tanımlanan 266 ncı maddenin de uygulanması mümkündür. Ancak kamu görevlisinin, 283/4. maddede sayılan şahıslardan biri olması halinde cezasızlık sebebiyle ceza verilemeyecektir. Kanaatimizce bu halde Görevi Kötüye Kullanma suçundan da hüküm kurulamayacaktır. Zira 257.maddede düzenlenmiş olan Görevi Kötüye Kullanma suçu genel bir hükümdür, fail hakkında özel hüküm uygulanması neticesinde cezaya hükümlenmemesi halinde genel düzenlemeden dolayı cezaya hükümlenmesi adaletsizliğe yol açar. Bununla birlikte bir görüşe göre suçluyu kayırma suçunun failinin kamu görevlisi olması halinde her ne kadar *bir artırma hükmü olan* TCK.m.266 uygulanamayacak ise de fail hakkında görevi kötüye kullanma maddesi tatbik edilecektir<sup>70</sup>.

### 2- Manevi Unsur

Suçluyu kayırma suçu kasten işlenebilmektedir. Kayırılan kişinin suç işlediğinin bilinmesi veya anlaşılması yeterli olup, failin hangi nitelikteki suçu işlediğinin önemi olmadığı ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Failin, bahse konu fiilin suç

---

<sup>69</sup> Malkoç, s.2087.

<sup>70</sup> bkz. Malkoç, s.2088.

<sup>71</sup> Malkoç, s.2085.

olduğunu düşünmemesi halinde de suç gerçekleşecektir<sup>72</sup>. Bir düşünceye göre yapılan soruşturma neticesinde fail hakkında soruşturmada takipsizlik, kovuşturma neticesinde beraat kararı verilirse suçluyu kayırma gerçekleşmeyecektir<sup>73</sup>. Kanaatimizce de asıl fiilin suç olmadığı hukuken ispatlandığı takdirde artık kayırılan bir suçtan bahsedilemeyeceği için suçluyu kayırma suçunun oluştuğu da söylenemez.

“Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlayan kimse” ibaresi maddede genel kastın yanında ayrıca özel bir kastın da arandığını işaret etmektedir<sup>74</sup>. Ancak failin, kayırılan kişinin suç işlediğini bilmesi, bu nedenle yardım amacıyla hareket etmesi gerekmektedir<sup>75</sup>. Bu nedenle suçluya maddede sayılan hususlar haricinde insani mülahazalarla bir takım yardımlar edilmesi bu suçu oluşturmaz<sup>76</sup>. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde verilen bir kararda da bu hususa temas edilerek sanığın gecenin geç saatinde gelen ve kollamak isteyen kişileri bağlı buldukları töre gereği kısa süre konuk etmelerini *koruma kastının* bulunmadığı gerekçesiyle 296 ncı maddeden sorumlu tutmamıştır<sup>77</sup>. Failin saikinin tespiti kanaatimizce, failin fiillerinden yola çıkılarak da ortaya konulabilir. Sahte deliller uydurmak, olanları gizlemek, değiştirmek, ortadan kaldırmak gibi davranışların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür<sup>78</sup>. Su ve yemek vermek, yol tarif etmek gibi insani mülahazalarla yapılan fiillerin suç oluşturmayaacağı Gerekçe’de ifade edilmiştir. Failin amacına ulaşması, suçun oluşması için şart değildir. Suçun olası kastla da işlenebileceği ifade edilmektedir ki bu görüşe iştirak etmekteyiz<sup>79</sup>.

<sup>72</sup> **Malkoç**, s.2086. Ancak Ünver’e göre failin gerçekte suçlu olmadığını bilmesi sebebiyle suçluyu kayırmanın suç olarak düşünülmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar bu durumun TCK’nun 4. ve 30. maddesine de aykırı olacağını da ifade etmektedir. Bu anlamda yardım edilen gerçekte suç işlememiş bir kimse ise failin bu durumu bilip bilmemesinin suçun oluşmaması gerçeğini değiştirmeyeceğini ifade etmektedir. **Ünver**, s. 319.

<sup>73</sup> **Malkoç**, s.2085.

<sup>74</sup> **Soyaslan**, s.569, **Parlar-Hatipoğlu**, s.3956, **Ünver**, s.32, **Gökcan**, s.256.

<sup>75</sup> **Gündel**, s.5247.

<sup>76</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, s.3956.

<sup>77</sup> YCGK, 25.02.1985, 297/107, **Savaş –Mahmutoğlu**, s.3028.

<sup>78</sup> **Malkoç**, s.2086.

<sup>79</sup> **Zafer**, Faile Yardım, s.45.

### 3- Hukuka Aykırılık Unsuru

#### A- Genel Bilgi

Fiilin hukuka uygun olarak gerçekleşmiş olması halinde eylem suç teşkil etmeyecektir. Bu anlamda susma hakkına yukarıda değinmiştik. Hakkın kullanılması kapsamında savunma hakkı ve müdafinin durumu da önem arz eder.

#### B- Savunma Dokunulmazlığı

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının c bendinde müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı olarak tanımlanmıştır. Müdafî, görevini dürüstlükle yapmak zorundadır<sup>80</sup>. Bu durum, müdafîye bir taraf gibi hareket edip kendisini kurtarmak için adaleti yanılma hakkı vermemektedir. Koruma tedbirlerine karşı müdafîin sanık ya da şüpheli olan müvekkilini uyarmasının suç olduğu, bu durumun savunma hakkına hizmet etmeyeceği söylenmiştir<sup>81</sup>. Ancak bu durum müdafîye sanığın suçlu olduğuna kanaat getirirse dahi, yalan söylememek ve hukuka aykırı bilirkişi veya tanık elde etmek gibi fiilleri gerçekleştirmemek kaydıyla beraat talep etme imkânını engellemez<sup>82</sup>. Müdafî, gerçeğin ortaya çıkmasına yardım etmek zorundadır ancak bu sınırsız bir yardım değildir<sup>83</sup>. Müdafîin sanık ve şüpheli arasındaki ilişkinin hukuk danışmanlığı değil, müdafilik olduğu ifade edilmiştir<sup>84</sup>. Sanığın doğruyu söylemek veya konuşmak yükümlülüğü yoktur. Müdafî, avukatlığını yaptığı sanıktan bağımsızdır. Müdafî sanığın yardımcısı değildir, ancak objektif olma mecburiyeti de yoktur<sup>85</sup>. Kısaca "*Müdafî sır saklama yükümlülüğü altındadır. Bu açıdan her bildiğini söylemek gibi mecburiyeti yoktur, ancak söylediği şeylerin gerçek olması gerekir*"<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.455.

<sup>81</sup> Zafer, Faile Yardım, s.358.

<sup>82</sup> Ünver-Hakeri, s.224.

<sup>83</sup> Kocaoğlu, s.248.

<sup>84</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.456, Kocaoğlu, Serhat Sinan, Müdafî, Ankara 2011, s.248.

<sup>85</sup> Ünver/Hakeri, s.234.

<sup>86</sup> Zafer, Faile Yardım, s.326, Kocaoğlu, s.250

Burada esasen savunma dokunulmazlığı ile ceza adaletinin gerçekleşmesi kapsamındaki toplumun yararı arasındaki değerler yarışmaktadır. Savunma dokunulmazlığı, müdafinin adliyei aldatma veya yanlış yola sevk etme fiillerini korumaz<sup>87</sup>.

Müdafinin suçluyu kayırma suçuna örnek olarak yakalama müzekkeresini müvekkiline söyleyerek kaçmasını sağlamak gösterilebilir<sup>88</sup>. Bununla birlikte müdafinin mesleki ilişki kurmak yükümlülüğü kapsamında görüştüğü sanık/şüphelinin yerini bildirmemesi halinde bu suçun faili olmaz. Bu halde müdafinin herhangi bir ihbar yükümlülüğü yoktur<sup>89</sup>. *Müdafî konuştuğunda müvekkiline zarar verici konularda susması gerekmektedir*<sup>90</sup>. Müdafinin öğrenmiş olduğu her türlü bilgiyi anlatmasının, adli makamları işlevsiz hale getirebileceği ifade edilmektedir<sup>91</sup>. Kısaca savunma hakkı da her hak gibi kötüye kullanılması halinde korunmadan uzak kalacaktır.

## V- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### 1- Teşebbüs

Kasten işlenen bir suç olması sebebiyle teşebbüse müsait olan suçluyu kayırma suçuna teşebbüs, bu suç sırf hareket suçu olduğu için ancak icra hareketleri kısımlara bölünebildiği ölçüde mümkündür<sup>92</sup>. Kayırmaya ilişkin eylemin, imkan sağlama derecesine ulaşmaması halinde teşebbüsten bahsedilebileceği ifade edilmiştir<sup>93</sup>.

### 2- İştirak

Suçluyu kayırma suçu açısından genel iştirak hükümleri uygulanabilir. Ancak iştirak kurumu ile suçluyu kayırma suçunun maddi unsurlarını da

<sup>87</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, s.3956.

<sup>88</sup> **Soyaslan, Doğan**, s.316. Ancak Ünver bu örneğin kanuni tipte yakalamayı önleme gibi fiilin olmadığı, bu itibarla bu örneğin yerinde olmadığını ifade etmektedir. Ancak yazar da koşullarının oluşması halinde müdafinin de bu suçun faili olabileceğini ifade etmektedir. **Ünver**, s.316.

<sup>89</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.8076.

<sup>90</sup> **Zafer**, Faile Yardım, s.327.

<sup>91</sup> **Zafer**, Faile Yardım, s.358.

<sup>92</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, s.397; **Ünver**, s.330.

<sup>93</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.8077; **Gökcan**, s.257.

birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Esasen işlenmiş bir suça, yani, tamamlanmış bir suça iştirak mümkün değildir<sup>94</sup>. Suça iştirak ancak, suçtan önce veya suç işlendiği esnada mümkündür. Suç işlendikten sonra 283 üncü maddede sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi halinde bu durum asıl suça iştirak değil, suçluyu kayırma suçunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Ancak her suç tipi açısından durum ayrıca incelenmelidir. Zira bir suçun tamamlanma anının tespiti, kişinin faile yardım niteliğindeki fiilinin suça iştirak kapsamında mı yoksa suçluyu kayırma kapsamında mı ele alınacağı noktasında belirleyicidir. Mesela kesintisiz suçlara, kesinti gerçekleşene kadar azmettirme ve suçun işlenişinden önce yardımda bulunma dışında iştirak edilmesi mümkündür<sup>95</sup>. Zira bu tip suçlarda suçun gerçekleşmesiyle kesintinin gerçekleşmesi arasında belli bir süre vardır.

Manevi yardım bir iştirak şekli olarak TCK'nun 39. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 39/2.maddesinin a bendinde “*filin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek*” şeklindeki manevi yardım türü açısından vaadin gerçekleşmesinin ayrıca 283.maddesini oluşturmayacağı, zira zaten asıl suça iştirak edilmiş olduğu ifade edilmektedir<sup>96</sup>. Zira kesintisiz suç, ihlalin devam ettiği sürece işlenmiş sayılmaktadır<sup>97</sup>. Benzer bir biçimde kişilerin tamamlanmış bir suçtan elde edilen menfaatin artırılmasına yönelik fiilleri bağımsız suç teşkil edebilmektedir<sup>98</sup>.

### 3- İçtima

Suçluyu kayırma suçunun değişik zamanlarda aynı kişiyi kayırma amacıyla işlenmesi halinde fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir<sup>99</sup>. Failin kayırmak istediği kişinin işlemiş olduğu suçun delilleriyle ilgili gizleme ve yok etme fiilleri 283.madde değil 281. maddede suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçuna neden olursa fail bu suç nedeniyle soruşturulmalıdır.

<sup>94</sup> **Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, Ankara 2011, s.454.

<sup>95</sup> **Hakeri**, s.153.

<sup>96</sup> **Hakeri**, s.483.

<sup>97</sup> **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK. m. 1-75, s.86.

<sup>98</sup> **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.390.

<sup>99</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, s.3957.

Suçluyu kayırma suçu ile 270.maddede düzenlenen suç üstlenme suçu arasında da ilişki mevcuttur. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 270'nci maddesinde düzenlenen suç üstlenme suçu, *yetkili makamlara, gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildirme* suretiyle işlenen bir suçtur. Failin kendisini itham ettiği suç, hiç işlenmemiş olabileceği gibi işlenmiş olması da mümkündür<sup>100</sup>. İşlenen bir suçun failini soruşturma veya kovuşturmadan kurtarmak maksadıyla suçun üstlenilmesi halinde de esasen suçlu kayırılmaktadır. Ancak bu kayırma TCK'nun 283 üncü maddesinde düzenlenen *Suçluyu Kayırma* suçu içerisinde düzenlenen bir kayırma türü değildir. Bu halde özel-genel norm gereğince meselenin halledilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>101</sup>. Kanaatimizce her iki suç tipi de özel normlar olup bu noktada farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.

## VI- SUÇUN UNSURLARI DIŞINDA KALAN HALLER

### 1. Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Haller

#### A- Zorunluluk Hali, Cebir ve Tehdit

Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran haller arasında sayılan ve 5237 Sayılı TCK'nun 25/2.maddesinde düzenlenen bir hal olarak zorunluluk haline değinmek gerekmektedir. Bu kapsamda kişinin, kendisine zarar verilmemesinden korkarak veya cebir, tehdit altında bu suçu işlemesi halinde fiil suç teşkil etse de kişiye ceza verilmeyecektir.

### 2- Cezayı Kaldıran bir Hal Olarak Şahsi Cezasızlık Sebebi

#### A- Suç Ortağı

Asıl suçun failinin, suçluyu kayırma suçunun faili olamayacağı konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte fail dışındaki azmettiren veya diğer şeriklerin durumu tartışma konusudur<sup>102</sup>. 765 Sayılı Türk Ceza Kanu-

<sup>100</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011, 11.Baskı.998.

<sup>101</sup> Yaşar-Gökçen-Artuç, s.8077. Gökçen, s.257.

<sup>102</sup> "Failin, önceden işlenmiş olan suçun faili veya şeriki olmaması zorunludur." Gökçen-Yaşar-Artuç. s.8075. Ancak yazarlar, iştirak konusunda, bahse konu düzenleme konu-

nu'nun 296.maddesi “Her kim hapis cezasından aşağı olmıyan cezayı müstelzim bir cürüm işledikten sonra bu cürmün icrasında faillerle evvelce itifak etmiş ve cürmü neticelendirmekte yardımcı dokunmuş olmaksızın” şeklindeki ifade ile şeriklerin bu suçun faili olamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu açısından, suçun diğer suç ortağı tarafından işlenmesi hâli, bir cezasızlık nedenidir. Şahsi cezasızlık sebepleri halinde “suç teşkil eden bir fiil” vardır ancak fail çeşitli sebeplerle haksızlık teşkil eden fiilinden dolayı cezalandırılmamaktadır<sup>103</sup>.

Suç işleyen faile iştirak ilişkisi olanlar açısından akrabalara benzer bir biçimde cezasızlık halinin düzenlenmesi eleştiri konusu olmuştur. Nitekim Ünver kanununun düzenlemesinin suç ortağını da bu madde hükmü kapsamında ele alınmaya müsait hale getirdiğini, bu durumun da *nemo tenatur* ilkesine ve Anayasanın 38/5. maddesine aykırı olabileceğini, 283 üncü maddenin failin suç ortağının da açıkça bu suçun faili olamayacağı şeklinde düzenlenmesini istemektedir<sup>104</sup>. Kanaatimizce bu maddeye 5237 Sayılı TCK.’nun 165.maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçuna benzer bir biçimde “suçun işlenişine iştirak etmeksizin” ibaresinin eklenmesinde yarar vardır<sup>105</sup>.

## B- Suçlunun Yakınları

Kanun koyucu, madde metninde bu hususta özel bir düzenlemeye yer vererek “suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş” tarafından işlenmesi halinde cezaya hükmolünmayacağını ifade etmiştir. Bu düzenleme, bahse konu suçun bu kişiler tarafından da işlenebileceğini ortaya koymuştur. Ancak düzenleme kanaatimizce Anayasa’nın 38/5 nci maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Anayasanın 38/5 nci maddesi “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen

---

sunda açıklama yapmamıştır, s.8077. Soyaslan failin kural olarak önceki suça iştirak etmemiş olması gerektiğini ifade etmektedir. Soyaslan, s.567.

<sup>103</sup> Artuk, M.Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara 2011, s.567.

<sup>104</sup> Ünver, s.315.

<sup>105</sup> Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu (TCK. m.165). Nitekim madenini ilk halinde bu ibareye yer verilmemiş, ancak gerekçede de ifade edildiği üzere 5918 sayılı kanun gereğince tekrar cezalandırmanın önüne geçilmesi amacıyla bu ifadeye yer verilmiştir.

*yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”* şeklindedir. Belirtelim ki maddede ifade edilen akrabalığa ilişkin şahsi cezasızlık hükümlerinin uygulanması için akrabalık ilişkisinin medeni hukuk hükümlerince ispatı lazım gelir<sup>106</sup>.

Bir norm, Anayasanın koruması altında ise aynı normdan kaynaklanan bir hakkın ceza kanunu açısından suç teşkil ettiğini söylemek başta normlar hiyerarşisine daha sonra hukuka uygunluk sebeplerinden olan, hakkın kullanılmasına aykırılık teşkil etmektedir. Kişinin susma veya suçlayıcı beyan vermeme hakkının kullanıldığı hallerde bir suçun oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Zira hukuka uygunluk sebepleri, ceza normunun yasakladığı fiile hukuk düzeninde cevaz vermek suretiyle hukuka aykırılığı gidermektedir<sup>107</sup>. Örneğin saklanmakta olan çocuğunu yakalanmaması için ona yer temin eden bir annenin eyleminin Anayasa 38/5 nci maddede koruma altına alınan *nemo tenatur* hakkı kapsamında olduğunu kabul etmemek mümkün değildir.

Şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde bilindiği gibi savcıya CMK 171 nci madde anlamında kamu davasını açmada takdir hakkı da tanınmaktadır. Doğaldır ki şahsi cezasızlık sebebi, 283 ncü madde anlamında sadece bu şartları haiz kişiler açısından geçerlidir, bu kapsamın dışında kalanlar bakımından bu cezasızlık hali uygulanmaz<sup>108</sup>. Şahsi cezasızlık haline rağmen savcının maddenin 3.fıkrasında sayılan kişiler aleyhine iddianame hazırlanmasını engelleyen bir durum yoktur. Konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin ilga olunan 5237 Sayılı TCK'nun 278 nci maddesi ile ilgili olarak verdiği bir karar da önem taşımaktadır<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Parlar-Hatipoğlu 2008, s.3957.

<sup>107</sup> Artuk - Gökçen - Yenidünya Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.398

<sup>108</sup> Parlar-Hatipoğlu, s.3957.

<sup>109</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2010/52 E., 2011/113 K., sayılı ve 30.06.2011 tarihli kararında (RG 15.10.2011, No. 28085) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı iddiasıyla iptali istemli davada yerel mahkeme 278 nci maddede Anayasa'nın 38/5 maddesinde ifade edildiği üzere yakın akrabalık durumu ile ilgili bir düzenlemenin bulunmadığını bunun Anayasa'ya aykırı olduğunu öne sürmüştü, Anayasa Mahkemesi de maddede veya bu maddeye atıf yapacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayırık tutulmadığını ifade etmiştir bkz.



Maddede yer alan yakınlık ilişkileri “cezasızlık” ölçüsünde de yetersizdir. Kanaatimizce 283 üncü maddede yer alan kişilerle sınırlı olan düzenleme de Anayasanın 38 nci maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu anlamda yakın kavramının 5271 sayılı CMK’nun 45 nci maddesinde sayılan kişiler esas alınarak maddede sayılan “a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar” bu ve benzeri suçlar açısından fail olarak nitelendirilmemelidir. Yakalama fiili neticesinde eşini kayıran kişiye ceza verilmezken, nişanlısını kayıran kişiye ceza verilmesi<sup>110</sup>; ya da suçlu olan kişinin teyzesinin, annesinin ricasıyla kayırılması halinde ceza verilmesinin ceza adaletine uymadığını düşünmekteyiz.

## VII- MUHAKEMEYE İLİŞKİN KOŞULLAR

### 1- Genel Bilgi

Suç, re’sen soruşturulup kovuşturulmaktadır. Bununla birlikte şahsi cezasızlık halinde Cumhuriyet Savcısının iddianame düzenlememe ihtimali bulunmaktadır (CMK m.171) . Suçun avukat tarafından görevi ile bağlantılı bir biçimde işlenmesi 1136 Sayılı Kanunun 58.maddesi<sup>111</sup>, diğer kamu görevlileri açısından da 4483 Sayılı kanun başta olmak üzere ilgili soruşturma ve kovuşturma usullerine tabidir. Suç için öngörülen ceza 5 yıla kadar hapis

---

(<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=karar&id=3388>), (Erişim Tarihi:19.07.2012) Nitekim 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı kanunun 91.maddesi ile suç tipi değiştirilmiş ve 278 nci maddenin 4.fıkrasına “Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır” şeklinde bir hüküm eklenmiştir.

<sup>110</sup> Doktrinde, başkasıyla evli olup da sanıkla nişanlı olduğunu söyleyen tanığın da Ceza Muhakemesi Kanunu açısından tanıklıktan çekinme olanak verilmesini, zira bu kişilerin psikolojik bir çatışma ihtimali yaşanabileceği ifade edilmektedir. **Centel-Zafer**, s. 237.

<sup>111</sup> 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58.maddesinde (23/1/2008 tarihli ve 5728 Sayılı Kanun’un 331. Maddesiyle değişik) “Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.

cezası olduğundan görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir<sup>112</sup>. Kararın temyiz incelenmesi ise Yargıtay'ın işbölümü açısından dördüncü ceza dairesi tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>113</sup>.

Suçluyu kayırma suçu ile ilgili bir diğer önemli durum da “Bağlantı Kavramı” konusundadır. Bilindiği üzere Ceza Muhakemesi Kanununun 8.maddesinde bağlantı kavramı düzenlenmekte, buna göre bir kişinin, birden fazla suçtan sanık olması veya bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık olması halinde bağlantının var olduğu kabul edilmektedir. İşte bu maddenin ikinci fıkrası aralarında suçluyu kayırma suçunun da yer aldığı çeşitli suçlar açısından da özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiilleri de bağlantılı suç sayılmaktadır<sup>114</sup>.

Bağlantılı suçların davaların görülmesi açısından önem taşıdığı görülmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 9. maddesine göre bağlantılı suçlardan her biri değişik mahkemelerin görevine giriyorsa, bunlar hakkında, birleştirilmek suretiyle yüksek görevli mahkemede dava açılabilir. Buna göre örneğin ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren kasten öldürme suçunun failini kayıran bir kişinin işlediği suç sebebiyle asliye ceza mahkemesinde görülmesi gereken dava bağlantı sebebiyle kasten öldürme suçu açısından görevli mahkeme olan ağır ceza mahkemesinde görülecektir.

Soruşturma ve kovuşturma aşamasında değinmemiz gereken bir diğer husus da tanıklıktan çekinme durumudur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 50.maddesinin c bendinde yeminsiz dinlenecek tanıklar arasında *soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar* da sayılmış, bu kişilerin yeminsiz olarak dinlenmeleri gerektiği düzenlenmiştir.

<sup>112</sup> 26.09.2004 Gün ve 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 10/12, RG. 07.10.2004, No. 25606).

<sup>113</sup> <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/isbolumu/CDisbolumu.pdf> (Erişim Tarihi: 19.07.2012)

<sup>114</sup> Doktrinde bu durumda bağlantının söz konusu olabilmesi için yardım ve yataklık fiillerini gerçekleştiren failin, önfıile iştirak etmemiş olması gerektiği ifade edilmiştir. **Centel-Zafer**, s.569.

## 2- Yargılama Açısından “Suçlu” Kavramı Sorunu

Yukarıda değindiğimiz üzere, Kanunun hatalı bir biçimde “suçluyu kayırma” şeklinde ifade ettiği suç tipinin soruşturma ve kovuşturma bakımından da çeşitli sorunlara yol açacağını söylemek mümkündür. Zira işlenmiş bir suçtan bahsedilebilmesi öncelikle “kesinleşmiş bir hükme” bağlıdır. TCK’nun 215’nci maddesinde düzenlenen suç ve suçluyu övme suçu da suçluyu kayırma suçuna benzer bir düzenleme içermektedir. Bu suçun oluşması açısından “işlenmiş olan bir suç” mevcut olmalıdır. İşlenmiş suçtan kasıt, suç tespit edilen kararın kesinleşmiş olmasıdır. İşlenmiş ancak hakkında kesin bir hüküm verilmemiş olan bir suçu ya da bu suçu işleyen kimseyi bu suçtan ötürü övmek halinde esasen suç oluşmayacaktır.

Kişi bir suç işlediği isnadıyla yargılanmış ve fakat henüz hakkında hüküm kesinleşmemişse bu kişi hakkından yargılanmakta olduğu eylem nedeniyle övücü ifadeler kullanan kişinin eylemi o aşama suç teşkil etmezken bu durum bekletici mesele yapılmakta övülmeye neden olan fiil hakkında suç olduğuna ilişkin kesin hüküm verildiği takdirde öven şahsın eylemi artık 215 inci madde kapsamında değerlendirilmektedir. Bu durumun gerek kanunilik ilkesi gerekse de bir suçun oluşmasını başka bir suçun oluşmasına bağlayan bir uygulamanın ceza politikası açısından da olumlu olduğunu söylemek zordur<sup>115</sup>. Benzer bir biçimde suçluyu kayırma suçu açısından da aynı fikri tekrarlamakta yarar görüyoruz

## VIII-YAPTIRIM VE ZAMANAŞIMI

Suçun temel halinin cezası altı aydan beş yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Suçun nitelikli halinde cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür. Suçluyu kayırma suçunun cezası nazara alındığında suç için öngörülen dava zamanaşımı TCK’nun 66/1.e maddesine göre sekiz yıl, ceza zamanaşımı ise 68/1.e maddesine göre on yıldır. Ancak Türk Ceza Kanunu’nun 66/2. maddesi gereğince fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşecektir.

<sup>115</sup> Şen, Ersan, Suçu ve Suçluyu Övme, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl.3, Sayı 7, Ağustos 2008, s.102 vd.

Suçun cezası altı aydan beş yıla kadar hapis cezası olduğundan, sanık hakkında bir yıl ve altında bir hapis cezasına hükmedilmesi halinde kısa süreli hapis cezası 5237 Sayılı TCK'nun 50.maddesi gereğince seçenek yaptırımlara dönüştürülebilir. Yine sanık hakkında iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükümlenmesi halinde TCK'nun 51.maddesindeki şartları sağlamak koşuluyla sanık hakkında verilen ceza ertelenebilir. Bahse konu suç kasten işlenebildiği için fail, 53.madde gereğince belirli hakları kullanmaktan yoksun kalabilecektir<sup>116</sup>.

### SONUÇ

Adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenen “Suçluyu Kayırma” suçuna sebebiyet veren fiillerin yaptırım altına alınması adil yargılanma ilkesi açısından gereklidir. Bu itibarla bahse konu suç tipinin mevzuatımızda bağımsız bir suç olarak yer alması açısından herhangi bir sorun bulunmamakla birlikte madde düzenlemesi açısından birçok sorunlu alan mevcuttur.

Öncelikle madde başlığının, metnin lafzıyla; madde metninin ise gerekçeyle çelişkili bir şekilde düzenlenmiş olması başta belirlilik ilkesi ve hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkelerinden olan güvence fonksiyonuna zarar vermektedir. Bu itibarla ya madde başlığının “suçluyu, sanık veya şüpheliyi” kayırma suçu olarak düzeltilmesi ya da madde metninin, suçlu olduğu kesin bir biçimde ispatlanmamış olan sanık ve şüphelinin de suçun konusu olmasına sebebiyet vermeye müsait düzenlemesi değiştirilmelidir. Hiç şüphesiz, şüpheli veya sanık gibi şahısların da kayırılmasının suç olarak düzenlenip, düzenlenemeyeceği kanun koyucunun takdirinde olan ceza politikasıyla

<sup>116</sup> 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53.maddesi “1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

- a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,
- b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan,
- c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,
- d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,
- e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.”

ilgilidir. Ancak mevcut düzenlemenin, kanun tekniğine uygun bir biçimde yeniden ele alınmasında yarar vardır.

Suçluyu kayırma suçu açısından önceki düzenlemeye bir biçimde bir ağırlık koşulu konulmalı, şikayete veya uzlaşmaya tabi suçlar, ya da miktar veya süre bakımından hafif cezalar öngören suçların kayırılması, suç kapsamından çıkartılmalıdır. Zira bahse konu suçun gayesi, sadece suçluları kayıranları cezalandırmak değil, adil yargılanma hakkı gibi önemli bir hakkı da koruma altına almaktır. Bu bakımdan her türlü suçun bahse konu suç açısından değerlendirilmesi öncelikle ilkenin amacından uzaklaşmasına neden olacaktır.

Suçlara verilecek cezaların ceza adaleti açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Orantılılık ilkesi bunu gerektirmektedir. Buna göre her türlü suçun kayırılmasında eşit ceza uygulanmasının da adalete aykırı bir durum oluşturduğu kanaatindeyim. Bunun yerine 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun düzenlemesine benzer bir biçimde, kayırılan suçlunun işlediği suçun öngördüğü cezaya göre bir cezalandırma sistemi belirlenmelidir.

Suçluyu kayırma suçunun failleri arasında suç ortağının da yer almasına imkan tanıyan düzenlemenin temel sanık haklarına müdahale teşkil ettiği, bu kişilerin şahsi cezasızlık hükümlerinden yararlanmasının da düzenleme açısından sorunu ortadan kaldırmayacağı kanaatindeyim.

Susma hakkı, gerek suçun faillerine gerekse de bu kişilerle belli yakınlık ilişkileri içerisinde olan kişiler açısından geçerli olan bir haktır. İşte bu bakımdan 283.maddede düzenlenen suç tipi sorunlu bir suç tipidir. Zira maddede sınırlı şekilde sayılan akrabalar haricindekilerin de bahse konu suçları işleyebilmeleri hayatın bir gerçeği içindedir ve bu kişileri sırf kanunda sayılan yakınlar içerisinde olmadığı için cezalandırmak adil bir neticeye neden olmamaktadır.

Suçluyu kayırma suçu açısından yargılamanın da sorunlu bir alan olduğunu ifade etmekte yarar görmekteyiz zira mevcut düzenlemeye göre suçluyu kayırma suçu açısından henüz kesin bir hüküm ile mahkumiyeti kesinleşmemiş bir kişinin eylemi nedeniyle çeşitli zorlayıcı tedbirlere maruz kalmaktan kurtarmak için kanunda yer alan fiillerin yapılması suç teşkil edecek ve bu kişi ile ilgili kesin bir hüküm verilmesi beklenmeksizin kişi hakkında suçluyu kayırma suçu hükümleri uygulanabilecektir ki bunun adil bir durum olmadığı kanaatindeyiz

**KAYNAKÇA**

- Artuk, M. Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara 2011.
- Artuk, M.Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı , Ankara 2011.
- Boyar, Oya,** “*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı*” in Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Editör Selda Çağlar, İstanbul 2010.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide,** Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Baskı, İstanbul 2011.
- Gökçan, Hasan Tahsin,** Açıklamalı Avukatlık Yasası, Avukatların Görev Suçları Özel Soruşturma Usulü Hukuki Sorumluluk, 2.Baskı, Ankara 2009.
- Gündel, Ahmet,** Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara 2009.
- Hakeri, Hakan,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, Ankara 2011.
- İnceoğlu, Sibel,** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal İlkeler, 1.Bası, İstanbul 2002.
- Kalabalık, Halil,** İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009
- Kocaoğlu, Serhat Sinan,** Müdafî, Ankara 2011.
- Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun - Nuhoğlu, Ayşe,** Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.Baskı, İstanbul 2008.
- Malkoç, İsmail,** Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007.
- Meran, Necati,** Yeni TCK’da Kamu Görevlisine ve Adliyeye Karşı Suçlar, Ankara 2006.
- Öztürk, Bahri,** Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008.
- Parlar, Ali- Hatipoğlu, Muzaffer,** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (223-345.Maddeler) ; 4.Cilt, Ankara 2008.

**Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, Ankara 1998.

**Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.

**Şen, Ersan**, Suçu ve Suçluyu Övme, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl.3, Sayı 7, Ağustos 2008.

**Ünver, Yener**, Adliyeye Karşı Suçlar, Ankara 2010.

**Ünver, Yener-Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku 3.Bası, Ankara 2010.

**Yaşar, Osman- Gökcan, Hasan Tahsin - Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Ankara 2010.

**Zafer, Hamide**, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004.

**Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (TCK. m. 1-75), İstanbul 2010.

#### **YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI**

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f64beaa6f4ee6.95169957](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f64beaa6f4ee6.95169957) (Erişim Tarihi : 19.07.2012)

<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=karar&id=3388> (Erişim Tarihi: 19.07.2012)

<http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/isbolumu/CDisbolumu.pdf> (Erişim )





## YALAN TANIKLIK SUÇU (TCK. m. 272)

\*Ar. Gör. Zafer İÇER

### ÖZET

*Yalan tanıklık suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, adliyeye karşı işlenen suçlar arasında, 272 nci maddede düzenlenmiştir. Maddede, hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul yahut mahkeme önünde yapılan gerçeğe aykırı tanıklık fiili cezalandırılmaktadır. Her ne kadar bu suç, sırf hareket suçu olarak düzenlenmişse de, maddenin 4 ila 8 inci fıkralarında, gerçeğe aykırı tanıklık fiili dolayısıyla, aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında, bir kısım koruma tedbirlerinin uygulanması ya da bu kimse hakkında bazı yaptırımlara hükmolunması, cezayı ağırlaştıran haller olarak öngörülmüştür.*

*Ayrıca 273 üncü maddede, bu suçla ilişkin şahsi cezasızlık sebebi ve 274 üncü maddede ise etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür.*

**Anahtar Kelimeler:** tanık, yalan tanıklık, şahsi cezasızlık sebebi, etkin pişmanlık

### ABSTRACT

*Perjury is regulated by the 272nd article of the Turkish Criminal Code no. 5237 under the title "Offences Committed Against the Administration of Justice". This regulation punishes witnesses under the scope of an investigation opened due to an illegal act who give false testimony in front of a person authorized to listen witnesses, a committee or a judge. The 4th and 8th paragraphs of the article state that; in cases where protection measures and sanctions are applied to the person against whom the witness has given*

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

*false testimony, the punishment shall be aggravated. In addition article 273 regulates impunity for personal reasons and article 274 regulates effective repentance.*

**Key Words:** *witness, perjured witness, impunity for personal reasons, effective repentance*

### 1- Giriş

Tanıklık, hukuki bir olayın çözümüne veya ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olan bir kurumdur. Tanıklığın gerçeğe aykırı icrası, adli mercilerin yanıltılmasına, bu suretle adaletin yanlış şekilde gerçekleşmesine ve bireylerin haksız yere suç isnadı altında kalarak mağdur olmasına sebebiyet verebilir. Tüm bu hallerde, adaletin yanlış yönde gerçekleşme tehlikesi, bireylerin haksız yere suç isnadı altında bırakılması, kamu vicdanında yaralar açabileceği gibi, bireylerin hukuka, adalete, adli düzene duyduğu inanç ve güvenin zedelenmesi tehlikesini de ortaya çıkarabilir. İşte bu nedenlerle, adli düzenin işleyişini tehlikeye uğratan bir fiil olarak ortaya çıkan gerçeğe aykırı tanıklık, suç politikası gereği cezalandırılmaya değer bir fiil olarak dikkate alınmalıdır. Nitekim, hukukumuzda, 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarında yalan tanıklık fiili, bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>1</sup>.

Yalan tanıklık suçunun, ceza kanunlarının özel hükümler kısmında hangi bölümde yer alacağı sorunu, korunan hukuki değerlerin önemine göre çözümlenmiştir. Gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK.) gerekse 5237 sayılı TCK.'da, yalan tanıklık suçuna, adli mercilerin yanlış yola sevk edilmesi ve bu suretle maddi gerçeğin ortaya çıkmasının engellenmesi tehlikesine binaen, adliye karşı suçlar kısmında yer verilmiştir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Gerçeğe aykırı tanıklığın ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesinde, tanıklık yapan bireylerin tanıklık sıfatının gereklerini tam anlamıyla yerine getirebilmesi, maddi gerçeğin yanıltılmasının engellenmesi, bireylerin haksız yere suçlanmalarının ve cezalandırılmalarının önüne geçilmesi ve adil ve dürüst bir yargılama yapılabilmesi gibi gayelerin etkili olduğu ifade edilmelidir.

<sup>2</sup> Belirtilmelidir ki, bir suçun ceza kanunu içerisinde düzenlendiği yer, o suçla korunan hukuki değerlerin tespiti bakımından önem arz etmektedir. Ancak bazı suçlarda, birden fazla hukuki değerlerin korunması da söz konusu olabilir. Örneğin iftira suçu, yalan tanıklık suçu gibi adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Ancak iftira suçunda, suçla koru-

Alman Ceza Kanunu'nun (StGB.) 153 ila 163'üncü paragraflarında beyan suçları olarak anılan "yalan yere yemin, yalan tanıklık ve gerçeğe aykırı bilirkişilik suçları"na, kanunun özel hükümleri arasında "Kamu barışı, devletin yüksek menfaatleri ve hukukun demokratik kuralları yönünden tehlike yaratan suçlar" kısmında yer verilmiştir<sup>3</sup>.

Yalan tanıklık suçu, 5237 sayılı TCK.'nin ikinci kitabının dördüncü kısmının "Adliyeye karşı suçlar" başlıklı ikinci bölümünde, 272'nci maddede; "(1) Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun soruşturma veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık yapan kişi hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi ile ilgili olarak gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yüklenen fiili

---

nan esas değer, bireyin masumiyetidir. Adliyeye ve dolayısıyla kamuya ilişkin değerlerin korunması ikinci plandadır. Yalan tanıklık suçunda da, çoğu zaman bireyin mağduriyeti söz konusu olmaktadır. Aynı zamanda adaletin gerçekleşmesi tehlikeye girdiğinden, bu suçla kamusal değerlerin de eşdeğerde koruma altına alındığına kuşku bulunmamaktadır.

<sup>3</sup> Alman CK.'nin "Yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık ve yalan yere yemin" suçunun düzenlendiği 153 üncü maddesi; "(1) Her kim, mahkeme huzurunda veya yemin ettirerek tanık veya bilirkişi ifadesi almaya kanunen yetkili olan bir merci önünde, tanık veya bilirkişi sıfatı ile yemin etmeden, gerçeğe aykırı ifade verirse, üç aydan beş yıla kadar hapis ile cezalandırılır.

(2) Federal devletin veya eyaletlerin yasama organının soruşturma komisyonu, 1 inci fıkrada adı geçen mercilerle eşdeğerlidir" şeklinde düzenlenmiştir. "Yalan yere yemin" başlıklı 154'üncü madde ise; "(1) Her kim, mahkeme huzurunda veya yemin ettirmeye kanunen yetkili kılınmış olan bir merci önünde yemin altında yalan söylerse, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Hafif hallerde, hapis cezası altı aydan beş yıla kadardır" şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried, Strafgesetzbuch-Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s.229, 230.

*işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

*(5) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.*

*(6) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(7) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, altıncı fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır.*

*(8) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; yalan tanıklıkta bulunan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir<sup>4</sup>.*

Kanunun 273’üncü maddesinde, yalan tanıklık suçuna ilişkin şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler; (1) Kişinin; a) Ken-

<sup>4</sup> Hükümet tasarısında yalan tanıklık suçuna 436 ncı maddede yer verilmişti. Madde; “Yemin ettirerek tanık dinlemeye yetkili bir memur, makam veya kurul huzurunda tanıklık ederken yalan söyleyen veya tanıklığın konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilgilerini kısmen veya tamamen saklayan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Yalan tanıklık üç yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suçun soruşturma veya kovuşturması sırasında meydana gelmiş ise faile iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

*Yalan tanıklık üç yıldan fazla hapis cezası verilmesi sonucu doğurmuşsa faile beş yıldan az olmamak üzere verilmiş hapis cezasının yarısı oranında hapis cezası verilir.*

*Yalan tanıklık, bir kimseye müebbet hapis cezası verilmesi sonucunu doğurmuş ise, faile on beş yıldan yirmi yıla, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesi sonucunu doğurmuşsa faile yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezası verilir.*

*Failin, kanun hükmü gereği yeminsiz olarak dinlenmesi halinde cezalar yarısı oranında indirilir” şeklindeydi.*

*disinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması,*

*b) Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması,*

*hâlinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*

*(2) Birinci fıkra hükmü, özel hukuk uyumsuzlukları kapsamında yapılan yalan tanıklık hâllerinde uygulanmaz” şeklinde düzenlenmiştir.*

Bu suça ilişkin etkin pişmanlık hükümleri ise, 274’üncü maddede; “(1) *Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz.*

*(2) Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verildikten sonra ve fakat hükümden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisinden yarısına kadarı indirilebilir.*

*(3) Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısından üçte birine kadarı indirilebilir” şeklinde düzenlenmiştir.*

765 sayılı yasadan farklı olarak, 5237 sayılı TCK.’da, bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması ve tercümanın gerçeğe aykırı çeviri yapması, yalan tanıklık suçu içerisinde değil, 276’ncı maddede bağımsız bir suç olarak öngörülmüştür.

## **2- 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenleme**

5237 sayılı TCK.’nda yalan tanıklık suçuna karşılık gelen “yalan şahadet suçu”, 765 sayılı TCK.’nun ikinci kitabının “Adliye aleyhinde cürümler” başlıklı dördüncü babının, “Yalan Şahitliği ve Yalan Yere Yemin” başlıklı dördüncü faslında, 286’ncı maddede; “*Yemin ettirerek şahit veya ehlihibre istimaina salâhiyettar olan bir memur veya heyet huzurunda şahadet ederken yalan söyleyen veya hakikati inkâr yahut isticvap olunduğu hususat hak-*

*kında malumatını az veya çok ketmeyliyen kimse üç aydan üç seneye kadar hapis ile mücazat olunur.*

*Eğer fiil üç seneden fazla hürriyeti tehdit eden cezayı müstelzim bir cürmün tahkik ve muhakemesi esnasında vâki olmuş ise cezası üç seneden on seneye kadar ağır hapistir.*

*Eğer yalan şahadet, bir kimseye müebbet hapis cezası verilmesi sonucunu doğurmuş ise, faile verilecek ceza onbeş seneden aşağı olamaz ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûmiyet halinde ise faile müebbet ağır hapis cezası verilir.*

*Eğer yeminsiz şahadet edilmişse ceza müddeti yarısına kadar indirilir” şeklinde düzenlenmişti.*

Aynı fasılda 288’inci maddede yalan tanıklık suçuna ilişkin cezayı kaldıran ve hafifleten sebepler<sup>5</sup>, 289’uncu maddede yalan tanıklıktan rücu<sup>6</sup> dü-

<sup>5</sup> Maddede; “Yalan yere yemin veya şahadet eden şahıs:

1. Hakikati beyan ettiği takdirde kendisini veya akrabasından birini hürriyet ve namusca behemehal fahiş bir zarara maruz kılması muhtemel olan,
  2. Kendi tarafından beyan olunan zatî vasıflara nazaran şahit sıfatıyla celbi iktiza etmeyen yahut o şahsın ceza dâvasında, şahit ve ehlihibre ve mütercim olmaktan istinkafa hakkı olduğu halde mahkemece kendisine bu hakkı ihtar edilmemiş bulunan,
- Kimselerden ise yukarıdaki maddede mezkûr olan cezalardan muaftırlar.*

*Eğer bunların yalan şahadeti diğer bir şahsı takibata yahut mahkûmiyete maruz kılarsa yukarıdaki maddelerde yazılı cezalar, yarısından üçte ikisine indirilir” denilmekteydi.*

<sup>6</sup> Maddede; “Bir kimse ceza tahkikat veya muhakematı esnasında şahadet ettikten sonra iş lüzum veya men’i muhakeme kararname ile bitmezden veya muhakeme hitam bulmazdan veya yalan şahadet hadisesinden dolayı muhakeme başka güne tâlik olunmazdan evvel bu şahadetten rücu ile hakikati söylerse 286 ncı maddede beyan olunan fiilden dolayı cezadan muaftır.

*Eğer rücu beyan olunan zamanlardan sonra olur yahut bir hukuk dâvasının muhakemesi esnasında vukua gelmiş olan yalan şahadete müteallik bulunur ise bu şahadetin vukubulduğu dâva hakkında mahkemeden karar çıkmazdan evvel zuhura gelmiş olmak şartıyla bu babtaki ceza üçte birinden yarısına kadar indirilir.*

*Eğer bu şahadet bir şahsın tevkifini yahut hakkında fahiş bir zararı mucip olmuşsa cürüm failinin göreceği ceza bu maddenin birinci kısmında yazılı hallerde üçte bir ve ikinci kısmında yazılı olan hallerde altıda bir derecesinde azaltılır” denilmekteydi.*

zenlenmişti. Gerçeğe aykırı bilirkişilik ve tercümanlık ise 290'ıncı maddede<sup>7</sup> düzenlenmiş ve bu suç yalan tanıklık suçunun yaptırımına bağlı kılınmıştı. 291'inci maddede ise “yalancı tanık, bilirkişi veya tercüman tedariki” ayrı bir suç olarak öngörülmüştü<sup>8</sup>. Ayrıca 292'nci maddede “cezaı azaltan sebep”<sup>9</sup> ve 293'üncü maddede “tedarik fiilinin cezasını azaltan hal” düzenlenmişti<sup>10</sup>.

### 3- Benzer Suçlarla Karşılaştırma

#### A-Yalan Yere Yemin Suçu (TCK. m.275) ve Yalan Tanıklık

Yalan yere yemin suçu, şekli gerçeklikle yetinen medeni yargılamada, failin bir davanın konusunu oluşturan maddi bir vakianın sübutuna vasıta oluşturan yeminin yalan yere icrasıyla meydana gelmektedir. Yeminin, medeni yargılamada belirli şekil şartlarına bağlı olarak yapılması zorunlu oldu-

<sup>7</sup> Maddede; “Geçen maddeler ahkâmı, Adliye huzuruna davet olunarak hakikata muğayir rey ve malûmat veren ehlihibre ile ifadeleri hakikate muğayir surette beyan ve tercüme eden tercümanlar hakkında dahi tatbik olunur.

Ehlihibre hakkında muvakkaten hidematı âmmeden memnuiyet cezası meslek ve sanatın tatili cezasını dahi şâmil olabilir” denilmektedir.

<sup>8</sup> Maddede; “Bir kimse 286 ncı maddede yazılı olan cürmü işletmek için para vermek veya sair menfaat göstermek veya vait ve teşvik veya tehdit veya hile ve desise ile veya nüfuz kullanmak suretiyle şahit veya ehlihibre veyahut tercüman tedarik ederek yalan şahadeti işletmiş ve hilâfi vâki rey beyan ve tercümanlık ifa ettirmiş ise 286 ncı maddenin birinci fıkrasında muayyen olan hallerde bir aydan bir seneye kadar, ikinci fıkrasındaki hallerde üç seneden beş seneye kadar hapis, üçüncü fıkrasında yazılı hususatta on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. Yalancı şahid ve o makuleden ehlihibre ve tercüman tedarik eden kimsenin onlara mükâfaten verdiği şeyler müsadere olunur.

Bir kimse bu suretlerle şahit veya ehlihibre yahut tercüman tedarikine yalnız teşebbüs etmiş bulunursa geçen fıkralarda yazılı olan cezalar üçte bire indirilir” denilmektedir.

<sup>9</sup> Maddede; “Yukarıdaki maddede yazılı olan cürmün faili bizzat maznunualeyh yahut yakın akrabasından biri olduğu halde, diğer bir şahsı takibata veya mahkûmiyete maruz kılmamış olmak şartıyla, mezkur maddede tâyin olunan cezalar yarısından üçte ikisine kadar indirilir” denilmektedir.

<sup>10</sup> 293 üncü maddede; “289 uncu maddede yazılı olan suret ve zamanlarda yalan şahidler şahadetlerinden ve ehlihibre ve tercümanlar dahi hilâfi hakikat olan rey ve tercümelelerinden rücu ettikleri takdirde bunları tedarik edenler hakkında, 291 inci maddede muayyen cezalar altıda birinden üçte birine kadar indirilir” denilmektedir.

ğundan, yeminin herhangi bir şekilde yapılması bu suçu oluşturmaz. Yalan yere yeminin ihmali yapılması fiilen mümkün olmadığından, suç yalnızca icrai hareketle işlenebilir. Ayrıca bu suçu oluşturan fiil ani niteliktedir ve fiilden bağımsız bir netice aranmadığından sırf hareket suçudur.

Yalan tanıklık suçunda ise, ister bir hukuk davası ister bir ceza davası olsun, herhangi bir şekilde gerçeğe aykırı tanıklık yapılması cezalandırılmıştır. Bu yönüyle suç serbest hareketlidir. Suçun ihmali olarak işlenmesi de mümkündür. Benzer şekilde, bu suçu oluşturan fiil de ani niteliktedir ve fiilden bağımsız bir netice aranmadığından sırf hareket suçudur<sup>11</sup>.

Yalan yere yemin suçu, yalnızca hukuk davalarında, davacı ve davalı konumunda bulunan kişilerce işlenebilir. Yalan tanıklık suçu ise, bir hukuk ya da ceza davasında veya hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan soruşturmada tanık sıfatını taşıyan kimselerce işlenebilir. Dolayısıyla, her iki suç da özgü suç niteliğindedir<sup>12</sup>.

Her iki suçta da etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür.

### **B- Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik veya Tercümanlık Suçu (TCK. m.276) ve Yalan Tanıklık**

Bilirkişilik ve tercümanlık, tanıklık gibi, yargılamaya yardımcı olan kurumlardır. Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık suçunda fail, madde- nin 1'inci fıkrası yönünden bilirkişi, 2'nci fıkrası yönünden ise tercüman olabilir. Yalan tanıklık suçu ise, yalnızca tanık tarafından işlenebilir. Her iki suç tipi de özgü suç olması itibariyle benzerlik arz etmekte ise de, suçun failleri bakımından farklılık taşırlar<sup>13</sup>. Ayrıca yalan tanıklık suçunda - doğrudan tek başına işlenebilen bir suç<sup>14</sup> olması itibariyle- müşterek faillik

<sup>11</sup> Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, Ankara 2010, s.8050; Ünver, Yener, Adliye Karşı Suçlar, Ankara 2010, s.190 vd.; Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliye İlişkin Suçlar, Ankara 2006, s.293 vd.

<sup>12</sup> Farklı görüş için bkz. Ünver, s.189.

<sup>13</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.7972 vd.; Ünver, s.202 vd.; Meran, s.297 vd.

<sup>14</sup> Tek başına işlenebilen suç kavramı için bkz. Artuk, Mehmet Emin-Gökcan, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2011, s.297; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012,



söz konusu olamaz. Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık suçunda ise böyle bir özellik bulunmadığından, özel faillik sıfatını haiz kimselerin suça müşterek fail olarak katılabilmesi mümkündür.

Yalan tanıklık suçunda, “gerçeğe aykırı tanıklık yapma” cezalandırılmıştır. Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık suçunda ise birinci fıkra yönünden “gerçeğe aykırı mütalaada bulunma”, ikinci fıkra yönünden ifade veya belgeleri “gerçeğe aykırı olarak tercüme etme” fiilleri cezai yaptırım altına alınmıştır<sup>15</sup>. Her iki suç tipi de sırf hareket suçudur.

Yalan tanıklık suçunda, şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler ile etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüşken, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık suçu yönünden bu hükümlere yer verilmemiştir.

### C- İftira Suçu (TCK.m.267) ve Yalan Tanıklık

İftira, yalan tanıklıktan farklıdır. İftira suçunda fail, yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için, bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmektedir. Yalan tanıklık suçunda ise, doğrudan bir kimseye suç isnadının yapılması şart değildir<sup>16</sup>. Tanıklık sırasında fail gerçeğe aykırı beyanlarının yanında, işlemediğini bildiği halde masum bir kimseye suç isnadında

---

s.105; Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011, s.166, par.246.

<sup>15</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.7972 vd.; Ünver, s.203 vd.; Meran, s.298.

<sup>16</sup> “Sanığın H.İ.A.’nın sanık olarak yargılandığı Akçakale Asliye Ceza Mahkemesinin (2004/126 E., 2004/141 karar sayılı dosya) 06.05.2004 günlü oturumunda, anılan davanın hazırlık soruşturması sırasında tanık olarak verdiği yalan anlatımından rücu ettiğinin anlaşılması karşısında, eylemin yalan tanıklık suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan ve tanık olarak dinlendiği sırada söylenen ve resmi makamlara yakınma niteliğinde bulunmayan sözlerin iftira suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması” (Yarg. 4.CD., 19.06.2006, 1001/12551). Karar için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, (Güncellenmiş Baskı), s.7954.

bulunursa, iftira suçu da oluşacaktır. Bu halde, farklı neviden fikri içtima (TCK.m.44) kuralları çerçevesinde sonuca ulaşılmalıdır<sup>17</sup>.

İftira suçu, suçun faili yönünden bir özellik arz etmez. Yalan tanıklık suçunun faili ise yalnızca tanık olabileceğinden, bu suç özgü suç niteliğindedir<sup>18</sup>.

İftira suçu kasten işlenebilen bir suç olup, suçun oluşumu için ayrıca, mağdur hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılması ya da idari bir yaptırım uygulanmasının sağlanması maksadıyla hareket edilmesi gerekir. Yalan tanıklık suçunda ise kasten hareket etmek yeterli olup, failin belirli bir saikle hareket etmesi aranmamıştır<sup>19</sup>.

Her iki suç açısından da kanun koyucu, etkin pişmanlık hükümleri öngörmüştür.

#### **D- Suçluyu Kayırma Suçu (TCK.m.283) ve Yalan Tanıklık**

Suçluyu kayırma suçunda, kayırmanın konusunu oluşturan fiilin suç olması gerekir. Yalan tanıklık suçunda ise hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan soruşturmanın varlığı arandığından, tanıklığın yapıldığı fiilin, adli, idari ya da disiplin yaptırımı gerektiren bir fiil olması arasında fark yoktur. Ayrıca, 272'nci maddenin 2'nci fıkrasında yalan tanıklığın mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinletmeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde yapılması da cezalandırıldığından, hukuk davalarında bu suçun işlenebilmesi mümkündür<sup>20</sup>.

Suçluyu kayırma suçunda cezalandırılan fiil, suç işleyen bir kimseye, onun, araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için “*imkân sağlanması*”dır. Failin, bu amaçlarla hareket edip, tanık sıfatıyla

<sup>17</sup> Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011, s.945 vd.; Yaşar-Gökçen-Artuç, s.8050; Ünver, s.46 vd.; Meran, s.234 vd.

<sup>18</sup> Yalan tanıklık suçu, tek başına işlenebilen bir suçtur. Bu itibarla, bu suçta müşterek fail olarak iştirak mümkün değildir. Buna karşılık iftira suçu yönünden böyle bir özellik yoktur. İftira suçuna iştirakin her şekli mümkündür.

<sup>19</sup> Ünver, s.77.

<sup>20</sup> Meran, s.344.

dinlendiği bir aşamada “gerçeğe aykırı tanıklık” yapması, yalan tanıklık suçuna vücut verir. Her iki suç tipi de, sırf hareket suçu niteliğindedir<sup>21</sup>.

Suçluyu kayırma suçunun faili herhangi bir kimse olabilir. Yalan tanıklık suçu ise yalnızca tanık tarafından işlenebileceğinden, özgü suç niteliğindedir<sup>22</sup>. Her iki suç yönünden, şahsi cezasızlık sebepleri öngörülmüştür.

Suçluyu kayırma suçu kasten işlenebilir. Kanun koyucu 283’üncü maddede, failin belirli bir saikle (özel kastla) hareket etmesini aramıştır. Buna göre, suçluya imkân sağlama fiili, suçlunun araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması saikiyle yapılmalıdır. Yalan tanıklık suçunda ise, kasten gerçeğe aykırı tanıklık yapılması yeterli olup, ayrıca bir saikle hareket edilmesi aranmamıştır<sup>23</sup>.

Suçluyu kayırma suçunda etkin pişmanlık öngörülmemiş olup, yalan tanıklık suçu yönünden, 274’üncü maddede etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür.

#### **E- Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu (TCK.m.281) ve Yalan Tanıklık**

Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda fiil, gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, “bir suçun delillerini yok etmek, silmek, gizlemek, değiştirmek veya bozmak”tır. Kişi, kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak bu fiilleri işlerse cezalandırılmaz. Kişi, kendi işlediği ya da işlenişine iştirak ettiği suçun ortaya çıkmaması için yalan tanık tedarik ederse bu takdirde yalan tanıklık suçuna azmettirmeden sorumlu tutulur. Tedarik fiili, tanığın tehdit edilmesi veya cebir uygulanması suretiyle gerçekleştirilirse, fail bu suçların yanı sıra yalan tanıklık suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulur<sup>24</sup>.

Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu kasten işlenebilir. Ayrıca failin, maddede belirtilen fiilleri gerçeğin meydana çıkmasını

<sup>21</sup> Ünver, s.317 vd.; Meran, s.345 vd.

<sup>22</sup> Ünver, s.315.

<sup>23</sup> Meran, s.347.

<sup>24</sup> Ünver, s.285 vd.; Yaşar-Gökcan-Artuç, s.8050; Meran, s.327 vd.

engellemek amacıyla yapması gerekir. Yalan tanıklık suçunda ise kasten hareket etmek yeterli olup, kanun koyucu ayrıca failin belirli bir saikle hareket etmesini aramamıştır<sup>25</sup>.

Her iki suçta da, etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür.

#### 4- Suçla Korunan Hukuki Değer

Yalan tanıklığın suç olarak düzenlenmesi ile esas itibariyle adalete, adliyeyle ilişkin değerler koruma altına alınmıştır. Yalan tanıklıkta bulunulması maddi gerçeğin ortaya çıkarılamaması tehlikesine yol açabilir ve dolayısıyla adaletin yanlış gerçekleşmesine sebebiyet verebilir. Bu itibarla, yalan tanıklık suçu ile adliyenin yanlış yola sevk edilerek adli mercilerin yanıltılması önlenmek istenmiş ve bu suretle yargılamanın işleyişinin dürüstlüğü koruma altına alınmıştır<sup>26</sup>. Belirtilmelidir ki, gerçeğe aykırı tanıklık ile bireylerin bir suç isnadı altında kalması da söz konusu olabilir. Bu bakımdan, suç tipinin ihdası ile bireylerin masum sayılma haklarının da koruma altına alındığı söylenebilir<sup>27</sup>. Nitekim kanun koyucu, 272'nci maddenin 4 ila 8'inci maddelerinde, aleyhine yalan tanıklıkta bulunulan kişiler hakkında, bazı koruma tedbirleri veya yaptırımların uygulanması yönünden daha ağır cezalar öngörmüştür.

#### 5- Suçun Unsurları

##### A- Maddi Unsurlar

##### a- Fiil

TCK.'nın 272'nci maddesindeki suçta yasaklanan fiil, "*gerçeğe aykırı tanıklık yapmak*"tır. Gerçeğe aykırı tanıklık, yalan söylemek veya tanıklığın konusunu oluşturan hususlar hakkında bilgiyi bilerek kısmen veya tamamen saklamak, gizlemek, gerçeğe uygun beyanlara gerçeğe aykırı hususlar ekle-

<sup>25</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.8053; Ünver, s.290 vd.; Meran, s.348.

<sup>26</sup> Ünver, s.146, 147; Meran, s.271.

<sup>27</sup> Masumiyet karinesine göre, kişi, suçluluğu bir yargı kararıyla sabit oluncaya kadar masum sayılır. Bkz. Ünver, Yener-Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, Ankara 2012, s.28.

mek şeklinde yapılabilir<sup>28</sup>. Yalan söylemek deyimi, tabii olarak gerçeği inkar etmeyi de kapsar<sup>29</sup>.

Gerçeğe aykırı tanıklığın ne şekilde yapıldığının önemi yoktur. Olguların gerçeğe aykırı olarak anlatılması, kısmen veya tamamen gizlenmesi, saklanması her ne şekilde olursa olsun suç oluşturur. Bu itibarla, suç serbest hareketlidir.

Suçun oluşumu için, gerçeğe aykırı tanıklığın, tanıklık yapılan olgu ve olaylara ilişkin olması gerekir<sup>30</sup>. Tanıklıkta bulunulan olaya ilişkin olarak doğru beyanda bulunan fakat olguların dışında kalan konularda yalan beyanda bulunan kimse, diğer şartları da gerçekleşmiş ise, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan (TCK.m.206) sorumlu tutulur<sup>31</sup>. Örneğin tanığın, kimliğine ilişkin olarak yalan beyanda bulunması halinde, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu oluşur.

---

<sup>28</sup> **Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s.241; **Savaş, Vural-Mollamahmutoglu**, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, Ankara 1998, s.2989; **Meran, Necati**, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, s.1324; “Yalan söyleyen veya hakikati inkar yahut isticvap olunduğu hususat hakkında malumatını az veya çok ketmeyleyen ifadesinde yer alan inkar etmek ve ketmeylemek fiilleri, yalanın dışında yeni bir hale işaret etmemekte, suçun ne olduğuna dair herhangi bir tereddüdü önlemek için, yalan beyanın ne olduğuna açıklık getirmektedir. Yalan söylemek ve gerçeği inkar etmek veya bilgisini saklamak suretiyle gerçeğe aykırı beyanda bulunmak halleri, yalancı tanıklık suçunu oluşturur. Sanığın tanıklık ettiği olaylara ilişkin tarih konusunda tahmine dayanan beyanın aleyhe yorumlanması doğru değildir” (Yarg. CGK., 17.03.1980, 4-74/103). Karar için bkz. YKD, C.6, S.8, Ağustos 1980, s.1151. Ayrıca bkz. **Savaş-Mollamahmutoglu**, s.2989; “Tanıklar bakımından suçun oluşabilmesi için, tanıklık yaptıkları sırada a) yalan söylemek, b) gerçeği inkar etmek, c) dinlendiği husus hakkında bilgisini az veya çok saklamak, hususlarının gerçekleşmiş olması ve genel kastın bulunması gerekir” Yarg. CGK., 13.05.1991, 4-119/153). Karar için bkz. **Savaş-Mollamahmutoglu**, s.3001; “Dikkatsizlik, zihni meşguliyet, unutmaya ve buna benzer nedenlerle sanığın şahadetinin diğer şahadetlere uymayabileceği doğaldır” (Yarg. CGK., 16.04.1994, 4-392/145). Karar için bkz. **Savaş-Mollamahmutoglu**, s.3001.

<sup>29</sup> Bkz. Madde gerekçesi. 272’inci maddenin gerekçesinde; “Suçun maddî unsuru yalan söylemek veya tanıklığın konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilgiyi, bilerek, kısmen veya tamamen saklamaktır. Yalan söylemek deyimi, tabii olarak gerçeği inkar etmeyi de kapsamaktadır. Tanık, tanıklığının konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilgisini veya gördüğünü tam olarak açıklamakla yükümlüdür” denilmektedir.

<sup>30</sup> **Feyzioğlu**, s.243; **Savaş-Mollamahmutoglu**, s.2990; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.7936.

<sup>31</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.1017.

Alman CK.'da, yalan tanıklık suçunun taksirle işleniş şekli de düzenlendiğinden (Alman CK. §163)<sup>32</sup>, doktrininde beyanın gerçekliği konusunda objektif ve sübjektif teorilere yer verilmiştir. Objektif teoriye (*objektive Aussagetheorie*) göre, tanığın beyanı objektif olarak gerçekle bağdaşmıyorsa, bu beyan yalan beyan olarak nitelendirilir. Burada failin, beyanının objektif gerçeklikle uyuşmadığını bilerek hareket edip etmemesi önemli değildir. Tanığın beyanı, objektif gerçeklikle uyuşmuyorsa, suçun maddi unsurlarının gerçekleştiği kabul edilir. Ancak, gerçeğe aykırılığın bilinip bilinmemesi, hata hükümlerince sonuca ulaşılmasını gerektirir. Taksirli sorumluluk hali de saklıdır (Alman CK. §163)<sup>33</sup>.

Sübjektif teori ise kendi içerisinde katı sübjektif teori (*strengen subjektiven Theorie*) ve yükümlülük teorisi (*Pflichttheorie*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Katı sübjektif teoriye göre, fail ancak beyanının gerçeğe aykırı olduğunu biliyorsa cezalandırılır (Alman CK. §153). Bu teoriye göre, fail, beyanının gerçeğe uygun olduğunu düşünüyorsa, gerçeğe aykırı beyanı, yalan olarak nitelendirilemez. Bu halde, suçun maddi unsurlarının oluşmadığı kabul edilir. Yükümlülük teorisine göre ise, fail beyanının gerçeğe aykırı olduğunu biliyorsa, kasten işlenen yalan tanıklık suçundan cezalandırılır<sup>34</sup>. Buna karşılık failin, beyanda bulunduğu olguların gerçeğe uygunluğunu bilme konusunda bir yükümlülüğü mevcut ise, kasten yalan tanıklığın cezalandırıldığı §154'ün maddi unsurları gerçekleşecek<sup>35</sup>, fakat taksirle gerçeğe aykırı beyanda bulunma fiilinden dolayı, §163 hükümleri uygulanacaktır (Alman CK. §15, §163).

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına etki eden her türlü olgunun gerçeğe aykırı şekilde anlatılması, açıklanması bu suça vücut verir. Yargıtay 4.

<sup>32</sup> Alman CK.'nın "Taksirle işlenen yalan yere yemin suçu; taksirle işlenen yemin yerine geçen gerçek dışı teminde bulunma suçu başlıklı 163 üncü maddesinde; "(1) 154 ila 156 ncı maddelerde tanımlanmış olan fiiller taksirle işlenirse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Fail gerçek dışı beyanı vaktinde düzeltirse, ceza verilmez. 158 inci maddenin 2 nci ve 3 üncü fıkraları kıyasen uygulanır" hükmüne yer verilmiştir. Bkz. **Yenisey-Plagemann**, s.233.

<sup>33</sup> **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf**, § 47 no.36; **Krey-Heinrich**, § 8 no.552.

<sup>34</sup> **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf**, § 47 no.36.

<sup>35</sup> **Schönke-Schröder-Cramer**, s.1453, no:2.

Ceza Dairesi'nin 17.10.2006 tarih ve 2004/16589 Esas, 2006/15260 Karar sayılı kararında, “*sanığın iki ayrı hukuk davasında aynı taşınmaza ilişkin yemini beyanlarında, taşınmaz malikinin kimliği hakkında farklı bilgiler vermek biçimindeki eyleminin*” yalan tanıklık suçunu oluşturacağına hükmedilmiştir<sup>36</sup>.

Olgulara ilişkin olup da, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına etki etmeyen, diğer bir ifadeyle adliyiye yanlış yola sevk edici bir nitelik arz etmeyen beyanlar yönünden, yalan tanıklık suçunun oluşmayacağı kabul edilmelidir<sup>37</sup>. Zira, bu halde, fiil, korunan hukuki değeri tehlikeye uğratmaya elverişli değildir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin, 22.12.1992 tarih, 7311/8314 sayılı kararında; “*sanığın yasak silah taşıma cürmünde tanık olarak dinlenilmesinin gerekli olmadığı ve bilgisini gizlemesinin de hükmü etkileyecek nitelikte ve suçla korunan varlığa/değere zarar vermeye ya da onları tehlikeye düşürmeye elverişli ve dolayısıyla suçun ihlal edici boyutunun bulunmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi*” bozma nedeni sayılmıştır<sup>38</sup>.

Suç, ifadelerin, sorgunun bitmesiyle tamamlanır<sup>39</sup>. Burada, beyanların tamamının hukuki anlamda tek hareket olduğu kabul edilmelidir.

Suçun fiil unsuru içinde değerlendirilmesi gereken tanıklığa ilişkin bir kısım özel durumların suça etkisini burada incelemenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Özellikle tanık dinlemeye yetkili mercilerin tespiti, tanığın usulüne uygun çağırılması, tanıklık yapma zorunluluğu, tanıklıktan çekinme,

---

<sup>36</sup> Karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, (Güncellenmiş Baskı), s.7954; “Sanığın, boşanma davasındaki ifadesinde bir süre tarafların yanlarında kaldığını ve davalının davacıya yönelik sövme içeren sözleri söylediğini bizzat duyduğunu açıkça belirttiği halde, hakkında açılan ceza soruşturması nedeniyle savcılıkta ve mahkemedeki savunmalarında aslında evlendikten sonra tarafları hiç görmediğini, avukatın yönlendirmesiyle bu şekilde ifade verdiğini belirtmesi karşısında eyleminin 765 sayılı TCY.’nin 286 ve 5237 sayılı TCK.’nin 272. Maddelerine temas etmesi karşısında...” (Yarg. 4. CD., 28.06.2006, 2005/4163, 2006/13178). Karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, (Güncellenmiş Baskı), s.7953.

<sup>37</sup> **Feyzioğlu**, s.243; **Savaş-Mollamahmutoğlu**, s.2990.

<sup>38</sup> **İsmail, Malkoç-Güler, Mahmut**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C.II, Ankara, s.2300.

<sup>39</sup> **Wessels-Hettinger**, § 17 no.751.

tanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü, tanığa yemin verdirilmesi gibi hususlar, suçun maddi unsurlarının değerlendirilmesinde, üzerinde durulması gereken konulardır. Aşağıda bu hususlara yer vereceğiz:

**aa- Tanık Dinlemeye Yetkili Merciler**

Gerçeğe aykırı tanıklığın, tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde yapılması gerekir. Yemin ettirerek tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı tanıklık yapılması, 272'nci maddenin 2'nci fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Buna göre ceza soruşturma ve kovuşturmalarında tanıklık yapılabileceği gibi, medeni muhakemede, idari ya da disiplin soruşturmalarında da tanıklığın yapılması mümkündür<sup>40</sup>. Bu kapsamda, 4483 sayılı Kanuna göre ön soruşturma yapmakla görevlendirilen kişiler, idari yaptırım gerektiren fiilleri soruşturan ve tanık dinlemeye yetkili kılınmış kişiler, disiplin soruşturması yapmakla görevlendirilenler, tahkim hükümleri gereği hakemler önünde yapılan yalan tanıklıklar birinci fıkraya göre cezalandırılacaktır<sup>41</sup>.

Mevzuatımızda, polisin tanık dinleme yetkisi öngörülmediğinden, soruşturmanın kolluk tarafından yürütülen aşamalarında, "ifade sahibi" sıfatıyla bilgisine başvuru olan kişinin gerçeğe aykırı beyanları, bu suçu oluşturmaz. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 24.06.2009 tarih, 2009/16212 Esas, 2009/12656 Karar sayılı kararında; "(...) Adli görevleri nedeniyle kolluk görevlilerinin olayla ilgili görgüsü olan kişileri "ifade sahibi" sıfatıyla dinlemeleri, onlara "tanık" sıfatını vermemekte ve yasadaki tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmemektedir. Dolayısıyla doktrinde de (...) belirtildiği üzere kolluğun "tanık dinleme" yetkisi bulunmamaktadır (...) ceza soruşturmasında 5271 sayılı CYY. hükümleri uyarınca kolluğun tanık dinleme yetkisinin bulunmaması ve incelenen dosyada hükümlünün kollukta verdiği ifadeye dayalı olarak kamu davasının açılması karşısında, suçun oluşmadığı gözetilerek beraat hükmü kurulması yerine, hükümlülüğe karar verilmesi" bozma nedeni sayılmıştır<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Özel Hükümler, s.1017.

<sup>41</sup> Yaşar-Gökçen-Artuç, s.7939.

<sup>42</sup> Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.



### **bb- Tanığın Usulüne Uygun Çağırılması ve Dinlenmesi**

CMK.'nın 43'üncü maddesi uyarınca, tanıklar çağrı kağıdı ile çağrılır. Çağrı kâğıdında gelmemenin sonuçları bildirilir. Tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirme kararı verilebilir. Karar yazısında bu yoldan getirilmenin nedenleri gösterilir ve bunlara çağrı kâğıdı ile gelen tanıklar hakkındaki işlem uygulanır<sup>43</sup>.

Tanığın çağırılması, telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak, çağrı kağıdına bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz (CMK.m.43/2).

Gerçeğe aykırı tanıklık, gerçeğin inkar edilmesi, gerçeğin kısmen veya gizlenilmesini kapsar. Tanığın usulüne uygun olarak çağırılmaması ya da usulüne uygun beyanının alınmaması hallerinde yapmış olduğu yalan tanıklıkların suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2002/5840 Esas, 2002/7908 Karar sayılı ve 06.05.2002 tarihli kararında; “*sanık olan Elbeti'ne yükletilen suça sanığın da katılması nedeniyle CYY.'nin 50. maddesi uyarınca tanıklık etmeden ve ant içmeden çekinme hakkı bulunmasına karşın, Yasaya göre gerekli uyarılar yapılmadan dinlendiğinin anlaşılması karşısında, CYY.'nda öngörülen yöneme göre dinlenmeyen sanığa yükletilen yalan tanıklık suçunun ön koşullarının oluşmadığının gözetilmemesi*”ni yasaya aykırı bulmuştur. Bu kararda Yargıtay, tanığın usulüne uygun olarak dinlenmesini, yalan tanıklık suçunun ön koşulu olarak kabul etmiştir.

Doktrinde, tanığın usulüne uygun olarak çağırılmasının, suçun maddi unsurlarına etki eden bir durum olmadığı, bu durumun, soruşturmaya gelmeyen tanığa tanıklık ödevini yerine getirmemesinden dolayı CMK.'da öngörü-

<sup>43</sup> Tanıkların çağırılmasına ilişkin olarak bkz. **Centel, Nur-Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012, s.225, 226; **Özbek, Veli Özer-Kanbur, Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011, s.589 vd.; **Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan, Esra**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s.268 vd.; **Çolak, Haluk-Taşkın, Mustafa**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s.210 vd.; **Şahin, Cumhuri**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s.165 vd.

len yaptırımların uygulanabilmesinin ön şartını oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>44</sup>. Diğer taraftan, usulüne uygun olarak çağırılmış olsa da, tanığın beyanının alınmasından önce, tanık dinlemeye ilişkin gerekli usulü işlemler yapılmadan<sup>45</sup> tanık olarak dinlenen ve gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişinin fiilinin, bu suçu oluşturup oluşturmayacağı da suça tartışmalıdır.

Kanaatimizce, tanığın usulüne uygun olarak çağırılmaması ve/veya dinlenilmemesi, tanıklık sıfatının hukuken kazanılmasını engellemektedir. Usulü eksiklik ve yanlışlıklara rağmen, tanık olarak ifade veren kişi, her halde doğruyu söylemekle yükümlüdür. Usule uygun şekilde çağırılmayan ve dinlenilmeyen kişinin, gerçeğe aykırı tanıklık yapması, fiilin haksızlık niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu itibarla, usulüne uygun olarak çağırılmamasına ya da usulüne uygun dinlenilmemesine rağmen, duruşmaya gelerek tanıklık yapan ve olgulara ilişkin yalan beyanda bulunan kimsenin fiilinin yalan tanıklık suçunu oluşturacağı belirtilmelidir. Ancak suç ve ceza politikası gereği, 273'üncü maddede, tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapılması, şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebep olarak öngörülmüştür.

#### *cc- Tanıklık Yapma Zorunluluğu ve Tanıklıktan Çekinme*

Ceza muhakemesinde tanıklığın yapılması zorunludur. Tanıklık, kamusal bir görevdir<sup>46</sup>. Bu nedenle, CMK.'nın 44'üncü maddesinde, usulüne uygun olarak çağırılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıkların zorla getirilmesi ve gelmemelerinin sebep olduğu giderlerin takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettirilmesi<sup>47</sup> öngörülmüştür<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Benzer görüş için bkz. **Savaş-Mollamahmutoglu**, s.2988; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.1019.

<sup>45</sup> **Centel-Zafer**, s.236-237.

<sup>46</sup> **Centel-Zafer**, s.224.

<sup>47</sup> Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır. Bkz. **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.592 vd.; **Çolak-Şahin**, s.215 vd.; **Şahin**, 166 vd.; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan**, s.280 vd.

<sup>48</sup> Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi

Benzer bir yükümlülük 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK.) 245'inci maddesinde öngörülmüştür. Buna göre, kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere, tanıklık için çağrılan herkes gelmek zorundadır. Usulüne uygun olarak çağrıldığı halde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur. Zorla getirilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır.

Tanıklık yapma zorunluluğunun istisnasını tanıklıktan çekinme oluşturmaktadır. Tanıklıktan çekinme, nişanlılık, evlilik, akrabalık ilişkileri ve meslek nedenleriyle ortaya çıkmaktadır<sup>49</sup>. Buna göre:

Cumhurbaşkanı kendi takdiri ile tanıklıktan çekinebilir. Tanıklık yapmayı istemesi halinde beyanı konutunda alınabilir ya da yazılı olarak gönderilir (CMK.m.43/4).

Şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar, tanıklıktan çekinebilir (CMK.m.45/1).

Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler nedeniyle, ilgilinin rızası bulunsa dahi tanıklıktan çekinebilirler. Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler ile mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgilerden dolayı (ilgilinin rızasının bulunması istisna olmak üzere) tanıklıktan çekinebilirler (CMK.m.46).

---

için dava hakkında hüküm verilmeye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır. Bu tedbirleri almaya naip hakim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi yetkilidir. Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez (CMK.m.60).

<sup>49</sup> Centel-Zafer, s.229, 230.

Tanık, kendisini veya CMK. madde 45/1’de gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir (CMK.m.47).

Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kişiler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler (CMK.m.45/3).

İfade etmeliyiz ki, CMK.’da öngörülen bu haller, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimselere yalan tanıklıkta bulunma hakkını bahşetmez. Kanunda öngörülen bu haller, kişinin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, bazı mesleklerin getirdiği saygınlığın korunması, mesleki sırların açıklanmaması gibi bir kısım ilke ve gayeler nazara alınarak, tanıklıktan çekinme halleri arasında düzenlenmiştir. Ancak, bu hallerden istifade edilmeyip de, tanıklık görevi icra ediliyorsa, tanığın gerçeği anlatma yükümlülüğü ortadan kalmaz. Kanun koyucu, bu kimselere yalan tanıklık suçunu işleme konusunda bir ayrıcalık tanımamıştır.

#### ***dd- Tanığın Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü***

Tanık, tanıklık ettiği olgulara ilişkin olarak doğruyu söylemekle yükümlüdür<sup>50</sup>. Nitekim 5271 sayılı CMK.’nın 53’üncü maddesi uyarınca, tanığa dinlenmeden önce, gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylememesi halinde *yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı*, doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği hususları anlatılır.

Bu yükümlülüğün bir benzeri, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK.) 256’ncı maddesinde de yer almaktadır. Buna göre tanığa, gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylememesi hâlinde *yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı*, doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği ve gerekirse diğer tanıklarla yüzleştirilebileceği anlatılır.

<sup>50</sup> **Yücel, Mustafa Tören**, Ceza Adaletinde Tanık, TBBD, S.:1, Y.:1994, , s.100; **Centel-Zafer**, s.227.

Görüldüğü üzere, gerek ceza muhakemesinde gerekse medeni muhakemede, tanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmakta olup, tanığa, bu yükümlülüğün ihlali halinde yalan tanıklık suçundan cezalandırılacağı açıkça belirtilmektedir. Bu itibarla, 272'nci maddede düzenlenen suç, esas itibariyle bu yükümlülüğün ihlali neticesinde ortaya çıkmaktadır.

1982 Anayasası'nın 38/5'inci maddesinde; *"hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"* denilmektedir. Bu çerçevede tanıklık yapmaktan sakınan tanığa, beyanda bulunması için yasak ifade ve sorgu yöntemleri uygulanamaz<sup>51</sup>. Tanıklıktan sebepsiz kaçınma dolayısıyla disiplin hapsine karar verilebilir (CMK.m.60).

Tanığa, doğruyu söyleme yükümlülüğünün hatırlatılması, suçun oluşumuna etkili değildir. Tanığın, doğruyu söyleme yükümlülüğü altında bulunduğunu veya gerçeğe aykırı beyanlarının yalan tanıklık suçunu oluşturacağını bilmemesi, haksızlık yanığı teşkil etmez. Bu yükümlülüğün hatırlatılmaması halinde de, tanığın gerçeğe aykırı tanıklık yapması, yalan tanıklık suçunu oluşturur<sup>52</sup>.

#### *ee- Tanığa Yemin Verdirilmesi*

Ceza muhakemesinde tanıklar, tanıklıktan önce ayrı ayrı yemin ederler. Gerektiğinde veya bir kimsenin tanık sıfatıyla dinlenilmesinin uygun olup olmadığında tereddüt varsa yemin, tanıklığından sonraya bırakılabilir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcıları da tanıklara yemin verirler (CMK.m.54)<sup>53</sup>.

CMK.'da yemin usulü 55'inci maddede düzenlenmiştir. Buna göre, tanığa verilecek yemin, tanıklıktan önce *"Bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim"* ve 54'üncü maddeye göre tanıklıktan sonra verilmesi hâlinde *"Bildiğimi dosdoğru söylediğime namu-*

<sup>51</sup> Centel-Zafer, s.228.

<sup>52</sup> Erem, Faruk, Yalan Şahadet Suçu, AÜHFD, C.:XI, S.:3-4, 1954, s.46.

<sup>53</sup> Tanığa yemin verdirilmesine ilişkin olarak bkz. Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.280; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.605; Centel-Zafer, s.235; Çolak-Şahin, s.218; Şahin, s.179.

*sum ve vicdanım üzerine yemin ederim*" biçiminde gerçekleşir. Tanık, yüksek sesle tekrar ederek veya okuyarak yemin eder (CMK.m.56/1).

Okuma ve yazma bilen sağır veya dilsizler yemin biçimini yazarak ve imzalarını koyarak yemin ederler. Okuma ve yazma bilmeyen sağır veya dilsizler işaretlerinden anlayan bir tercüman aracılığıyla ve işaretle yemin ederler (CMK.m.56/2).

Yemin ile dinlenen tanığın aynı soruşturma veya kovuşturma evresinde tekrar dinlenmesi gerektiğinde, yeniden yemin verilmeyip önceki yemini hatırlatılmakla yetinilebilir (CMK.m.57).

Yemin verdirilmeyen tanıklar, CMK.'nın 50'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, dinlenme sırasında on beş yaşını doldurmamış olanlar, ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar ve soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlara yemin verdirilmez<sup>54</sup>.

İfade etmeliyiz ki, yalan tanıklık suçunun işlenebilmesi için, tanığa yemin verdirilmesi şart olmayıp, tanığın yemin etmiş olması da gerekmez<sup>55</sup>. Dolayısıyla yemin, suçun unsurlarına ilişkin değildir<sup>56</sup>. Nitekim 272'nci maddenin 1'inci fıkrasında (suçun temel şeklinde) böyle bir şarta yer verilmemiştir. Ancak, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı tanıklık yapılması, 272'nci maddenin 2'nci fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Maddenin 2'nci fıkrasında, gerçeğe aykırı tanıklık yapan tanığın yemin etmiş olması değil, tanığın yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde bu fiili işlemesi, daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

<sup>54</sup> Yemin verdirilmeyen tanıklara ilişkin olarak bkz. **Centel-Zafer**, s.228; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan**, s.280; **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.605; **Çolak-Şahin**, s.218; **Şahin**, s.179.

<sup>55</sup> **Savaş-Mollamahmutoğlu**, s.2989.

<sup>56</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.1016.

765 sayılı yasada, yemin verdirmeye yetkisi olmayan bir makam huzurunda gerçeğe aykırı tanıklık yapılması fiili cezalandırılmamıştı<sup>57</sup>. Buna karşılık, yemin verdirmeye yetkili makam önünde yapılmış olan yeminli ya da yeminsiz gerçeğe aykırı tanıklık, suçun maddi unsurunu oluşturmaktaydı<sup>58</sup>. 765 sayılı yasanın 286'ncı maddesinin son fıkrasında ise, yeminsiz olarak gerçeğe aykırı tanıklık yapılması, daha az cezayı gerektiren bir hal olarak öngörülmüştü.

5237 sayılı TCK.'nin 272'nci maddesine göre ise, beyanda bulunulan makamın yemin verdirmeye yetkili olması gerekmekte, tanık dinlemeye yetkili olması suçun temel şekli bakımından gerekli ve yeterli olmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nun 153'ncü maddesinde, yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık suçu düzenlenmiştir. 153'üncü maddede, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık veya bilirkişi ifadesi almaya yetkili merci önünde, tanık veya bilirkişi sıfatı ile yemin etmeksizin gerçeğe aykırı beyanda bulunulması cezai yaptırım altına alınmıştır<sup>59</sup>. Alman CK.'nin 154'üncü maddesinde ise, yemin altında yalan beyanda bulunulması cezalandırılmıştır. 155'inci maddede ise yemin yerine geçen doğrulama ile önceki yemine veya yemin yerine geçen doğrulamaya dayanmanın, yemin ile eşdeğer olduğu hükmü düzenlenmiş ve böylece 154'üncü maddenin uygulama alanı genişletilmiştir<sup>60</sup>. Alman CK.'nin 157'nci maddesinde ise, henüz yemin etme ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin, yemin etmeksizin gerçeğe aykırı beyanda bulunulması, cezasızlık ya da cezayı kaldıran bir hal olarak düzenlenmiştir<sup>61</sup>.

#### **b- Fail**

Yalan tanıklık suçunun faili, tanık sıfatıyla dinlenen kişidir<sup>62</sup>. Suçun faili olabilmek için tanık sıfatı arandığından, bu suç özgü bir suçtur<sup>63</sup>. Bazı

<sup>57</sup> “Polisin yemin ettirerek tanık dinleme yetkisi bulunmadığına göre sanığın poliste verdiği yalan beyanları nedeniyle yalan tanıklık yapma suçunun oluşmayacağı gözetilmeden, beraati yerine hükümlülüğüne karar verilmesi” (Yarg. 4. CD., 30.01.2002, 2001/17125, 2002/1028). Karar için bkz. UYAP Mevzuat Programı.

<sup>58</sup> Savaş-Mollamahmutoğlu, s.2989.

<sup>59</sup> Bkz. Krey-Heinrich, § 8 no.553, 554; Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf, § 47 no.24, 26.

<sup>60</sup> Krey-Heinrich, § 8 no.556.

<sup>61</sup> Bkz. Yenisey-Plagemann, s.231.

<sup>62</sup> Feyzioğlu, s.238.

suçlar, bizzat harekete geçen kişi tarafından işlenebilir. Bu tür suçlara doktrinde tek başına (bizzat) işlenebilen suçlar (*Eigenhändige Delikte*) denilmektedir<sup>64</sup>. Bizzat işlenebilen suçlar, doğrudan tek bir fail tarafından işlenebileceğinden, bu tür suçlara müşterek fail olarak iştirak mümkün değildir. Tıpkı özgü suçlara iştirakte olduğu gibi, bu suçlara iştirak eden kimseler de azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilir<sup>65</sup>. Yalan tanıklık suçunda da, gerçeğe aykırı tanıklık, bizzat ve sadece tanık sıfatını haiz kimse tarafından yapılabileceğinden, bu suç niteliği itibariyle tek başına işlenebilen bir suçtur<sup>66</sup>. Bu itibarla, yalan tanıklık suçuna iştirak eden kimseler azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulurlar<sup>67</sup>.

Gerek ceza muhakemesinde gerekse medeni muhakemede kural olarak herkes tanık olabilir<sup>68</sup>. Akıl hastaları ve çocukların da, tanıklık ettiği olguları algılama ve bunları aktarabilme yeteneğine sahip oldukları ölçüde tanıklık yapabilmeleri mümkündür<sup>69</sup>. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez (CMK.m.45/2). Medeni muhakemede ise, davaya taraf olmayan herkes tanık olabilir (HMK.m.240/1).

Ceza muhakemesinde, sanığın savunma hakkı, susma hakkı ya da kendisi aleyhine delil vermeme hakkı kapsamında olaya ilişkin gerçeğe aykırı beyanda bulunması mümkündür. Doğaldır ki sanık, kendini savunma refleksi ile hareket ederek, olgulara ilişkin olarak yalan beyanda bulunabilir<sup>70</sup>. Bu

<sup>63</sup> **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf**, § 47 no.15; Aksi görüş için bkz. **Ünver**, s.183.

<sup>64</sup> Tek başına işlenebilen suçlar için bkz. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.297; **Koca-Üzülmüş**, s.105; **Öztürk-Erdem**, s.166, par.246.

<sup>65</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.297.

<sup>66</sup> **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf**, § 47 no.14; **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010, s.949; **Öztürk-Erdem**, s.166, par.246.

<sup>67</sup> **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf**, § 47 no.15, 16.

<sup>68</sup> **Ünver-Hakeri**, s.304.

<sup>69</sup> **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.164.

<sup>70</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.1021.



nedenle sanık, tanık statüsünde olamayacağından<sup>71</sup>, kendisine isnat edilen suçla ilgili gerçeğe aykırı beyanlarının bu suçu oluşturduğu kabul edilemez<sup>72</sup>.

Sanığın aynı davada yargılandıkları diğer bir sanığın fiiliyle ilgili olarak gerçeğe aykırı beyanlarda bulunması da, yalan tanıklık suçunu oluşturmaz<sup>73</sup>. Buna karşılık sanık, diğer bir sanığın işlemediğini bildiği halde, cezalandırılması maksadıyla ona hukuka aykırı bir fiil isnadında bulunuyorsa, bu takdirde iftira suçu (TCK.m.267) gündeme gelebilecektir.

Öte yandan, CMK.'nın 50'inci maddesinde belirtilen, soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanların yeminsiz olarak tanık sıfatıyla dinlendiği hallerde, bu kimselerin beyanı tanık beyanı niteliğinde olacağından, yalan tanıklık suçunun faili olabileceği kabul edilmelidir. Zira, bu halde şüpheli veya sanık, tanığa ilişkin hükümlere tabi olacak ve olaya ilişkin doğruyu söyleme yükümlülüğü altına girecektir. Ancak bu ihtimalde, olgulara ilişkin yapılacak tanıklıktan ötürü, kişinin kendini suçlayabileceği bir durum söz konusu olabilecekse, bu takdirde yapılan gerçeğe aykırı tanıklığın, suçu oluşturmayacağı kabul edilmelidir. Örneğin (A) ve (B)'nin, müşterek fail olarak işledikleri hırsızlık suçundan dolayı yapılan yargılamalarında, (B)'nin tanık sıfatıyla dinlenmesi sırasında, (A)'nın fiiline ilişkin yapacağı tanıklık, kendisi aleyhine bir olgunun açıklanmasına da sebebiyet verebileceğinden, bu halde yapılan gerçeğe aykırı tanıklığın, suçu oluşturmayacağı kabul edilmelidir. Bu husus, şüpheli/sanığın susma hakkı ve kendisi aleyhine delil verememe hakkının bir gereğidir.

Ceza muhakemesinde, suçun mağduru, çoğu zaman olayın en yakın görgü tanığı konumunda olsa da, mağdurun beyanı teknik olarak tanık beyanı olarak nitelendirilemez<sup>74</sup>. Ancak mağdurun, mağdur ya da müşteki sıfatıyla

<sup>71</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.587; Ünver-Hakeri, s.304.

<sup>72</sup> Erem, s.44; Malkoç-Güler, s.2295.

<sup>73</sup> Aksi görüş için bkz. Ünver, s.149.

<sup>74</sup> Aksi görüş için bkz. Ünver, s.149.

la değil de tanık sıfatı ile dinlendiği hallerde, mağdur bakımından tanığa ilişkin hükümler uygulanacağından (CMK.m.236), bu hallerde mağdurun da yalan tanıklık suçunu işleyebileceği belirtilmelidir<sup>75</sup>.

### c- Mağdur

Suçun mağduru toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Bu suçla esas itibarıyla adliyeyle ilişkin değerler koruma altına alındığından, gerçeğe aykırı tanıklıktan dolayı toplumu oluşturan herkes mağdur konumundadır. Ancak gerçeğe aykırı tanıklık yapılması, dar anlamda bireylerin mağdur olmasına da yol açabilir. Kanımızca, 272'nci maddede yer alan ağırlaşmış haller söz konusu olduğunda (örneğin, aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında koruma tedbiri uygulanması) toplumu oluşturan bireylerin yanında, bireyin de mağduriyetinden söz edilmelidir. Bu ihtimalde, örneğin tek bir gerçeğe aykırı tanıklık neticesinde, birden fazla kimsenin mağduriyeti ortaya çıkmışsa, aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır (TCK.m.43/2).

### d- Netice

Kanun koyucu, yalan tanıklık suçunun oluşumu için hareketin yapılmasını yeterli görmüş, hareketten bağımsız bir netice aramamıştır. Bu yönüyle suç “sırf hareket suçu”<sup>76</sup> niteliğindedir.

Gerçeğe aykırı tanıklık ile adli mercilerin yanıltılarak adaletin yanlış yönde gerçekleşmesine sebebiyet verilmesi gerekmez<sup>77</sup>. Suçla herhangi bir zararın meydana gelmesi aranmadığından, bu suçun “soyut tehlike” suçu olduğu ifade edilmelidir<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Farklı görüş için bkz. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.1020.

<sup>76</sup> Sırf hareket suçu, tipiklikte belirtilen hareketin yapılmasıyla gerçekleşen suçlardır. Bu suçlarda, hareketten bağımsız bir netice aranmaz. Kavram için bkz. **Öztürk-Erdem**, s.182, par.285; **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2010.

<sup>77</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.1015.

<sup>78</sup> Soyut tehlike suçlarında icrai veya ihmali hareketin yapılması ile tehlikenin gerçekleştiği kabul edilir. Dolayısıyla soyut tehlike suçlarında, hareket nedeniyle somut bir tehlike meydana gelip gelmediği araştırılmaz. Soyut tehlike suçu için bkz. **Öztürk-Erdem**, s.184, par.290; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.256.

Gerçeğe aykırı tanıklık yapılması, suçun oluşması için yeterli olmasına karşın, bazı hallerin gerçekleşmesi, yalan tanıklığın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak öngörülmüştür. Buna göre, 272'nci maddenin 4 ila 8'inci fıkralarında belirli neticelerin gerçekleşmesi {aleyhine tanıklıkta bulunulan kişiye; gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanması (f.4); gözaltına alınması veya tutuklanması (f.5); ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûm olması (f.6); mahkûm olunan hapis cezasının infazına başlanması (f.7); hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanması (f.8)} daha ağır cezayı gerektirmektedir<sup>79</sup>.

#### **e- Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Haller**

TCK.'nın 272/2'nci maddesinde, yalan tanıklık suçunun işlendiği yere ilişkin olarak nitelikli bir hale yer verilmiştir. Buna göre, suçun mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde işlenmesi halinde, faile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Suçun, adli ya da hukuk davasında yargılamayı gerçekleştiren mahkeme önünde işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hal sayılmıştır. Yemin ettirerek tanık dinlemeye yetkili tabiri ile esas itibarıyla Cumhuriyet Savcısı ve idari soruşturmalarda yetkili kişi ve kurullar kastedilmiştir.

Madde 272/3'te de suçun konusuna ilişkin bir nitelikli unsura yer verilmiştir. Buna göre, yalan tanıklık fiilinin üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun soruşturulması veya kovuşturulması kapsamında gerçekleşmesi daha ağır cezayı gerektirmektedir. Burada yer verilen üç yıllık sürenin tespitinde soyut cezanın üst sınırı esas alınmalıdır<sup>80</sup>.

#### **f- Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller**

TCK.'nın 272'nci maddesinin 4 ila 8 inci fıkralarında, yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilmiştir.

<sup>79</sup> İfade etmeliyiz ki 272 nci maddenin 4-8 fıkralarında düzenlenen ağırlaştırıcı hallerin hukuki niteliği itibarıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olduğu ifade edilmelidir.

<sup>80</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.1021.

TCK.'nın 272'nci maddesinin 4 üncü fıkrasında, “Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi ile ilgili olarak gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla, 272'nci maddenin ilk üç fıkrasına göre verilecek ceza yarı oranında artırılır” denilmektedir.

Buna göre, aleyhinde tanıklıkta bulunulan kişi hakkında gözaltına alma ve tutuklama dışında arama, elkoyma, adli kontrol gibi koruma tedbirlerinin uygulanması halinde, yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla 272'nci maddenin ilk üç fıkrasında göre verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır. Bu ağırlaşan neticeden failin sorumlu tutulabilmesi, aleyhinde tanıklıkta bulunan kişi hakkında beraat ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi ile mümkün olabilir<sup>81</sup>. 272'nci maddenin 4'üncü fıkrasında, yapılan yalan tanıklığın, sözü edilen koruma tedbiri kararlarına ne şekilde etki edeceği hususu belirtilmemiştir.

Kanaatimizce, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların özelliği gereğince, icra edilen fiil ile ağırlaşan netice arasında nedensellik bağlantısı kurulması gerektiğinden<sup>82</sup>, yapılan gerçeğe aykırı tanıklık, söz konusu koruma tedbirlerinin uygulanmasına doğrudan ya da dolaylı bir etkide bulunmuyor ise, fail ağırlaşan neticeden sorumlu tutulmamalıdır<sup>83</sup>.

TCK.'nın 272'nci maddesinin 5'inci fıkrasında, “Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulur” denilmektedir.

---

<sup>81</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.7941.

<sup>82</sup> Bkz. Erem, s.49, 50.

<sup>83</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç'a göre, koruma tedbirlerinin uygulanmasında yalan tanıklığın bir etkisinin bulunup bulunmadığı araştırılmayacaktır. Bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.7941.

TCK.'nın 272'nci maddesinin 4'üncü fıkrasından farklı olarak, 5 inci fıkrada, aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması ya da tutuklanması halinde, yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişinin, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulması öngörülmüştür. Bu halde fail, yalan tanıklık fiilinden ötürü 272'nci maddenin 1 ya da 2'nci fıkrası uyarınca sorumlu tutulacak, ayrıca 272'nci maddede belirtilen koruma tedbirlerinin uygulanması dolayısıyla, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ötürü dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu ağırlaşan netice bakımından da failin sorumlu tutulabilmesi, aleyhinde tanıklıkta bulunan kişi hakkında beraat ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi ile mümkün olacaktır.

TCK.'nın 272'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında; “Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkumiyetine sebep olmuşsa, yalan tanıklık yapan kişi, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezası ile; süreli hapis cezasına mahkumiyetine sebep olmuşsa, mahkum olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir.

Bu halin uygulanabilmesi için, mahkûmiyet ile yalan tanıklık arasında illiyet bağının bulunması gerekir<sup>84</sup>. Ayrıca burada söz edilen mahkûmiyet, kesinleşmiş mahkumiyet olmalıdır.

TCK.'nın 272'nci maddesinin 7'nci fıkrasında; “Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmışsa, faile 272'nci maddenin 6'ncı fıkrasına göre verilecek cezanın yarısı artırılarak verilir” denilmektedir.

Düşüncemize göre, her ne kadar bu fıkrada, 272'nci maddenin 5'nci fıkrasında olduğu üzere, infazın başlaması dolayısıyla, failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ötürü dolaylı fail olarak sorumlu tutulması öngörülmemişse de, mahkumiyet kararının infazının başlamasıyla birlikte kişinin hürriyeti kısıtlanacağından, genel hükümler uyarınca

<sup>84</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Özel Hükümler, s.1022.

(TCK.m.37/1), yalan tanıklık yapan kişinin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ötürü dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

TCK.’nın 272’nci maddesinin 8’inci fıkrasında; “Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; yalan tanıklıkta bulunan kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir.

Buna göre, aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışındaki adli yaptırımlardan adli para cezası ve güvenlik tedbirleri ile idari bir yaptırım uygulanması halinde bu fıkra hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Kanunun 272’nci maddesinde, aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezasına seçenек kurumların uygulanması haline ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Belirtmeliyiz ki, maddede belirtilen ağır neticeler dışında gerçekleşecek diğer neticeler bakımından, daha ağır cezayı gerektiren haller uygulanamayacaktır. Ancak kanaatimizce, aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında örneğin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi gibi hapis cezasına seçenек kurumlara karar verilmesi halleri, 61’inci madde anlamında cezanın bireyselleştirilmesinde nazara alınabilecektir.

Son olarak belirtmeliyiz ki, 272’nci maddede sayılan bu ağır neticelerin gerçekleşmesi durumunda, ağır neticelere maruz kalan kişiler suçun doğrudan mağduru konumundadır. Tek bir gerçeğe aykırı tanıklık neticesinde, birden fazla kişinin yukarıda sayılan ağır neticelere maruz kalması durumunda, zincirleme suçla ilişkin hükümler tatbik edilmelidir (TCK.m.43/2).

## **B- Manevi Unsurlar**

Yalan tanıklık suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suç doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir<sup>85</sup>. Esasında “*yalan*” denildiğinde, bir şeyin “*kasten*” olduğundan farklı gösterilmesi ya da değiştirilmesi anlaşılır. Tanığın, beyanda bulunduğu maddi olguları bilerek ve isteyerek

---

<sup>85</sup> Ünver, s.167; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Özel Hükümler, s.1022.

değiştirmesi, çarpıtması, olduğundan farklı göstermesi, gizlemesi bu suçu oluşturur.

Olay ya da olgulara ilişkin olarak tanığın kendisinden ya da başka bir sebepten kaynaklanan yanlış izlenim ve duyuları, dalgınlığı, unutkanlığı yahut olayın üzerinden belirli bir zaman geçmesi nedeniyle olguların az ya da yanlış hatırlanması neticesinde gerçekle uyumlu olmayan beyanlarda bulunması, yalan tanıklık suçunu oluşturmaz<sup>86</sup>. Tanığın, olgulara ilişkin olarak maddi hataya düşmesi, yalan tanıklık suçu yönünden kastını ortadan kaldırır (TCK.m.30/1).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.04.1982 tarih ve 48/133 sayılı kararında da; *“Yalan, gerçeğin kasten değiştirilmesidir. Yanılarak, ihmal edilerek veya bilmeyerek söylenen sözlerle, yalan tanıklık suçu oluşmaz”* denilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 01.03.1993 tarih ve 4-19/43 sayılı kararında ise; *“Yalan, gerçeğin kasten değiştirilmesidir. Dikkatsizlik, unutmama, başka şeylerle meşgul olma nedeniyle de olayı görememe ve benzeri durumlarda bir tanığın, tanıklığının diğer tanığın beyanına uymaması, yalan tanıklık olarak kabul edilemez”* şeklinde karar verilmiştir<sup>87</sup>.

Alman CK.'nin 163'üncü maddesinde, taksirle işlenen yalan tanıklık suçu da cezalandırılmıştır. Failin taksirle yalan tanıklık suçundan sorumlu tutulabilmesi için, tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması, objektif gerçeğin fail tarafından bilinmiyor olması ve tanıklık vazifesinin gerektirdiği gerçeği araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması aranmıştır<sup>88</sup>.

Yalan tanıklık suçunda, failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekmez. Tanığın, masum olduğunu bildiği ya da düşündüğü bir kimseyi kurtarmak amacıyla gerçeğe aykırı tanıklık yapması halinde de suç gerçekleşir<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> **Malkoç-Güler**, s.229; “Dikkatsizlik, zihni meşguliyet, unutmama ve buna benzer nedenlerle sanığın şahadetinin diğer şahadetlere uymayabileceği doğaldır” (Yarg. CGK., 16.04.1994, 4-392/145). Karar için bkz. **Savaş-Mollamahmutoglu**, s.3001.

<sup>87</sup> Karar için bkz. **Savaş-Mollamahmutoglu**, s.3000.

<sup>88</sup> **Erem**, s.48, 49.

<sup>89</sup> **Malkoç-Güler**, s.2296; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.1024.

## 6- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### A- Teşebbüs

Yalan tanıklık suçu sırf hareket suçudur. Bu suçta netice aranmamıştır<sup>90</sup>. Dolayısıyla suç, hareketin yapıldığı anda tamamlanır<sup>91</sup>. Burada tanığın beyanının ne zaman bittiği, suçun tamamlandığı anın tespiti bakımından önem arz eder. Bu suçta teşebbüsün mümkün olup olmadığını tespit edebilmek açısından, suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağına belirlenmesi gerekir.

Doktrinde bir kısım fikre göre, yalan tanıklık suçu tanıklığın yapılmasıyla tamamlandığından teşebbüse elverişli değildir<sup>92</sup>. Ancak kanaatimizce, yalan tanıklık suçu sırf hareket suçu olsa da, icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği durumlarda suç teşebbüse müsaittir<sup>93</sup>.

Gerçekten de, gerçeğe aykırılık teşkil eden söz dizisinin bir bütün olarak kabul edilip, beyanın tümünün tamamlanmasıyla, hareketin tamamlandığını ifade etmek gerekir<sup>94</sup>. Zira beyanlar tamamlanmadan, olgulara ilişkin beyanların doğruluğunun araştırılması ya da yalan olarak nitelendirilmesi mümkün olamaz.

Genellikle yargılama sırasında tanığın sözlü beyanı belirli bir süre devam eder. Bu hallerde icra hareketlerinin kısımlara bölünebilir nitelikte olduğu ifade edilebilir. Tanığın beyanlarının bir bölümü yalan teşkil edip de, tanığın beyanları henüz tamamlanmadan, harici bir sebeple yarıda kalırsa, bu hallerde yalan tanıklık suçuna teşebbüs söz konusu olur.

Tanığın, olaya ilişkin beyanlarının bir bölümünde yalan tanıklık yapıp da henüz tanıklığı tamamlanmadan beyanlarını düzeltir ve gerçeğe uygun hale getirirse, bu takdirde gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacak ve tanık suça teşebbüsten cezalandırılmayacaktır<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Ünver, s.182.

<sup>91</sup> Tezcan-Erdem-Önok, s.952.

<sup>92</sup> Erem, s.47; Malkoç-Güler, s.2297; Meran, s.1325.

<sup>93</sup> Benzer görüş için bkz. Savaş-Mollamahmutoğlu, s.2991.

<sup>94</sup> Krey-Heinrich, § 8 no.554; Wessels-Hettinger, § 17 no.751; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Özel Hükümler, s.1025; Yaşar-Gökcan-Artuç, s.7944.

<sup>95</sup> Krey-Heinrich, § 8 no.554; Wessels-Hettinger, § 17 no.751; Savaş-Mollamahmutoğlu, s.2991.



Alman hukukunda, yeminsiz gerçeğe aykırı tanıklık fiili yönünden teşebbüs hükümlerinin öngörülmemesi dolayısıyla, yeminsiz yalan tanıklık fiiline teşebbüs cezalandırılmamıştır<sup>96</sup>. Buna karşılık, Alman CK. §159'da yeminsiz olarak yalan tanıklığa azmettirmeye teşebbüs fiili suç politikası gereği özel olarak cezai yaptırım altına alınmıştır<sup>97</sup>.

Öte yandan Alman CK.'nin 158'inci maddesinde, failin gerçek dışı beyanının daha sonradan düzeltilmesi, cezanın ortadan kaldırılmasını ya da daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir. Burada, tanığın önceki beyanlarında gerçeğe aykırı tanıklık yapıp da, daha sonradan alınan ifadesinde bunu düzeltmesi halinde, gerçeğe aykırı beyanların tehlikeliliğine göre, hiç ceza verilmeyebileceği gibi, cezanın azaltılması da söz konusu olabilir<sup>98</sup>.

## B- İştirak

Yalan tanıklık suçu özgü suç olduğundan yalnızca tanık sıfatı bulunan kimseler suçun faili olabilir. Ayrıca bu suç, doğrudan tek başına işlenebilen bir suç olması itibarıyla, suça müşterek fail olarak iştirak mümkün değildir. Bu itibarla, yalan tanıklık suçuna ancak azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak söz konusu olabilir<sup>99</sup>.

Olgulara ilişkin olarak yanıtılan ya da tehdit veya cebir kullanılarak yalan tanıklıkta bulunmaya zorlanan kimselerin yalan tanıklıkta bulunmaları halinde, kişiyi yalan tanıklık yapması konusunda kullanan kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf**, § 47 no.51.

<sup>97</sup> **Schönke-Schröder-Cramer**, s.1449, no:1/2; **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf**, § 47 no.51.

<sup>98</sup> **Wessels-Hettinger**, § 17 no.751; **Krey-Heinrich**, § 8 no.555.

<sup>99</sup> **Tezcan-Erdem-Önok**, s.954; **Yaşar-Artuç-Gökcan**, s.7944; **Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2010, s.4275.

<sup>100</sup> Ayrıca 272 nci maddenin 5 inci fıkrasında, aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişinin, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulması öngörülmüştür.

Tanığın, yalan tanıklık yapma kararı bulunmamasına rağmen, ona bu kararı aldırان kimse azmettiren (TCK.m.38) olarak sorumlu tutulur. Azmettirenin cezalandırılabilmesi için, suçun en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir. Bu itibarla, bir kimsenin yalan tanıklığa azmettirilmesi, tanığın yalan tanıklıkta bulunması halinde cezalandırılır<sup>101</sup>.

TCK.’nun 277’nci maddesinde, 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun’un 90’ncı maddesi ile yapılan değişiklik ile, madde başlığı “Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” olarak değiştirilmiştir. Değişiklikle birlikte madde; “(1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, gerçeğın ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fıkri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır” şeklinde düzenlenmiştir<sup>102</sup>.

Buna göre, görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, gerçeğın ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir beyanda bulunması için tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimse, 277’nci maddedeki suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Yapılan bu davranış neticesinde, tanık sıfatıyla dinlenen kişinin yalan tanıklıkta bulunması halinde, onu bu

<sup>101</sup> Bkz. Koca-Üzülmez, s.416.

<sup>102</sup> 6352 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önce maddenin başlığı “Yargı görevi yapanı etkileme” şeklindeydi. Maddede; “(1) Bir davanın taraflarından birinin veya bir ka-çının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediğı takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır” denilmekteydi.

fiile yönlendiren kimse ayrıca yalan tanıklık suçuna azmettirmeden dolayı sorumlu tutulmalıdır<sup>103</sup>.

Ayrıca, 6352 sayılı Kanun'un 93'üncü maddesi ile; TCK.'nun 288'inci maddesinde düzenlenen "Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" suçu; "(1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır" şeklinde değiştirilmiştir. Burada, bizatihi failin aleni sözlü ya da yazılı beyanından etkilenerek, görülmekte olan bir davada ya da yapılan bir soruşturmada tanık sıfatıyla dinlenen kişinin yalan tanıklıkta bulunması, aleni açıklamaları dolayısıyla, 288'inci maddedeki suç failinin ayrıca, yalan tanıklık suçuna azmettirmeden dolayı sorumluluğunu gündeme getirmez. Zira azmettirmeden dolayı sorumlu tutulabilmek için, belirli bir kişiye belirli bir suçun işlenmesi kararının verdirilmesi gerekir<sup>104</sup>.

Alman CK.'nun, 159'uncu maddesinde, yemin etmeden gerçek dışı beyanda bulunma suçuna (m.153) ve yemin yerine geçen gerçek dışı temin etme suçuna (m.156) azmettirmeye teşebbüs fiiline yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmiş ve azmettirmeye teşebbüs halinde failin, yasanın 30'uncu maddesinde düzenlenen teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada, suçun doğrudan failinin yalan tanıklığa teşebbüsü, yasada açıkça öngörülmediği için cezalandırılmamaktadır (Alman CK.m.23). Ancak 159'uncu maddedeki özel hüküm dolayısıyla, yalan tanıklığa azmettirmeye teşebbüs fiili –azmettirmeye ilişkin genel kurallara çelişkili bir biçimde- cezai yaptırım altına alınmıştır<sup>105</sup>.

Yalan tanıklık suçuna, yardım eden olarak iştirak etmek de mümkündür. Yalan tanıklık yapma niyeti bulunan kimsenin buna teşvik edilmesi, gerçeğe aykırı tanıklık yapma kararı alan kimsenin bu kararının kuvvetlendirilmesi,

<sup>103</sup> Azmettirmeden dolayı cezalandırılabilmek için, azmettirilen fiilin işlenmiş olması gerekir. Bkz. **Koca-Üzülmez**, s.416.

<sup>104</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.639.

<sup>105</sup> **Krey-Heinrich**, § 8 no.584; **Wessels-Hettinger**, § 17 no.780; **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf**, § 47 no.17; **Schönke-Schröder-Cramer**, s.1449, no:1/2.

suçun işlenmesi sonrasında yardımda bulunacağına vaat edilmesi, yalan tanıklığın ne şekilde yapılacağı konusunda yol gösterilmesi hallerinde, yardım etmeden söz edilir.

765 sayılı TCK.’nun 291’inci maddesinde, yalancı tanık tedariki bağımsız bir suç olarak öngörülmüştü. Maddede; *“Bir kimse 286 ncı maddede yazılı olan cürmü işletmek için para vermek veya sair menfaat göstermek veya vait ve teşvik veya tehdit veya hile ve desise ile veya nüfuz kullanmak suretiyle şahit veya ehlihibre veyahut tercüman tedarik ederek yalan şahade-ti işletmiş ve hilâfi vâki rey beyan ve tercümanlık ifa ettirmiş ise 286 ncı maddenin birinci fıkrasında muayyen olan hallerde bir aydan bir seneye kadar, ikinci fıkrasındaki hallerde üç seneden beş seneye kadar hapis, üçüncü fıkrasında yazılı hususatta on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. Yalancı şahid ve o makuleden ehlihibre ve tercüman tedarik eden kimsenin onlara mükâfaten verdiği şeyler müsadere olunur.*

*Bir kimse bu suretlerle şahit veya ehlihibre yahut tercüman tedarikine yalnız teşebbüs etmiş bulunursa geçen fıkralarda yazılı olan cezalar üçte bire indirilir”* denilmekteydi. Bu kapsamda, 765 sayılı TCK.’daki bu özel düzenleme gereği, bir kimseye para veya sair menfaat sağlayarak ya da cebir, tehdit ve hile yoluyla bir kimseye yalan tanıklık yaptırılması cezalandırılmaktaydı.

765 sayılı TCK.’nun 291’inci maddesindeki bu hükme, 5237 sayılı TCK.’da yer verilmemiştir. 5237 sayılı TCK.’da bu gibi durumlar, dolaylı faillik azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel kurallar çerçevesinde çözümlenecektir.

Alman CK.’nun 160’ncı maddesinde de, gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme ve buna teşebbüs ayrıca cezai yaptırım altına alınmıştır.

### **C- İçtima**

Tanığın, tanıklık yaptığı olgulara ilişkin olarak beyanlarında birden fazla gerçeğe aykırılık mevcutsa, beyanın tamamı tek bir fiil kabul edileceğinden, tek suçun olduğu kabul edilmelidir<sup>106</sup>. Burada, olgulara ilişkin gerçeğe aykırı beyanlar ile maddi anlamda birden fazla hareket bulursa da, bu hare-

<sup>106</sup> Bkz. Erem, s.48.

ketler hukuki anlamda tek harekettir. Henüz duruşma salonundan ayrılmasına izin verilmeyen tanığın beyanına ikinci kez müracaat edilip de, tanığın önceki açıklamalarına ek olarak gerçeğe aykırı beyanlarda bulunması halinde de, tek suçun olduğu kabul edilmelidir<sup>107</sup>.

Aynı duruşmada yeniden beyanına başvuru olan tanığın ikinci kez gerçeğe aykırı beyanda bulunması, suçların çokluğunu gerektirmeyip cezanın bireyselleştirilmesinde nazara alınabilir (TCK.m.61).

Tanık, tanıklık yaptığı olaya ilişkin olarak başka zamanlarda yeniden tanık sıfatıyla dinlenip, gerçeğe aykırı tanıklıkta bulunursa, zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanmalıdır (TCK.m.43/1)<sup>108</sup>. Zira burada, tanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanda gerçeğe aykırı tanıklığı söz konusu olmaktadır. Örneğin tanık, soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısına vermiş olduğu ifadede gerçeğe aykırı tanıklıkta bulunur ve kovuşturma aşamasında da mahkeme önünde tanık sıfatıyla dinlenip gerçeğe aykırı tanıklık yaparsa, zincirleme suç hükümleri uyarınca tek bir suçtan dolayı sorumlu tutulur, fakat cezası artırılır (TCK.m.43/1).

Tanığın, farklı vakıalara ilişkin olarak farklı zamanlarda gerçeğe aykırı tanıklık yapması halinde, fiil adedince suçun olduğu kabul edilmelidir. Esasında bu ihtimalde, tanığın bir suç işleme kararının mevcudiyetinden söz edilemeyeceğinden, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması düşünülemez. Buna karşılık, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı vakıalara ilişkin olarak farklı zamanlarda yapılan yalan tanık fiilleri dolayısıyla, zincirleme suç hükümlerinin tatbiki mümkündür.

Öte yandan düşüncemize göre, tek bir yalan tanıklık fiili dolayısıyla, birden fazla kimsenin 272'nci maddede sayılan ağır neticelere maruz kalması (örneğin aleyhine tanıklıkta bulunulan kişiler hakkında koruma tedbiri uygulanması) durumunda, zincirleme suça ilişkin hükümler (aynı neviden fikri içtima) tatbik edilmelidir (TCK.m.43/2).

<sup>107</sup> Savaş-Mollamahmutoğlu, s.2990.

<sup>108</sup> Savaş-Mollamahmutoğlu, s.2990; Erem'e göre tanığın, yargılamanın farklı safhalarında yalan tanıklıkta bulunması halinde, eğer ortada yeni bir yalan mevcut değil ise, zincirleme suçtan söz edilemez. Bkz. Erem, s.48.

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında dahi olsa, farklı zamanlarda yapılan yalan tanıklık fiillerinin bir veya birkaçı neticesinde, 272'nci maddede belirtilen ağırlaşmış hallerden biri meydana gelmişse, bu ihtimalde fiil adedinde suçun oluştuğu kabul edilmelidir.

Tanık, yalan tanıklık yaptığı olgulara ilişkin beyanları sırasında, işlemediğini bildiği halde ve o kimsenin soruşturma ya da kovuşturmayaya uğraması veya o kişi hakkında idari bir yaptırım uygulanması saikiyle suç isnadında bulunursa, bu noktada iftira suçu da söz konusu olacağından, farklı neviden fikri içtima kuralları çerçevesinde sonuca ulaşılmalıdır (TCK.m.44).

Yalan tanıklıkta bulunan failin, tanıklık yaptığı sırada gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildirmesi ya da işlenmediğini bildiği suçu işlenmiş gibi ihbar etmesi hallerinde de farklı neviden fikri içtima kuralları uygulanmalıdır (TCK.m.44).

Bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, TCK. 206'ncı maddede düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan sorumlu tutulur. Bu halde, tanık olarak dinlenen kişi, kimliği ya da diğer bilgileri hakkında yalan beyanda bulunur ve olgulara ilişkin olarak da yalan tanıklık yaparsa, her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılır.

### **7- Şahsi Cezasızlık ve Cezanın Azaltılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler**

TCK.'nun 273'üncü maddesinde, yalan tanıklık suçuna ilişkin şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler düzenlenmiştir. Buna göre kişinin;

-Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunulması,

- Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması,

hallerinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense de vazgeçilebilir (m. 273/1, b).

Kişinin kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak gerçeğe aykırı tanıklıkta bulunmasının bir cezasızlık ya da cezayı azaltan bir hal olarak kabul edilmesi, insan tabiatının bir gereğidir. Gerçekten, bireyin gerek kendisini, gerekse yakınlarını suç isnadı altında bırakan bir beyanda bulunmaya mecbur bırakılması düşünülemez. Nitekim bu husus, Anayasanın 38/5'inci maddesinde; *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"* hükmü ile güvence altına alınmıştır. TCK.'nun 273 üncü maddesindeki bu düzenleme, esas itibarıyla, Anayasanın 38/5'inci maddesinde yer verilen hükmün bir sonucudur.

Diğer bir şahsi cezasızlık veya cezayı azaltan sebep de, kişinin tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmasıdır.

CMK.'da bazı kimselerin tanıklıktan çekinmeye hakları olduğunun hatırlatılması öngörülmüştür. CMK.'nun 45'inci maddesine göre; 1. Şüpheli veya sanığın nişanlısı, 2. Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, 3. Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, 4. Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, 5. Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar; tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler. Maddede sayılan kişilere tanıklık yapmadan önce tanıklıktan çekinme hakları bulunduğu hatırlatılır (CMK.m.45/3).

273 üncü maddedeki hükümle, ceza verilmemesi ya da cezada indirim yapılması konusunda, hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim, somut olayın koşullarına göre, gerekçe göstererek ceza verilip verilmemesine takdir edecektir.

273'üncü maddenin 1'inci fıkrasında sayılan şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler, özel hukuk uyuşmazlıkları kapsamında yapılan yalan tanıklık hallerinde uygulanmaz (m.273/2).

Alman CK.'da tanıklıkta zaruret hali başlığıyla, cezayı kaldıran ya da azaltan sebeplere yer verilmiştir. Buna göre, fail, bir aile mensubunu veya kendisini cezalandırılma veya özgürlüğü kısıtlayan bir güvenlik tedbirine tabi olma tehlikesinden kurtarmak için gerçek dışı beyanda bulunmuş ise,

mahkeme cezayı takdiren indirebilir (§157/1). Öte yandan, henüz yemin etme ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin, yemin etmeksizin gerçeğe aykırı beyanda bulunması da, cezasızlık ya da cezayı kaldıran bir hal olarak düzenlenmiştir (§157/2)<sup>109</sup>.

### 8- Cezayı Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

TCK.’nun 274’üncü maddesinde yalan tanıklık suçuna ilişkin etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yargılamanın belirli devrelerinde gerçeği söyleyen faile ceza verilmemesi veya verilecek cezada indirim yapılması öngörülmüştür. Buna göre;

- TCK.’nun 274’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında, “aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz” denilmektedir<sup>110</sup>.

- 274’üncü maddenin 2’nci fıkrasında, “aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verildikten sonra ve fakat hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisinden yarısına kadar indirilebilir” denilmektedir.

<sup>109</sup> Bkz. **Yenisey-Plagemann**, s.231.

<sup>110</sup> “Gelmeyen sanık Mahmut Altan Alataş’ın Asliye Hukuk Mahkemesindeki yargılama sırasında tanık olarak dinlendiği 19.9.2000 ve 18.11.2000 günlü anlatımlarının doğru olmadığı, sanık Nurkan Bağcıların baskısı altında o açıklamaları yaptığını bildiren 12.11.2002 tarihli içeriğini bilmediği dilekçeyi mahkemeye kendisinin vermediğini savunması karşısında, bu husus araştırılıp adı geçen yalan tanıklık yapıp yapmadığı saptanmadan ve sanık Nurhak Bağcıların da onu yalan tanıklığa azmettirdiğine ilişkin kanıtlar gösterilmeden, yükletilen suçların oluştuğunun kabulüyle 5237 sayılı TCY.’nin 274/1. maddesi uyarınca etkin pişmanlıktan söz edilmek suretiyle sanık Nurkan Bağcıların hakkında eksik soruşturma sonucu cezaya hükmolunması” (Yarg. 30.04.2007, 2007/1993, 2007/3971); “Sanığın, yalan tanıklıktan hakkında dava açıldıktan sonra duruşma sırasında söylediği “suçumu kabul ediyorum, ancak lehine tanıklık yaptığım insanların yanında kaldığım için onlara muhtaç olduğumdan işittiğim şeyleri söyleyemedim” diyerek gerçeğe döndüğünün anlaşılması karşısında; 765 sayılı TCY.’nin 289/2. Maddesinde öngörülen yalan tanıklıktan dönmeye ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan, yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması” (Yarg. 4 .CD., 18.06.2008, 2006/10767-2008/14014). Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.



- Yalan tanıklık yapan kişi tarafından gerçeğin söylenmesi halinde, cezada indirim yapılmasını gerektiren diğer neden, 274'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, "aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen mahkumiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın yarısından üçte birine kadarı indirilebilir".

Tanık, aşamalardaki beyanlarında birbiriyle örtüşmeyen, çelişkili anlamlarda bulunmuşsa, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma şartları araştırılmalıdır<sup>111</sup>.

Belirtilmelidir ki, fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için, beyanlarının gerçeğe uygunluğunun denetlenmesi gerekir. Bu durumda, devam eden yargılamanın sonucunun, yalan tanıklığa ilişkin yürütülen yargılamaya etki edeceği kuşkusuzdur. Dolayısıyla, 274'üncü madde hükümlerinden sanığın istifade edebilmesi için, tanıklıkta bulunulan yargılamanın neticesinin bekletici mesele yapılması yerinde olacaktır.

Alman CK.'nin 158'inci maddesinde, failin gerçek dışı beyanının daha sonradan düzeltilmesi, cezanın ortadan kaldırılmasını ya da azaltılmasını gerektiren bir etkin pişmanlık hali olarak öngörülmüştür. 158'inci maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükmüne göre, tanığın önceki beyanlarında gerçeğe aykırı tanıklık yapıp da, daha sonradan alınan ifadesinde bunu düzeltmesi halinde, gerçeğe aykırı beyanların tehlikeliliğine göre, hakime, faile hiç ceza verilmemesi ya da cezanın azaltılması konusunda takdir yetkisi tanınmıştır<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> "Sanığın, 03.07.2007 tarihli tanık olarak dinlendiği oturumda "evimin önünde dururken araba gerçekten çalındı" şeklinde anlatımda bulunduktan sonra, 02.04.2008 tarihli savunmasında ise "Ozan'dan satın aldığım araba çalınmamıştır, aslında çalınma söz konusu değildir" demesi karşısında, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılmaması" (Yarg. 4. CD., 18.05.2009, 2008/22872, 2009/9524); "Sanığın, yalan tanıklıktan hakkında dava açıldıktan sonra duruşma sırasında söylediği "suçumu kabul ediyorum, ancak lehime tanıklık yaptığım insanların yanında kaldığım için onlara muhtaç olduğumda işittiğim şeyleri söylemedim" diyerek gerçeğe döndüğünün anlaşılması karşısında, 765 sayılı TCY.'nin 289/2. maddesinde öngörülen yalan tanıklıktan dönmeye ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan, yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır" (Yarg. 4. CD., 18.06.2008, 2006/10767, 2008/14014). Kararlar için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, (Güncellenmiş Baskı), s.7950, 7951.

<sup>112</sup> Wessels-Hettinger, § 17 no.751; Krey-Heinrich, § 8 no.555.

### 9- Yaptırım

TCK.'nın 272'nci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen yalan tanıklık suçunun basit şeklinin yaptırımı, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Suçun mahkeme huzurunda işlenmesi ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde işlenmesinin cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası (m.272/2); üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun soruşturma veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık yapılmasının cezası iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür (m.272/3).

Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi ile ilgili olarak gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla, 1 ila 3'üncü fıkralardan belirtilen ceza yarı oranında artırılır (m.272/4).

Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur (m.272/5). Mağdur, haksız yere gözaltına alınma ya da tutuklanma dolayısıyla, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler (CMK.m.141/1). Yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde; Devlet, yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu eder (CMK.m.143/3).

Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur (m.272/6). Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, altıncı fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır (m.272/7).

Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; yalan tanıklıkta bulunan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (m.272/8).

Yalan tanıklık suçunda ağırlaşan neticelere göre, kademeleri olarak cezanın ağırlaştırılması öngörülmüştür. Özellikle aleyhine tanıklıkta bulunan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti halinde öngörülen yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasının, adliye karşı işlenen suçlar arasında (iftira suçu ile birlikte) oldukça yüksek olduğu görülmektedir. Ancak burada hapis cezasının alt ve üst sınırı arasındaki aralık fazla tutulmak suretiyle, 61'inci madde çerçevesinde, temel cezanın tespiti hakime geniş bir takdir alanı bırakılmıştır.

### 10- Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Yalan tanıklık suçunun temel şekli ve nitelikli hallerinin takibi re'sen yapılır.

5271 sayılı CMK.'nın 171/1 maddesinde; *“Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet Savcısı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilir”* hükmü yer almaktadır.

Yalan tanıklık suçu bakımından 274'üncü maddede cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık haline yer verilmiştir<sup>113</sup>. Bu halin söz konusu olduğu durumlarda, CMK.m.171/1 uyarınca, Cumhuriyet Savcısı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilecektir.

273'üncü maddede ise, yalan tanıklık suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi ve cezayı azaltan şahsi sebep öngörülmüştür<sup>114</sup>. Ancak maddede belirtilen durumların gerçekleşmesi halinde *“verilecek cezada indirim yapılabilceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir”* hükmüne yer verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, cezasızlık sebebi mutlak değil takdiri olarak düzenlenmiştir. Bu

<sup>113</sup> TCK.m.274/1'de; *“Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz”* hükmüne yer verilmiştir.

<sup>114</sup> TCK.m.273'te; *“Kişinin; a) kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunulması,*

*b) kişinin tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması, halinde verilecek cezada indirim yapılabilceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir”* hükmüne yer verilmiştir.

itibarla, 273'üncü maddedeki durumların söz konusu olduğu hallerde, Cumhuriyet Savcısı, yeterli şüphe sebepleri mevcut ise, iddianame düzenleyecektir. 273'üncü maddede öngörülen ceza indirimine ya da hiç ceza verilmemesine mahkeme takdir edecektir.

### 11- SONUÇ

Hukuki bir olayın çözümüne veya ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olan bir kurum olan tanıklığın, gerçeğe aykırı icrası, adli mercilerin yanıltılmasına ve adaletin yanlış şekilde gerçekleşmesine neden olabileceğinden ceza kanunlarında cezai yaptırım altına alınmıştır.

Yalan tanıklık suçu ile adalete, adliyeyle ilişkin değerler ile bireylerin masum sayılma hakları koruma altına alınmış ve bu suretle adliyenin yanlış yola sevk edilerek adli mercilerin yanıltılması ve bireylerin masumiyeti korunmak istenmiştir.

5237 sayılı TCK.'nın 272'nci maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçunda cezalandırılan fiil, "gerçeğe aykırı tanıklık yapmak"tır. Gerçeğe aykırı tanıklık, yalan söylemek veya tanıklığın konusunu oluşturan hususlar hakkında bilgiyi bilerek kısmen veya tamamen saklamak, gizlemek, gerçeğe uygun beyanlara gerçeğe aykırı hususlar eklemek şeklinde gerçekleştirilebilir.

Gerçeğe aykırı tanıklığın, tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde yapılması gerekir. Gerçeğe aykırı tanıklığın, yemin ettirerek tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde yapılması, 272'nci maddenin 2'nci fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Tanığın usulüne uygun çağırılması yahut tanığın usulüne uygun dinlenilmesi, suçun maddi unsurlarına etki etmez. Ancak suç ve ceza politikası gereği, 273'üncü maddede, tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapılması, şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebep olarak öngörülmüştür.

CMK.'nın 45, 46, 47, 48'inci maddelerinde tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiler düzenlenmiştir. Tanıklıktan çekinme hakkı getirilen kişiler, kişinin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, bazı mesleklerin

getirdiği saygınlığın korunması, mesleki sırların açıklanmaması gibi bir kısım ilke ve gayeler nazara alınarak belirlenmiştir. Ancak, tanıklıktan çekinme hakkından istifade edilmeyip de, tanıklık görevi icra ediliyorsa, tanığın gerçeği anlatma yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır.

Muhakeme hukukunda, tanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Gerçeğe aykırı tanıklık esas itibariyle, doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlalidir. Fakat kişiye bu yükümlülüğünün hatırlatılması, suçun bir unsuru değildir.

Yalan tanıklık suçunun oluşumu için, beyanda bulunulan makamın yemin verdirmeye yetkili olması gerekmekte, tanık dinlemeye yetkili olması suçun temel şekli bakımından gerekli ve yeterli olmaktadır. Bu doğrultuda, yalan tanıklık suçunun işlenebilmesi için, tanığa yemin verdirilmesi şart olmayıp, tanığın yemin etmiş olması da gerekmez.

Yalan tanıklık suçunun faili, tanık sıfatıyla dinlenen kişiler olabileceğinden bu suç özgü suçtur. Ayrıca bu suçta gerçeğe aykırı tanıklık, bizzat ve sadece tanık sıfatını haiz kimse tarafından yapılabileceğinden, bu suç niteliği itibariyle tek başına işlenebilen bir suçtur. Bu itibarla, suça iştirak eden kişiler azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulurlar. Bizzat işlenebilen bir suç olmanın sonucu olarak, yalan tanıklık suçuna müşterek fail olarak iştirak mümkün değildir.

Suçun mağduru toplumu oluşturan tüm bireylerdir. 272'nci maddede yer alan ağırlaşmış haller söz konusu olduğunda, toplumu oluşturan bireylerin yanında, bu ağırlaşmış hallere maruz kalan bireyin de suçun mağduru olduğu kabul edilmelidir.

Yalan tanıklık suçu sırf hareket suçudur. Gerçeğe aykırı tanıklığın yapılmasıyla suç tamamlanır. Suçun oluşumu için netice aranmamıştır. Ancak 272'nci maddede bazı neticelerin gerçekleşmesi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiştir.

Suçun mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde işlenmesi ve suçun, üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun soruşturulması veya kovuşturulması kapsamında gerçekleşmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Yalan tanıklık suçunda, icra hareketleri kısımlara bölünebildiği takdirde suça teşebbüs ve gönüllü vazgeçme mümkün olabilir.

Bu suça -tek başına işlenebilen bir suç olması itibariyle- müşterek fail olarak iştirak mümkün değildir. Bu itibarla, yalan tanıklık suçuna ancak azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak söz konusu olabilir.

Tanıklık sırasında birden fazla gerçeğe aykırı beyan, suçların çokluğuna sebebiyet vermez. Aynı yargılamada, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsele- rin çokluğu da, suçun tekliğini etkilemez. Öte yandan yalan tanıklık suçunun zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür. Gerçeğe aykırı tanıklık sırasında, bir kimseye suç işlemediğini bildiği halde suç isnadı yapılıyor ise, iftira suçu da oluşacağından, farklı nevi'den fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Bu aşamada, suç üstlenilmesi ya da suç uydurulması halinde de, fikri içtimaa ilişkin hükümler uygulanır.

TCK.'nun 274'üncü maddesinde yalan tanıklık suçuna ilişkin etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yargılamanın belirli devrele- rinde gerçeği söyleyen faile ceza verilmemesi veya verilecek cezada indirim yapılması öngörülmüştür

Yalan tanıklık suçunun temel şekli ve nitelikli hallerinin takibi re'sen yapılır.

#### KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011.
- Arzt, Gunther-Weber, Ulrich-Heinrich, Bernd-Hilgendorf, Eric**, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Biefeld 2009.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Huku- kuna Giriş, İstanbul 2010.
- Çolak, Haluk-Taşkın, Mustafa**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007.

- Erem, Faruk**, Yalan Şahadet Suçu, AÜHFD, C.:XI, S.:3-4, 1954.
- Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.
- İsmail, Malkoç-Güler, Mahmut**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C.II, Ankara.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Krey, Volker-Heinrich**, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 13. Auflage, Stuttgart 2005.
- Meran, Necati**, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007.
- Meran, Necati**, Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Ankara 2006.
- Özbek, Veli Özer-Kanbur, Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011.
- Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan, Esra**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2010.
- Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, Ankara 1998.
- Schönke, Adolf-Schröder, Horst-Cramer, Peter**, Strafgesetzbuch, Kommentar, München 2006.
- Şahin, Cumhuri**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2005.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010.

- **Ünver, Yener-Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, Ankara 2012.
- **Ünver, Yener**, Adliye Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- **Wessels, Johannes-Hettinger, Michael**, Strafrecht Besonderer Teil/1, 31. Auflage, Heidelberg 2007.
- **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, Ankara 2010; (Ayrıca 2012 Yılı Güncellenmiş Baskısı).
- **Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried**, Strafgesetzbuch-Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.
- **Yücel, Mustafa Tören**, Ceza Adaletinde Tanık, TBBD, S.:1, Y.:1994



# 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA GİZLİLİĞİN İHLALİ SUÇU VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

Ar. Gör. Kerim ÇAKIR\*

## ABSTRACT

The breach of confidentiality of judicial proceedings is described as an offense against judicial bodies or courts in consideration of the importance to protect confidentiality in criminal judgment. This article examines the crime of breach of confidentiality regulated by the Article 285 of the Turkish Penal Code. Due to amendments made by the Law No: 6352 dated 02.07.2012 on judgmental services and amendments in the code related to deferring cases and punishments of crimes via press, these changes have been taken into consideration in this article. This article analyses the fundamental elements of the crime of breach of confidentiality which are the typicality, the objective elements, subjective elements and elements of unlawfulness.

## KEY WORDS

Criminal judgment, breach of confidentiality, investigation, publishing

## ÖZET

Bu makalede 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 285 inci maddesinde yer alan gizliliğin ihlali suçu incelenmektedir. Makale, 02.07.2012 Gün ve 6352 sayılı *Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Davalar Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun* ile değişikliğe uğradığından, çalışmamızda bu değişiklikler de göz önünde bulundurulmuştur. Makalede

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

gizliliğin ihlali suçunun ceza muhakemesi hukuku ile ilişkisi, gizlilik terimi, diğer kanunlarda yer alan benzer hükümler, soruşturmanın gizliliğinin ihlali ve soruşturma evresinin özellikleri, suçun unsurları olarak kabul edilen tipiklik, maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsurları değerlendirilmiştir. Ayrıca kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlâl etme suçu ile soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması suçundan bahsedilmektedir.

## ANAHTAR KELİMELER

*Gizliliğin ihlali, aleniyet, soruşturma, kovuşturma ve basın yayın*

### 1. Giriş

Gizliliğin ihlali suçunu düzenleyen TCK m. 285'in ceza muhakemesi hukuku ile ve bu kapsamda adli makamlar, muhakeme evreleri(soruşturma ve kovuşturma evresi), şüpheli-sanık hakları ve benzer ilkelerle doğrudan bir ilişkisi bulunmaktadır.

Gizliliğin ihlali suçları Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının, "Millet ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı İkinci Bölümünde "Adliye Karşı Suçlar" kısmında 285 inci maddesinde düzenlenmiştir.

TCK m. 285; "(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için;

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması gerekir.

(2) Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde, ceza yarısına kadar artırılır.

(5) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(6) Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz.” şeklinde düzenlenmiştir<sup>1</sup>.

Ceza hukuku ile iç içe olan ceza muhakemesinin en temel kurallarından biri soruşturmanın gizli yapılmasıdır<sup>2</sup>. Soruşturma evresinin içeriği ve sınırları, bu evrenin ne şekilde yürütüleceği ve yetkilileri kanunda belirtilmiştir. Soruşturma evresi genel olarak ve esas itibarıyla kamuya karşı gizli biçimde

<sup>1</sup> 5237 Sayılı TCK'nun 285. maddesi “02.07.2012 Gün ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” (RG 05.07.2012, No. 28344) ile değiştirilmiş olup, çalışmamızda bu değişiklikler göz önünde bulundurulmuştur.

<sup>2</sup> **Centel, Nur- Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 93 vd; **Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun- Nuhoglu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010, s.714; **Demirbaş, Timur**, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 2. Baskı, Ankara 2011, s.27 vd; **Bıçak, Vahit**, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 289; **Ünver, Yener- Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s.16 vd; **Donay, Süheyl**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul 2009, s.265; **Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge- Saygılar, Yasemin F.-Alan Esra**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s.148; **Turhan, Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.313; **Çolak, Haluk- Taşkın, Mustafa**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s.777; **Şahin, Cumhuri**, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s.498; **Yaşar, Osman**, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.II, 5. Baskı, Ankara 2011, s.1822; **Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Ankara 2008, s.3975.

cereyan eder. Kanun metninde geçen ve ceza muhakemesi hukukunda karşılık bulan “gizlilik”, kelime olarak “gizli olma durumu” anlamına gelmektedir<sup>3</sup>. Ceza muhakemesi ve ceza hukuka alanında “gizlilik”; yapılan işlemlerde ilgililerinden başka kimsenin bulunmaması ya da yapılmış olan soruşturma işlemi sonuçlarının kamuya açık olmaması şeklinde ifade edilebilir<sup>4</sup>.

## 2. Gizliliğin İhlali Suçlarının Ceza Muhakemesi Hukuku İle İlişkisi

İnceleme konusu suç tipi ile ceza muhakemesi arasında sıkı bir bağ vardır. Çünkü 285 inci maddede düzenlenen gizliliğin ihlali suçunun ilk üç fıkrasında soruşturma ve kovuşturma evresi ele alınmakta ve bu evrelerin yürütüldüğü aşamalarda gizliliğin ihlali yaptırımı bağlanmaktadır. Her ne kadar maddede soruşturma<sup>5</sup> ve kovuşturma<sup>6</sup> evresinden bahsedilse de ara muhakeme evresi<sup>7</sup> bakımından da bu madde hükümlerinin uygulanması gerektiği açıktır. Ara muhakeme evresine ilişkin olarak bu evrenin soruşturma evresine dahil edilmesi gerektiği ve soruşturmanın usul ve esaslarının uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz. Şüpheli bakımından hazırlanan iddianamenin yargılama makamı tarafından incelenmesi suç şüphesi altında bulunan kimse için bir teminattır<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Ayverdi, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Lügatı, İstanbul 2005, s.1061.

<sup>4</sup> Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 94-95; Parlar-Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, s.3975.

<sup>5</sup> Soruşturma evresi, CMK m. 2(e)’de; “Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>6</sup> Kovuşturma evresi, CMK m. 2(f)’de; “İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>7</sup> Ara muhakeme evresinden “iddianamenin incelendiği ve gerekiyorsa iade edilmesi yaptırımının uygulandığı süreç” (Bkz. Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.494) ya da “iddianamenin düzenlenmesi ile kabul edilmesi arasındaki süreç” anlaşılmalıdır. Bkz. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1251.

<sup>8</sup> Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 494. Ayrıca “Ara muhakeme” evresine yönelik eleştiriler için; “iddianamenin mahkemece kabul edilmesiyle birlikte yargılama makamının huzuruna sanık olarak gelen kimse hakkında mahkemenin daha işin başında görüşünü açıkladığı hususu da eleştirilmektedir. Çünkü iddia makamının talep ettiği ceza, mahkeme tarafından iddianamenin kabul edilmesiyle birlikte görülmeye ve değerlendirilmeye başlamasına sebebiyet verir.” şeklinde bir düşünceye yer verilmiştir.

Yapılan yargılama esnasında hükmün verilmesine ve kesinleşmesine kadar sanığa yönelik yapılacak karalamalar ve lekelemeler ceza muhakemesinin temel taşları olan masumiyet karinesinin, silahların eşitliği ilkesinin ve adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verecektir<sup>9</sup>. Sanık hakkında verilen hüküm kesinleşinceye kadar kamuoyu bu kimseyi suçlu olarak bilmemelidir<sup>10</sup>. Muhakeme işlemleri sürdürülürken şüpheli veya sanık soruşturmayı ve kovuşturmayı yürüten organlar karşısında kötü muamele görmeksizin, temel haklarından mahrum bırakılmaksızın, hukuk kurallarına uygun bir şekilde yargılanma hakkına sahiptir<sup>11</sup>. Vatandaş devletin sahip bulunduğu kamu gücü karşısında korumasız bırakılmamalıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 285 inci maddesinin Gerekçesi'nde, soruşturma evresinin gizliliğinin ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük ve gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluk olduğu, her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez nitelikte olduğu, buna uyulmadığı takdirde, ülkemizde ve yabancı ülkelerde örneklerine rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanların ızdıraplara sürüklendiği ve suçsuzluk karinesinin lafta kalacağı belirtilmiştir.

Soruşturma evresi tamamlanıp iddianame mahkeme tarafından kabul edilinceye kadar bu gizlilik devam eder. İddianamenin kabulü ve yargılamanın başlamasıyla kamuya açıklık ilkesi söz konusu olur ve herkesin yargılama ile ilgili bilgi sahibi olması sağlanır. Soruşturmadaki dosya içeriğinin esas olarak kanunda belirtilen hallerde şüpheliye karşı gizli kalması gerekmektedir. Çünkü şüphelinin kendi dosyasını incelemesi bir takım tehlikelerin oluşmasına sebebiyet verebilir. Örneğin şüpheli delilleri gizleme, karartma

<sup>9</sup> Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.16 vd; Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 153.

<sup>10</sup> 01.06.2005 Gün ve 25832 Sayılı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 27. maddesinde soruşturmanın gizliliğinin uygulanmasına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Buna göre; "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 çıkartulmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz."

<sup>11</sup> Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.16 vd.

veya yok etme yoluna gidebilir<sup>12</sup>. Ancak Centel-Zafer, bu konuda bir çekince belirterek şüpheliye dosyayı inceleme hakkının tanınmamış olması halini, müdafii olmayan şüpheliler açısından savunma hakkını zedeler bir durum olarak görmektedir<sup>13</sup>. Dolayısıyla bu gizlilik şüphelinin müdafiliğini üstlenen kimseye karşı ileri sürülmemelidir. Müdafî kanundan kaynaklanan yetkilerle savunma yapılmalı ve adalete hizmet etmeye çalışmalıdır<sup>14</sup>.

### 3. Gizliliğin İhlali Suçunun Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi

#### A. Adil Yargılanma İlkesi

Adil yargılanma hakkı, batı hukuk sistemlerinde insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukuku alanında ifadesini bulmaktadır. Özellikle uluslararası hukuk alanında, hem örf ve adet hukukunda ve hem de yazılı olarak antlaşmalar hukukunda kaynağını bulur<sup>15</sup>. Adil yargılanma ilkesinden anlaşılması gereken yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılamanın yapılması, görülmekte olan davaların makul sürelerde bitirilmesi, yapılan yargılamaların açık ve duruşmalı olarak yapılması ve hakkaniyete uygun hareket edilmesidir<sup>16</sup>. Adil yargılamanın makul sürede bitirilmesi sadece kovuşturma evresine ilişkin olarak algılanmamalıdır. Aynı zamanda soruşturma evresinin de makul sürelerde yapılması ve kişi hürriyetinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen koruma tedbirleri ile sınırlandırılmaması gerekir.

<sup>12</sup> **Kunter- Yenisey- Nuhoglu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.712; **Centel- Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 94 vd.

<sup>13</sup> **Centel- Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 94 (dipnot 48).

<sup>14</sup> **Bıçak**, Suç Muhakemesi Hukuku, s. 289.

<sup>15</sup> **Tezcan, Durmuş-Erdem, M. Ruhan-Sancakdar, Oğuz-Önok, R. Murat**, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011, s.215; **Altunkaş, Aysun**, Adil Yargılanma Hakkı- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında,, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2007/1 ,s.59.

<sup>16</sup> **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, İnsan Hakları El Kitabı, s.243-244; **Gözübüyük, A. Şeref- Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 8. Baskı, Ankara 2009, s.279 vd.

Adil yargılama ilkesi ile önceden yasayla belirlenmiş olan esaslara göre yargılama yapılması hedeflenmektedir. İddia ve yargılama makamlarının yetkilerine karşı savunma makamına da eşit yetkiler verilerek silahların eşitliği sağlanmalı ve silahların eşitliği ilkesi gereğince sanık ve müdafisine savunma yapabilmeleri amacıyla yeterli hak ve süre tanınmalıdır<sup>17</sup>.

Uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan adil yargılanma hakkı iç hukukta da başta Anayasa olmak üzere farklı yasal düzenlemelerle mevzuatımızda yer bulmuştur. Anayasa'nın 36 ncı maddesinde "hak arama hürriyeti" başlıklı düzenlemede herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm Anayasaya 2001 yılında 4709 sayılı Kanun<sup>18</sup> ile eklenmiş ve uluslararası standartların yakalanması amaçlanmıştır.

### **B. Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı**

Masumiyet karinesi ceza muhakemesinde sanığın haklarını koruma amacıyla benimsenmiş önemli bir ilkedir. Bir suç ile itham edilen herkes suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır ve o kimsenin masum olduğu kabul edilir<sup>19</sup>. Soruşturmada gizlilik sağlanamazsa yapılan soruşturmanın selameti tehlikeye düşer ve şüphelinin lekelenmeme hakkı ihlal edilmiş olur<sup>20</sup>. Bu sebeple süreçte etkin rol oynayan hakim, savcı ve adli kolluk görevlilerinin yargılanacak veya yargılanmakta olan kimselere saygı göstermesi ve onların lekelenmeme haklarını ihlal etmemeleri gerekmektedir<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.144-145; Kunter-Yenisey-Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.37-38; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.148.

<sup>18</sup> 3.10.2001 Gün ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun(RG 17.10.2001, No. 24556).

<sup>19</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s.297. Ayrıca bu konu hakkında Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı (Minelle/İsviçre 05.03.1983, A.62-30); Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.22; Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.153.

<sup>20</sup> Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.496; Yaşar, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1822.

<sup>21</sup> Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.22.

Gizliliğin ihlali suçu başlığı altında düzenlenen ve beşinci fıkrada yer verilen kişilerin suçlu olarak algılanmasına yol açacak şekilde görüntülerinin yayımlanması suçu da ceza muhakemesine hakim olan ilkeler bakımından masumiyet karinesi ile doğrudan doğruya bağlantılıdır<sup>22</sup>.

Masumiyet ilkesi, Anayasa tarafından da güvence altına alınmış ve “suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılmaz” denilmek suretiyle masumiyet karinesine atıf yapılmıştır. Ayrıca kamuoyunda hemen her gün karşılaşılan ve insanların suçlu gibi algılanmalarına sebebiyet veren açıklama ve teşhirlerin de önüne geçmek amacıyla Yakalama Yönetmeliği’nin 27 nci maddesine “Soruşturmanın gizliliğinin uygulanması” başlıklı bir hüküm konulmuştur.

### C. Savunma Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkesi Bakımından Gizlilik

Savunma hakkı adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak sanığa sunulması gereken önemli bir haktır. Muhakeme işlemleri sırasında yargılama, iddia ve savunma makamlarının eşit haklara sahip olması gerekmektedir. Bu kapsamda sanığa olayla ilgili olarak bilgi verilmeli ve sahip olduğu haklar hatırlatılmalıdır. Kişinin, varlığını ve ne anlama geldiğini bilmediği bir haktan yararlanması bir anlam ifade etmeyecektir<sup>23</sup>. Savunma hakkı kapsamında kişiler belirli hak ve güvencelere sahiptir. Bu hususta bir hukukçunun yardımıyla faydalanabileceği hatırlatılmalı ve yasal olan her türlü bilgi kendisine sunulmalıdır<sup>24</sup>.

Kişi hakkında kesin bir mahkûmiyet kararı verilene kadar o kimse suçlu kabul edilemez ve yargısız infaza tabi tutulamaz. Bunun içindir ki, soruştur-

<sup>22</sup> **Çolak- Taşkın**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s.777; **Centel, Nur**, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasasına Göre Hazırlık Soruşturmasının Başlaması ve Yürütülmesi”, MÜHFD, 2005, sayı 1, s.143.

<sup>23</sup> **Koca, Mahmut- Üzülmüş, İlhan**, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, Temmuz 2006, s. 145.

<sup>24</sup> **Gözbüyük- Gölcüklü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, s.299 vd; **Centel- Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.135.



ma evresinin gizliliği ilkesi benimsenmiştir<sup>25</sup>. Ancak burada kastedilen mutlak bir gizlilik değildir. Çünkü belirli hallerde bu ilke daha esnek uygulanmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda savunma hakkını sağlamak amacıyla müdafî olan kimseler açısından bu ilke yumuşatılmıştır<sup>26</sup>.

Silahların eşitliği ilkesine ise AİHS'nin 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre herkes isnat edilen suçlama karşısında hakaniyete uygun bir yargılama isteme hakkına<sup>27</sup> sahiptir. İddia ve savunma makamları arasında herhangi bir ayrıma yer verilmeksizin bu ilke geçerlidir<sup>28</sup>. Sanığın mahkemeden dinlenmesini istediği kişiler dinlenmez ve savunma makamının talepleri karşılanmazsa AİHS'nin 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasının ihlal edildiğini söyleyebiliriz<sup>29</sup>.

#### 4. Gizliliği İhlal Suçları (TCK m. 285)

##### a. Soruşturma Evresinin Gizliliğini İhlal

Soruşturma evresinin gizliliğini ihlal TCK'nun 285 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yaptırım altına alınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Soruşturmanın gizliliği" başlığı altında düzenlenen 157 nci maddesinde, Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin

<sup>25</sup> Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul 2009, s.265; Kunter-Yenisey-Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.716.

<sup>26</sup> Avukatla haberleşmenin gizliliğinin sağlanması AİHM'nin kararlarına da konu olmuştur. Konuyla ilgili kararda; başvuru gözetiminde iken avukatıyla özgürce ve denetimsiz olarak haberleşme olanağını bulamamıştı. 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. Avukatın müvekkili ile bu tür gözetim olmaksızın görüşme yapamaması ve ondan ikisinin arasında kalacak şekilde bilgi ve talimat alamaması durumunda sağladığı yardımın yararlılığı büyük ölçüde azalacaktır. Oysa AİHS hakları uygulanabilir ve etkin tarzda güvence altına almak için hazırlanmıştır (diğer hususların yanı sıra bkz. (13 Mayıs 1980 tarihli Artico davası kararı). Karar için bkz. Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi, Kasım 2003, s.186.

<sup>27</sup> Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 18.

<sup>28</sup> Okuyucu, Güneş, "Soruşturmanın Gizliliği", AÜHFİD, S. 59 (2) Y. 2010, s.260.

<sup>29</sup> Çiçek, İbrahim, Tanık Koruma Kanunu, İstanbul 2009, s.51.

gizli olacağı belirtilmiştir. Bu hükmün ihlal edilmesi ise 5237 Sayılı Kanunun<sup>30</sup> 285 inci maddesi ile cezalandırılmıştır. 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda bu suçun karşılığı bulunmamaktaydı<sup>31</sup>.

Centel'e göre, böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin ve gizlilik ilkesinin yasada açıkça belirtilerek yaptırıma bağlanmasının temel nedeni, masumiyet karinesinin ihlalini engelleme amaçlı olup, demokrasi kültürü ile geleneğinin, insan ve sanık hakları kavramlarının ve gizlilik ilkesi amacının kişiler, kamu görevlileri ve medya mensuplarınca özümsemesinin sağlanmasıdır<sup>32</sup>.

Soruşturma evresinde yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlal edilmesinin sakıncaları arasında maddenin birinci fıkrasının (b) bendine eklenen kişilerin suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının, haberleşmenin gizliliğinin ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi de sayılabilir.

Yargılamanın gizli kapılar arkasında yapılması ve halk tarafından denetlenememesi kabul edilebilir bir durum değildir. Bu sebeple duruşmalar kural olarak açık yapılmaktadır<sup>33</sup>. Bu kuralın tam aksine soruşturma evresinde yapılan işlemler ise gizli yapılır. Bunun temel nedeni ise, delillerin güvence altına alınması ve sanığın lekelenmemesinin sağlanmasıdır. Aksi halde sanık savunma içgüdüyle hareket edip delilleri karartma yoluna gidebilir<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> 26.09.2004 Gün ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (RG 12.10.2004, No.25611).

<sup>31</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, Ankara 2010, s.901; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanun'una suç tipinin dâhil edilmesinin nedeninin, ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, maddi gerçeğe ulaşma ve adli makamları her türlü baskı ve etkiden koruyarak suçsuzluk karinesinin ve lekelenmeme hakkının ihlalinin önüne geçmek olduğu belirtilebilir. Bkz. **Kaylan, Keskin**, "Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap, Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar," Üçüncü Podyum Tartışması, TBB Yayınları, Ankara 2004, s.210.

<sup>32</sup> **Centel**, "Yeni Ceza Muhakemesi...", s. 142.

<sup>33</sup> **Bardak, Cengiz**, Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Ankara 1996, s. 44; **Ünver-Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.488.

<sup>34</sup> **Centel-Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 94. **Ünver-Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.488. **Parlar-Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4356. **Bardak**, Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, s. 44.

### **b. Kovuşturma Evresinde Gizlilik ve Gizliliğin İhlali**

Gizliliğin ihlali suçunun kovuşturma evresinde işlenmesi hali 285 inci maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, kanun gereği kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğinin ihlâl edilmesi suçtur. Bu nedenle cezaya hükmedilebilmesi için, birinci fıkrada olduğu gibi, gizlilik ihlalinin alenen gerçekleşmesi gerekir<sup>35</sup>.

Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmalardaki her tür gizliliğin ihlali suç sayılmaktadır. Ceza yaptırımına bağlanan yalnızca bu iki durumdur. Bunun dışında sınırsız bir alan çizilmemiş ve verilecek cezanın birinci fıkra hükmüne göre belirlenmesi kararlaştırılmıştır.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında tanığın korunması amacıyla ikinci fıkrada yer alan düzenlemede tanıkların korunması amacıyla kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmalardaki gizliliğin tanıklara yönelik ihlali söz konusu olduğu zaman aleniyetin aranmayacağı belirtilmiştir. Bu sebeple üçüncü fıkranın ikinci cümlesinde, “...bu suçun oluşması için tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz” denilmiştir. 285 inci maddenin genelinde aranan aleniyet koşulu, tanıklığa verilen önem dolayısıyla burada aranmamaktadır.

Gizlilik kuralı Tanık Koruma Kanunu'nda<sup>36</sup> da hüküm altına alınmış ve “...bu kanun kapsamında alınan kararlar ve yürütülen işlemler gizlidir” denilmiştir. Gizliliğin tedbir sona erdikten sonra da devam edeceği belirtilecek korumanın alanı da geniş tutulmuştur (TKK m. 18/1).

### **c. Kişilerin Suçlu Olarak Algılanmalarına Yol Açacak Şekilde Görüntülerinin Yayınlanması**

285 inci maddenin beşinci fıkrasında yer alan suç, soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına neden olacak şekilde

<sup>35</sup> Kaya, Özgür Katip, “Kamu Güvenine Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/-makale>, Erişim t. 20.12.2011.

<sup>36</sup> 27.12.2007 Gün ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu (RG 5.1.2008, No.26747).

görüntülerinin yayınlanması suçudur. Bu fıkrada doğrudan kişilerin görüntülerinden bahsedildiğinden bu kavram üzerinde açıklama yapılması gerekmektedir. Görüntü, bir kimsenin dış görünüşünü ve o insanı teşhis etmeye yetecek şekilde aksettiren yüzeysel cisimler olarak tanımlanabilir<sup>37</sup>.

Kişilerin kendi görüntüleri üzerinde bir hakka sahip olduğu ve bu hakkın kişilik değerleri ile özdeşleştiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı böyle bir hak karşısında muvafakat verilmedikçe, sahip olunan görüntülerin yayınlanması özel hayatın ve kişilik haklarının ihlalini gündeme getirecektir. Eğer yayınlanan bu görüntüler kişilerin toplum nazarında suçlu gibi algılanmalarına sebebiyet veriyorsa bu durum aynı zamanda sahip olunan onur ve saygınlığı da zedeleyecektir<sup>38</sup>. 285 inci maddenin beşinci fıkrasında düzenlenmiş olan hüküm ilk üç fıkradan farklı olarak gizliliğin ihlalini değil, kişilerin ceza muhakemesi hukukunda suçsuzluk karinesinin ihlalini cezalandırmaktadır.

### 5. Suçla Korunan Hukuki Değer

Gizliliğin ihlali suçu Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı İkinci Bölümünde "Adliyeye Karşı Suçlar" kısmında 285 inci maddesinde düzenlenmiştir. Ceza Kanunu'nda bazı suçlar niteliği itibariyle birden fazla hukuki değeri korumaya özgülülmüştür. Türk Ceza Kanunu'nun Adliyeye Karşı Suçlar bölümünde yer alan suçlar da bu niteliktedir.

Suçla korunan hukuki değer konusunda "Adliyeye Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenen suçların genel özelliklerinden bahsetmek gerekmektedir. Adliyeye karşı işlenen suçlarda korunmak istenen hukuki değer karma nitelik taşımaktadır. Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu bakımından korunan hukuki değer karma niteliktedir. Kanaatimizce bu suçla korunan hukuki değer başta adliyenin ve adli makamların korunmak istenmesidir. Adli makamlar maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla hareket ederler. Soruşturma işlemleri de yürütülürken bu işlemlerin icrasını kolaylaştırma adına gizliliğin ihlal edilmemesi gerekmektedir. Maddede yer alan koruma ile soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki işlemler sağlıklı bir şekilde

<sup>37</sup> Gümüş, M. Alper, "Kişinin Resmi Üzerindeki Hakkı", KÜHFD, S.1, Y. 1997, s. 364.

<sup>38</sup> Ünver, Yener, Adliyeye Karşı Suçlar, 2. Baskı, İstanbul 2010, s.354.

yürütülecek, kişilerin masumiyet karinesi ihlal edilmeyecek ve adli makamlarda böylece koruma altına alınacaktır<sup>39</sup>. Kanun koyucu bu suçu “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” kısmının “Adliyeye Karşı Suçlar” bölümünde düzenleyerek adli makamların korunması gerektiğine vurgu yapmış ve korunan hukuki değer olarak öncelik tanımıştır<sup>40</sup>.

Bu suçla korunmak istenen bir diğer hukuki değer ise, bireylerin kişilik haklarıdır. Bireyler, adli makamlarla karşı karşıya geldiklerinde lekelenme hakkından ve masumiyet karinesinden faydalanmalıdır. Kişilerin suçsuzluk karinesinin korunması ve yargı makamlarının adalet ve maddi gerçeğe ulaşmasında bu tür düzenlemelerin önemi yadsınamaz<sup>41</sup>.

Belirtmek gerekir ki, burada kanun koyucu suçun koruma alanının sınırlarını çizerken özellikle iki alana vurgu yapmıştır. TCK'nun 285. maddesinin Gerekçesi'nde, “*Medya, suçlar hakkında bilgilenerken halkın bilgi edinme ihtiyacını karşılamak görevindedir.*” Ancak “*...medya mensupları, bu konularda doğru haber elde edemediklerinde öteden beriden devşirilen ve çok kere yanlış olan bilgileri halka yansıtmakta ve insanların en temel hakkı olan suçsuzluk karinesini ihlâl etmekte ve soruşturma da zarar görmekte ve delillerin yok edilmesi hususunda, elbette ki istemeden şüphelilere yardım sağlanmış olmaktadır*” denilerek medya mensuplarının haber verme hakkının sınırı çizilmeye çalışılmıştır<sup>42</sup>.

Yine 285. maddenin Gerekçesi'nde medya mensuplarına karşı gösterilen tutumun bir benzeri de Ceza Muhakemesi Kanununa göre, yargı görevini üstlenenler arasında sayılan ve müdafilik görevini üstlenen avukatlara karşı

<sup>39</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4355.

<sup>40</sup> **Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011, s.960; **Tezcan, Durmuş-Erdem, M. Ruhan-Önok, R. Murat**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2010, s.920; “*Yine doktrinde adliyeye karşı suç tipleri incelenirken bu suç tipleri bakımından korunan hukuki değerlerin öncelikli olarak adliyeye verildiği görülecektir.*” **Selçuk, Sami**, “Köşe Yazısı”, <http://www.stargazete.com/gazete/yazar/sami-selcuk/-dil-yargilamayi-etkileme-suclari-i-haber-120304.htm>, Erişim t. 03.12.2011.

<sup>41</sup> **Okuyucu**, “Soruşturmanın Gizliliği”, AÜHFD, 59 (2) 2010, s. 262; **Meran, Necati**, Hakaret-İftira, Ankara 2009, s.353; **Arslan, Çetin-Azizağaoğlu, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.1147.

<sup>42</sup> **Silahçioğlu, Belde**, “Türk Ceza Kanunu'nda ve Basın Kanunu'nda Düzenlenen Benzer Nitelikteki Adliye Aleyhine Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2006, S.46, s.3059.

gösterilmiştir. Avukatlar, adalet mekanizmasının bir kolu olarak adaletin tesisi için hizmet etmektedirler. Kanun koyucu bu duruma vurgu yaparak “...avukat adalete hizmet eden bir mesleğin mensubu olarak...” hareket eder hükmüne yer vermiştir. Dolayısıyla avukatlar “...dosyadan elde ettiği bilgileri kanunun verdiği olanaklar çerçevesinde sadece müvekkilini savunması için kullanacak, bunları yayınlamak, örneğin medyaya vermek gibi fiillere girişmeyecektir.” Bunun aksine davranışlar avukatın sır saklama yükümlülüğünü ve müvekkili aleyhine konuşma yasağını da ihlal etmesine sebebiyet verir.

Maddenin beşinci fıkrasında yer alan suç tipi, kişilerin toplum nazarında onur ve saygınlığının ihlal edilmesi halinde gündeme gelecektir. Dolayısıyla burada kişilik hakkının korunması önem arz etmektedir. Bu görüntülerin yayınlanması soruşturma ve kovuşturma evresinde elde edilen görüntüler olduğu için kanun koyucu gizliliği ihlal ederek ele geçirilen görüntüler bağlamında bu suçu “gizliliğin ihlali” başlığı altında düzenlemiştir<sup>43</sup>.

Burada yer verilen suç tipinin cezalandırmayı gerektiren niteliğine ve koruduğu hukuki değere bakıldığında ilk üç fıkradan farklı olarak şüpheli ve sanık hakları bakımından önemli bir yere sahip olan masumiyet karinesi ile beraber toplum nazarında olan saygınlığının da korunmaya çalışıldığı görülecektir.

## 6. Suçun Unsurları

### I. Maddi Unsurlar

#### A. Fiiil

İnceleme konusu suç bakımından birinci fıkrada yasaklanan fiil; “*soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal*” etmektir. Kanun koyucu burada yürütülen bir soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal etmeyi suç olarak düzenlemiştir. Fakat suçun oluşabilmesi için;

<sup>43</sup> Kanaatimizce bu suç tipine TCK.’nın İkinci Kitabının, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde yer alan “Şeref Karşı Suçlar” kısmında da yer verilebilirdi. Çünkü korunan hukuki değer bakımından kişilik hakları ön plana çıkmaktadır. Fakat adli makamlara karşı bir suç işlendiği de ortada olduğundan kanun koyucu takdir hakkını “Adliye Karşı İşlenen Suçlar” yönünde kullanmıştır.

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması gerekir.

Maddenin birinci fıkrasında, sadece soruşturmanın tarafları dışındaki kişilere karşı gizli tutulan işlemlerle ilgili gizliliğin ihlali suç olarak tanımlanmaktadır. İkinci fıkrada ise soruşturmanın belirli süjelerine karşı gizli tutulan işlemlerle ilgili olarak gizliliğin ihlali ayrı bir suç olarak düzenlenmektedir.

Soruşturma evresindeki işlemlerin içeriği kural olarak gizlidir. Ancak, bu gizlilik mutlak değildir. Bu gizlilik, savunma hakkını kısıtlar bir şekilde uygulanamayacaktır. Soruşturma evresindeki işlemler ve içerikleri, soruşturmanın taraflarından şüpheliye veya müdafisine karşı, savunma hakkının kullanılmasını kısıtlayacak şekilde gizli tutulamayacaktır.

Kanunlarda soruşturma evresindeki belirli işlemlerin soruşturmanın belirli süjelerine karşı da gizli tutulması gerektiği hususunda hüküm bulunan hâllerde, bu işlemler, soruşturmanın süjeleri bakımından da gizli tutulmaktadır. Örneğin, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması hususunda verilmiş olan kararlar şüpheliye ve müdafisine karşı gizli tutulmaktadır.

Soruşturma işlemlerinin gizliliği, esas itibarıyla soruşturmanın süjesi olmayan kişiler bakımından söz konusudur. Soruşturma evresindeki belirli işlem içerikleri, soruşturmanın süjeleri bakımından gizli olmamakla birlikte, diğer kişiler bakımından gizlilik özelliğini muhafaza etmektedir. Örneğin, soruşturma evresinde delillerin tespitine ilişkin işlemlerin içerikleri, savunma hakkının kullanılabilmesi için, şüpheliye ve müdafisine karşı gizli tutulmaz; ancak, bunların masumiyet karinesini ya da özel hayatın veya haberleşmenin gizliliğini ihlal eder biçimde kamuya açıklanması, gizliliğin ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Yapılan düzenlemeyle kişilerin masumiyet karinesinden yararlanma hakkını ihlal etmemek, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engellemek

ve özel hayatın veya haberleşmenin gizliliğini ihlâl etmemek kaydıyla, soruşturma evresindeki işlem içeriklerinin haber konusu yapılması, haber verme hakkı çerçevesinde değerlendirilir. Dolayısıyla soruşturma sürecinde kişilerin şüpheli veya tanık sıfatıyla ifadelerinin içerikleri hakkında, ilgililerin rızaları olsa dahi, kamu davası açılıncaya kadar kamuya açıklama yapılmamalıdır.

İkinci fıkrada yer alan düzenlemede ise soruşturmanın süjeleri dışındaki kişilere karşı işlemlerin gizliliğinden bahsedilmektedir. Fakat suçun oluşabilmesi için, bu bilgilerin aleniyete kavuşturulması gerekmektedir. Örneğin; soruşturma dosyası henüz vekalet ilişkisi kurulmadan veya müdafilik görevini üstlenen birisi ortaya çıkmadan sadece görüş alınması ve yardımına başvurulmak üzere üçüncü bir kişiye gösterilirse, aleniyet unsuru gerçekleşmediğinden suçun oluştuğundan bahsedemeyiz<sup>44</sup>. Maddede yer alan aleniyet kavramı hakkında aşağıda ayrıntılı bilgiye yer verilecektir.

Gizliliğin ihlali her türlü yazılı veya sözlü davranışlarla gerçekleşebilir. Burada özellikle istenen ve suçun oluşması bakımından aranan bir şart söz konusu değildir. Bu bakımından fıkrada düzenlenen suç serbest hareketli bir suçtur. Dolayısıyla gerçekleştirilen fiilin icrasının ne şekilde olduğu önem arz etmemektedir<sup>45</sup>. Fakat suçun oluşması için yapılan soruşturma ile ilgili bilgi ve belgelere çok sayıda kişinin ulaşma olanağının bulunması gerekmektedir. Birkaç kişinin haberdar olması ve bunun sınırlı bir çevrede kalması gizliliğin ihlali suçuna sebebiyet vermeyecektir<sup>46</sup>. Kanunda suç sayılan eylemin belirli hallerin varlığı halinde aleniyet şartı gerçekleşmeksizin suç sayılacağı da gösterilmiştir. Buna göre, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

---

<sup>44</sup> **Özgenç**, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.152.

<sup>45</sup> **Özgenç, İzzet**, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 8 Ekim 2010 Kolokyum, s.152.

<sup>46</sup> **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, Ankara 2010, s.8093.



Maddenin üçüncü fıkrasında yasaklanan fiil; “kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin her tür gizliliğin ihlali”dir. Kanun koyucu kişilerin toplum nazarında suçlu olarak bilinmesini önlemek ve adil bir yargılamayı sağlamak amacıyla gizli yapılan işlemleri alenen ihlal eden kimseleri cezalandırmıştır. Burada yer alan fiilin suç teşkil edebilmesi için duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğinin ihlal edilmesi gerekmektedir. Ancak bu fiilin tıpkı ilk iki fıkrada olduğu gibi alenen gerçekleşmesi gerekir<sup>47</sup>. Belirtmek gerekir ki, bu ihlalin duruşmada yapılan açıklama veya görüntülere yönelik olması şarttır. Aksi takdirde fiil suç teşkil etmeyecektir. Belirttiğimiz gibi, kural olarak duruşmalar aleni bir şekilde yürütülür. Fakat kanun koyucu istisnai hükümlere de yer vererek bir tarafın menfaatini korumaya çalışmıştır<sup>48</sup>.

TCK'nun 285 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan suç, soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına sebebiyet verecek şekilde görüntülerinin yayınlanmasıdır. Bu suçun oluşabilmesi için görüntüleri yayınlanan kimsenin toplumda suçlu gibi algılanması şarttır. Doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturmanın yürütülmesinde kişinin görüntüsünün yayılması suçun oluşmasına sebebiyet vermez. Bunun objektif olarak değerlendirilmesi ve yayımlanan görüntünün okuyucu ve izleyici tarafından nasıl algılandığı tespit edilmelidir. Eğer ortada kişinin suçlu olarak algılanmasına sebebiyet verecek şekilde bir görüntü söz konusu değilse suçun oluştuğundan bahsedemeyiz<sup>49</sup>. Yayın teriminden anlaşılması gereken ise her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlardır(TCK m.6/1-g).

<sup>47</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4358.

<sup>48</sup> **Ünver- Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.542. Bu istisnai hükümleri şu şekilde de izah edebiliriz:1-İhtiyari olarak genel ahlakın ve kamu güvenliğinin söz konusu olduğu haller. (Genel ahlakın söz konusu olduğu hallere TCK.'nun 102-105 (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar) ve 225, 226 ve 227 inci (Genel Ahlak Karşı Suçlar) maddelerinde yer verilen suçlar örnek gösterilebilir. Bu hallere aleniyetin kaldırılabilceği haller de denilmektedir.) 2-Zorunlu olarak kapalı yapılması gereken duruşmalar.

<sup>49</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, Ankara 2010, s.8096; **Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007, s.990.

### a. Aleniyet ve Aleniyetin Hukuksal Niteliği

Maddede değerlendirmeye alınması gereken bir diğer önemli husus aleniyettir. “Aleniyet” kelimesi sözlükte, “*bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması*” demektir<sup>50</sup>.

Aleniyetin ceza hukukunda iki çeşit fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, aleniyetin suçun unsuru olması diğeri, suçun ağırlaştırıcı sebebi biçiminde düzenlenmesidir<sup>51</sup>.

Doktrinde de aleniyet kavramı tanımlanmaya çalışılmıştır. Yapılan bir tanıma göre aleniyet; *filin birden fazla kimsenin huzurunda işlenmesidir*<sup>52</sup>. Diğer bir tanıma göre ise aleniyet; *suçun umumi veya umuma açık bir yerde işlenmesidir*<sup>53</sup>. Aleniyet; *duruşmada ortaya konulan delilerin değerlendirilmesi, iddia ve savunma makamlarının söylediklerinin karşılaşması ve ortaya konulan belgelerin herkes tarafından görülmesi*” olarak da tanımlanabilir<sup>54</sup>. Suç tipinin oluşmasında aleniyet son derece önem arz etmektedir. Çünkü yasa koyucu soruşturmanın gizliliğinin ihlali suçunu, eylemin alenen gerçekleşmesine bağlamıştır.

### b. Suçun Oluşması Açısından Aleniyetin Gerekli Olduğu Haller

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Soruşturmanın gizliliği” başlığı altında düzenlenen 157 nci maddesine göre, Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olacağı ifade edilmiştir.

<sup>50</sup> **Ayverdi**, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Lügatı, s.100; “Aleniyetin” mukayeseli hukukta ne anlama geldiği ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.601.

<sup>51</sup> **Gökçen, Ahmet**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, İstanbul 2001, s.142. Aleniyetin ağırlaştırıcı neden olarak ortaya çıktığı suç tiplerine örnek olarak mülga 765 sayılı TCK 480 ve 482. maddelerinde düzenlenen hakaret suçu verilebilir(5237 sayılı TCK m.125/4). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dönmezer, Sulhi**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1990, s.265.

<sup>52</sup> **Erem, Faruk**, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C.II, Ankara 1965, s.226.

<sup>53</sup> **Sancar, Türkan Yalçın**, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2004, s.172-173.

<sup>54</sup> **Yenisey, Feridun- Cihan, Erol**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1998, s.29.

Bu hükmü ihlal eden kimse ise TCK'nun 285 inci maddesi ile cezalandırılacaktır. Buradaki gizlilik esas itibariyle yargılamanın dışında yer alan ve olayla doğrudan doğruya ilgisi olmayan üçüncü kişilere karşı getirilmiş bir ilkedir<sup>55</sup>. Eğer soruşturma aşamasında gerekli gizlilik sağlanamazsa yapılan işlemler amacına ulaşamaz. Gizlilik ilkesi ile herhangi bir şekilde soruşturma evresinde rol alan bireylerin lekelenmeme hakkı ve suçsuzluk karinesi korunmaya çalışılmıştır<sup>56</sup>. Burada genel olarak gizlilik ele alındığından aleni bir şekilde ihlalin gerçekleşmesi halinde suçun oluşacağını söyleyebiliriz. Fakat bu aleniyet koşulunun gerçekleşmesi için soruşturma işlemlerine yönelik bilgi ve belgelerden belirsiz sayıda kişinin haberdar olması gerekmektedir<sup>57</sup>. Örneğin, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün üyelerine ulaşmak ve işlenen suçları aydınlatmak için, yürütülen bir soruşturmada kuvvetli şüphe üzerine yakalanmış kimselerin olayla ilgili olan bilgi-belge ve delillerin gizlenmesine veya yok edilmesine sebebiyet verecek şekilde gizliliği ihlal edenler aleniyet koşulu aranmaksızın bu madde kapsamında cezalandırılacaktır. Ancak gizli yapılan işlemler aleniyet kazanmış ve herkes tarafından bilinen ve bilinebilecek bir nitelik kazanırsa o halde soruşturmanın gizliliğini ihlalden bahsedemeyiz<sup>58</sup>.

Kural olarak yargılamanın kamuoyuna açık bir şekilde yapılması gerekmektedir. Kamuya açıklık ilkesi duruşmada bulunabilecek kimseler dışında üçüncü kimse konumundaki kişilerin de duruşmayı takip edebileceği

---

<sup>55</sup> **Silahçioğlu**, Türk Ceza Kanunu'nda ve Basın Kanunu'nda Düzenlenen Benzer Nitelikteki Adliye Aleyhine Suçlar, s.3060.

<sup>56</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, s.774.

<sup>57</sup> **Özgenç**, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.152.

<sup>58</sup> **İstanbul 2. Asliye Ceza Mah.'nin 17.07.2008-498/716 sayılı kararı** "Her ne kadar sanıkların gizliliği ihlal ettikleri gerekçesiyle dava açılrsa da, sanıkların yazılı ve görsel basında ergenekon davası olarak yazılan ve çizilen soruşturmada muhabir olarak haber yapmak için kamuoyu aydınlatmak ve bilgilendirmek amacı ile yazı yazdıkları yazılan yazıları uzun süredir Türkiye gündemini ve medyasını meşgul ettiği, herkes tarafından ve devletin en üst kademelerindeki ilgililer tarafından beyanatlar bulunduğu olayla ilgili bazı TV'lerde açık oturumlar düzenlendiği gizliliğin bu şekilde aleniyet kazandığı ve suçun yasal unsurlarının oluşmadığı sanıkların haber yaptıkları tüm dosya kapsamında anlaşılmış olmakla sanıklar hakkında açılan kamu davalarından ayrı ayrı beraatlerine..." denilerek aleniyet unsuruna vurgu yapılmıştır.

anlamına gelmektedir<sup>59</sup>. Burada değerlendirilmesi gereken hususlar ise kanunen kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmalar hangileridir? Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hangi duruşmaların kapalı yapılması gerektiği açık bir şekilde yer almaktadır. “Duruşmanın açıklığı” başlığında ele alınan 182 nci madde düzenlemesine göre kural olarak duruşma herkese açıktır. Ancak yasanın ikinci fıkrasında “Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir” hükmü bulunmaktadır<sup>60</sup>.

Dolayısıyla yapılacak duruşma, genel ahlak bakımından ve kamu güvenliği yönünden bir tehlike arz ediyor ise mahkeme duruşmanın kapalı yapılmasına karar verebilecektir. Mahkeme duruşmanın akışı ve selameti yönünden genel ahlakı zedeleyecek bir durumla karşılaşır ya da kamu için duruşmanın açık yapılması güvenliği tehlikeye düşürecekse duruşmanın kapalı yapılmasına karar verilebilir. Yukarıda belirttiğimiz hallerde inceleme konumuz açısından suçun oluşması için aleniyet koşulunun arandığı görülmektedir. Tipe uygun eylemin suç sayılabilmesi için failin ihlal ettiği gizlilik ilkesinin alenen gerçekleşmesi şarttır.

### c. Suçun Oluşması Açısından Aleniyetin Gerekli Olmadığı Haller

Soruşturma evresinde alınan ve yasa hükmü gereğince gizli tutulması gereken karar ve işlemler Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri olarak düzenlenen bu kararlar yargılama sonucunda maddi gerçeğe ulaşma bakımından muhakemeyi yürüten sülheler verilen yetkililerdendir. Örneğin; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi başlığı altında

<sup>59</sup> **Zafer, Hamide**, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s.765.

<sup>60</sup> **Y5CD, 30.01.2006-2005/17298/377 sayılı kararda**; Sanığın onsekiz yaşından büyük olduğu ve genel ahlakın gerekli kıldığı hallerde CMK.nun 182/1. maddesi uyarınca verilen kapalılık kararıyla ancak duruşmanın tamamının veya bir kısmının kapalı yapılabileceği ve aynı maddenin ikinci fıkrasının amir hükmüne göre hükmün zorunlu olarak aleni duruşmada açıklanması gerektiği nazara alınmadan, hükmün gizli tefhim edilmesi yasaya aykırı bulunmuş ve hükmün aleni duruşmalarda açıklanması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

düzenlenen bölümü (CMK m. 135 vd.) ile gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme bölümünde (CMK m.139 vd.) alınan kararların ifşasının TCK'nun 285 inci maddede yer alan suç oluşturacağı ortadadır<sup>61</sup>. İletişimin denetlenmesi kararları kanunda belirtilen kişiler tarafından alındığında bu tedbirin gizlice uygulanması gerekir. CMK'nun 135 inci maddesinin 5 inci fıkrasında bu husus vurgulanmış ve bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemlerin, tedbir süresince gizli tutulacağı ifade edilmiştir.

Yürütülmekte olan soruşturmaya ilişkin hakim kararıyla bir telefon dinleme gerçekleştirilirse, yapılacak olan dinleme işlemi gizli tutulmak zorundadır<sup>62</sup>. Bu gizlilik ihlal edildiği takdirde alınan dinleme kararı bir anlam kazanmayacak ve soruşturma sağlıklı yürümeyecektir. Gizlilik gerek şüpheliye gerekse de müdafiiine karşı sağlanmalıdır.

Suçlulukla mücadele ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması son derece önemli olduğu için en etkin yöntemlerden biri olan ve delil niteliği haiz olan tanıklıktan da istifade edilmesi gerekmektedir. İspat hukuku ve tanık beyanı delili bu safhalarda ön plana çıkmakta ve ceza adaletinin sağlanmasında rol oynamaktadır<sup>63</sup>. Tanık ceza muhakemesinin yürütülmesinde olay hakkında beş duyu organıyla elde ettiği bilgileri açıklar ve söyledikleri delil niteliğine sahip olur<sup>64</sup>. Maddi gerçeğe ulaşma bakımından tanığın ifadeleri son derece önem arz eder. Tanık bir nevi ispat aracıdır. Yaptığı açıklamalar davanın gidişatını doğrudan doğruya etkileyebilir. Bu sebeple tanık açısından gizlilik kuralına riayet edilmelidir.

---

<sup>61</sup> Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s.346; Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, Ankara 2010, s.903; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.469-470; Okuyucu, Soruşturmanın Gizliliği, AÜHFD, S.59 (2) 2010, s. 264-265.

<sup>62</sup> Meran, Hakaret-İftira, s.356.

<sup>63</sup> Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Ankara 2009, s.25; Balo, Yusuf Solmaz, Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma, Ankara 2009, s. 90-91.

<sup>64</sup> Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 226; Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.239.

### B. Fail

Gizliliğin ihlali suçunun faili herkes olabilir. Burada failin özel bir sıfatının bulunmasına gerek yoktur<sup>65</sup>. Soruşturmanın başında yer alan ve bu işlemleri yürütmekle birinci derecede sorumlu olan savcıların bu suçun faili olup olamayacaklarının ise ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Yine soruşturma ile ilgili olarak şüpheli veya sanıkların kendi haklarında yürütülen soruşturmaların gizliliğini ihlal etme konusunda fail olmalarının söz konusu olup olamayacağı da değerlendirilmelidir. Ünver'e göre doktrinde şüpheli, sanık veya savcının suçun faili olup olamayacağı açısından yapılan tartışma gereksiz bir tartışmadır. Çünkü belirtilen kimselerin sahip olduğu bir takım yetkiler (dava dosyasını inceleme, örnek alma veya iddianame hazırlama), onların bu suçun faili olamayacağı anlamına gelmemektedir. Sonuç olarak şüpheli, sanık veya savcılıkta bu suçun faili olabilmektedir<sup>66</sup>. Bu hususta bizim de kanaatimiz aynı doğrultudadır. Burada sanığın müdafiliğini üstlenmiş olan kimselerin dosyadan edindikleri bilgileri ancak savunma amacıyla kullanması ve bu bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşmaması gerekmektedir<sup>67</sup>.

İnceleme konumuz olan suç tipi soruşturma evresi ile doğrudan doğruya bağlantılı olduğu için bu evrede bir şekilde görev alan kişiler de bu suçun faili olabilmektedirler. CMK'nun 253 üncü maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenen uzlaşma başlıklı maddede aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların kanunda belirtilen kişiler tarafından uzlaştırılmaya çalışılması belirli suçlar açısından zorunluluk arz etmektedir. Bu sebeple bu evrede görevli olanların tarafları uzlaştırmaya çalışırken öğrenmiş oldukları bilgileri soruşturmanın gizliliği açısından paylaşmaması gerekmektedir (CMK m.253/11)<sup>68</sup>. Çünkü tüm çabalara rağmen taraflar uzlaşmadığı takdirde soruşturmayı yürütmekle görevli olan savcı işlemlere kaldığı yerden devam eder.

<sup>65</sup> Meran, Hakaret – İftira, s.353; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4355.

<sup>66</sup> Ünver, Adliyeye Karşı Suçlar, s.345.

<sup>67</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, s.8097.

<sup>68</sup> Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.48; Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.715.

Kanun koyucu 02.07.2012 Gün ve 6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunla” maddede değişiklik yapmış ve soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yer alan suçların kamu görevlileri tarafından görevinin sağlamış olduğu kolaylıktan yararlanılarak işlenmiş olması halinde cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda Cumhuriyet savcısı, zabıt katibi, bilirkişi, uzlaştırmacı gibi kamu görevi üstlenen kişiler görevlerinin sağladığı kolaylıktan faydalanarak bu suçun işlenmesine sebebiyet verirse daha ağır ceza ile cezalandırılacaklardır.

TCK'nun 285 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan suç da herkes tarafından işlenebilecek bir suç tipidir. Faillik bu suç bakımından bir özellik arz etmez. Burada değerlendirilmesi gereken husus suç basın yayın yoluyla işlenirken ilgili basın ve yayın organının sorumlu genel müdürlerinin ne şekilde sorumlu tutulup tutulmadığı olacaktır. 5187 Sayılı Basın Kanunu'nun<sup>69</sup> 11 inci maddesinde belirtilen açık hükümden de anlaşılacağı üzere cezai sorumluluk olarak süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlarda eser sahibi sorumludur<sup>70</sup>. Dolayısıyla burada denetimle görevli olan kimselerin cezalandırılmasından bahsedemeyiz.

### C. Konu

Soruşturmanın gizliliği CMK'nun 157 nci maddesiyle doğrudan bağlantılıdır. Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir hükmü başta olmak üzere, kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararlar ve bu kararların gereği yapılan işlemler suçun konusunu oluşturmaktadır<sup>71</sup>.

Burada soruşturma evresindeki tüm usul işlemlerinin suçun konusu olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Ceza muhakemesi bakımından sanık ve

<sup>69</sup> 9.6.2004 Gün ve 5187 Sayılı Basın Kanunu (RG 26.6.2004, No.25504).

<sup>70</sup> İçel, Kayhan- Ünver, Yener, Kitle haberleşme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2005, s.276.

<sup>71</sup> Taşdemir, Kubilay- Özkepir, Ramazan, Yeni TCK-CMK-CGİK Tasarımlar-Gerekçeler, Ankara 2005 s.682. Meran, Hakaret – İftira, s.354.

şüpheli hakları koruma altına alındıktan sonra gizlilik ilkesi ihlal edilmemelidir. Bunun yanı sıra gizli kalması zorunlu olan kararlara yönelik işlemlerin de gizliliği korunmalıdır. Fakat belirtmek gerekir ki, buradaki gizlilik asla basını ve kamuoyunu yapılan işlemlerden haberdar etmeme olarak anlaşılmalıdır. Yani gizlilik, soruşturma işlemleri bakımından mutlak bir özellik arz etmemektedir<sup>72</sup>. Bu gizlilik bir sansür uygulaması değil, tam aksine iki hak arasındaki dengeyi sağlamaktır<sup>73</sup>. Çünkü bir tarafta masumiyet karinesinden yararlanan şüpheli veya sanık diğer tarafta ise, bilgi edinme hakkına sahip bir kamuoyu vardır<sup>74</sup>. Dolayısıyla burada denge iyi sağlanmalı ve her iki tarafın da sahip olduğu haklar gözetilmelidir. Madde metninde de belirtildiği üzere, “savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla” bu işlemlerin gizli yürütülmesi gerekmektedir.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu bir tehlike suçudur. Tehlike suçunun oluşmasında hareketin suçun konusu üzerinde bir tehlikeye sebebiyet verip vermediği hakim tarafından incelenmez. Diğer bir deyişle hareketin yapılmasıyla suçun konusu üzerinde tehlikenin oluştuğu kabul edilir<sup>75</sup>.

Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğinin alenen ihlâl edilmesi halinde suç tamamlanır. Hareketin yapılmasıyla suçun konusu üzerinde tehlikenin oluştuğu kabul edilir. Dolayısıyla kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğinin ihlali suçu da soyut tehlike suçudur.

TCK m. 285/5’de yer alan suçun konusunu soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntü-

<sup>72</sup> **Özgenç**, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.148.

<sup>73</sup> **Dirim, Vuslat**, “Savcılık ve Medya İlişkileri”, Fasikül Yıl 2, Sayı 3, Şubat 2010, s.19.

<sup>74</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4356. Ayrıca 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 4. maddesi hükümleri çerçevesinde herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

<sup>75</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 307; **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, 5. Baskı, s.195-196.



lerinin yayınlanması oluşturmaktadır<sup>76</sup>. Maddenin bütününe bakıldığında 5 inci fıkra da yer alan düzenlemenin bağımsız bir suç olduğu görülmektedir. İnceleme konusu suçun oluşabilmesi için görüntüleri yayınlanan kimsenin toplumda suçlu gibi algılanması şarttır. Suç somut tehlike suçudur<sup>77</sup>. Mahkemenin yapılan yayının kişinin suçlu gibi algılanmasına sebebiyet verip vermediğini araştırması gerekir. Somut tehlike suçlarında failin gerçekleştirdiği eylemden ötürü cezalandırılabilmesi için suçun kanuni tanımında yer alan unsurlarla birlikte somut bir tehlikenin de ortaya çıkması şarttır<sup>78</sup>.

#### D. Mağdur

İnceleme konusu olan suç tipinde suçun mağduru, muhakemenin yürüyüşünde gizliliğin ihlal edilmesi ile masumiyet karinesine, özel hayatına, haberleşme hürriyetine ve Anayasa tarafından korunan temel haklarına saldırılan kimsedir<sup>79</sup>. Toplumda yaşayan herkesi suçun mağduru saymaya, geniş anlamda mağduriyet denmektedir. Geniş anlamda mağdur ise devlet değil, devleti ve toplumu oluşturan bireylerdir. Bu yüzden devlete mağdur sıfatı verilmemelidir<sup>80</sup>. Belirtmek gerekir ki, soruşturma evresinde gerçekleştirilen usul ve işlemlerle ilgili zan altında olan kimse gizliliğin ihlal edilmesiyle birlikte bu suçun mağduru olmakta, genel anlamda ise devlet ve ona bağlı adli makamlar bu suçtan zarar görmektedir.

<sup>76</sup> Maddede yer alan suç tipi 6352 Sayılı kanunla değiştirilmiş ve "...kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması" yerine, "kişilerin suç olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması" şeklinde düzenlenmiştir. Bu değişiklik yerinde olmuş ve anlatım olarak bir suç tipine uygun olmayan ifadeler kaldırılmıştır. Değişiklikten önce suçun konusu olarak gösterilen "damgalanma" maddede mecazi manada kullanılmıştı. "Damgalanma" terimi mecazen; "*bir kimsenin üzerine ayıplı ve kusurlu olduğu hükmü yerleştirilmek*" anlamına gelmektedir.

<sup>77</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4358. Yazarlar, burada elde edilen görüntülerin yayınlanması ile kişilerin toplum nazarında suçlu oldukları izleniminin ve kanaatinin uyanması sonucunu doğurma olasılığının gerekli ve yeterli olduklarını düşündüklerinden suçun soyut tehlike suçu olduğu görüşünü belirtmişlerdir.

<sup>78</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 578; **Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s.148.

<sup>79</sup> **Özgenç**, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.154.

<sup>80</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.308.

Maddede yer alan suçun işlenmesiyle, masumiyet karinesinden yararlanma hakkı ve özel hayatının veya haberleşme içeriklerinin gizliliği ihlâl edilen kişi, mağdurdur. Ancak, bu kişinin söz konusu soruşturma kapsamında şüpheli olan kişi olması şart değildir. Özellikle, özel hayatın veya haberleşme içeriklerinin gizliliğinin ihlâli bakımından bu kişi, şüpheli dışında soruşturma konusu suçun mağduru veya sair bir kişi de olabilir.

Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan suç tipinin mağduru, duruşma evresinde sanık konumunda olan kimsedir. Devam eden bir yargı faaliyetinde işlenen suçla ilgili kamuoyuna sanıkla ilgili olarak duruşmada yapılan açıklamaların içeriği hakkında bilgi vermek yahut görüntü elde etmek sanığın mağdur olmasına sebebiyet verecektir. Fakat kanun koyucu bu işlemlerin kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerden olması gerektiğini belirtmiştir.

Maddenin beşinci fıkrasında yer alan suçun mağdurunu ise soruşturma ve kovuşturma evresinde görüntüleri toplum nazarında suçlu gibi algılanan kimseler oluşturmaktadır. Kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntüleri yayımlandığı takdirde mağduriyet ortaya çıkmaktadır.

### **E. Netice**

TCK m. 285’de yer alan suç tipleri, gizliliğin ihlalinin gerçekleşmesiyle tamamlanır<sup>81</sup>. Ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi şart kılınmamıştır. Dolayısıyla bu suç sırf hareket suçu niteliğindedir.

### **II. Manevi Unsurlar**

TCK.nun 285 inci maddesinde yer alan suç tipleri ancak kasten işlenebilecek suçlardır. Burada failin saiki önem taşımamaktadır. Bu suçlar bakımından genel kastın varlığı yeterlidir. Fail, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yaptırım altına alınan gizliliği bozduğunu biliyor ve bu istek doğrultusunda eylemini gerçekleştiriyorsa suç oluşur<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> **Okuyucu**, Soruşturmanın Gizliliği, AÜHF, 59 (2) 2010, s. 268.

<sup>82</sup> **Meran**, Hakaret – İftira, s.357.

Maddede ele alınan suçların taksirle işlenmesi ise söz konusu değildir<sup>83</sup>. Çünkü bir suçun taksirli halinin cezalandırılabilmesi için kanun metninde suçun taksirli haline açıkça yer verilmesi gerekir<sup>84</sup>.

### III. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyen ve tüm hukuk sistemine aykırı bir durumdur<sup>85</sup>. TCK m. 285 bağlamında değerlendirilmesi gereken en önemli hukuka uygunluk sebepleri ise, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır.

#### a. Hakkın Kullanılması

Gizliliğin ihlali suçunda hukuka uygunluk sebebi açısından hakkın kullanılması önemli bir yere sahiptir. Çünkü 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26 ncı maddesinin hükmüne göre, "*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*" Ceza hukukunda bir kimse sahip olduğu hakkı hukuk düzeni içerisinde kullanmak ister ve bunu anlayabilirse, üçüncü kimselerin menfaati etkilenmedikçe yapılan eylemler hukuka aykırı sayılmaz<sup>86</sup>. Yukarıda yapılan açıklamalarda değinildiği üzere, soruşturma işlemlerinin gizliliği mutlak değildir. Bu kapsamda kamunun bilgilendirme ve haber alma/verme hakkı sınırları içerisinde hareket etmek gerekmektedir<sup>87</sup>. Öte yandan ifade özgürlüğü

<sup>83</sup> Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s.353; Okuyucu, Soruşturmanın Gizliliği, AÜHFD, 59 (2) 2010, s. 268; Parlar- Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4359.

<sup>84</sup> Öztürk, Bahri- Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011, s.259; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 344. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.209.

<sup>85</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 263; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 396; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s.194; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, 3. Baskı, s.251; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.239; Ekici Şahin, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s.65 vd.

<sup>86</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.423; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s.214.

<sup>87</sup> Özgenç, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.150.

ve halkın gerçekleri öğrenme hakkı demokratik toplumun omurgası bir diğer ifadeyle “olmazsa olmaz” koşuludur<sup>88</sup>.

285. maddenin son fıkrasında ifade edildiği üzere, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmayacaktır. Kanun koyucu basın yayın organlarının haber verme hakkını hukuka uygunluk sebebi olarak ayrıca değerlendirmiştir.

TCK m. 285’in üçüncü fıkrasında düzenlenen kanuna göre gizli yapılması gereken veya gizli yapılmasına karar verilen duruşmalar açısından gizliliğin ihlalinin söz konusu olabilmesi için mahkemece verilen kararın hukuka ve kanuna uygun olması gerekmektedir<sup>89</sup>. Dolayısıyla kanuna aykırı bir uygulama ile maddenin ihlal edildiği iddia edilemez.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal edebilecek ve yapılan eylemi hukuka uygun hale getirecek hususlar da Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilmiştir<sup>90</sup>. Burada hakkın kullanılması hususunda değerlendirilmesi gereken bir başka husus da ifade özgürlüğüdür. Toplum içerisinde yaşayan bireylerin çevresinde yaşanan gelişmelerden haberdar olması ve sahip olduğu bilgiyi paylaşması hayatın olağan akışında vazgeçilmez bir durumdur. Böylesi bir bilgi aktarımını da basın ve yayın kuruluşlarının sağlayacağı ortadadır<sup>91</sup>.

Gizliliğin ihlali suçunda müdafinin dosyayı inceleme yetkisi hukuka uygunluk sebepleri içerisinde hakkın kullanılması bağlamında ele alınır. Dosyayı inceleme yetkisine sahip olan müdafii ile suç şüphesi altında bulunan şüpheli veya sanık arasında sıkı bir bağ vardır. Savunma faaliyeti şüphelinin suçsuzluğunu yetkili organ önünde ileri sürmenin yanında somut olayın ve delillerin durumuna göre fiili işlemiş olmakla beraber hukuka uygun olduğunu, şüpheli veya sanığın daha az cezalandırılması ya da hiç cezalandırılmaması yönünde yapılan savunmayı da kapsamaktadır<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> **Karçılıoğlu, Kaan**, Demokratik Sistemin Unsuru Olarak İfade Özgürlüğü Ve Ceza Hukukunun Etkisi, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008, s.451 vd.

<sup>89</sup> **Ünver**, Adliyeye Karşı Suçlar, s.351.

<sup>90</sup> **Meran**, Hakaret – İftira, s.357.

<sup>91</sup> **İçel- Ünver**, Kitle haberleşme Hukuku, s.108-110.

<sup>92</sup> **Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.240.

Ceza muhakemesinde müdafî seçilen veya görevlendirilen kimse, şüpheliye veya sanığa hukuki yardımda bulunmak amacıyla, gerek soruşturma evresinde veya gerekse iddianamenin mahkeme tarafından kabulü ile başlayan kovuşturma evresinde istediği belgeleri inceleyebilir, bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir (CMK m.153/1 ve CMK m.153/4). Fakat burada yapılan incelemenin kapsamına dosyada mevcut olan delillerin incelemesi girmez<sup>93</sup>. Bunun dışında müdafî soruşturma dosyasında bulunan her türlü kağıt ve belgeyi inceleme yetkisine sahiptir<sup>94</sup>.

### b. İlgilinin Rızası

TCK m. 285'de yer alan gizliliğin ihlali suçunda değerlendirilmesi gereken bir diğer hukuka uygunluk sebebi ise ilgilinin rızasıdır. İnceleme konusu suç tipiyle ilgili korunan hukuki değer kısmında yapmış olduğumuz açıklamalara paralel olarak belirtelim ki, bu suç bakımından yalnızca bireylerin masumiyet karinesi, lekelenmeme hakkı ve adil yargılanma hakkının korunduğu söylenemez. Soruşturma işlemlerinde elde bulunan bilgi ve belgelerin içeriklerinin korunması gerekmektedir. Kişi şüpheli veya tanık olarak vermiş olduğu ifade içeriklerinin açıklanmasını istese ve bu hususta rıza gösterse dahi, eylem hukuka uygun hale gelmez. İddianame düzenlenip kamu davası açılıncaya dek bu gizliliğin korunması gerekmektedir<sup>95</sup>.

Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması suçunda değerlendirilmesi gereken bir diğer hukuka uygunluk sebebi ise ilgilinin rızasıdır. Acaba bu fıkra bağlamında topluma suçlu gibi sunulan kamuoyu tarafından suçlu olarak algılanan kişinin rıza göstermesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilir mi? Belirtmek gerekir ki, kimse kendisinin suçlu olarak algılanıp kamuoyuna görüntülerinin servis edilmesine rıza göstermez. Böyle bir rızanın varlığını meşru görenler de işledikleri fiilden ötürü burada yer alan suçun faili olurlar.

<sup>93</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.460.

<sup>94</sup> Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.182.

<sup>95</sup> Özgenç, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.151.

Dolayısıyla TCK m.26/2’de yer alan ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bu suç bakımından uygulanamaz.

## 7. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### a. Teşebbüs

Suç tipinde, kişi birinci fıkra hükmüne göre soruşturma evresinin gizliliğini ihlal eden veya kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliği ihlâl edilirse suç tamamlanmış olur ve teşebbüs aşamasında kalmış bir durumdan bahsedilemez. Dolayısıyla aleni veya duruma göre aleni olmayan bir şekilde gizliliğin bozulmasına yol açan eylemin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmış olur<sup>96</sup>. Buradan da anlaşılacağı üzere teşebbüs bakımından bu suç tipi bir özellik arz etmez ve suçun teşebbüs suretiyle işlenmesi mümkündür<sup>97</sup>.

Gizliliğin ihlaline sebebiyet verilmesi halinde adil yargılanma hakkı zedelenecek ve masumiyet karinesi etkilenecektir. Eğer böylesi bir ihlal gerçekleşir ve fakat bunun mağduru olan kimse olayı duymazsa, yani konu hakkında bilgi sahibi değilse veya kendine ait görüntüleri görmemişse tüm bu durumlar suçun oluşmasına engel teşkil etmez. Suça konu bilgi veya belgeler kamuoyu ile paylaşılabilir ve insanların bilgi edinmelerini sağlayabilecek şekilde açıklandığı zaman suç tamamlanmış sayılır<sup>98</sup>. Örneğin gizliliği ihlal edilmemesi gereken bilgi, belge ve görüntülerin bir mektupla ilgili kimselere ulaştırılmaya çalışılmasına rağmen, başarı elde edilemezse suçun teşebbüs aşamasında kaldığını söyleyebiliriz<sup>99</sup>. Yukarıda yaptığımız açıklamalar teşebbüs bakımından duruşmanın gizliliğini ihlal suçunda da geçerlidir. Bu suça teşebbüs için genel hükümler uygulanır.

Son fıkarda yer alan soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayımlanması suçunda, Basın Kanunu’nun 11 inci maddesini göz ardı etmemek gerekir. 11

<sup>96</sup> Meran, Hakaret-İftira, s. 358.

<sup>97</sup> Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4359.

<sup>98</sup> Meran, Hakaret-İftira, s. 358.

<sup>99</sup> Meran, Hakaret-İftira, s. 358.

inci maddenin birinci fıkrasında, basılmış eserler yoluyla işlenen suçun yayım anında oluşacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla suçun oluşması için yayım şartı öngörülmüştür. Gizliliği ihlal edecek nitelikteki bilgi ve belgeler yayımlanmadan ele geçirilmişse, kanuni düzenleme olan yayım şartı gerçekleşmediğinden suç oluşmayacak ancak kişinin teşebbüs hükümleri gereğince sorumluluğu saklı kalacaktır.

### b. İştirak

Suçun özel görünüş şekilleri içerisinde değerlendirilmesi gereken bir diğer konu da suça katılan kişilerin tespiti için gerekli olan iştirak konusudur. İştirak bakımından bu suç tipi bir özellik arz etmez ve iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır. Dolayısıyla bu suç tiplerine yönelik müşterek faillik, dolaylı faillik, azmettirme veya yardım etmeye ilişkin iştirak halleri mümkündür<sup>100</sup>. Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin görüntülerini suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde sağlayan kimseler de suça yardım eden sıfatıyla sorumludur. Bu görüntüleri basına servis eden ve yayınlanmasını kolaylaştıran kimseler de işlenen suçtan ötürü TCK m.39 bağlamında sorumlu tutulabilir. Bu görüntülerin yayınlanmasına kişileri azmettiren kimselerin sorumluluğu da azmettirme hükümlerine göre saklıdır<sup>101</sup>.

### c. İçtima

İçtima konusunda TCK m. 285 ile ele alınması gereken en temel düzenleme 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19 uncu maddesiydi. Fakat "02.07.2012 Gün ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun" (RG 05.07.2012, No. 28344) ile madde metni Kanundan çıkarılmıştır<sup>102</sup>.

Gizliliğin ihlali suçunda, kişilerin masumiyet ve savunma hakkı zarar gördüğü için içtima konusunda hakaret suçundan da bahsedilmesi gerekmektedir.

<sup>100</sup> Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s.353; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4360; Meran, Hakaret-İftira, s. 358.

<sup>101</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, s.8097.

<sup>102</sup> 5187 sayılı Basın Kanunu'nun "Yargıyı etkileme" başlıklı 19. maddesi (Mülga: 2/7/2012-6352/105 md.)

tedir. Çünkü TCK 285 bakımından bireylerin kişilik hakları da zarar görmektedir. Eğer aleni bir şekilde soruşturmanın veya aleniyet şartı aranmaksızın soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliği ihlal edilirken beraberinde bireylerin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat edilir ya da yakıştırmalarda bulunulur veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı yapılırsa failin fikri içtima kurallarına göre cezalandırılması gerekecektir.

Kişilerin suçlu olarak algılanmasına yol açacak şekilde yayımlanan görüntüler aynı zamanda soruşturmanın gizliliğini de ihlal edebilecek mahiyette olabilir. TCK m. 285'in birinci fıkrasında soruşturma evresinde alınan ve kanun hükmü gereğince gizli kalması gereken kararlar ve işlemlerin gizliliğinden bahsedilmiştir. Eğer bu gizlilik ihlal edilir ve kişilerin görüntüleri de yapılan işlemlerle ilgili olarak kamuoyuna sunulursa aynı anda birden fazla farklı suçun işlendiğinden bahsedebiliriz. Dolayısıyla burada da fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

### 8. Muhakemeye İlişkin Kurallar (Soruşturma ve Kovuşturma Usulü)

TCK m. 285'de düzenlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması genel hükümler çerçevesinde re'sen gerçekleştirilir ve şikâyet koşuluna bağlı değildir<sup>103</sup>. Burada şikâyet koşulunun aranmamasındaki en temel gerekçe kanaatimizce suçla korunan hukuki değerle ilgilidir. Çünkü adli makamların korunma gerekliliği şikâyet şartını ortadan kaldırmıştır.

TCK m. 285'in ilk üç fıkrasında yer alan suçların yargılanmasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir<sup>104</sup>. Beşinci fıkrasında yer alan suç ise, sulh ceza mahkemelerin görev alanına girer<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Malkoç, İsmail-Yüksektepe, Mert, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s.454-455; Çolak-Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s.789; Arslan-Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.1150; Meran, Hakaret-İftira, s. 360; Parlar- Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4360.

<sup>104</sup> 5235 sayılı Kanunu'nun 11. madde hükümleri.

<sup>105</sup> Y4CD, 25.11.2009-2008/7339 E. ve 2009/19603 sayılı kararı; "İddianame ile sanığın TCY.nın 285/4. madde ve fıkrası ile cezalandırılması amacıyla kamu davasının açılması



## 9. Yaptırım ve Zamanaşımı

Gizliliğin ihlali suçu bakımından kanun koyucu yalnızca hapis cezasının uygulanması gerektiğini belirtmişti. Fakat 6352 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda hapis cezasının yanı sıra seçimlik bir yaptırım olarak adli para cezasına da yer verilmiştir. Kanaatimizce değişiklikle bu hükme yer verilmesinin nedeni, hapis cezasına nazaran hafifletici bir yaptırım olan para cezasının da yer alması gerektiğidir. Böylece hakime daha geniş bir takdir hakkı tanınmıştır.

Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişinin, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Yapılacak bir yargılamada ceza aralığının nasıl belirleneceğine ise yargılamayı yapan hakim TCK'nun 61 inci maddesi çerçevesinde karar verecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre kanun gereği kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlâl eden kişi için öngörülen ceza aralığı da tıpkı birinci fıkra da öngörülen ceza aralığı gibi belirlenmiştir.

TCK m. 285'in beşinci fıkrasında yer alan soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmasına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanmasının yaptırımı altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak tayin edilmiştir. Kanun koyucu burada seçenek yaptırım olabilecek para cezası uygulamasına yer vermemiştir.

Mahkeme yapmış olduğu yargılama sonucunda sanığa yüklenen suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezasına hükmetmişse,

---

ve 5235 sayılı Yasanın 10. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemesinin görevli bulunması dolayısıyla CYY'nın mahkemelerin görevlerinin kanunla belirlendiğine ilişkin 3/1. maddesi ve iddianamenin kabulünden sonra işin görevi dışında kaldığını anlaşılması durumunda görevsizlik kararı verilmesinin öngören aynı yasanın 5/1. maddesi gözetilmeden, görevsizlik kararı verilmesi yerine, yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması, yasa ya aykırı ve katılan Zekeriya Uçar'ın temyiz nedenleri ile incelen-meksizin hükmün bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine oybirliği ile karar verildi." Bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, s.8098.

hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için ise sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması ve mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması ve suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir.

Gizliliğin ihlali suçunda, eğer şartlar oluşmuşsa mahkemenin bu yönde karar vermesi kuvvetle muhtemeldir. Çünkü TCK m. 285’de, soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl edenlerin ve kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlâl eden kişilerin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına almıştır. Beşinci fıkrada yer alan soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması suçunda da kanun koyucu altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla belirtilen yıl aralıkları dikkate alındığında hükümlenen cezaların geriye bırakılması söz konusu olabilecektir.

İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir. Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az üç yıldan fazla olmamak üzere bir denetim süresi belirlenir. Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hakim uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

TCK m. 285'de, soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal edenlerin ve kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlâl eden kişilerin ve bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına almıştır. Beşinci fıkrada yer alan soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması suçunda da kanun koyucu altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla belirtilen yıl aralıkları dikkate alındığında hükmolunan cezaların ertelenmesi ve erteleme neticesinde verilen cezaların infaz edilmiş sayılacağı belirtilebilir.

TCK 285'de yer alan suç kasten işlendiği için fail, 53. maddede yer alan belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilecektir<sup>106</sup>. Gizliliğin ihlali suçunun maddede yer alan cezasına bakıldığında, bu suç için öngörülen dava zamanaşımı süresi 66/1-e hükmüne göre sekiz yıl olup, ceza zamanaşımı süresi ise 68/1-e hükmüne göre on yıldır. TCK m. 66/2 hükmüne göre, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında ise bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davasının düşeceği belirtilmiştir.

<sup>106</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde; "1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

- a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,
- b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan,
- c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,
- d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,
- e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır" hükmü yer almaktadır.

## SONUÇ

İnceleme konumuz olan “Gizliliğin İhlali” suçu Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabının, “Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı ikinci bölümünün 285 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu suçla ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma sırasında olası hak ihlallerinin önüne geçilmeye çalışılmış ve suç tipi ile şüpheli veya sanığın adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi korunmaya çalışılmıştır.

Adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi çağdaş ceza hukuku anlayışında insan hak ve hürriyetleri açısından teminat altına alınan haklardandır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6 ncı maddesi ve Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinin 10 uncu maddelerinde bu husus vurgulanmaktadır. Bu düzenlemeler iç hukukumuzda da yer bulmuş ve Anayasamızda suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılmayacağı ifade edilmiştir.

TCK’nun 285 inci maddesinde düzenlenen gizliliğin ihlali suçu ceza muhakemesinde birçok kurum ve düzenlemeyle irtibatlıdır. Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi burada soruşturma evresi önem taşımaktadır. Soruşturma evresinin özelliği göz önünde bulundurularak bu aşamada alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlâli açısından aleniyet şartı olmaksızın suçun oluşacağı ifade edilmiştir. Kanımızca bu değerlendirme yerindedir. Çünkü adli makamlar tarafından alınan veya doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan gerekçelerle gizli kalması gereken bilgi ve belgelere ilişkin gizlilik ihlali gerçekleşirse düzenlemenin amacına hizmet etmediği görülecektir.

Maddenin üçüncü fıkrası kovuşturma evresi ile ilişkilendirilmiş aleni olan duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlâl eden kişinin, cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu duruşmalar kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmalardır. Kanun koyucu burada da ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sunan tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyet koşulunun gerçekleşmesini aramamıştır. Burada da yerinde bir düzenleme yapılmış ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında son derece önem arz eden tanıklığa güvence verilmeye çalışılmıştır. Öyle ki,

tanık beyanları duruşmanın seyrini etkileyebilmekte ve tanık muhakemede etkin bir rol alabilmektedir. Bu suçların kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır.

Maddenin beşinci fıkrasında yer alan soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması suçunun bu maddeyle çok ilişkili olmadığını yukarıda da belirtilmiştir. Ancak yasa koyucu, görüntülerin soruşturma ve kovuşturma evresinde elde edildiğinden bahisle düzenlemeye bu madde bağlamında yer vermiştir.

Maddenin son fıkrasında ise soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması halinde suçun oluşmayacağı ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun burada bir hukuka uygunluk sebebinin (hakkın kullanılması TCK m.26/1) varlığı halini ayrıca düzenlemesi ve suçun oluşmayacağını ifade etmesi konuya verilen önemi ortaya koymaktadır.

#### KAYNAKÇA

- Altunkaş, Aysun**, Adil Yargılanma Hakkı- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında,, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2007/1.
- Arslan, Çetin-Azizağaoğlu, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2011.
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011.
- Ayverdi, İlhan**, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Lügatı, İstanbul 2005.
- Balo, Yusuf Solmaz**, Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma, Ankara 2009.

- Bardak, Cengiz**, Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Ankara 1996.
- Bıçak, Vahit**, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- Centel, Nur- Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2011.
- Centel, Nur**, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasasına Göre Hazırlık Soruşturmasının Başlaması ve Yürütülmesi”, MÜHFD, 2005.
- Çiçek, İbrahim**, Tanık Koruma Kanunu, İstanbul 2009.
- Çolak, Haluk- Taşkın, Mustafa**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007.
- Demirbaş, Timur**, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Dirim, Vuslat**, “Savcılık ve Medya İlişkileri”, Fasikül Yıl 2, Sayı 3, Şubat 2010.
- Donay, Süheyl**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul 2009.
- Dönmezer, Sulhi**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1990.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1981.
- Dutertre, Gilles**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi, Kasım 2003.
- Ekici Şahin, Meral**, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.
- Erem, Faruk**, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C.II, Ankara 1965.
- Gökçen, Ahmet**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, İstanbul 2001.
- Gözübüyük, A. Şeref- Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 8. Baskı, Ankara 2009.
- Gümüş, M. Alper**, “Kişinin Resmi Üzerindeki Hakkı”, KÜHFD, S.1, Y. 1997.
- İçel, Kayıhan- Ünver, Yener**, Kitle haberleşme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2005.

- Karcıhoğlu, Kaan**, Demokratik Sistemin Unsuru Olarak İfade Özgürlüğü Ve Ceza Hukukunun Etkisi, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008.
- Kaya, Özgür Katip**, “Kamu Güvenine Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale>, erişim t. 20.12.2011.
- Kaylan, Keskin**, “Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap, Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar,” Üçüncü Podyum Tartışması, TBB Yayınları, Ankara 2004.
- Koca, Mahmut- Üzülmez, İlhan**, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, Temmuz 2006.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun- Nuhoglu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010.
- Malkoç, İsmail-Yüksektepe, Mert**, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005.
- Meran, Necati**, Hakaret – İftira, Ankara 2009.
- Okuyucu, Güneş**, “Soruşturmanın Gizliliği”, AÜHFD, S. 59 (2) Y. 2010.
- Özgenç, İzzet**, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 8 Ekim 2010 Kolokyum.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2010.
- Öztürk, Bahri- Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011.
- Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan Esra**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007.
- Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, Ankara 2010.

- Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Ankara 2008.
- Sancar, Türkan Yalçın**, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2004.
- Schönke-Scröder-Cramer- Lenckner- Stree**, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2010.
- Silahçioğlu, Belde**, “Türk Ceza Kanunu’nda ve Basın Kanunu’nda Düzenlenen Benzer Nitelikteki Adliye Aleyhine Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2006, S.46.
- Şahin, Cumhur**, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.
- Taşdemir, Kubilay- Özkepir, Ramazan**, Yeni TCK-CMK-CGİK Tasarımlar-Gerekçeler, Ankara 2005.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, M. Ruhan-Önok, R. Murat**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2010.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, M. Ruhan-Sancakdar, Oğuz-Önok, R. Murat**, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011.
- Tosun, Kerim-Artuç, Mustafa**, Özel Ceza Yasalarında Açıklamalı- İçtihatlı Sulh Ceza Davaları, Ankara 2009.
- Turhan, Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Turhan, Faruk**, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Ankara 2009.
- Ünver, Yener**, Adliyeye Karşı Suçlar, 2. Baskı, İstanbul 2010.
- Ünver, Yener- Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Yaşar, Osman**, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.II, 5. Baskı, Ankara 2011.
- Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, Ankara 2010.
- Yenisey, Feridun- Cihan, Erol**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1998.
- Zafer, Hamide**, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999



## **CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ŞÜPHELİ/SANIĞIN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI**

Ar. Gör. Özge APİŞ\*

### **ABSTRACT**

In today's Criminal Procedure Law, physical bodily examination of the suspect or the accused and taking samples have been become considerable evidences to reach factual truth.

Therefore, conducting an internal physical bodily examination on the suspect/the accused or third parties, or taking sample from their body and making molecular-genetic tests have been codificated in Turkish Criminal Procedure Code No: 5271. Although some deficiencies, this codification, when compared with the former Criminal Procedure Code (Code No: 1412), has been significant regulations. In this article it is aimed to determine these deficiencies and point out possible solutions.

### **KEY WORDS**

Physical bodily examination, taking sample, suspect, accused, personal data, principle of legality

### **ÖZET**

Günümüz ceza muhakemesi hukukunda, Şüpheli/sanığın beden muayenesi ya da bu kişilerin vücudundan örnek alınması, maddi gerçeğe ulaşmak bakımından önemli deliller haline gelmiştir. Bu nedenle, Şüpheli, sanık ve diğer kişilerin beden muayenesi, vücudundan örnek alınması ve moleküler genetik incelemeler 5271 sayılı CMK'da düzenleme alanı bulmuştur. Bazı eksikliklerine rağmen, 1412 sayılı CMUK ile karşılaştırıldığında, 5271 sayılı CMK, oldukça önemli düzenlemeler ihtiva etmektedir. Bu makalede, bahsi geçen eksikliklerin tespiti ve bunlara ilişkin çözümlerinin sunulması amaçlanmaktadır.

## ANAHTAR KELİMELER

Vücudun muayenesi, vücuttan örnek alınması, şüpheli, sanık, kişisel veri, koruma tedbirlerinde kanunilik ilkesi

## I- GİRİŞ

Ceza uyumsuzluğunun sağlıklı bir şekilde çözülmesi, maddi gerçeğe ulaşılması ve yargılama sonucunda verilen kararların uygulanması, ceza muhakemesi sırasında bir takım önlemlere başvurulmasını gerektirmektedir. Bu nedenle şüpheli, henüz hakkında kesin bir hüküm yokken tutuklanabilmekte, suçun işlendiği sırada kullanıldığı düşünülen eşyaya elkonulabilmekte yahut şüpheli, sanık veya diğer kişilerin ev ya da iş yerlerinde arama yapılabilmektedir<sup>1</sup>. Öte yandan, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90 ila 140. maddeleri arasında, daha çok keşif ve bilirkişi incelemesi niteliğine sahip ve fakat koruma tedbiri özelliği taşıyan birtakım tedbirler de vardır<sup>2</sup>.

Günümüz ceza muhakemesi anlayışı, şüpheliden delile değil, delilden şüpheliye ulaşma anlayışı içinde olduğu için, tıp bilimi ve gen teknolojilerinden yararlanmak suretiyle, şüphelilerin tespitinin daha sağlıklı bir biçimde yapılması mümkün hale gelebilmiştir<sup>3</sup>. Bunu göz önünde bulunduran kanun koyucu da CMK'da, şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin beden muayenesi, vücutlarından örnek alınması ve alınan bu örneklerin genetik incelemesinin yapılmasına ilişkin düzenlemelere, CMK m. 75 ve devamı maddelerinde yer vermiştir.

İşlenen bir suçla ilişkin delil elde etmek üzere, şüpheli veya sanığın bedeni üzerindeki yara, iz veya eserleri belirleyebilmek amacıyla muayene yapılabilecek, beden boşlukları incelenebilecektir. Örneğin, cinsel saldırı suçu açısından, kişinin bu suçla maruz kalıp kalmadığı, cinsel ilişkisinin ger-

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 4. Bası, Beta, Kasım, 2005, s.225.

<sup>2</sup> ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006, s.476.

<sup>3</sup> ÇOLAK Haluk/TAŞKIN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin, Ankara, 2007, s.322.

çekleşip gerçekleşmediği, vajinal bölgede zorlama belirtilerinin bulunup bulunmadığı yahut anüs bölgesinin kontrol edilerek fiili livata eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilebilecektir<sup>4</sup>.

İşlenen suçu aydınlatmaya yarayan deliller ve bu anlamda tükürük, meni, kan, kıl, kepek, deri epiteli gibi biyolojik materyaller, boğuşma, yaralama, cinayet gibi olaylarda karşılıklı olarak mağdurun ve failin cildi üzerine ya da olayın özelliğine göre çevrede bulunan diğer kişilerin üzerine bulaşmış olabilir. Yine adli vakalar sonucunda kişilerin vücudunda sıyrık, yırtık, kanama, ekimoz, kırık ve benzeri iz bırakıcı yaralanmalar meydana gelebilir. Bu izlerin tespiti ve varsa biyolojik materyallerin temini, failin kimliğinin belirlenmesi ya da olayın aydınlatılması bakımından oldukça önemlidir<sup>5</sup>.

Anayasa'nın 17. maddesinde belirtildiği üzere,

*“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*

*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*

*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”*

Anayasa'nın 17. maddesinden anlaşılacağı üzere, insan onuruna bağlı olarak, kişinin bedenine saygı duyulması, onun hakkı olup, bu hakkın kullanılması ya da korunması, insan kişiliğine yönelen her türlü saldırıyı yasaklamak suretiyle gerçekleştirilebilir. Her ne kadar bir suçun işlenmesiyle bozulan kamu düzeni ve barışının tekrar sağlanması ihtiyacı ile şüpheli, sanık yahut

<sup>4</sup> ÇOLAK/TAŞKIN, s.327-328.

<sup>5</sup> GÜNGÖR, Devrim/BAKŞI, Okan, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler, Adli Bilimler Dergisi, Eylül, 2009, Cilt:8, Sayı:3, s.63

üçüncü kişilerin bedenine saygı hakkı yarışmakta ise de kanuni düzenlemelerle bu iki menfaat arasında bir denge kurulmaya çalışılmalıdır<sup>6</sup>.

Bu nedenle, Anayasa’da belirtilen haklar, özlerine dokunulmaksızın, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle ve ancak kanunla sınırlandırabileceğinden, şüpheli, sanık veya diğer kişilerin beden muayenesi CMK’nun 74, 75 ve 76. maddelerinde düzenleme alanı bulmuştur<sup>7</sup>.

Beden muayenesi ve bedenden örnek alınması koşul ve şartlarının düzenlenmesinin temelinde, işlenen bir suçun izlerinin insan bedeninde kalması üzerine, bu izlerin aranıp bulunması, delillerin anlamlandırılarak suçun aydınlatılması gerekliliği yatmaktadır<sup>8</sup>. Bu anlamda beden muayenesi ve bedenden örnek alınmasının amacı, soruşturma ve kovuşturmaya konu olan olayla ilgili delil elde etmektir<sup>9</sup>. Gerçekten de suçlar çoğu zaman tanıksız bir ortamda işlendiklerinden veya tanıklar zaman zaman gerçeği ifade etmediklerinden, suçluyu kesin olarak belirlemeye yardım eden bir teknolojiden yararlanmak, maddi gerçeğe daha sağlıklı bir biçimde ulaşılmasını sağlayacaktır<sup>10</sup>. Örneğin, yutulan delilin elde edilmesi halinde<sup>11</sup> veya olay yerinde elde edilen kan ile şüpheli/sanıktan alınan kan örneği ya da mağdurenin elbisesinden elde edilen cinsel salgı ile sanıktan alınan cinsel salgı örneğinin, laboratuvarında tahlil edilerek karşılaştırılması ve birbirine uyması durumunda önemli bir delil elde edilmiş olacaktır<sup>12</sup>.

Beden muayenesi ve bedenden örnek alınması işlemleri birbirinden farklı işlemler olduğundan, bu işlemlerin kendilerine özgü amaçlarının olduğunu ifade etmek de yanlış olmayacaktır. Nitekim, beden muayenesinde amaç, bedenin iç ve dışında (üzerinde) delil elde etmek iken, bedenden örnek

---

<sup>6</sup> **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Bası, 2011, s.270.

<sup>7</sup> **YENİSEY, Feridun/KUNTER, Nurullah**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan, Mayıs 2011, s.326.

<sup>8</sup> **CENTEL/ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.270.

<sup>9</sup> **PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer**, Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, 1. Cilt, Madde 1-218, Ankara, Kasım 2008, s.376.

<sup>10</sup> **YAŞAR, Osman**, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt, Madde 1-222, Seçkin, Ankara, 2007, s.489.

<sup>11</sup> **ÖZBEK**, s.480.

<sup>12</sup> **YAŞAR**, s.489.

alınması halinde, alınan örneğin olay yerinde veya mağdur üzerinde bulunan delillerle karşılaştırılması amaçlanmaktadır<sup>13</sup>. Bir başka ifadeyle, beden muayenesinde suçun işlenmesinin ardından bedendeki iz, eser ya da emare niteliğindeki delillerin elde edilmesi söz konusuysa, bedenden örnek alınmasında ise alınan örneğin, olay yerinde veya mağdur üzerinde bulunan delillerle karşılaştırmasının yapılması söz konusudur. Burada, kişinin bedeninden alınan örnekler (kan, cinsel salgı, saç, vücut kılları, tırnak, tükürük, nefes, deri döküntüsü, gaita, sümük, balgam, vs.<sup>14</sup>), biyolojik özellikleri tespit edilmek suretiyle, olay yerinden yahut mağdurun üzerinden elde edilen örneklerle karşılaştırılmakta, bu örneğin bedeninden örnek alınan kişiye ait olup olmadığının tespit edilmesi suretiyle mevcut delillerin değerlendirilmesini sağlamaktadır. Böylece maddi olayın nasıl gerçekleştiği yahut failin kim olduğu gibi hususlar aydınlatılmış olmaktadır<sup>15</sup>. Dolayısıyla burada amaç, delil elde etmek olduğundan, deneme amacıyla insan bedeni üzerinde araştırma yapmak bu amaç dahilinde değerlendirilemez<sup>16</sup>.

## II- BEDEN MUAYENESİ ve VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Beden muayenesi, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bakımından, canlı insan vücudunun tümünün veya bir kısmının izlenmesi, kontrol edilmesidir. Vücuda müdahale ise canlı insan vücudundan kan, idrar, sperm, sıvı alınması veya vücuda bir madde verilmesi ya da vücudun deri veya kaslarla örtülü iç kısmına müdahale edilmesi anlamına gelir<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, F.Yasemin/ALAN, Esra, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2010, s.324.

<sup>14</sup> PARLAR/HATİPOĞLU, s.377.

<sup>15</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.271,273.

<sup>16</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.324.

<sup>17</sup> CENTEL, Nur, Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadin.pdf>, s. 13. (Erişim Tarihi: 05.05.2011), MAHMUTOĞLU, Fatih, Selami, Beden Muayenesi, Fasikül, Yıl:2, Sayı:7, Haziran 2010, s. 25

Belirtmek gerekir ki Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda<sup>18</sup> beden muayenesi konusunda ayrıntılı hükümlere yer verilmemiştir. Konu hakkında sadece bilirkişinin tayini başlıklı 66. maddenin 5. fıkrasında, “*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle 1412 sayılı Kanun döneminde konu, doktrinde zaman zaman arama kapsamında, zaman zaman ise bağımsız bir koruma tedbiri olarak ele alınmıştır<sup>19</sup>. Ayrıca bu dönemde, son soruşturma safhası için de bir hükme yer verilmemiş, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının muayeneye ilişkin talimatı hangi koşullarda vereceği ve muayenenin hangi koşullarda yapılacağı hususları düzenlenmemiştir<sup>20</sup>.

5271 sayılı Kanun'da ise vücudun iç muayenesi ve vücuttan örnek alınması, 75 ila 77. maddeler arasında düzenleme alanı bulduğundan, aramaya ilişkin hükümlerin uygulanması da söz konusu değildir<sup>21</sup>.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinin hukuksal niteliğinin karma bir özellik taşıdığını belirtmek gerekir<sup>22</sup>. Zira, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ve özellikle kişi dokunulmazlığına müdahale niteliği taşımakta olup<sup>23</sup> hem bilirkişilik ve hem de keşif özelliklerini de gösterir<sup>24</sup>.

Beden muayenesi ile üst aramasının da farklı kavramlar olduğuna değinmek gerekmektedir.

Kişinin üzerinde ya da elbiselerinde bir delil araştırması söz konusuysa, üst aramasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Vücut içinde yahut

<sup>18</sup> 20.04.1929 Gün ve 1412 sayılı Kanun. (20/04/1929 tarihli ve 1172 sayılı R.G.)

<sup>19</sup> **CENTEL, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yılı Armağanı, İstanbul, 1993, s.91,92.

<sup>20</sup> **GÜLSOY, Tevfik/KÖK, Nezi**, Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme, [http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2005\\_IX\\_1.pdf](http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2005_IX_1.pdf) adresinden, (Erişim Tarihi: 21.02.2011)

<sup>21</sup> **CENTEL/ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.271.

<sup>22</sup> **ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN**, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.325.

<sup>23</sup> **ÖZBEK**, s.481.

<sup>24</sup> **ÇOLAK/TAŞKIN**, s.323.

yüzeyinde bir delil araştırması söz konusu ise 5271 sayılı CMK'nun 75-77. maddelerinin uygulanması gündeme gelecektir. Bunun yanı sıra üst aramasında kişi giysili olarak kontrol edilirken, beden muayenesinde kişiye giysisiz tıbbi girişimin yapılması söz konusudur<sup>25</sup>.

Her ne kadar Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in<sup>26</sup> 3. maddesi gereğince, "kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi" dış beden muayenesi olarak nitelendirilse de ağızda jilet saklanıp saklanmadığının tespiti için, tıbbi inceleme niteliğinde olmayan bakmanın arama sayılması gerektiği yönünde düşünceler de vardır<sup>27</sup>.

Anayasa'nın 17. maddesine göre, "tıbbi müdahaleler ve kanunda yazılı haller dışında kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz." O halde, beden muayenesi de beden bütünlüğüne yönelik olup, bu müdahale ancak kanuni bir temelinin olması ile mümkün olabilir<sup>28</sup>. Zira ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan yasallık ilkesi, kişinin maddi ve manevi varlığına müdahalenin yasayla ve sıkı koşullara bağlı olarak düzenlenmesini zorunlu kılar<sup>29</sup>.

### III- BEDEN MUAYENESİ ve VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI KAVRAMLARI

#### 1) Dış Beden Muayenesi

<sup>25</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.271.

<sup>26</sup> Adı geçen Yönetmelik, makalenin ilerleyen kısımlarında Beden Muayenesi Yönetmeliği olarak isimlendirilmiştir. (01/06/2005 tarihli 25832 sayılı R.G.)

<sup>27</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, Ocak 2008.

<sup>28</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.922.

<sup>29</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.270.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin<sup>30</sup> tanımlar başlıklı 3. maddesine göre dış beden muayenesi, “*Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini*” ifade etmektedir.

Dış beden muayenesi, 5271 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. Kanunla düzenlenmemiş olan dış beden muayenesine, Yönetmelik hükümleriyle açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Dış beden muayenesi, şüpheli/sanığın vücudunda başkalarına ait belirti yahut delillerin bulunması, vücutta iz ve yara aranması veya vücut ve organların yapısının tetkik edilmesi amaçlarıyla yapılabilir<sup>31</sup>. Ancak kulak, burun, boğaz ve içlerinde girişimsel yöntemlerle yapılacak bir muayene veya örnek alma işleminde, bu bölgeleri dış beden saymak mümkün olmayacaktır<sup>32</sup>.

Derinin ve bahsedilen organların genel görüntüsü, rengi, bu vücut bölgelerindeki sıyrık ve çiziklerin konumu, yönü, derinliği, yaklaşık uzunluğu gibi hekimin basitçe gözlemleyerek kaydedebileceği bulgular dış beden muayenesi ile elde edilen inceleme sonuçlarındandır<sup>33</sup>. Bu anlamda dış beden muayenesi, fizik kimliğin tespiti işleminden de farklılık gösterir. Nitekim fizik kimliğinin tespitinde, şüpheli ve ya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri kayda alınır. Burada şüpheli ve ya sanığın bedeninde yer alan özellikleri, tıbbi inceleme maksadıyla değil, kimliğin teşhisi için incelenmektedir.

Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de Beden Muayenesi Yönetmeliği'ne göre dış beden muayenesi sayılmıştır<sup>34</sup>. Bu anlamda örneğin,

<sup>30</sup> 01.06.2005 Tarihli, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik ifade edilmektedir.

<sup>31</sup> **ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2010, s. 279, **TURHAN, Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.293.

<sup>32</sup> **KIZILARSLAN, Hakan**, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Kızıllarlan Serisi, Ankara, 2007, s.150.

<sup>33</sup> **GÜNGÖR/BAKŞI**, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması Ve Genetik İncelemeler, [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_1115.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1115.htm), (Erişim Tarihi: 05.10.2010)

<sup>34</sup> **ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN**, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.326



midede herhangi bir şey bulunup bulunmadığının belirlenmesi için mide röntgeninin çekilmesi bu niteliktedir<sup>35</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki, özellikle havaalanlarında yolcuların uçağa binmelerinden önce, girişimsel olmayan görüntüleme yöntemleriyle kontrole tabi tutulması beden muayenesi niteliğinde olmayıp, önleyici arama niteliğindedir<sup>36</sup>.

Belirtmek gerekir ki, bedene müdahale etmeksizin ve vücuttan da örnek almaksızın yapılan bir incelemenin var olduğu durumlarda, “bakarak inceleme”nin söz konusu olduğu ve bu gibi durumlarda “arama”ya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır<sup>37</sup>. CMK’da dış beden muayenesine ilişkin hükümlere yer verilmemiş olması nedeniyle, doktrinde, bu kurum açısından arama koruma tedbirine ilişkin hükümlerin uygulanmasının gerektiğini savunanlar olduğu gibi<sup>38</sup> bu durumun, dış muayeneden elde edilen delillerin hukuka uygunluğunu tartışmalı hale getirdiğini savunanlar da vardır<sup>39</sup>. Zira bu görüş taraftarlarına göre, koruma tedbirleri Kanunilik İlkesi’ne tabidirler ve kanunda açıkça düzenlendikleri takdirde uygulanabilirler. Bu konuda kıyas yapılması da mümkün değildir.

Dış beden muayenesinin yapılması konusunda karar verecek merci açısından ise Yönetmeliğin 5. maddesi gereğince, Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle dış

<sup>35</sup> ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.479.

<sup>36</sup> 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 7. maddesinin f bendine göre özel güvenlik görevlilerinin, “Hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme” yetkileri vardır. Yine, Sivil Hava Meydanları, Limanlar ve Sınır Kapılarında Güvenliğin Sağlanması, Görev ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik’in 22 maddesine göre, “Yolcuların ve kabin bagajlarının kargo, posta paketi ve uçağa verilen yüklerin kontrolünde; metal, el ve kapı dedektörleri, röntgen cihazları, düşük basınçlı hücre, koklama dedektörleri (patlayıcı, uyuşturucu) ve köpek kullanılır.”

<sup>37</sup> YENİSEY/KUNTER, s.328-329.

<sup>38</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/ SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.326, 327.

<sup>39</sup> ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2010, s. 279.

beden muayenesinin yapılabileceği söylenebilir. Ancak buradaki “*talebiyle*” kavramının, “*kararıyla*” anlamına gelip gelmediği, bir başka ifade ile şüpheli/sanığın dış beden muayenesine, ayrı bir makam tarafından karar alınması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır<sup>40</sup>.

Kanaatimizce, dış beden muayenesinin, belli ağırlıktaki suçlar açısından değil de tüm suçlar açısından kabul edilen bir kurum olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, dış beden muayenesi için ayrı bir makamın kararının alınmasına gerek bulunmamaktadır. Yönetmelik hükmü açık olup, dış beden muayenesinin Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, dış beden muayenesinin kanuni bir temeli olmayıp, yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiş olması nedeniyle, elde edilen delillerin hukuka uygunluğunun tartışmalı hale gelmiş olmasıdır. Bu nedenle, kanunda düzenleme alanı bulmaması nedeniyle zaten hukuka uygunluğu tartışmalı hale gelen dış beden muayenesine kim tarafından ve nasıl karar verileceği de teorik açıdan önemini yitirmektedir.

## 2) İç Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin tanımlar başlıklı 3. maddesine göre iç beden muayenesi, “*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini*” ifade etmektedir.

CMK'nun 75/4. maddesine göre, cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. Ayrıca, dış beden muayenesi kapsamında girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemi, kişinin cinsel organları ile ilgili ise iç beden muayenesinin varlığı kabul edilmelidir<sup>41</sup>. Ağız, burun veya kulak gibi vücut boşluklarında yapılan muayene, girişimsel olmamak şartıyla, iç beden muayenesi değildir<sup>42</sup>.

Vücuttan örnek alınması ise CMK'nun 75/1. maddesine göre, şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya cinsel salgı gibi biyolojik örnekler alın-

<sup>40</sup> ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.482.

<sup>41</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.326.

<sup>42</sup> ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2010, s.280.

masıdır. İdrar, mide sıvısı, saç, tükürük, tırnak, dışkı gibi benzeri örnekler de bu hükmün kapsamındadır. Dolayısıyla, madde hükmü dahilinde sayılan örneklerin sınırlı sayı ilkesi içinde değerlendirilmediğini belirtmeliyiz<sup>43</sup>.

Şüpheli, sanık ya da mağdurun vücutundan örnek alınması iki nedenle söz konusu olabilir.

Birinci neden, işlendiğinden şüphe duyulan suça ilişkin delil elde etmektir. Kişilerin giysileri dışında açıkta kalan cilt bölgelerine sıçramış kan, tükürük gibi lekeler, ateşli silah kullanımı sonucu ellerde bulunabilen barut artıkları, mağdurun cinsel organlarında bulunabilecek meni salgısı, önemli nitelikte delil olabilir. Yine aynı şekilde, vücutta bulunan kıl parçaları ya da mağdur ile failin boğuşması sonucu mağdurun üzerinde kalan faile ait kan, kıl, kepek, deri hücresi gibi maddeler delil olabilecek önemli doğal belirtilerdir<sup>44</sup>.

İkinci neden ise karşılaştırma yapmak ihtiyacıdır. Suça konu olayla ilgili olarak elde edilmiş delil niteliğindeki bir biyolojik maddenin kime ait olduğunun tespiti, yapılacak inceleme ve analizler sonucu elde edilecek verilerin şüpheli, sanık veya mağdurdan alınan referans numunelerden elde edilecek verilerle karşılaştırılması ile mümkün olabilmektedir<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> **YURTCAN, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta, 2007, s.290, “Mağdurenin annesi ile uzun yıllara dayalı gayri resmi ilişkide bulunan sanığın, bu beraberliği bitirmek istemesi üzerine, mağdurenin zorla ırzına geçtiği iddiasının ortaya atıldığı, akabinde emanete alınan giysiler üzerinde rastlanan sperm örneklerinin sanığa ait olmadığına saptanması ve mağdurede darp, cebir izinin bulunmaması da nazara alındığında, sanığın aşamalarındaki istikrarlı savunmasının aksini kabule elverişli, mahkumiyetine yeterli kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine, oluşturma uygun düşmeyen yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...” **Y5.CD., 12.05.2005, 2862-7321, PARLAR/HATİPOĞLU**, s.379.

<sup>44</sup> **GÜNGÖR/BAKŞİ**, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması Ve Genetik İncelemeler, [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_1115.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_1115.htm), (Erişim Tarihi: 05.10.2010)

<sup>45</sup> **GÜNGÖR/BAKŞİ**, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler, [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_1115.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_1115.htm), (Erişim Tarihi: 05.10.2010), “Dosya kapsamına göre; şüphelinin bulunduğu araçta ele geçen ve şüpheli tarafından içildiği kesin olarak belirlenemeyen içilmiş esrarlı sigaranın, onun tarafından içilip içilmediğinin ortaya çıkarılabilmesi için, DNA incelemesinde kullanılmak

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 23. maddesine göre, kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilecektir. Bu anlamda yönetmeliğe göre, bu haller beden muayenesi ve örnek alınması tedbiri kapsamına girmeyecektir<sup>46</sup>.

CMK'nun 75. maddesine göre, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

#### IV- ŞÜPHELİ veya SANIĞIN İÇ BEDEN MUAYENESİ ve VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ ŞARTLARI

---

*üzere şüphelinin tükürük ve kan örneklerinin alınmasının gerekmesi ve bu delillerin suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan delillerden olması nedeniyle, yukarıda belirtilen bozma kararına uygun olarak, Pendik 1. Sulh Ceza Mahkemesince 5271 sayılı CMK'nun 75. maddesi uyarınca gerekli kararın verilmesinden sonra söz konusu incelemenin yaptırılarak, alınacak bilirkişi raporunun mevcut ve gerek duyulursa toplanacak diğer delillerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre iddianame düzenlenip düzenlenmeyeceğinin belirlenip, takdir edilmesinin gerekmesi..." Y10.CD., 15.05.2007, 8598-5708, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>*

<sup>46</sup> **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.480, "20.06.2002 tarihli suç yeri inceleme raporu içeriğinden, olay yerinde maktulün yakınında bulunan üzerinde kan lekesi ve kıl olan tahta parçası ile sigara izmariti ve mağdurun sağ avuç içinde bulunan kılın, gerekli inceleme yapılması amacıyla laboratuara gönderilmek üzere olay yeri inceleme ekibinde görevli personel tarafından alındığı anlaşılmakla, elde edilen delil ve delil niteliği taşıyan bu materyaller üzerinde inceleme yaptırıp yaptırılmadığı, yaptırılmış ise sanıklardan alınacak kan ve doku örnekleri ile elde edilen materyallerin birlikte Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığı'na gönderilerek DNA analizleri yaptırılıp, sanıklara ait olup olmadığı tespit edildikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerektiği düşünülmeksizin eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi..." Y 1.CD., 24.05.2004, 2333-1935, **PARLAR/HATİPOĞLU**, s.379.

### 1) Belli Ağırlıkta Bir Suçun İşlendiği Şüphesi

İç beden muayenesi veya bedenden örnek alınmasına, şüpheli yahut sanığın, üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun faili yahut ortağı olduğu konusunda somut belirtilerin olması durumunda karar verilebilecektir. Şüpheli yahut sanığa yüklenen suç birden fazla ise söz konusu iki yıl ve daha fazla hapis cezası sınırının belirlenmesinde her bir suç birbirinden bağımsız olarak ele alınmalıdır<sup>47</sup>.

Bu durumda iç beden muayenesi açısından örneğin, terk, çocuk düşürme, tehdit, hakaret, trafik güvenliğini tehlikeye sokma gibi suçlarda söz konusu tedbire başvurulamaz. Dış beden muayenesine ise her suç bakımından başvurulabilecektir<sup>48</sup>. Bu anlamda dış beden muayenesinin yapılabilmesi için, suçun belli bir ağırlıkta olması aranmamıştır<sup>49</sup>.

Suç şüphesi, şüpheli yahut sanığın bedenine müdahale edilmesi durumunda ortaya çıkacak ise beden muayenesine ilişkin hükümlere başvurmak gerekir. Zira, vücuda müdahalenin amacı, var olan bir şüpheyi güçlendirmek yahut çürütmek amaçlı olmalıdır<sup>50</sup>.

Yüklenen suçun kovuşturma aşamasında niteliğinin değişmesi nedeniyle, suça karşılık gelen cezanın, iki yıllık sınırın altına inmesi durumunda beden muayenesi yoluyla elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilememesi gerekir. Ayrıca, bedenden alınan örnekler, kararın alınmasında etkili olan suç ve o suçun ispat edilmesi için kullanılabilir; başka bir suçun ispatı için kullanılması gerekiyorsa, yeni bir hakim kararı alınmalıdır<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> MAHMUTOĞLU, Fatih, Selami, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc (Erişim Tarihi: 09.05.2011).

<sup>48</sup> ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.483.

<sup>49</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.277.

<sup>50</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.276.

<sup>51</sup> YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, s.4, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?plndxLv1=5> (Erişim Tarihi: 01.10.2010), 2007 yılında Virginia Temyiz Mahkemesi tarafından verilen ve farklı bir yorum içeren Bayan Berry kararı bu açıdan ilgi çekicidir: 23 Haziran 1991 yılında kendisine gerçekleştirilen bir cinsel saldırı suçu üzerine Bayan

## 2) Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük İlkesi açısından dikkat edilmesi gereken husus, suçun ağırlığının yapılan muayeneyi/müdahaleyi haklı gösterip göstermediğidir. Muayene/Müdahale, amaca ulaşmak açısından kesin olarak zorunlu ve fiilin ağırlığı ile orantılı ise yapılmalıdır<sup>52</sup>. Bir başka ifadeyle, beden muayenesi ya da vücuttan örnek alınması ile elde edilecek yarar ve verilmesi imkan dahilinde olan zarar arasında bir değerlendirme yapılacaktır<sup>53</sup>. Bu koşulsuz, kanun koyucunun, kişiye isnat edilen suçun belli bir ağırlıkta olmasını aramasıyla sağlanmıştır<sup>54</sup>.

Ayrıca, nitelik olarak daha hafif olan başka bir tedbirle aynı sonuca ulaşabilmek mümkünse, bu tedbire başvurulmamalıdır; zira delil elde etmek için muayenenin zorunlu olması gerekir<sup>55</sup>.

---

Berry muayeneye alınmış, vücudundan “PERK” (Physical Evidence Recovery Kit) yöntemiyle, faile ait DNA örnekleri elde edilmiştir. Bayan Berry’nin davası, 1991’den 2003 yılına kadar soruşturulamamış fakat 2003 yılının başlarında, bir başka mağdura karşı cinsel saldırı suçu işlediği gerekçesiyle Bay Anderson yakalanmıştır. Yakalama üzerine Bay Anderson’dan alınan DNA örnekleri, DNA Bankasındaki bilgilerle karşılaştırıldığında, bu örneklerin Bayan Berry’den alınan örneklerle uyduğu görülmüştür. Bunun üzerine çıkarılan arama emrine uygun olarak Bay Anderson’dan, yeni bir karşılaştırma yapmak amacıyla, bukal (oral) swap örneği alınmış, Bayan Berry’nin vajinal swaplarından elde edilen sperm kalıntılarıyla yeniden uyuşma sağlanmıştır. Bay Anderson jüri tarafından suçlu bulunması üzerine Temyiz Mahkemesi’ne başvurarak, bir suçun soruşturması üzerine kendisinden alınan DNA örneklerinin, bu soruşturma ile bağlantısı olmayan başka bir suçun soruşturulmasında delil olarak kullanılması nedeniyle, Anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Temyiz Mahkemesi ise diğer daire kararlarına ve Virginia Kanunu’na (Code § 19.2-310.2:1 ) atıfta bulunarak, “*..bir suç nedeniyle yakalanması üzerine kişinin, parmak izi alınması gibi bir takım rutin işlemlere tabi tutulacağını, bunun gibi kimliğin belirlenmesinde daha açıklayıcı olan DNA örneklerinin alınması ile parmak izi alınması arasında bir fark olmadığını, makul bir sebep üzerine alınan bu örnekler bakımından, meşru bir kamu çıkarı bulunduğundan, bunlar üzerinde “dokunulmazlık”/“mahremiyet” iddiasında bulunulmasının mümkün olmadığını, söz konusu örneklerin, şüpheli/sanığın yakalandığı suçun aydınlatılmasında kullanılabileceği gibi geçmişteki ya da gelecekteki suçların aydınlatılmasında da kullanılabileceği*” hükmüne varmıştır. www.courts.state.va.us/scndex.htm (Erişim Tarihi: 09.03.2912).

<sup>52</sup> CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi, s.81

<sup>53</sup> ÖZBEK, s.483.

<sup>54</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.277.

<sup>55</sup> MAHMUTOĞLU, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc, (Erişim Tarihi: 09.05.2011), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), Jalloh/Almanya kararında, uyuşturucu madde şüphelisine kusturucu madde verilerek, suç konusu maddelere ulaşılmasını, ölçülülük ilkesine aykırı bulmuş olduğu gibi, bu tür bir müdahalenin in-

### 3) Kararın Bulunması

Hakim, soruşturma evresinde Sulh Ceza Hakimi, kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkemedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da iç beden muayenesine karar verilebilir<sup>56</sup>. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3. maddesine göre, “*derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali*” gecikmesinde sakınca bulunan haldir.

Cumhuriyet savcısının bu kararı soruşturma evresinde geçerli olup, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulacak, hakim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verecek ve onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacaktır. Böylece elde edilen delillerin kullanılması da mümkün olmayacaktır<sup>57</sup>.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 5. maddesi doğrultusunda bir suçla ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabileceğinden, karar verilmesine gerek yoktur<sup>58</sup>.

---

san onurunu zedeleyici nitelikte olduğuna hükmetmiştir. Nitekim İHAM'ne göre somut olayda, delillere, bunların doğal yollarla çıkmasını beklemek suretiyle de ulaşmak mümkün iken, kusturucu kullanılmasının kabul edilmesi mümkün değildir.

[http://www.fluechtlingsrat-hamburg.de/content/EUROPEANCOURTOFHUMAN-%20RIGHTS\\_110706.pdf](http://www.fluechtlingsrat-hamburg.de/content/EUROPEANCOURTOFHUMAN-%20RIGHTS_110706.pdf), (Erişim Tarihi: 06.05.2011).

<sup>56</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.329

<sup>57</sup> Hollanda'da 2001 yılında yapılan düzenleme ile gerekli olduğu hallerde, hücresel materyallerin yanılmak/aldatmak suretiyle şüpheliden alınabileceği kabul edilmiştir. Örneğin bu düzenlemeye göre, şüpheliye kollukta kahve ikram edilip, içmesinin sağlanmasının ardından geriye kalan tükürük kalıntılarının DNA analizi için kullanılması mümkündür. Söz konusu metoda ilk kez, polis ile işbirliği içinde olmayı reddeden ve içtiği sigara izmariti kullanılmak suretiyle DNA analizi yapılan Marianne Vaatstra davasında başvurulmuştur. M'CHAREK, Amade, Silent Witness, Ariculate Collective: DNA Evidence and The Inference of Visible Traits, [www.onlinelibrary.wiley.com](http://www.onlinelibrary.wiley.com) (Erişim Tarihi: 09.03.2012)

<sup>58</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.277.

Şüpheli veya sanık muayeneye rıza göstermiş ise hakim veya mahkeme yahut duruma göre Cumhuriyet savcısından karar alınmasının zorunlu olup olmadığı hususunda ise gösterilen bu rızanın, karar alma zorunluluğunu ortadan kaldırmadığını belirtmek gerekir<sup>59</sup>. Zira, bir müdahaleye razı olma, insan onuru ve bir temel hakka müdahale özgürlüğünün kamu çıkarıyla sınırlı olması nedenleriyle sınırlıdır<sup>60</sup>. Ayrıca, şüpheli ya da sanığın rızası, bu rızayı ortadan kaldıran ya da etkileyen bir çok nedenin var olduğu bir ortamda ortaya çıkmış olabilir.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18/2. maddesinde, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri halinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hakim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayenelerinin yapılabileceği ya da vücutlarından örnek alınabileceği düzenlenmiştir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, Sulh Ceza Hakimi'nden istemde bulunacak ve bu istemin hukuka uygun olup olmadığı Sulh Ceza Hakimi tarafından değerlendirilecektir.

Bu anlamda iç beden muayenesi gerek istem üzerine ve gerekse de re'sen, karar alınmak suretiyle yapılabilir. Şüpheli yahut sanığın bu tür bir istemde bulunma hakkının varlığı, savunma hakkı gereğidir. Şüpheli/sanığın istemde bulunması halinde de iç beden muayenesine ilişkin diğer koşulların oluşup oluşmadığına da bakılacaktır.

Hukuka uygun bir hakim kararı varsa, şüpheli, yapılacak olan muayeneye katılmak mecburiyetindedir<sup>61</sup>. Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18/1. maddesinde, "*Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına*

<sup>59</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.330, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18/3 maddesine göre, "*Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.*"

<sup>60</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.279.

<sup>61</sup> YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, s.4, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLv1=5>, (Erişim Tarihi: 01.10.2010).



ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bir başka ifadeyle şüpheli ya da sanık, beden muayenesine, bedeninin keşif konusu yapılmasına katlanmak zorundadır; rıza aranmamaktadır<sup>62</sup>. Bu kişilerin susma hakkını kullanması, kendilerine bir takım koruma tedbirlerinin uygulanmasına ya da soruşturma işlemlerinin yapılmasına engel olmaz. Zira şüpheli veya sanığın bu tür işlemlere katlanma yükümlülüğü ve buna bağlı olarak da bu işlemlere boyun eğilmediğinde işlemlere zorlanma gerekliliği söz konusudur<sup>63</sup>. Ancak, muayeneye katlanma mecburiyeti, “aktif olarak yardım etmek” mecburiyetini de içermemektedir<sup>64</sup>.

Bunun yanında, şüpheli/sanığın bedenine zorlanmak suretiyle müdahale edilmesinin, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte düzenlemelere yer vermesi bakımından, Yönetmelik hükümleriyle düzenlenmesi “Yasallık İlkesi”ne aykırılık teşkil eder niteliktedir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da beden muayenesi sonrasında elde edilen vücut örneklerinin, hukuka aykırı olarak kaydedilmiş ya da yok edilmesi gerekirken yok edilmemiş veriler olmasından yararlanılarak kullanılmasının mümkün olmamasıdır. Aksi halde 5237 sayılı TCK gereğin-

<sup>62</sup> Hollanda’da DNA örnekleri, 1980’lerde şüpheli/sanıktan gönüllülük esasına dayalı olarak alınmış ve ceza soruşturması/kovuşturmasında delil olarak kullanılmıştır. 1990 yılında ise, Maastricht’te görülen bir davada, cinsel saldırı ve kasten öldürme suçlarının şüpheli/sanığının, DNA analizi için kan ve tükürük örneği vermek istememesi üzerine konu, Temyiz Mahkemesi’nde tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme, Hollanda Anayasası’nın 11. maddesinde, kişilerin vücut dokunulmazlığının korunduğunu ve bir kimsenin vücutundan zorlama suretiyle örnek alınmasının Anayasa’nın 11. maddesinde belirtilen bu temel hakkının ihlal ettiğine ve bu tür bir DNA analizi için örnek alınmasının yasal bir düzenlemeyi gerektirdiğine hükmetmiştir. M’CHAREK, Silent Witness, Ariculate Collective: DNA Evidence and The Inference of Visible Traits, www.onlinelibrary.-wiley.com (Erişim Tarihi: 09.03.2012).

<sup>63</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.160.

<sup>64</sup> ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin, Ankara, 2005, s.241.

ce, “*Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*” ya da “*Verileri Yok Etmeme*” suçları oluşabilecek, elde edilen deliller de hakim, mahkeme ya da savcı kararı olmasına rağmen, hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca, bu örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları da 5271 sayılı Kanun’un 80/1. maddesi bakımından kişisel veri niteliğinde olup bu veriler başka bir amaçla kullanılamayacak ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyecektir.

Bunun yanında DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı hazırlanmış olsa da 5271 sayılı Kanun’un 80. maddesi, DNA Bankası kurulması bakımından çelişki oluşturacak nitelikte bir hükümdür. Zira, 80. madde ile elde edilen verilerin imhası ve bu verilerin başka bir amaç için kullanılamaz hale getirilmesi öngörülmektedir.<sup>65</sup> Böylece, alınan bu örnekler üzerinde, başka bir suç bakımından ileride inceleme yapılmasının engellenmiş olduğunu söylemek mümkündür<sup>66</sup>.

#### 4) Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

Sağlık hakkı<sup>67</sup>, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin sağlığını kapsadığından, zarar verme ihtimalinin kişinin dış görünümü, acı duygusu ve psikolojisi açısından değerlendirilmesi gerekir<sup>68</sup>.

Müdahale, sağlık açısından tehlike yaratmamalıdır. Burada müdahalenin türü değil, şüpheli ya da sanığın sağlık durumu belirleyicidir. Geçici ağrı yahut sıkıntılar dışında muayenenin devam süresini aşan ve beden bütünlüğü açısından önemli bir ihlal oluşturan müdahaleler yasaktır<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, CHD, Yıl:1, Sayı:2, Seçkin, Aralık 2006, s.173

<sup>66</sup> KOCA, Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, CHD, Yıl:1, Sayı:2, Seçkin, Aralık 2006, s.221.

<sup>67</sup> Sağlık hakkı, kişi bakımından sağlıklı bir ortamın oluşturulması yanında, mevcut sağlık durumunun korunması ve sağlığı bozulmuşsa iyileştirilmesi haklarını kapsar. ÇAKMUT (YENERER), Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal, İstanbul, 2003, s. 50.

<sup>68</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.276.

<sup>69</sup> MAHMUTOĞLU, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc (Erişim Tarihi: 09.05.2011).

Müdahalenin, şüpheli/sanığın sağlığı açısından bir tehlikelilik hali yaratıp yaratmayacağıının, hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmesi çoğu zaman imkansız olduğundan, bir başka ifadeyle bu halde tıbbi bir meselenin varlığı söz konusu olduğundan, bilirkişi olarak hekim ya da sağlık personeline başvurulmalıdır<sup>70</sup>. Zarar verme tehlikesinin varlığı ya da yokluğu, bu işlemi yapacak kişi tarafından belirlenecektir<sup>71</sup>. Bu konuda soyut olarak bedene yapılan müdahalenin niteliği değil, somut olarak ilgili kişinin sağlık durumu belirleyicidir<sup>72</sup>. Her tıbbi müdahalede bulunabilecek risk ve sapmalar, bu müdahalenin sağlayacağı fayda göz önünde alındığında kabul edilebilir olmalıdır. Tıbbi müdahale, somut bir sağlık sorunu yaratmamalı yahut var olan sorunu tetiklememelidir<sup>73</sup>.

Delil elde etmek amacıyla, şüpheli/sanığın bedeni üzerinde cerrahi müdahalelerde bulunup bulunulamayacağı hususunda ise CMK'nun 75. maddesi dahilinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda örneğin kişi, bir uyuşturucu madde kaçakçısı olup, plastik tabletlere yerleştirdiği uyuşturucuyu yutması halinde, cerrahi müdahale<sup>74</sup> yapıp yapılamayacağı tartışmalıdır<sup>75</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre, 5271 sayılı Kanun'un 76. maddesinde, şüpheli ve sanık dışındaki kişiler açısından, cerrahi müdahalenin yapılamayacağı açıkça düzenlenmiş ve 75. maddesinde böyle bir hükme yer verilmemiş olması nedeniyle, şüpheli ve sanığın sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması koşuluyla, cerrahi müdahalenin yapılabilmesinin mümkün olaca-

<sup>70</sup> ÖZBEK, s.483, ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.331.

<sup>71</sup> YURTCAN, s.290.

<sup>72</sup> MAHMUTOĞLU, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc (Erişim Tarihi: 09.05.2011).

<sup>73</sup> GÜNGÖR, Devrim/BAKŞİ, Okan, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler, Adli Bilimler Dergisi, Eylül, 2009, Cilt:8, Sayı:3, s.65,66

<sup>74</sup> Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 3. maddesinde cerrahi müdahale, "Tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar" olarak tanımlanmıştır.

<sup>75</sup> ÇOLAK/TAŞKIN, s.330.,

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 2. maddesine göre cerrahi müdahale, "tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları" ifade etmektedir.

ğı ifade edilmektedir<sup>76</sup>. Kanaatimizce de, iç beden muayenesine ilişkin şartların var olması ve özellikle Ölçülülük İlkesi'ne aykırılık teşkil etmemesi şartıyla, şüpheli ya da sanık açısından cerrahi müdahale yöntemine başvurmak mümkün olabilecektir. Ancak burada ölçülülüğün değerlendirilmesi açısından, suç teşkil eden fiil karşılığında öngörülen cezanın miktarı da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, işlediği fiilin karşılığında öngörülen ceza iki yıl olan bir kimsenin, ağır bir cerrahi operasyona tabi tutulması, ölçülü olmayacaktır.

### 5) Özel Kanunlarda Alkol Muayenesine ve Kan Örneği Alınmasına İlişkin Bir Hüküm Bulunmaması

5271 Sayılı Kanun'un 75/7. maddesi uyarınca, iç beden muayenesi açısından aranan bu şart, 5353 sayılı Kanun değişikliği ile getirilmiş olup, düzenleme ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/2 ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddesiyle getirilen düzenlemeler kastedilmektedir.

2918 Sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu'nun 48/2. maddesine göre, uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılabilir, tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığı'nın görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenecektir.

Nitekim Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddesine göre, polis yakalama yetkisini kullandığı hallerde, uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların, yakalanma anındaki sağlık durumları tabip raporuyla tespit edilecektir.

5237 Sayılı Kanun'un 179/3. maddesine göre, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle “*emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde*” olmasına rağmen araç kullanan kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Yine aynı Kanun'un 180. maddesi, trafik güvenliğini “*taksirle*” tehlikeye sokmayı suç haline getirmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenen sarhoşluk fiili ve Karayolları Trafik Kanunu'ndaki alkollü araç kullanma suçu diğer örneklerdir. Bu anlamda yukarıda belirtilen bu suç veya kabahatlerin işlendiği hususunda ma-

<sup>76</sup> ÇOLAK/TAŞKIN, s.330.

kul şüphe bulunduğu izlenimini veren bir hal varsa, CMK'nun 75/7. maddesinde özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuş olduğundan, hakim, mahkeme ve ya Cumhuriyet savcısı kararı aranmaksızın, şüpheliden kan örneği alınabilecektir. Ancak bu şekilde alınan kan örneği, sadece yetki veren kanun kapsamındaki suçun belirlenmesi için hukuka uygunluk sebebi oluşturacak, başka suçlara ilişkin delil elde etmek gerekiyorsa, bu konuda hakimden ayrıca karar alınması gerekecektir<sup>77</sup>.

#### 6) Müdahaleyi Yapacak Kişi

CMK'nun 75/3. maddesine göre, iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması koruma tedbiri, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 4. maddesine göre ise iç beden muayenesinin sadece tabip tarafından yapılabileceği belirtilmek suretiyle, kanun hükmünün sınırlanmış olduğunun söylenmesi mümkündür<sup>78</sup>.

5237 sayılı TCK'nun 280/2. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, sağlık mesleği mensubu diğer bir kişiden anlaşılması gereken, dış tabibi, ebe, hemşire, hastabakıcı, sağlık memurudur<sup>79</sup>.

Yönetmeliğin 5. maddesine göre, dış beden muayenesi de ancak tabip tarafından yapılabilecektir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayıldığından, bu tür incelemeler hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından gerçekleştirilebilecektir. Şüpheli veya sanığın vücuttan örnekler alınması halinde ise bu müdahale, hem 5271 sayılı Kanun'a ve hem de Yönetmelik'e

<sup>77</sup> YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, s.3, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLv1=5>, (Erişim Tarihi: 01.10.2010/15:00).

<sup>78</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.280.

<sup>79</sup> ÇOLAK/TAŞKIN, s.332. Madde 280/2: "Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır." Şeklinde-dir.

göre ancak hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilecektir.

Tıbbi müdahaleler, tıp biliminin kabul ettiği yöntemlerle gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla, tıp bilimi açısından kabul görmeyen ve daha önce denenmemiş yöntemlerin şüpheli veya sanık üzerinde denenmesi yasaktır. Bilimsel bir deney veya veri bankası oluşturmak amacıyla bu işlemler yapılamayacaktır<sup>80</sup>.

Kadının muayenesi, CMK'nun 77. maddesi doğrultusunda, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Yine, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre, kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın hekimin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda, muayene sırasında hekim ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir. Erkek şüpheli ya da sanıklar bakımından böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması ise, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan Eşitlik İlkesi bakımından tartışmaya açıktır.

Diğer yandan, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18/1. maddesine göre, *“Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.”*

Bu anlamda beden muayenesi veya bedenden örnek alınması, şüpheli veya sanığın rızası hilafına da gerçekleşebileceğinden, kişiye zor kullanılmasını da kapsayan bu halin yasa yerine yönetmelikle düzenlenmesinin yerinde olmadığını ifade etmek gerekir<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.281.

<sup>81</sup> CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.286.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18. maddesinde ifade edilen, “gerekli önlemler alınır ibaresi” nin ihtiva ettiği zor kullanma yetkisi, Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali olarak tanımladığı sağlık kavramı ile çelişmektedir. ARICAN, Nadir, Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları, Fasikül, Yıl:2, Sayı:7, Haziran 2010, s. 23

Belirtmek gerekir ki, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması şüpheli/sanığın rızası ile olabileceği gibi, rızası olmaksızın gerektiğinde zora başvurulabilir. Burada zor kullanmanın sınırı olarak, 5237 sayılı Kanun'un 256. maddesi, Polis Vazife ve Salahiyeti Hakkında Kanun'un ise 16. maddesini göz önünde bulundurmak gerekir.

Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler de beden muayenesine veya örnek vermeye zorlanamayacaktır. Bu halde kişi, tanıklıktan çekinme sebeplerini gerekçe göstererek muayeneden ve vücuttan örnek alınmasından kaçınabilir. Çocuk ve akıl hastalarının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Kanuni temsilci şüpheli/sanık konumundaysa, bu konuda hakim karar verir. Çocuk veya akıl hastası, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumdaysa onun da görüşü alınır.

#### V- TEDBİRİN HUKUKA AYKIRI OLARAK UYGULANMASININ SONUÇLARI

5271 Sayılı Kanun'un 75. maddesindeki şartlara uyulmaksızın yapılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sonucu elde edilen deliller, ceza muhakemesinde kullanılamaz. Eğer 75. madde dahilinde belirtilen şartlar yerine getirilerek, elde edilen bilgiler ancak yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilir. Dolayısıyla elde edilen bilgilerin ceza muhakemesi için artık gerekli olmadığı durumlarda, bu bilgilerin yok edilmesi gerekecektir<sup>82</sup>.

Böylece, CMK'nun 75/1. maddesinde yer alan bu düzenlemeyle, bir delil yasağına yer verilerek, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin insan hakları esaslarına uygun olması amaçlanmıştır<sup>83</sup>. Ayrıca, söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 38. maddesine 2001 yılında eklenen, "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*" hükmüyle de paralel bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> MAHMUTOĞLU, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc (Erişim Tarihi: 09.05.2011)

<sup>83</sup> DEMİRDAĞ, Fahrettin, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şubat 2007, 1. Baskı, s.131.

<sup>84</sup> YURTCAN, s.290.

Bu tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmuş olması durumunda, CMK'nun m.141 ve devamında düzenlenmiş bulunan, hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayacak, tazminat genel hükümler çerçevesinde talep edilebilecektir<sup>85</sup>.

CMK'nun 75. maddesi gereğince alınacak hakim ve mahkeme kararlarına, yine CMK'nun 267. ve 271. madde hükümlerine göre itiraz edilebilecektir<sup>86</sup>.

CMK'nun 80. maddesine göre, 75, 76 ve 78 inci maddeler hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılmayacak, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyecektir. Aksi takdirde 5237 sayılı Kanun'un 136. maddesinde düzenleme alanı bulan “*Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme*” veya 138. maddesinde yer alan “*Verileri Yok Etmeme*” suçları gündeme gelebilecektir<sup>87</sup>.

Nitekim İHAM, muhakemenin beraat ya da düşme kararıyla son bulmuş olmasına rağmen, bu suçlamalara ilişkin olarak alınan parmak izi, hücre örnekleri ve DNA profillerinin muhafaza edilmeye devam edilmesinin, Sözleşme'nin 8. (Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması) ve 14. (Ayrımcılık Yasağı) maddelerine aykırı olduğu iddiasını incelediği *S. ve Harper/İngiltere* davasında, başvurucuları haklı bulmuştur. Zira Mahkeme'ye göre, bu davada da olduğu gibi, suç işlediğinden şüphe duyulan fakat bahsi geçen suçtan mahkum olmayan kişilere ait verilerin depolanması, kamu ile kişinin yarışan hakları arasında adil bir dengenin sağlanması gerekliliği nedeniyle haksızdır ve sorumlu devlet bu konuda sınırlarını aşmıştır<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> ÖZBEK, s. 484.

<sup>86</sup> PARLAR/HATİPOĞLU, s.377.

<sup>87</sup> ÇOLAK/TAŞKIN, s.334.

<sup>88</sup> İHAM, adı geçen kararında 1984 tarihli Polis ve Suç Delilleri Kanun'un 64. maddesine de değinmiştir. Mahkeme, Sorumlu Devlet'in, Kanun'un 64. maddesinin, başvuruda bulunanın parmak izi ve DNA kayıtlarının depolanması bakımından iç hukuktaki kanuni kaynağını oluşturduğu ve bu anlamda soruşturma nedeniyle alınan parmak izi ya da örneklerin, bunların alınma amaçları ortadan kalksa da depolanabileceği yönündeki savunmasına katılmıştır. Fakat Mahkeme, aynı zamanda 64. maddedeki kişisel bilgilerin depolanması şartlarının belirsiz olduğunu ve bu tedbire başvurma koşulları ve tedbirin kapsa-



Kişisel bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hükmün kesinleşmesi hallerinde en geç on gün içinde Cumhuriyet savcısının huzurunda yok edilecek ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilecektir. Bu durumda itiraz yolunun kullanılıp kullanılmamasına göre, kanunun itiraz kanun yolu için öngördüğü on beş günlük süre de göz önünde bulundurularak, bu süre beklenecek, süre geçmeksiz delillerin ortadan kaldırılması yoluna gidilemeyecektir<sup>89</sup>.

### SONUÇ

Çağdaş ceza yargılamasında, şüpheliden delile değil, delilden şüpheliye ulaşılması ve özellikle maddi gerçeğin daha sağlıklı bir şekilde ortaya çıkarılması, gelişen tıp bilimi ve gen teknolojilerinden yararlanmak suretiyle sağlanmaktadır. Bu nedenle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin beden muayenesi, vücutlarından örnek alınması ve alınan bu örneklerin genetik incelemesinin yapılmasına ilişkin düzenlemelere, CMK'nun 75 ve devamı maddelerinde yer verilmiştir.

Bahsi geçen düzenlemeler, 1412 sayılı CMUK ile kıyaslandığında, oldukça önemli düzenlemeler getirmiş olmakla birlikte, bir takım eksikliklerin olduğunu ifade etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, dış beden muayenesine ilişkin hükümlere, 5271 sayılı Kanunu'nda yer verilmemiş, bu muayene çeşidine ilişkin kurallar, Beden Muayenesi Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Bu durum ise dış muayeneden elde edilen delillerin, hukuka uygunluğunun tartışmalı hale

---

mı bakımından daha ayrıntılı düzenlemeler getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme bu Kanun'un, tedbirin süresi, verilerin muhafazası, kullanımı, bu verilere üçüncü kişilerin erişimi, verilerin bütünlüğünün ve gizliliğinin korunması, verilerin yok edilmesi ve kötüye kullanılmasının engellenmesi için asgari güvenceler getirmesi gerektiğine de değinmiştir.

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20Press%20EN.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2011),

<sup>89</sup> YURTCAN, s.291.

gelmesine neden olmakta ayrıca Kanunilik İlkesi'ne de aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle dış beden muayenesinin, bir an önce kanuni bir temele kavuşturulması gerekir.

Aynı şekilde, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18. maddesine göre, şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen, muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınabilecektir. Bu anlamda söz konusu önlemler, “zorlamayı” da ihtiva edebilecektir. Ancak şüpheli/sanığın bedenine zorlanmak suretiyle müdahale edilmesinin, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte düzenlemelerin ancak yasa ile yapılabileceği düşünüldüğünde, Yönetmelik hükümleriyle düzenlenmesi “Yasallık İlkesi”ne aykırılık teşkil etmektedir ve bu düzenlemenin bir an önce kanuni bir zemine kavuşturulması gerektiğini belirtmek gerekir.

Bununla birlikte CMK'nun 75. maddesi düzenlemesinin kendi içerisinde ve Beden Muayenesi Yönetmeliği ile Kanun arasında çelişkili ifadelerin olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira, 75. maddeye göre, vücuttan örnek alınması, şüpheli veya sanıktan alınacak örnekler bakımından biyolojik örnekler ve diğer örnekler olmak üzere ikili bir ayırımı tabi tutulmaktadır. Bu anlamda biyolojik örnek, kan veya buna benzer örnekler, diğer örnekler ise saç, tırnak, tükürük gibi örneklerdir. Kanun Koyucu'nun “diğer örnekler” olarak yaptığı ayırımın da aslında bir çeşit biyolojik örnek olduğu düşünülürse, 75. madde kapsamında, şüpheli ya da sanıktan alınacak örnekler bakımından yapılan bu ayırımın, teorik veya pratik bir faydası bulunmamaktadır. Aynı şekilde, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyal olarak tanımlanan örnek kavramı açısından da “diğer materyal” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de belirsizdir. Bu anlamda Kanun Koyucu'nun biyolojik olmayan “diğer örnek” ya da “diğer materyal”den kastının ne olduğu açık bir biçimde ortaya koyulmalıdır.

Ayrıca, 75. maddenin 2. fıkrasında iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartının, “di-

ğer örnek” ya da “diğer materyal” bakımından aranmadığını, ancak Beden Muayenesi Yönetmeliği’nin 6. maddesinde, zarar verme tehlikesinin bulunmamasının vücuttan alınan tüm örnekleri kapsayacak şekilde düzenlenmiş olduğunu belirtmemiz gerekir.

Değnilmesi gereken diğer bir husus, CMK’da, gerek iç beden muayenesi ve gerekse vücuttan örnek alınması bakımından “kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması” şartı aranırken, Beden Muayenesi Yönetmeliği’nde, “açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesi”nden bahsedilmiş olmasıdır. Beden Muayenesi Yönetmeliği bakımından temel farklılık, “öngörülebilir zarar verme tehlikesi” ifadesinden değil “açıkça” ibaresinden kaynaklanmaktadır. Nitekim zarar verme tehlikesinin öngörülemezlikte olması halinde, ceza hukukunun genel kuralları gereğince zaten kişinin taksir düzeyinde dahi sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu ihtimalde en fazla kaza ya da tesadüften söz edilebilir. Ancak, zarar verme tehlikesinin açık olması gerekliliği, bu müdahaleye karar veren ya da müdahaleyi yapan kişinin sorumluluk alanının daralmasını sağlamakla birlikte, aynı zamanda tedbirin uygulanmasını şüpheli/sanık aleyhine genişletmiş olmaktadır.

Sonuç olarak, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirleri, işlenen bir suçun aydınlatılması açısından oldukça önemli tedbirler olmakla birlikte, üzerinde çeşitli müdahale ve incelemelerde bulunulacak şüpheli/sanığın hakları açısından da bir o kadar önem arz etmektedir. Nitekim, şüpheli ve sanığın da insan onuruna bağlı olarak, beden bütünlüğüne, kanuni bir zemin olmaksızın yahut yasal zeminin şartlarına uyulmaksızın müdahalede bulunulması hukuka aykırılık teşkil edecektir. Zira, delil elde etme yahut olay yerinde elde edilen bir delilin şüpheli/sanıkla bağlantısını kurmak amacıyla, ya şüpheli ya da sanığın bedenindeki iz ve ya eserler araştırılacak yahut bu kişilerden kan, sperm, tükürük vs. gibi örnekler alınmak suretiyle, alınan örneğin olay yerinde veya mağdur üzerinde bulunan delillerle karşılaştırmasının yapılması suretiyle vücut dokunulmazlıkları ihlal edilecektir. Bu nedenle söz konusu tedbirlerin, yasal bir zemine kavuşmuş olmasının önemli bir gelişme olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Buna bağlı olarak da, koruma tedbiri özelliğini de gösteren kurum, CMK’nun 141. mad-

desinde düzenlenen “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*” kapsamına alınmalıdır.

#### KAYNAKÇA

- ARICAN, Nadir**, Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları, Fasikül, Yıl:2, Sayı:7, Haziran 2010
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Bası, 2011
- CENTEL, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yılı Armağanı, İstanbul, 1993
- CENTEL, Nur**, Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın, <http://nurcentel.com/-makaleler/yenitckvekadın.pdf> (Erişim Tarihi: 05.05.2011)
- ÇAKMUT (YENERER), Özlem**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003
- ÇOLAK Haluk, TAŞKIN, Mustafa**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin, Ankara, 2007
- DEMİRDAĞ, Fahrettin**, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı Şubat 2007.
- GÜLSOY, Tefik, KÖK, Nezh**, Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme, [http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2005\\_IX\\_1.pdf](http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2005_IX_1.pdf) (Erişim Tarihi: 21.02.2011)
- GÜNGÖR, Devrim, BAKŞI, Okan**, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:8, Sayı:3, 2009
- KIZILARSLAN Hakan**, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Kızıllarlan Serisi, Ankara, 2007
- KOCA, Mahmut**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, CHD, Yıl:1, Sayı:2, Seçkin, Aralık 2006

**KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, Ocak 2008

**MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, [cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/-bedenmuayenesi.doc](http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/-bedenmuayenesi.doc) (Erişim Tarihi: 09.05.2011)

**MAHMUTOĞLU, Fatih, Selami**, Beden Muayenesi, Fasikül, Yıl:2, Sayı:7, Haziran 2010

**M’CHAREK, Amade**, Silent Witness, Ariculate Collective: DNA Evidence and The Inference of Visible Traits, [www.onlinelibrary.wiley.com](http://www.onlinelibrary.wiley.com) (Erişim Tarihi: 09.03.2012)

**ÖZBEK, Veli Özer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006

**ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA, Özge, SAYGILAR, F.Yasemin, ALAN, Esra**, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2010

**PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer**, Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, 1. Cilt, Madde 1-218, Ankara, Kasım 2008

**ŞAHİN, Cumhur**, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin, Ankara, 2005

**TURHAN, Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006

**ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2010

**ÜNVER, Yener**, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, CHD, Yıl:1, Sayı:2, Seçkin, Aralık 2006

**YAŞAR, Osman**, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt, Madde 1-222, Seçkin, Ankara, 2007

**YENİSEY, Feridun, KUNTER, Nurullah**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan, Mayıs 2005

**YENİSEY, Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi,

<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLvl=5>  
(Erişim Tarihi: 01.10.2010)

**YURTCAN Erdener**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 4. Bası, Beta, Kasım, 2005

**YURTCAN, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta, 2007

<http://www.courts.state.va.us/scndex.htm> (Erişim Tarihi: 09.03.2012)

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20Press%20EN.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2011)

## TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

Av. Tülay KİTAPÇIOĞLU\*

### ANAHTAR SÖZCÜKLER

Çocuk düşürtme, kürtaj, gebe kadın, anne, gebelik süresi, cenin, rıza, tıbbi zorunluluk, tıbbi müdahale.

### ÖZET

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 99.maddesinde düzenlenen çocuk düşürtme suçu detaylı olarak incelendiğinde, birçok eksiklik ve çelişkiyi içinde barındırdığı görülecektir. Bu suç tipi üzerinde yeteri kadar bilimsel çalışmanın yapılmamış olması, kanuni düzenlemede gebe kadının irade serbestisi ile ceninin gelecekteki yaşamının korunması arasında bir dengenin sağlanmamış olması gibi nedenlerin doğurduğu sıkıntılar, uygulamada kendisini etkili bir şekilde göstermektedir. Bu çalışmamızda, çocuk düşürtme suçu ceza hukuku açısından incelenecektir. Bu kapsamda, suçun koruduğu hukuksal değer, suçun unsurları, şahsi cezasızlık sebebi, nitelikli halleri ve yaptırımı, tartışmalı olan hususlara değinilerek ele alınacaktır.

### KEYWORDS

İllegal abortion, pregnant woman, mother, period of gestation, fetus, consent, medical obligation, medical intervention.

### ABSTRACT

When analyzed in detail, it will be noticed that illegal abortion, specified under article 99 of Turkish Penal Code numbered 5237, contains

---

\* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

numerous deficiencies and contradictions. Inconveniences caused by lack of sufficient scientific studies on this type of crime and unprovided balance between freedom of will of pregnant woman and protection of future life of fetus in legal regulation come into prominence in practise. In this study, illegal abortion is analyzed from the viewpoint of criminal law. In this context, the legal good as protect by the crime, elements of crime, aggravating circumstances and punishment of crime are handled referring to contentious points.

## GİRİŞ

Hukuk düzeni kişiyi kendisine karşı gelebilecek her türlü iç ve dış etke- ne karşı korumayı amaçlamaktadır. Türk Hukuk sisteminde, kişiliğin tam ve sağ doğum ile birlikte kazanıldığı kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Bu halde, tam ve sağ doğum gerçekleşmeyen hallerde, “cenin”, “*kişi*” sıfatı kazanılmadığından bahisle hukuk düzenin korumasından faydala-namayacak mıdır?<sup>2</sup> Böyle bir durum, hiç şüphesiz “ceninin gelecekteki yaşamının korunması” anlamında bir boşluğun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu itibarla, Türk Ceza Kanu- nu ve diğer mevzuatlar ile ceninin gelecekteki yaşamının korunması amacıyla gebeliğe son verme belirli koşullarla sınırlandırılmıştır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 99.maddesinde, çocuk düşürtme suçu düzenlenerek ceninin gelecekteki yaşamının ve buna bağlı haklarının koruma altına alınması amaçlanmıştır. Bu çalışmamızda TCK md.99’da yer alan ‘Çocuk Düşürtme’ suçu, unsurları, özellikleri, maddenin gerekçesi, Yargıtay kararları, tartışmalı noktaları ve uygulamada görülen sıkıntıları ile ele alınarak değerlendirilmiştir.

<sup>1</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 28.maddesinde, “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*” olarak düzenlendiği için kişiliğin tam ve sağ doğum ile başladığı kabul edilmektedir.

<sup>2</sup> *Tek’e göre*, henüz doğmamış olan çocuğun yaşama hakkından söz edilemeyeceği için kadının kendi vücudu üzerinde tasarruf etme hakkının karşısında ceninin yaşama hakkı- nın olduğu ve bu iki hakkın çatıştığı iddia edilemeyecektir. Bu görüş için bkz: TEK, Gül- şah, Sinem, Türk Hukuku’nda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz, 2012, s.109.



## I- GENEL BİLGİLER

Çocuk düşürtme suçu, Sağlık Hukuku'nun tartışmalı konularından birisidir. Bu suçun düzenlenmesindeki amaç ile ilgili olarak birbirinden farklı iki görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden ilki, kadının gebeliğine son verme hakkına sahip olduğunu, bu konuda kadının vücudu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğunu savunurken<sup>3</sup>, diğer görüş ise, çocuk düşürtmenin rahimde başlayan hayata müdahale etmek olduğunu ve bunun da cinayete eş değer olduğunu kabul etmektedir<sup>4</sup>. Kanaatimizce, yaşama hakkının korunması hukuki anlamda kişiliğin başlaması ile mümkün olduğundan ceninin gelecekteki yaşamı koruma altına alınmalı ve tıbbın çizeceği belli ölçülerde gebe kadına gebeliği sona erdirme hakkı mutlak ve sınırsız bir hak olmayacak şekilde tanınmalıdır.

Bilindiği üzere, çocuk düşürtme suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, birinci kısım, beşinci bölümünün 99.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede,

- a- Rızası olmamasına rağmen bir kadının çocuğunu düşürtmek (*TCK md.99/1*),
- b- Rızası olsa dahi, tıbbi zorunluluk olmamasına rağmen gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtmek (*TCK md.99/2*),
- c- Rızası olmamasına rağmen bir kadının çocuğunun düşürtmek, (kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa veya fiil kadının ölümüne yol açmışsa - *TCK md. 99/3*),
- d- Rızası olsa dahi, tıbbi zorunluluk olmamasına rağmen gebelik süreci on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtmek, (kadının

<sup>3</sup> DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul, 2001, s.201.

<sup>4</sup> DÖNMEZ, Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:9, Sayı:2, 2007, s.99.

beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa veya fiil kadının ölümüne yol açmışsa - *TCK md.99/4*),

- e- Rızası olsa dahi, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kimse tarafından düşürtülmesi veya bu madde kapsamındaki diğer fiillerin yetkili olmayan bir kimse tarafından işlenmesi (*TCK md.99/5*),
- f- Son olarak, mağduru olduğu bir suçtan dolayı gebe kalan kadının süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının da rızasının bulunması şartıyla, gebeliği son veren kişinin cezalandırılmayacağı hususu (*TCK md.99/6*) düzenlenmiştir<sup>5</sup>.

Bu konu ile ilgili 5237 sayılı TCK md.99 dışındaki diğer düzenlemeler ise, 1983 tarihli Nüfus Planlaması Hakkında Kanun<sup>6</sup>, Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük ve 509 Sayılı Nüfus Planlama Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği'dir. Konuya ilişkin bu düzenlemeler üzerinde ilgili olduğu kısımlarda durulacaktır.

## II- KORUNAN HUKUKİ YARAR

*Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, bu suç ile öncelikli olarak gelecekteki yaşamın korunması ve ikincil olarak ise annenin sağlığının korunması amaç-

<sup>5</sup> Eski TCK ile yeni TCK arasında önemli farklar bulunmaktadır. Şöyle ki; 765 sayılı Kanunu'nun 472.maddesinde yer alan çocuk düşürtme suçunun kişinin kendisinin ya da akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş olması halinde cezasının indirilmesi öngörülmüştü. Bu düzenleme, yeni kanunda yer almamaktadır. 5237 Sayılı TCK md.99/6'da, suç dolayısıyla gebe kalan kadının daha uzun süreli gebeliklerinin sona erdirilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak gebe kadının suç mağduru olduğu yönündeki beyanı ile hastane ortamında ve uzman hekimler sayesinde gebeliği sona erdirme imkanı sağlanmıştır. Bu konu hakkında bkz: ÖZBEK, Veli, Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Korumay, BACAŞIZ, Pınar, TEPE, İlker, ,Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2010, s.337-338; DÖNMEZER, s.224-225.

<sup>6</sup> Çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 99.maddesinin gerekçesinde; çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları bakımından 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer alan hükümler göz önünde bulundurularak düzenleme yapıldığı vebu kanunda öngörülen hükümlerin günümüz toplumsal ihtiyaçlarını karşıladığı için madde metninin düzenlenmesinde esas alındığı ifade edilmiştir. Kanaatimce, ceninin yaşama hakkı ve annenin sağlığını koruma amacı esas alınarak hazırlanan bir suçla ilişkin düzenlemede, nüfus planlamasını öngören bir kanunun temel alınmaması gerekirdi.

lanmaktadır<sup>7</sup>. *Kanbur*'a göre, çocuk düşürtme suçlarında korunan öncelikli yarar, ceninin gelişim hakkıdır. Bu görüşe göre, ceninin yaşam hakkının korunması öncelikli olmakla beraber rızası bulunsun veya bulunmasın çocuğu düşürtmek suretiyle vücudu üzerinde girişimde bulunulan gebe kadının sağlığı da korunmalıdır. Çünkü, bu fiillerden dolayı doğrudan kadının sağlığı etkilenecektir<sup>8</sup>. *Hakeri*'ye göre, çocuk düşürtme suçu ile sadece cenin değil annenin de korunması amaçlanmıştır. Bu koruma, ilk olarak çocuk düşürtme eyleminin hekim olmayan bir kimse tarafından yapılmasının cezalandırılmasından, ikinci olarak da, çocuğun alınmasına ilişkin getirilen süre kısıtlamasından anlaşılmaktadır. Çocuğun alınması için annenin rızasının aranması ile de, hamile kadının karar verme özgürlüğü koruma altına alınmaktadır.<sup>9</sup> *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre, bu suç ile korunması amaçlanan öncelikli yarar yaşam hakkıdır. Ceninin annenin sağlığını tehlikeye düşürmesi söz konusu olsa bile onun da yaşam hakkı dikkate alınmakta ve korunmaktadır. Burada, çocuğu düşürtülme suretiyle vücudu üzerinde girişimde bulunulan kadının sağlığı da korunmaktadır. Bunun dışında, toplumun varlığını sürdürme hakkı, aileye ait bir varlığın var olma hakkı, genel ahlak ve devletin nüfus politikasının korunması amaçlanmıştır<sup>10</sup>. *Dönmez*'e göre, bu suç ile birden fazla hukuki yararın korunması amaçlanmıştır. Buna göre, TCK md.99/1'de, hem ceninin yaşama hakkı, hem de annenin sağlığı korunmak istenirken md.99/2'de ise, sadece ceninin yaşama hakkının korunması amaçlanmıştır. Çünkü; bu fıkrada "*rızaya dayalı olsa bile*" ifadesi ile belli sürelerin dışında gebeliğin sona erdirilmesini suç olarak tanımlamış ve cenin-

<sup>7</sup> TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa, Ruhan/ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2010, s.277.

<sup>8</sup> KANBUR, Nihat, "Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu", Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008, s.1231.

<sup>9</sup> HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2010, s.415. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Paton v. UK kararında mahkeme, ceninin yaşama hakkının annenin haklarından ayrı değerlendirilemeyeceğini ve annenin tercihleri doğrultusunda sınırlanabileceğini belirtmiştir (Paton v. UK (1980) 3EHR 408). DÖNMEZ, s.137.

<sup>10</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.338.

nin yaşama hakkına üstünlük tanımıştır<sup>11</sup>. *Bakıcı*'ya göre korunan hukuki yarar, ceninin hayatı, gebe kadının sağlığı ve hayatı, genel ahlak kuralları ve devletin nüfus politikasının korunmasıdır<sup>12</sup>. *Parlar/Hatipoğlu*'na göre, bu suçta korunması amaçlanan hukuki yarar, ceninin ve kadının şama hakkı ile birlikte 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda öngörülen hükümlerin dışında gebeliği sona erdirmenin önlenmesini sağlamak amaçlanmıştır<sup>13</sup>.

Kanaatimizce, bu suç ile birden fazla hukuki yararın korunması amaçlandığı için korunan hukuki yarar, karma yapıdadır. Çocuk düşürme fiillerinin suç olarak düzenlenmesi ile ceninin gelecekteki yaşamı, gebe kadının kendi bedeni üzerindeki hakları ve toplumun çocuğun sağ ve tam doğuma yönelik yararının korunması amaçlanmıştır. Her ne kadar doktrinde bu suç ile genel ahlakın korunmasının amaçlandığı savunulmuşsa da, genel ahlak kavramı, soyut ve düşünceyi meşru kılma amacı ile hemen her durumda kullanılabilir olduğu için kanaatimizce, bu suçta korunan hukuki yarar arasında görülmemelidir. Aynı zamanda, doktrinde genel ahlak kavramı, korunan hukuksal değer olarak kabul edilmemektedir. Bu suçun ihdas edilmesi ile birden fazla hukuki yararın korunması amaçlandığından çok yönlü bakış açısı ile konuya yaklaşılarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

### III- SUÇUN UNSURLARI

#### 1- Maddi Unsur

##### a- Fiil

<sup>11</sup> DÖNMEZ, s. 109. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, H v. Norway başvurusunda, 14 haftalık gebeliğin sosyal nedenlerle sona erdirilmesini sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Komisyon, sözleşmeye üye olan devletlerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak mevzuatlarını istedikleri gibi düzenleme yetkisine sahip olduklarını ileri sürmüştür. Bu nedenle, ceninin yaşama hakkının sözleşme ile uyumlu olmadığı yönündeki iddiaları kabul etmemiştir (H v. Norway Application No:17004/90) DÖNMEZ, s.137.

<sup>12</sup> BAKICI,Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Ankara, 2010 s.1017.

<sup>13</sup> PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2008, s.1588.

Çocuk düşürtme suçunda fiil, “bir kadının çocuğunu düşürtmek”dir. Bu suç her türlü hareket ile işlenebileceğinden *serbest hareketli bir suçtur*<sup>14</sup>. Ceninin gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son verilmesi, tıbbi müdahalelerle gerçekleşebileceği gibi yaralama niteliği taşıyan fiillerle de gerçekleşebilir<sup>15</sup>. Çocuk düşürtmeye yönelik müdahale, kürtaj gibi doğrudan ceninin alınması şeklinde olabileceği gibi hamile kadın üzerindeki müdahale şeklinde de olabilir<sup>16</sup>. Gebe bir kadının çocuğunu düşürtmeye yönelik tekmelemesi, yumruklaması, sopayla dövülmesi, ilaç yutturulması, karnının üzerine oturulması vb. fiillerle çocuk düşürtme suçu oluşabilmektedir<sup>17</sup>. Gebe kadına kimyasal bir ilacın verilmesi veya biyolojik bir etki gösteren ilacın kullanılması da çocuk düşürtme suçunun oluşumuna neden olabilecek fiillerdir<sup>18</sup>.

Hekimin hastanın sağlığına kavuşması için yaptığı her şey tıbbi müdahale olarak kabul edilebilir. Tıbbi müdahalenin kapsam ve sınırları, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.13’ de belirtilmiştir<sup>19</sup>. Çocuk düşürtme suçu bakımından tıbbi müdahale, tıbbi usullere göre gebe kadın üzerinde gerçekleştirilen ve çocuğun düşürtülmesine yönelik olan her türlü harekettir<sup>20</sup>.

Çocuk düşürtme suçunda fiil, gebelik sırasında yani doğumdan önce gebeliği sona erdirme amacı ile cenine yönelik her türlü müdahaledir. Bu suçun oluşmasında, gebeliğin ne şekilde gerçekleştiği –doğal mı, suni olarak mı- önemli değildir<sup>21</sup>. Bunun yanı sıra, suçun oluşumu bakımından fiilin

<sup>14</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278; KANBUR, s.1237; HAKERİ, s.418;ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAK-SIZ/TEPE, s.341; BAKICI, s.1019; METİN, s.501.

<sup>15</sup> KANBUR, s.1238. HAKERİ, s.418; METİN, s.501.

<sup>16</sup> HAKERİ, s.418; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.341.

<sup>17</sup> KANBUR, s.1238.

<sup>18</sup> DÖNMEZ, s.113.

<sup>19</sup> “Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelere aykırı veya aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip veya dış tabibi;teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bendeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.”Tıbbi Deontolojisi Nizamnamesi, md.13.

<sup>20</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.341.

<sup>21</sup> TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, s.279.

gerçekleştirildiği sırada, gebeliğin kaçınıcı ayında olduğu da kural olarak önemli değildir. Ancak, tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen, kadının rızası olsa dahi, gebelik süresi on haftayı aşmışsa, bu fiil suç oluşturacaktır (TCK md.99/2)<sup>22</sup>. Bu halde, gebelik süresi on haftayı aşmamışsa ve kadının da rızası varsa, fiil suç oluşturmaz. Bu düzenlemede, rıza gösteren gebe kadına verilecek ceza ile çocuk düşürtme fiillerini gerçekleştiren hekime verilecek ceza arasında ayırım yapılmıştır. Buna göre, düşürtme fiillerini gerçekleştiren hekim, “iki yıldan dört yıla kadar” hapis cezası ile cezalandırılacakken bu fiile rıza gösteren gebe kadın, “bir yıla kadar hapis veya adli para cezası” ile cezalandırılacaktır. Oysa, 765 sayılı TCK md.468/2’de, bu tür fiiller için hekime de rıza gösteren gebe kadına da aynı miktarda ceza öngörülmekteydi. Bu farklılığın nedeni, madde metninden de maddenin gerekçesinden de anlaşılamamakta ve eleştirilmektedir<sup>23</sup>.

Çocuk düşürtme suçu incelenirken değişik ihtimaller de göz önüne alınmalıdır. Şöyle ki; çocuğun anne karnında ölmesi ile canlı doğduktan sonra kürtaj ameliyesi nedeniyle ölmesi arasında suçun hukuki niteliği bakımından bir fark yoktur. Bu itibarla, çocuk düşürtme amacı ile yapılan müdahale neticesinde çocuğun zamanından önce doğması ve ölmesi durumunda suç, çocuk düşürtme suçudur; ceninin rahim içinde veya dışında olmasının bir önemi yoktur<sup>24</sup>.

Gelişim süreci devam eden, yaşayan bir cenine yönelen ve onun gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son vermeye çalışan her türlü müdahale, TCK md.99 anlamında çocuk düşürtmedir. Ana rahmindeki ceninin herhangi bir yaşamsal fonksiyona sahip olmaması halinde ise, gebe kadına yönelik

<sup>22</sup> Çocuk düşürtme suçunda gebelik süresinin kesin bir suretle belirlenmesi uygulanacak yaptırım bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay verdiği bir kararda, “Gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunun kesin tıbbi kanıtlarla saptanamadığı gözetilmeden, sanıkların beraati yerine atılı suçtan mahkumiyetlerine karar verilmesi....” demiştir (Yargıtay 8.CD. 11.11.1998-13413/4523). EROL, Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Ankara, Yıl Bilinmiyor, s.1235.

<sup>23</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.342-343.

<sup>24</sup> HAKERİ, s.418.

yapılan müdahale çocuk düşürtme suçunu değil, şartlarına göre kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarını oluşturur<sup>25</sup>.

Çocuk düşürtme fiilinin neticesinde, çocuğun düşürtülmesi yani ceninin gebe kadın ile yaşamsal bağlantısının sona ermesi gerektiğinden, bu suç *netice suçudur*. Yapılan müdahale ile ceninin rahim içinde ölümüne yol açılmış olması gerekmektedir. Neticenin, failin ceninin yaşamsal faaliyetini sona erdirmeye yönelik faaliyetinin sonunda ortaya çıkması ve bunun objektif olarak faille isnat edilebilir olması gerekmektedir<sup>26</sup>. Bu nedendir ki; ceninin rahim içinde müdahaleden önce canlı olması gerekmektedir. Yani, müdahale, gebelik sırasında cenin canlı iken yapılmalı ve cenin üzerinde etki göstermelidir<sup>27</sup>. Gelişim süreci devam eden ve yaşayan cenine yönelik olan ve onun gebe kadın ile yaşamsal bağlantısına son vermeye çalışan her türlü müdahale md.99 anlamında "*çocuk düşürtme*"dir. Bu itibarla, müdahaleden önce ölmüş olan cenin üzerindeki fiiller bakımından bu suç oluşmaz. Ana rahmindeki ceninin herhangi bir yaşamsal fonksiyona sahip olmaması halinde, gebe kadına yönelik yapılan müdahale, çocuk düşürtme değil şartlarına göre, kasten öldürme veya kasten yaralama suçunu oluşturabilecektir<sup>28</sup>.

#### **b- Fail**

Çocuk düşürtme suçunda fail, herhangi bir kişi olabilir. Bu suçun faili, anne olabileceği gibi annenin dışında herhangi bir kimse de olabilir. Zira, TCK md.99/2'de, rıza gösteren kadın da cezalandırıldığından, bu suçun faili,

<sup>25</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.341-342.

<sup>26</sup> KANBUR, s.1241.

<sup>27</sup> TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, s. 280. KANBUR, s.1238. DÖNMEZ, s.112.

<sup>28</sup> KANBUR, s.1238. İngiliz Hukuku'nda cenine yönelik gebeliği sona erdirici hareketin insan öldürme suçu olarak değerlendirildiğine ilişkin dava örneği bulunmamaktadır. İnsan öldürme suçunun oluşabilmesi için çocuğun canlı olarak doğması gereklidir. Bu kapsamda, 1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Kanunu (bölüm 58- 59), 1929 tarihli Yeni Doğanın Hayatını Koruma Kanunu'nda ve 1967 tarihli Kürtaj Kanunu ile bu konuya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Detaylı bilgi için bkz: DÖNMEZ, s.101.

herhangi bir üçünü kişi olabileceği gibi, cenini taşıyan anne de olabilecektir<sup>29</sup>.

Bu suçun faili olan kişinin, gebeliği sonlandırmaya yetkili olan bir kimse olması şart değildir. Ancak, çocuğun yetkili olmayan bir kimse tarafın düşürtülmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir (TCK md.99/5). Bu itibarla, çocuk düşürtme suçunda, suçun failinin çocuk düşürtülmesinde yetkili olan bir kimse mi yoksa yetkili olmayan bir kimse mi olduğu, ceza miktarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. 1983 tarihli ve 18255 sayılı Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te rahim tahliyesine yetkili olan kimseler sınırlı sayıda gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılır (md.3/2). Ancak, Bakanlık tarafından açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek pratisyen hekimler de, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetiminde menstrüelregülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler (md.3/3). Tüzükte açıkça belirlendiği gibi, rahim tahliyesine yönelik fiilleri gerçekleştirmeye yetkili olan kimseler, kadın doğum alanında uzmanlaşmış hekimlerdir. Bunun yanı sıra, Sağlık Bakanlığı tarafından verilen yeterlilik belgesi alan pratisyen hekimler de rahim tahliyesi yapabilecektir<sup>30</sup>. Ne var ki, bu kapsam dışındaki kişiler, yet-

<sup>29</sup> *Tezcan/Durmuş/Önok*'a göre, bu suçun faili, TCK md.100'de ayrıca çocuk düşürme fiili cezalandırıldığından cenini taşıyan kadın dışında herhangi bir kimse olabilecektir. Diğer bir anlatımla, çocuğun düşmesi, anne dışında üçüncü bir kişinin fiili ile gerçekleşmiş olmalıdır. Bkz: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278. *Kanbur*'a göre, TCK md.99/1'de düzenlenen fiiller bakımından suçun faili gebe kadın dışında herkes olabilirken md.99/2'de düzenlenen fiiller bakımından çocuk düşürtmeye rıza gösteren de kadın cezalandırılabilir. Bkz: KANBUR, s.1234. *Hakeri*'ye göre, fail, gebe kadın dışında herkes olabilir. Bkz: HAKERİ, s.417. *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre, bu suçun faili gebe kadın dışındaki herkestdir. Zira, gebe kadının çocuğunu bizzat düşürmesi halinde TCK md.100 hükmü uygulanacaktır. Bkz: ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/-BACAKSIZ/TEPE, s.339. *Dönmez*'e göre, çocuk düşürtme suçunun faili, gebe kadın dışındaki herhangi birisi olabilir. Gebeliğin yetkili olmayan bir kinse tarafından sona erdirilmesi halinde ise, yetkisiz kişinin bu fiili, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali oluşturur. Bkz: DÖNMEZ, s.109. *Artuç*'a göre, TCK md.99/2'de düzenlenen suçun faili, ancak gebe bir kadın olabilir. Bkz: ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2008, s.538.

<sup>30</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278; KANBUR, s.1235-1236; HAKERİ, s.417; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ, s.340; DÖNMEZ, s.111.



kisiz kişi olarak kabul edilerek bu kişiler hakkında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller uygulanacaktır.

### c- Mağdur

Çocuk düşürtme suçunun mağduru, gebe kadındır. Kadın, çocuk düşürtmeye yönelik fiillere rıza göstermiş dahi olsa md.99/2 ve md.99/5'de belirtilen hallerde söz konusu rıza, kanun tarafından geçerli kabul edilmiştir. Bu halde de, suçun mağduru gebe kadındır. Kadının yanı sıra, toplum ve kamu da genel anlamda suçun mağdurudur<sup>31</sup>. Suçun mağdurunun gebe kadın olması, suçun unsurlarından olup tipikliğe ilişkin bir özelliktir<sup>32</sup>.

Kadının gebe olması, hukuka uygun her türlü delil ile ispat edilebilir. Tanık beyanları, doktor raporları ile kadının gebe olduğu belirlenmelidir. Kadının gebe olmaması halinde çocuk düşürtme suçu oluşamayacağından fail kastına göre yaralama, öldürme, cinsel taciz veya cinsel saldırı suçundan yargılanabilir<sup>33</sup>.

### d- Konu

Çocuk düşürtme suçunun konusu, doğumdan önceki yaşamın korunması amaçlandığından "cenin"dir. TCK md.6-b'de, çocuk, "henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanmışsa da, çocuk düşürtme suçundaki çocuk kavramı açısından, bu tanım geçerli değildir. Bu nedenle, doğumdan önceki yaşamın korunması amaçlandığından bu suçun konusu, "cenin"dir. Bu suçun konusu cenin olduğu için cenin sıfatının kazanılma anı önemlidir. Cenin sıfatının kazanılma anı, *nidation*'dur. *Nidation*, döllenmiş yumurtanın rahmin iç zarına yerleşmesidir. Bu bakımdan, cenin, "döllenmeden doğuma kadar geçen sürede, ana rahminde bulunan varlık"tır<sup>34</sup>. Bu nedenle, doğmuş bir yaşam söz konusu ise, çocuk düşürtme suçu değil, kasten veya taksirle insan öldürme suçu oluşur<sup>35</sup>. Türk Hukuku'nda, kişi sıfatı-

<sup>31</sup> KANBUR, s.1236; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.340.

<sup>32</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.340.

<sup>33</sup> BAKICI, s.1019.

<sup>34</sup> HAKERİ, s.415; METİN, Sevtap, Biyo-tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, 2010, s.500.

<sup>35</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.279.

nın kazanılma anı olarak doğumun bitmesi yani ceninin anadan tamamen ayrılması aranmaktadır<sup>36</sup>. Kişi sıfatının kazanılma anının belirlenmesi, suçun hukuki niteliğinin tespit edilmesi bakımından da önem taşımaktadır. Örneğin, karnındaki ağrılardan şikayetçi olan hastanın doktora gitmesi üzerine, hastanın hamile olmadığını söylemesi nedeniyle ilaç yazıp gönderen hekimin sorumluluğu doğabilir. Kadının kısa bir süre sonra ölü çocuk doğurması halinde hekim, taksirle yaralamadan sorumlu olacaktır. Çünkü, henüz yaşam söz konusu olmadığından çocuğun öldürülmesi de söz konusu olamayacağından TCK md.89 gereğince taksirle yaralamadan sorumlu olması gerekecektir<sup>37</sup>.

TCK md.99’da yer alan çocuk düşürtme suçunun konusu, ana rahmindeki cenin iken, madde başlığında ve içeriğinde “çocuk” deyiminin kullanılmıştır. Ancak, TCK bakımından çocuk, henüz on sekiz yaşını tamamlamamış kişidir (TCK md.6/1-b). Bu itibarla, suçun kanuni tanımında, “cenin” ifadesinin kullanılması gerekirken “çocuk” deyiminin kullanılmış olması yerinde değildir<sup>38</sup>. Suçun kanuni düzenlemesinde “çocuk” ifadesi yerine, gerek tıbbi gerekse de hukuki olarak suçun konusunu tam olarak karşılayacak “cenin” ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır.

<sup>36</sup> Alman Hukuku’nda ise, doğum sancılarının başladığı an kabul edilmektedir. Bu nedenle, doğal sancılar ile suni sancılar arasında ayırım yapılmamaktadır. HAKERİ, s.416. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (md.4)’de, yaşama hakkı gebelikten itibaren koruma altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, sözleşmenin kimlerin yaşama hakkını koruduğu konusunda sessiz kalmıştır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz: DÖNMEZ, s.139.

<sup>37</sup> Aynı örnek Almanya’da gerçekleşmiş olsa idi, Alman Hukuku’nda doğum sancuları ile yaşamın başladığı kabul edildiği için hekim çocuğu taksirle öldürmeden sorumlu tutulacaktır. HAKERİ, s.416.

<sup>38</sup> Aynı yönde görüş için bkz: DÖNMEZ, s.106; ARTUÇ, s.540. Esasen İngiliz Hukuku’nda da, benzer bir bakış açısı bulunmaktadır. Buna göre, çocuk düşürtme suçu, insan öldürme suçu kapsamında değerlendirilmez. Zira, İngiliz Hukuku da, cenine kişilik hakları tanımamaktadır. Ceninin kanun ile korunması sağlanmıştır ancak bu koruma, doğmuş bir insandan farklıdır. Ayrıca, gebeliğin sonlandırılması da sadece rızaya dayalı (law of consent) olarak mümkün olabilecektir. Bkz: DÖNMEZ, s.107. *Bakıcı*’ya göre, kanunkoyucu, “çocuk” tabirini, “cenin” tabirine göre kullanılması daha kolay olduğu için tercih etmiştir. Bkz: BAKICI, s.1018.

Çocuk düşürtme suçunun maddi konusunun belirlenmesinde, tartışılması gereken bir husus da, çoklu gebeliklerde bir ya da birden fazla fetüsün<sup>39</sup> sonlandırılmasının hukuki niteliğidir. Fetal redüksiyon, çoklu gebeliklerde bir ya da birden çok fetüsün kalanların gelişimine etki etmeyecek şekilde çocuk düşürtme suretiyle sonlandırılmasıdır<sup>40</sup>. Farklı amaçlarla ve farklı yöntemler ile yapılmış olsa dahi, çoklu gebeliklerde bazı fetüslerin gelişimlerinin sonlandırılması, ceza hukuku anlamında “çocuk düşürtme” olarak kabul edilmelidir. Bu anlamda, çoklu gebeliklerde ana rahminde bulunan birden fazla fetüslerin gelişiminin sona erdirilmesi de, çocuk düşürtme suçunun konusunu oluşturmalıdır. Ancak, bu halde, failin tek bir suçtan mı, yoksa birden fazla suçtan mı cezalandırılacağı önem taşımaktadır. Kanaatimizce, tek bir fiil ile çoklu gebeliklerde birden fazla fetüsün gelişiminin sonlandırılması durumunda birden fazla çocuk düşürtme suçu oluşacaktır. Zira, zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği TCK md.43/2’de, “*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi*” bir cezaya hükmedileceği fakat cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Ancak, cenin kişi olarak kabul edilmediği için zincirleme suç hükümleri uygulanmamalı, failin her fiilinden dolayı gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Diğer yandan, hızlı gelişen biyoloji ve teknoloji ile kanuni düzenlemeler arasında uyumun sağlanması için bu konuda açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır<sup>41</sup>.

#### e- Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

##### aa. Fiilin Kadının Beden veya Ruh Sağlığı Bakımından Zarara Uğramasına Neden Olması (TCK md.99/3-4)

Çocuk düşürtme fiili, cenini taşıyan annede beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olmuşsa, faile verilecek ceza artırılacaktır. Fiilin TCK md.99/1 veya md.99/2’de düzenlenen suçlardan hangisine uyduğuna göre, verilecek cezada da değişiklik olacaktır. Kadının beden ve ruh sağlığının

<sup>39</sup> Fetüs, üçüncü gebelik ayı başından doğuma kadarki devre içinde ana rahmindeki canlıya verilen isimdir. Bkz: <http://www.anlambilim.net/fetus-nedir-106311.htm> (Erişim Tarihi: 24.04.2012)

<sup>40</sup> KANBUR, s.1233.

<sup>41</sup> Aynı yönde görüş için bkz: KANBUR, s.1233; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/-BACAKSIZ/TEPE, s.339.

bozulmasından müdahalenin neden olacağından daha ciddi sağlık bozukluklarının meydana gelmesi anlaşılmalıdır. Bu nedenledir ki, rahim tahliyesi neticesinde meydana gelen yaralar ve sağlık sıkıntıları bu kapsamda değildir<sup>42</sup>. Ağır neticeden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için netice bakımından en azından taksirinin bulunması gerekir (TCK md.23).

Kadının ruh sağlığı bakımından zarara uğramasını ise, kadının psikolojik yönden hayatını eskisi gibi sürdürememesi olarak anlamak gerekir. Burada, gebe kadının çocuğunu kaybetmesinin verdiği üzüntüyü aşan aşırı ve kalıcı olan rahatsızlıklar kastedilmektedir<sup>43</sup>. Gebe kadının beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı tespit edilirken Adli Tıp Kurumu'nun ilgili İhtisas Dairesinden rapor alınmalı ve bu rapor göz önünde bulundurulmalıdır<sup>44</sup>.

#### **bb. Fiilin Kadının Ölümüne Neden Olması (TCK md.99/3-4)**

Çocuk düşürtme fiili, cenini taşıyan annenin ölümüne sebep olmuşsa faile verilecek ceza artırılabacaktır. Fiilin TCK md.99/1 veya md.99/2'de düzenlenen suçlardan hangisine uyduğuna göre, verilecek cezada da değişiklik olacaktır. Daha ağır cezayı gerektiren bu halden dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesi için, ölüm neticesine yönelik taksirinin bulunması gerekmektedir (TCK md.23). Failde, anneyi öldürmeye yönelik kast var ise, çocuk düşürt-

<sup>42</sup> KANBUR, s.1242; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.343.

<sup>43</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.344.

<sup>44</sup> Yargıtay 5.CD., ".....5237 sayılı yasanın 102/5.maddesinin uygulama olasılığı nazara alınarak kızlığı bozulan mağdurenin suçun sonunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumunun ilgili İhtisas Dairesi'nden görüş alınarak saptanması gereğinin gözetilmemesi..."nin bozma sebebi olduğuna karar vermiştir. (Yargıtay 5.CD. 10.04.2006 tarih ve 2706/3034 S.Karar) Aynı şekilde çocuk düşürtme suçunda da bu yönde araştırmanın yapılması gereklidir. DÖNMEZ, s.130. Yargıtay 8.CD. tarafından verilen bir kararda, ".....5271 sayılı CMK md.170/3'de, iddianamede hangi hususların gösterileceği, aynı kanunun 174/1. maddesinde ise, hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, iddianamenin iadesi sebepleri arasında soruşturma konusu olayla ilgili olarak alınan rapor hakkında ayrıca Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması hususunun yer almadığı gibi mahkeme tarafından iade sebebi olarak belirtilen konuda C.Başsavcılığınca Çorlu Askeri Hastanesi'nden uzman doktor raporu alındığı, yargılama aşamasında davayı gören mahkeme tarafından gerekli görüldüğü takdirde Adli Tıp Kurumundan görüş alınabileceği gözetilmeksizin itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir."(Yargıtay 8.CD. 01.10.2007 tarihli 2007/8868E. ve 2007/6472K.) DÖNMEZ, s. 130.

me suçundan değil, kasten öldürme suçundan dolayı failin cezalandırılması ve gebe bir kadına işlendiğinden dolayı da cezanın artırılması gerekir (TCK md.82/1-f)<sup>45</sup>.

Gebe kadının rızasının bulunması halinde gerçekleştirilen çocuk düşürtme fiili ile rızası olmaksızın gerçekleştirilen çocuk düşürtme fiilinde, kadının beden veya ruh sağlığının bozulması veya ölmesi halinde artırılabilecek ceza oranlarının oldukça farklı olması dikkat çekicidir<sup>46</sup>. Diğer yandan, TCK md.99/2'ye göre, cenini taşıyan ve rıza gösteren anne de cezalandırılacakken aynı maddenin dördüncü fıkrasında beden veya ruh sağlığının bozulması veya ölmesi halinde cezanın artırılabileceği öngörülmüştür. Kanuni düzenlemeye göre, bir yanda kadın cezalandırılırken diğer tarafta kadının uğradığı zararlardan dolayı failin cezası artırılabilmektedir. Bu durum ise, suç ile kimin korunduğunun belirsizleşmesine ve suçtan dolayı mağdur olan bir kimsenin aynı zamanda fail olarak kabulüne neden olmaktadır.

#### **f- Suçun Nitelikli Hali: Yetkili Olmayan Kimse Tarafından İşlenmesi (TCK md.99/5)**

Çocuk düşürtme suçunu yetkili olmayan bir kimse tarafından işlenmesi, daha ağırceza gerektiren nitelikli haldir; bu halde, faile verilecek ceza artırılabilecektir<sup>47</sup>. Yetkili olmayan bir kişi tarafından bu suçun işlenmesi halinde daha ağır ceza verilmesinin amaçlanmasının nedeni, bu şekilde annenin sağlığını<sup>48</sup> ve ceninin gelecekteki yaşamını korumaktır. Rahim tahliyesine yetki-

<sup>45</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.284; DÖNMEZ, s.132.

<sup>46</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.285.

<sup>47</sup> Yargıtay 8.CD. tarafından verilen bir kararda; "765 sayılı TCK'nun 470/1.madde ve fıkrasının son cümlesinde, çocuk düşürtme eyleminin kadının beden bir zarara uğramasına neden olması halinde failin ayrıca yaralama suçundan da cezalandırılacağı belirtilmesine rağmen, 5237 sayılı TCK'nun 99/5.madde ve fıkrasında diğer bazı fıkralardan farklı olarak benzer bir düzenlemenin bulunmaması ve yine bu fıkra eylemin yetkili olmayan kişi tarafından gerçekleştirilmesinin suçun unsuru olması nedeniyle aynı fıkranın son cümlesi gereğince bu nedenle artırım yapılamaması karşısında, hükümlü hakkında ..... 5252 sayılı yasanın 9.maddesinin 1.fıkrasındaki "lehe olan hükümlerin derhal uygulanabileceği" hükmüne dayanılmayacağı gözetilmeden evrak üzerinden karar verilmesi...." ifade ederek 5237 sayılı TCK'nun lehe hükümlerinin uygulanması gerektiğine vurgu yapılmıştır. (Yargıtay 8.CD., 20.12.2006, 6791-9450) BALCI, s.1030.

<sup>48</sup> TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s.285.

li olan kişiler, 1983 tarihli ve 18255 sayılı Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te sınırlı sayıda gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılır (md.3/2). Ancak, Bakanlık tarafından açılan eğitim merkezlerinde kurs göyerek pratisyen hekimler de, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetiminde menstrüelregülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler (md.3/3). Ne var ki, bu kapsam dışındaki kişiler, yetkisiz kişi olarak kabul edilerek bu kişiler hakkında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller uygulanacaktır<sup>49</sup>.

Görüldüğü gibi, kadının beden veya ruh sağlığının bozulması veya ölmesi, fiilin meydana getirdiği daha ağır neticeler dolayısıyla verilecek cezanın ağırlaştırılması halleri iken yetkisiz bir kimse tarafından bu suçun işlenmesi failin niteliğinden kaynaklanan ağırlatıcı haldir<sup>50</sup>.

## 2- Manevi Unsur

Çocuk düşürtme suçunun manevi unsuru, kasttır. Gebeliği sona erdirmeye yönelik fiillerin cezalandırılması için, kişinin tipe uygun hareketi ve neticeyi, bilmesi ve istemesi gerekir. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Çünkü, taksirli suçlar ancak kanunda açık bir düzenlemenin olması halinde cezalandırılabilir. Bu suç, doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kast ile de işlenebilir<sup>51</sup>. Bu suçun olası kast ile işlenmesi bakımından kasten yaralama niteliğindeki fiillerin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, failin gebe bir kadına karşı kasten yaralama niteliğindeki fiilleri işlerken kadının gebe olduğunun farkına varması ve çocuğun düşme ihtimalini bilmesine rağmen bu neticeyi göze alarak hareketlerine devam etmesi halinde olası kast ile çocuk düşürtme suçu değil olası kast ile kasten yaralama suçu söz konusu olur. Ancak kasten yaralama suçu bakımından gebe

<sup>49</sup> Yargıtay CGK tarafından verilen bir kararda, ruhsatnameli bir ebe tarafından yapılan müdahale neticesinde kadının ölmesini nitelikli hal olarak değerlendirmiştir. Böyle durumlarda, ayrıca Adli Tıp Kurumu raporunun alınmasını zorunlu görmüştür (Yargıtay CGK 27.02.1967, 1967/42E, 1967/53K). DÖNMEZ, s.134.

<sup>50</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.344.

<sup>51</sup> KANBUR, s.1250. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.349; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.258; DÖNMEZ, s.115.

olduğu bilinen bir kadına karşı işlendiğinden nitelikli halinin uygulanması gerekecektir<sup>52</sup>.

Kasten yaralama ile çocuk düşürtme suçlarının ayırt edilmesinde, failin gebe olan kadını yaralama kastının mı yoksa çocuğunun düşmesi için yaralama kastının mı taşıdığı ayırt edilmesi gerekmektedir. Şöyle ki; fail, gebe olan kadının çocuğunu düşürtmek için karnını yumrukluyor veya yaralama niteliğindeki fiilleri gerçekleştiriyor ise bu halde, çocuk düşürtme suçundan sorumlu olması gerekmektedir. Şayet fail, gebe olduğunu bildiği bir kadının karnını yumruklamaya veya yaralama niteliğindeki fiilleri gerçekleştirilmeye devam ediyor ise, bu halde failin olası kast ile kasten yaralama suçundan değil olası kast ile çocuk düşürtme suçundan sorumlu olması gerekmektedir.

Manevi unsur olarak taksir, istisnai kusurluluk hali olduğu ve bu suç bakımından ayrıca düzenlenmediği için çocuk düşürtme suçunun taksirle işlenmesi halinde, bu suçtan dolayı ceza verilmez. Şöyle ki; taksirle çocuğun düşmesine yol açan kişi, anneye karşı taksirle yaralama suçundan dolayı cezalandırılmalıdır<sup>53</sup>. Diğer bir ihtimal ile fail, anneye karşı öldürme veya yaralama kastı ile hareket etmiş fakat bu fiil neticesinde çocuk düşmüş ise, anneye karşı kasten öldürme veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan dolayı cezalandırılması gerekir<sup>54</sup>. Hekimin gebe kadına yanlışlıkla verdiği

<sup>52</sup> KANBUR, s.1250; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.349; BAKICI, s.1022.

<sup>53</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 282.

<sup>54</sup> "... Olay tarihinde sanıkla müdahilin çeşmeden faydalanma hususunda, tartışmaları tartışmanın kavgaya dönüştüğü, sanığın müdahile vurup sert zemine düşürdüğü daha sonra da müdahilin karına çıkıp oturduğu bunun sonucunda 7-8 haftalık hamile olan müdahilin çocuğun düşmesine yol açtığı, yerel mahkeme sanığın müdahilin hamile olduğunu bilebilecek durumda olmadığından bahisle TCK md.23 yollamasıyla netice bakımından sorumlu tutulamayacağı ve failin de bu haliyle taksirle yaralamayı düzenleyen 89.maddesine dönüştüğü düşüncesiyle anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar verilmiştir. Somut olaya baktığımızda, olay öncesi köy cami hopörlerinden hamile kadınların köy muhtarlığına çağrıldığı, bu çağrıya müdahilin uyararak gittiği ve hamile olduğuna dair kaydını yaptırdığı, bu çağrıdan 4 gün sonra olay tarihinde sanığın müdahili yere yatırarak karnına oturduğu, hayatın olağan akışı gereği mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranış olduğunu öngörmesi gerektiği, belirtilen şekilde çocuğun düşmesi sonucunu doğuran eylemde olası kast ile hareket edildiği ortaya çıkmış

ilaç, çocuğun düşmesine neden olursa, hekimin kastı çocuk düşürmek olmadığı için çocuk düşürme suçundan sorumlu olmaz. Bu halde, hekim taksirle yaralamadan sorumlu tutulur. Kanaatimizce, çocuk düşürme suçunun taksirle işlenmesi noktasında, kanunda bir boşluk bulunmaktadır ve buna ilişkin düzenleme yapılması ihtiyacı vardır<sup>55</sup>.

### 3- Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçta hukuka uygunluk sebebi, *tıbbi zorunluluk* hali ve *hakkın kullanılması*dır. Daha iyi anlaşılması için ayrı başlıklar altında incelenecektir.

#### a- Tıbbi Zorunluluk Hali

TCK md.99/2’de, tıbbi zorunluluk bulunmayan hallerde, gebelik süresinin on haftadan fazla olan bir kadının çocuğun düşürülmesi durumunda cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bu halde, tıbbi zorunluluğun bulunması halinde, gebeliğin sona erdirilmesi suç oluşturmayacaktır. Tıbbi zorunluluğun varlığı belirlenirken tıbbi veriler göz önüne alınmalıdır. Tıbbi anlamda önemli bir sakınca, ciddi bir tehlike bulunmakta ise, hangi aşamada olursa olsun gebeliğin sona erdirilmesi mümkün olmalıdır<sup>56</sup>.

Tıbbi zorunluluk kapsamında yer alan haller, Nüfus Planlama Kanunu md.5/2,3’de düzenlenmiştir. Tıbbi zorunluluk kapsamında yer alan hallerden ilki, annenin hayatını tehdit eden, edecek olan veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller bakımından ağır maluliyete neden olacak hallerdir(md.5/2). İkincisi ise, derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı tehdit eden hallerdir(md.5/3).

---

*olmakla, netice bakımından çocuk düşürme sonucundan sorumlu tutulması gerektiği halde yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulmayan taksirle yaralama suçundan ceza verilmesi bozmayı gerektirir....”* Yargıtay 3.CD. 29.11.2006 2128/9059). TEZCAN/ERDEM-ÖNOK, s. 282.

<sup>55</sup> DÖNMEZ, s.115.

<sup>56</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.347. İngiliz Hukuku’nda ise, hukuka uygunluk nedenleri gebeliğin aşamaları dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu aşamalar, ön dölleme aşaması, dölleme ile 24 hafta arası olan dönem ve 24 hafta sonrası dönem olarak belirlenmiştir. Her dönem bakımından ayrı sınırlamalar ve hukuka uygunluk nedenleri belirlenmiştir. Ayrıca, anne rahminde birden fazla ceninin bulunması hallerinde cenin sayısının azaltılmasına ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır. DÖNMEZ, s.116.



Tartışılması gereken bir husus ise, tıbbi zorunluluğunun varlığı halinde kadının rızasının alınıp alınmayacağına ilişkindir. Şöyle ki; gebeliğin sona erdirilmesinde, tıbbi zorunluluk varken, kadın gebeliğin sona erdirilmesine rıza göstermemiş olabilir. *Tezcan/Erдем/Önok*'a göre, madde metninde, “*rızaya dayalı olsa bile*” ifadesi yer aldığından, rıza olsa dahi tıbbi zorunluluğun varlığı halinde gebelik sona erdirilebilecek ve suç oluşmayacaktır. Ayrıca, Nüfus Planlama Hakkında Kanunu md.6/son'da, “*derhal müdahale edilmediği takdirde, hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde*” iznin şart olmadığı öngörülmüştür<sup>57</sup>. *Kanbur*'a göre, somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gereklidir. Örneğin, kadının hastaneye bilinci yerinde gelmesi halinde mutlaka rızasının alınması gerekir. Kadının üzerinde mutlak tasarruf edebileceği bir hak olduğu için bu halde rıza aranmalıdır. Ancak gebe kadının hayatı bakımından ağır bir tehlikenin bulunduğu hallerde, kadının bilinci açık değilse ve hiçbir yakınına da ulaşamıyorsa, bu halde rıza beklenmemeli ve hekim mesleğinden kaynaklanan müdahale hakkı kullanılmalıdır (Hasta Hakları Yönetmeliği md.24/3)<sup>58</sup>. *Hakeri*'ye göre, gebe kadının rızası olmaksızın yapılacak müdahale için izin alma olanağının olmaması gerekmektedir. Hayati tehlikenin var olması, rızasız müdahale yapılacağı anlamına gelmemeli; aksine rıza alma olanağı bulunmadığından varsayılan rıza söz konusu olmaktadır. Bu nedenledir ki; hayati tehlike olsa bile annenin, veli veya hakim izninin alınmasının mümkün olduğu hallerde, rıza olmaksızın yapılacak müdahale suç oluşturacaktır. *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre, gebe kadının bilincinin açık olması halinde mutlaka rızası alınmalıdır. Bu halde, gebe kadının rızası olmaksızın yapılacak tüm müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Çünkü; rıza, gebe kadının üzerinde mutlak tasarruf edebileceği bir haktır<sup>59</sup>. Ancak gebe kadının bilincinin açık olmaksızın hastaneye getirilmesi halinde, mevcut durum kadının hayatı bakımından ciddi bir tehlike oluşturabilecek nitelikte ise, hekim-

<sup>57</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK,s.283.

<sup>58</sup> KANBUR, s.1247-1248.

<sup>59</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.347.

lerin hakkın icrası kapsamında yapacakları müdahaleler, hukuka aykırı olmayacak ve suç teşkil etmeyecektir<sup>60</sup>.

Kanaatimizce, tıbbi zorunluluk halinde, kadının rızası şart olarak aranmamalıdır. Hukuk, kişiyi kendisine rağmen korumayı amaç edindiğinden kanuni düzenlemeden kadının rızasının şart olmadığı anlaşılmalıdır. Normlar hiyerarşisi bakımından da, Nüfus Planlama Hakkındaki Kanun, Hasta Hakları Yönetmeliği'nden üstün tutulması ve esas alınması gerekmektedir. Bu halde, kadının bilincinin açık olduğu ve rızasının alınmasının mümkün olduğu durumlarda rıza alınmalı ancak hayati tehlikenin varlığı halinde rıza alınmaksızın tıbbi zorunluluk bulunduğu müdahale edilmesi gerekmektedir.

Tıbbi uygulamalar açısından ulusal mevzuatın yanı sıra Türkiye'nin uluslararası alandaki sorumluluğu açısından önem taşıyan uluslararası sözleşmelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Türkiye, "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*"ni 04.04.1997 tarihinde imzalamış, TBMM tarafından 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve 09.12.2003 tarihinde 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>61</sup>. Bu Sözleşme'nin 5.,6.,7.,8.,9., 10. ve 22.maddeleri, aydınlatılmış hastanın rızasına yönelik düzenlemeleri içermektedir. Sözleşme'nin 9.maddesinde, "*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önünde bulundurulur*" denmektedir<sup>62</sup>. Sözleşmenin bu hükmünden de anlaşılacağı gibi müdahale sırasında müdahalenin amaç ve neticelerini algılayamayacak durumda olan hastanın tıbbi müdahale ile ilgi olarak önceki irade beyanı ve istekleri göz önüne alınmalıdır.

#### **b- Hakkın Kullanılması**

<sup>60</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.348.

<sup>61</sup> GOJEYAVA, Alvina, "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukuku'na Etkileri/ Tıbbi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku", Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, 2009, s.28.

<sup>62</sup> GOJEVAYA, s.32.

Hekim açısından hakkın kullanılması, hukuka uygunluk nedenlerinden birisidir. Hekimin tedavi veya estetik amaçlı müdahaleleri hakkın kullanılması kapsamına girer. Tıbbi zorunluluk olmamasına rağmen gebeliği sona erdirmeye yönelik operasyonlar da rızaya dayalıdır. Hekimin, rızaya aşan müdahaleleri hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilmez. Hekimin gerçekleştirdiği müdahalenin hukuka uygun nitelikte olması, tıbbi gereklerin yerine getirilmiş olmasına bağlıdır. Tıbben gerekli olmamasına karşın müdahalenin yapılması, hakkın kullanılmasının sınırlarının aşılmasına sebep olur. Çocuk düşürtme suçu bakımından da hekimin gebeliği sona erdirmeye yetkili bir kimse olması gerekir, aksi halde gebeliği sona erdirmenin hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>63</sup>.

Çocuk düşürtme suçunu düzenleyen 99.maddenin ilk fıkrasında ve son fıkrasında, **kadının rızası** olmaksızın kanuni tanımda yer alan fiilleri gerçekleştirmek, suç olarak kabul edilmiştir. Burada, kadının rızasının hukuka uygunluk sebeplerinden birisi olarak anlaşılması gerekir. Çünkü, kadının rızası olmaksızın çocuk düşürtülmesi tipiklik unsurunu yani suç teşkil eden fiili oluşturduğundan, hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Bu hallerde, kadının rızasının bulunması halinde hukuka uygunluk sebebi değil tipiklik gerçekleşmeyeceğinden suç oluşmayacaktır. TCK md.99/6'da ise, maddede aranan diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde çocuk düşürtme fiiline ceza verilmeyeceği düzenlendiği için bu fıkrada bir cezасızlık nedeni öngörülmüştür<sup>64</sup>. Her ne kadar, gebe kadının rızası tipikliğin bir unsuru ise de, doktrinde genel olarak hukuka aykırılık unsuru başlığı altında ele

<sup>63</sup> DÖNMEZ, s.125.

<sup>64</sup> Aynı yönde görüş için bkz: KANBUR, s.1243; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/ BACAKSIZ/TEPE, s.344. *HAKERİ*'ye göre ise, çocuk düşürtme suçunda gebe kadının rızası hukuka uygunluk nedenidir. Ayrıca, yazara göre, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Kanunu'nun 5.maddesinde de, üç hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Bu nedenler; süre esaslı isteğe bağlı rahim tahliyesi, çocuk ve takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet ve zorunluluk halidir. Kanaatimizce, çocuk düşürtme suçundaki tek hukuka uygunluk nedeni, tıbbi zorunluluk halidir. Esasen rıza, suçun kanuni tanımında yer alan bir unsur olduğu için tipiklik şartı olarak ele alınmamalıdır. Nüfus Planlama Kanunu'ndaki düzenleme ise suç ihdas etmediği için o suçun hukuka uygun olmasını sağlayacak nedenler de düzenleyemez. Bu Kanunu'nun 5.maddesindeki düzenleme, hayati tehlike ve derhal müdahale edilmesi gereken durumları düzenlemekte yani TCK md.99'da yer alan çocuk düşürtme suçunun hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olan tıbbi zorunluluk hallerini somutlaştırmaktadır. *HAKERİ*, s.422-427.

alındığı için bu çalışmada da rıza, hukuka aykırılık unsuru başlığı altında incelenmiştir.

Çocuk düşürtme fiiline yönelik rıza, sadece gebe kadın tarafından verilebilir. Çünkü, gebe kadının rızası, şahsa sıkı suretle bağlı bir hak olup vücut bütünlüğü ve rahimde taşınan ceninin geleceği hakkında karar verme yetkisi sadece gebe kadında bulunmaktadır. Ancak bu hak yalnızca gebe kadının bilincinin açık olduğu durumlar için geçerlidir<sup>65</sup>. Rızanın geçerli olabilmesinin ön şartı, “aydınlatmadır”. Rızanın geçerli ve hukuka uygun olabilmesi için rıza veren kişinin hile ve diğer nedenler olmaksızın verilmiş olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, kişi ne için rıza verdiğini bilmelidir. Bu nedenle, rıza verilecek konu ile ilgili olarak hasta aydınlatılmış olmalıdır. Aydınlatmanın yapılmadığı veya eksik yapıldığı hallerde, rıza verilmiş olsa da geçerli kabul edilmemektedir<sup>66</sup>. Aydınlatmanın yanı sıra, hekimin gebeliğin süresini de araştırması gerekecektir<sup>67</sup>. Akıl maluliyeti nedeniyle irade serbestisine sahip olmayan gebe kadının rızası geçerli değildir. Aynı zamanda, rızanın sıhhatli olabilmesi de, tehdit veya aldatmanın olmamasına bağlıdır<sup>68</sup>. Bu halde, gebe kadının rızası olmaksızın veya hukuken geçerli rızası olmaksızın yapılan müdahale TCK md.99 anlamında çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır.

Kadının rızası bakımdan tartışılması gereken bir husus da, mümeyyiz olan kişilerin rızalarına ilişkindir. Bir kısım yazarlar, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu’nun 6.maddesine dayanarak küçükler için rızanın, küçüğün rızası ve velinin izniyle; vesayet altında bulunan reşit veya mümeyyiz olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile sulh ceza hakiminin izin vermesi gerektiğini savunmaktadırlar<sup>69</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, fiil bakımından mümeyyiz olan kişinin küçük ya da vesayet altında olması, rıza gösterme yetkisinin kısıtlanacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü; gebe kadının rızası, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımına ilişkindir. Ancak kadının tem-

<sup>65</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.345.

<sup>66</sup> HAKERİ, Hakan, “Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, 2009, s.21.

<sup>67</sup> DÖNMEZ, s.113.

<sup>68</sup> EROL, s.1226.

<sup>69</sup> ARSLAN, Çetin/ AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s.447-448; BAKICI, s.1025.

yiz gücünün yerinde olmaması halinde veli ya da vasinin vereceği rıza geçerli sayılabilir. Burada, mümeyyiz küçüğün ya da vesayet altında bulunan kişinin rızasının bulunmasına karşın velisi ya da vasisi gebeliğin sona erdirilmesi hususunda rıza göstermezse ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Birinci görüşü savunanlara göre, gebeliğin sona erdirilmesi konusunda mümeyyiz küçüğün ya da vesayet altında bulunan kişinin rızası bulunmaksızın sadece veli ya da vasisinin rızası ile bu gebeliğin sona erdirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu yönde yapılan müdahaleler ise, çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır<sup>70</sup>. Kanaatimizce de, gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin özel şart ve durumları düzenleyen 2827 sayılı kanunda açık bir şekilde müdahalenin izne bağlandığı durumlarda iznin alınmamış olması halinde çocuk düşürtme suçu oluşacaktır. Ancak, tıbbi zorunluluk hallerinde bu kural geçerli olmamalıdır, bu konudaki açıklamalarımız daha önce yapıldığından bu kısma atıf yapmak ile yetiniyoruz. Diğer bir durumda, yani küçüğün rahim tahliyesini talep ettiği fakat veli ya da vasinin aksi kanaatte olduğu hallerde, rahim tahliyesinin gerçekleştirilmesi gerekir. Zira, böylece küçüğün hem menfaati korunmuş hem de şahsa sıkı suretle bağlı bir hakkın kullanılması sağlanmış olacaktır<sup>71</sup>.

Çocuk düşürtme suçunda gebe kadının rızasının hukuki niteliği bahsinde tartışılması gereken bir başka durum ise, eşin rızasının aranıp aranmayacağıdır. 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 6.maddesinde, gebe kadının gebeliğini sona erdirmesinde eşin de rızasının gerekli olacağı belirtilmiştir. Bu halde, gebe kadının gebeliğin sona erdirilmesi hususunda rızası varken eşinin bu fiile yönelik rızasının bulunmaması halinde kanuni sürelerle uygun olarak yapılan rahim tahliyesine yönelik fiiller suç teşkil edecek midir? Kanaatimizce, bu durumda TCK md.99'da aranan şartlar göz önünde bulundurulmalıdır. Çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği TCK md.99'da eşin rızası şart olarak aranmamıştır. Bu itibarla da, eşin rızasının

<sup>70</sup> KANBUR, s.1244; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 345; PARLAR/HATİPOĞLU, s.1589. *Tek*'e göre ise, küçüğün rahim tahliyesi istemediği fakat velisinin rahim tahliyesine karar verdiği durumlarda, somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Anne ve babanın rahim tahliyesi istemeleri, hakkın kötüye kullanılması sayılabiliyorsa, küçüğe hakimden rahim tahliyesine izin vermemesini talep etme hakkı tanınmalıdır. Bkz: TEK, s.112.

<sup>71</sup> Aynı yönde görüş için bkz: TEK, s.112.

olup olmaması gebeliği sona erdiren fiiller yönünden suç oluşmasında etkili olmayacaktır<sup>72</sup>. Diğer bir ihtimalde, yani gebe kadının rızası olmaksızın eşin rızasına dayanarak çocuğun düşürtülmesinde, çocuk düşürtme suçu oluşacaktır<sup>73</sup>. TCK md.99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçu yönünden sadece gebe kadının rızası arandığı için Nüfus Planlama Kanunu kapsamında eşin rızasının olmaması halinde, bu kanunun 8.maddesinin 2.fıkrasına göre, hekim adli para cezası ile cezalandırılır<sup>74</sup>.

Gebe kadının rızası olsa da, bu rıza mutlak olarak anlaşılmalıdır. Rızanın varlığı, hekimin tıbbi müdahaleler sırasındaki kusurlu davranışlarını kapsamamaktadır. Hekimin tıbbi müdahale sırasındaki kusurlu davranışları neticesinde oluşan zararları kapsamaz. Bu itibarla, hekim taksir veya kast ile meydana gelen neticelerden sorumlu tutulur<sup>75</sup>.

#### IV- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

##### 1- Teşebbüs

Çocuk düşürtme suçuna teşebbüs mümkündür. Gebeliği sona erdirmeye yönelik elverişli fiillere başlandığı anda teşebbüs alanına girilmiş olur<sup>76</sup>. Örneğin, hekimin süresi on haftayı geçmiş gebelikte rahim tahliyesine yönelik fiillere başlamış fakat kendisinin dışında sebeplerle ceninin gebe kadın ile olan yaşamsal bağının sona erdirilememiş olması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır<sup>77</sup>. Ancak, gebeliği sona erdirmeye yönelik ilaç veya aracın satın alınması veya imal edilmesi halinde, bu fiiller suça hazırlık olduğundan cezalandırılmayacaktır. Ne var ki, bu fiiller Nüfus Planlama Hakkında Kanun'unun 7.maddesinde özel olarak düzenlendiğinden bu fiiller dolayısıyla bu

<sup>72</sup> METİN, s.503.

<sup>73</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.346. *Tek'e göre*, (filin suç teşkil edip etmemesi açısından değil) gebeliğin sona erdirilmesinde, kadının kendi vücudundaki tasarruf yetkisi ile eşin baba olmadaki menfaati arasında bir denge sağlanmalı ve eşin rızası aranmalıdır. Bkz: TEK, s.113. *Aydın'a göre*, rızanın hukuken geçerli olabilmesi için evli kadın için eşinin rızası gereklidir. Bkz: AYDIN, Nurullah, *Türk Suç ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2008, s.177.

<sup>74</sup> DÖNMEZ, s.114.

<sup>75</sup> DÖNMEZ, s.119.

<sup>76</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.283; KANBUR, s.1252.

<sup>77</sup> KANBUR, s.1252.

kanun hükümlerine göre cezalandırma yapılması gerekecektir<sup>78</sup>. Örneğin; failin gebe kadını ilacı enjekte etmeye başlaması ya da hekim olmayan bir kimsenin çocuk düşürtmeye yönelik yaralama gibi fiillere başlaması hallerinde suçun icra hareketlerine başlanmıştır. Bu sırada, polisin gelmesi halinde çocuk düşürtme suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Gebe kadının çocuğunun düşürtülmesi yönünde yaptığı anlaşma veya gösterdiği rıza hazırlık hareketleri olarak kabul edilmelidir. Kadının muayenesi ve ceninin alınması için yapılan anlaşma ile icra hareketleri başlar. Bu fiiller, ceninin alınması için TCK md.35 ile doğrudan doğruya ve yakın ilişkilidirler. Örneğin, bir olayda, gebe kadın otel odasına alınmış, müdahale için gerekli aletler hazırlanmış, kadından elbiselerini çıkarması istendiği anda kadın odadan çıkmış ve polis baskın yapmıştır. Bu olayda, hiçbir alet kullanılmadığı ve kadına dokunulmadığı için hareketler hazırlık hareketi olarak kabul edilmeli ve faile teşebbüsten dolayı ceza verilmemelidir<sup>79</sup>.

Gebe olmayan bir kadına çocuk düşürtme amacı ile gerçekleştirilen hareketler, suçun konusunu cenin oluşturduğu için *işlenemez suç* teşkil eder ve fail, çocuk düşürtme suçundan cezalandırılmaz<sup>80</sup>. Bu halde, faile, somut olayın şartlarına göre yaralamaya ve öldürmeden ceza verilir.

## 2- İştirak

Çocuk düşürtme suçu, iştirak açısından özellik arz eder. Annenin çocuğunu düşürmesi, TCK md.100 anlamında çocuk düşürme suçunu oluşturduğu için bu suçun faili kural olarak cenini taşıyan anne dışındaki herhangi bir kimsedir. Buna göre, TCK md.99/2'ye göre, kadının rızasına dayanarak çocuk düşürten kişi, md.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçuna iştirakten değil md.99'da düzenlenen çocuk düşürme suçundan cezalandırılacaktır<sup>81</sup>. TCK md.99/2'de düzenlenen hüküm ile gebe kadın, bu suça iştirakten değil

<sup>78</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.283; DÖNMEZ, s.126.

<sup>79</sup> HAKERİ, s.428.

<sup>80</sup> DÖNMEZ, s.126; ARTUÇ, s. 538.

<sup>81</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK,s.284; KANBUR, s.1253. *Hakeri*'ye göre, iştirak konusunda hekimin çocuk düşürtme suçuna başka kimseleri azmettirme, yardım etme vs. şeklindeki iştirakleri söz konusu olabilir ve bu takdirde genel kurallar uygulanır. HAKERİ, s.428. DÖNMEZ, s.129.

fail olarak cezalandırılması öngörülmüştür. Gebe kadın hakkında ayrıca TCK md.100'de çocuk düşürme suçu düzenlendiğinden bahisle bu suçun faili olamayacağı öne sürülse de, bu suçta çocuk düşürme cezalandırılırken md.99/2'de çocuk düşürme fiiline rıza gösterme cezalandırılmaktadır<sup>82</sup>. Yani, gebe kadın çocuğun düşmesine yönelik fiilleri kendisi yapmış ise, TCK md.100'den, bir başkasına bu fiilleri yapması için rıza göstermiş ise, TCK md.99/2'den sorumlu olacaktır<sup>83</sup>.

İştirak bahsinde, rahim tahliyesine yönelik fiilleri işleyen hekime yardım eden sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğundan söz etmek gerekir. Rahim tahliyesine yönelik fiilleri yapmaya yetkili olan kadın doğum uzmanlarına ve Sağlık Bakanlığı tarafından verilen yeterlilik belgesi alan pratisyen hekimlerine yardım eden her sağlık mesleği mensubu suça iştiraktan sorumlu olmayacaktır. Şöyle ki; kadın doğum uzmanı olmayan bir sağlık mesleği mensubu, gebeliğin yasal şartları oluşmadan sona erdirilmesinin istendiğini bilmesi gerekir. Bu durumu bilmesine rağmen çocuk düşürtme fiillerine yardım sağlık mesleği mensupları md.99'da düzenlenmiş suça iştiraktan sorumlu tutulacaklardır<sup>84</sup>.

### 3- İctima

Değişik zamanlarda, aynı kişiye karşı çocuk düşürtme suçunun işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. TCK md.43/1'e göre, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı kişiye karşı işlenmesi zorunluluğu aranmaktadır. Cenin de, kişi olarak kabul edilmediği için zincirleme suç kurallarıdır<sup>85</sup>. Buna karşılık, gebe kadının rızası olmaksızın gebeliğinin sona erdirilmesinde suçun mağdurunu gebe kadın olarak kabul edersek zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Yani, gebe bir kadına yöne-

<sup>82</sup> Aynı yönde görüş için bkz:HAKERİ, s.429. Aksi görüş için bkz:TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278.

<sup>83</sup> Aynı yönde görüş için bkz: ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.350.

<sup>84</sup> KANBUR, s.1254.

<sup>85</sup> Aynı yönde görüş için bkz: DÖNMEZ, s.127. Aksi görüş için bkz: ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.351.



lik birden fazla çocuk düşürtmeye yönelik fiilin olması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir<sup>86</sup>.

Tek bir çocuk düşürtme fiili ile birden fazla ikiz veya üçüz çocuğun düşürülmesi söz konusu olduğunda, *Tezcan/Erdem/Önok*'agöre, birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlendiğinden, TCK md.43/2 uyarınca, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir<sup>87</sup>. *Hakeri*'ye göre, fiil tek olduğu için tek suç olarak kabul edilebilse de, burada iki ayrı yaşama son verildiği için iki ayrı çocuk düşürtme suçundan cezalandırılması gerekmektedir. Ancak bu durumda, gebe kadının sadece tek çocuk doğurmak istediği için diğer çocukların düşürtülmesini istemesi de mümkündür. Bu nedenle de, bir çocuğun alınması ile iki veya daha fazla çocuğun alınması arasında ayırım yapılmalıdır<sup>88</sup>. *Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/ Tepe*'ye göre, cenin sayısı birden fazla olmasına rağmen mağdur sayısı tek olduğu için işlenen suç tektir, ancak bu halde TCK md.61 kapsamında meydana gelen zarar ve tehlike dikkate alınarak ceza belirlenmelidir<sup>89</sup>.

Değişik zamanlarda aynı kişiye karşı bu suçun işlenmesi halinde TCK md.43/1'de düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının -*cenin kişi olarak kabul edilmediği için*- mümkün olmadığını savunan görüş aynı zamanda, birden fazla çocuğun düşürtülmesi halinde de TCK md.43/2'de düzenlenen halde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini öne sürmektedir. Esasen bu düşünce kendi içinde çelişmekte ve ceninin kişi olarak kabul edilmemesinin ardından birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde TCK md.43/2'de düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının nedenini açıklayamamaktadır.

Kanaatimizce, birden fazla çocuğun düşürtülmesi halinde de, cenin kişi olarak kabul edilemeyeceğinden zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ve her bir fiilden ayrı ayrı ceza verilmesi gerekecektir. Diğer yandan, birden fazla gebe kadına aynı anda gebeliği sona erdirici ilaç şırınga edilir ve

<sup>86</sup> DÖNMEZ, s.129.

<sup>87</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK,s.284; PARLAR/HATİPOĞLU, s.1594.

<sup>88</sup> HAKERİ, s.430.

<sup>89</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.351.

bu fiil neticesinde birden fazla ceninin yaşamsal gelişimi sona erdirilirse, TCK md.43/2 uyarınca, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekecektir<sup>90</sup>.

#### V- ŞAHSİ CEZASIZLIK NEDENİ (TCK md.99/son)

Kadının mağduru olduğu bir suçtan dolayı gebe kalması halinde, süresi yirmi haftayı geçmemiş olmak ve kadının rızası olmak koşulu ile gebeliği sona erdiren kişiye ceza verilmeyecektir. Çocuk düşürtme suçunda bu cezasızlık sebebinin uygulanması için gerekli şartlar şöyledir:

- a. Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması,
- b. Kadının gebeliğinin yirmi haftayı geçmemiş olması,
- c. Kadının rızasının bulunması,
- d. Gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi

Görüldüğü gibi, bu cezasızlık nedeninden faydalanılabilmesi için gebeliğin uzman hekimler tarafından yapılmış olması da aranmaktadır<sup>91</sup>. Ancak, Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yer alan hükümlere göre, gebelik süresi on haftadan fazla olan kadınlarda rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumları veya özel hastanelerde yapılacaktır (*md.6*). Bu şart, tüzükte zaten arandığından bu maddede özel olarak yer almasının bir gerekliliği bulunmamaktadır<sup>92</sup>. Bunun yanı sıra, kadının mağdur olduğu suç dolayısı ile gebe kalması halinde gebeliğin sona erdirilmesi için kadının bekar ya da evli olması şart olarak aranmamıştır<sup>93</sup>.

Kadının mağdur olduğu suç dolayısıyla gebe kalmasının, sosyal, ekonomik ve psikolojik yönden olumsuzluklara neden olması sebebiyle kadının

<sup>90</sup> Aynı yönde görüş için bkz: KANBUR, s.1254;ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.351.

<sup>91</sup> ÖZKAN, Hasan/AKYILDIZ, Sunay, Öner, Açıklamalı-İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları, Ankara, 2008, s. 138.

<sup>92</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s 286.

<sup>93</sup> Aynı yönde görüş için bkz: TEK, s.111; METİN, s.507.

rızası ile gebeliğine son verilmesine ılımlı bakılmaktadır. Gerçekten de, bir suç nedeniyle gebe kalan kadının, bu çocuğu taşıması ve doğurması kendisi bakımdan işkence olacağı; böyle bir durum ile karşılaşan kadının psikolojik durumunun bozulacağı; bu şekilde dünyaya gelen çocuğun anneye daima suç teşkil eden olayı anımsatacağı ve hatta kadının uğradığı haksızlığının bedelini çocuğa ödeyebileceği gibi nedenlerle bu halde çocuğun düşürtülmesine doktrin ve kanunlar müsaade etmektedir<sup>94</sup>.

TCK md.99/son uyarınca bazı şartların gerçekleşmiş olması halinde, gebeliği sona erdiren kişi cezalandırılmayacaktır. Bu şartlar arasında kanunda kapsamı tam olarak belirlenmemiş olan kadının mağduru olduğu suç dolayısıyla gebe kalması şartı üzerinde durulması gerekmektedir. Bu halde, gebeliğin suç dolayısıyla meydana geldiğinin belirlenmiş olması gerekmektedir. *Gülşen*'e göre, gebeliği sona erdirecek olan hekimin kadının mağdur olduğu suç dolayısıyla gebe kaldığının saptanması için soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi ile sulh ceza hakiminden bir karar vermesi talebinde bulunulmalıdır<sup>95</sup>. *Hakeri*'ye göre, daha net bir düzenleme yapılınca kadar, olayın adliyeye intikal etmiş olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Failin ilgili makamlara şikayet edilmesi veya ihbarda bulunmuş olması gerekmektedir. Hekim, sadece gebe kadının beyanına itibar ederek müdahalede bulunmamalıdır. Zira, olayın adli makamlara intikal etmiş olması, belli ölçüde güvence sağlayacak ve asılsız bir şikayet olmasının da önüne geçecektir. Uygulamada, savcılıktan alınan bir yazı ile hekimler çocuk düşürtebilmektedir. Savcılık ise, kendisine yapılan ihbar veya yürütülen soruşturma ya da açılan kamu davasını esas alarak bir yazı vermektedir<sup>96</sup>. *Dönmez*'e göre, uygulamada kesinleşmiş bir mahkeme kararının aranması bu istisnai hüküm işlevsiz hale gelecektir. Çünkü; gebe kadının 20 haftalık gebelik süresi dolmadan önce kesinleşmiş bir mahkeme kararının alınması muhakeme süreci düşünüldüğünde mümkün gözükmemektedir. Bu nedenledir ki; bu konudaki açıklığın giderilmesi ve düzenleme yapılması gerek-

<sup>94</sup> GÜLŞEN, Recep, "Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi", Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008, s.1209; HAKERİ, s.432.

<sup>95</sup> GÜLŞEN, s.1218.

<sup>96</sup> HAKERİ, s.433.

tedir<sup>97</sup>. *Bakıcı*'ya göre, nitelikli cinsel saldırı nedeniyle soruşturma başlatılmışsa bu konuda Cumhuriyet Savcılığına başvurulup bilgi alınması gerekmektedir. Ne var ki; davanın sonuçlanmasının beklenmesi gebe kadın açısından çok geç bir zaman olabilir. Ayrıca, evlilik içinde olan ve istenmeyen bir gebeliğe son verilmesi için de gerçek dışı bir olayın tasarlanabilmesi de mümkündür. Bu nedenlerle, soruşturma veya kovuşturma başlatılıp başlatılmadığı, gebelik süresi ile olayın uyuşup uyuşmadığı, gebe kadının sağlığının müsait olup olmadığı gibi nedenler araştırılmalıdır<sup>98</sup>.

Kanaatimizce, gebeliğin suç dolayısıyla gerçekleştiğini saptayacak kişi şüphesiz tek başına hekim değildir. Elbette, kadının mağdur olduğu suç dolayısıyla gebe kaldığının belirlenmesi için adli tıp raporunun da alınması ve tespitin bilirkişi raporu ile de desteklenmesi gerekmektedir. Ne var ki, böyle bir tespiti tek başına gebeliği sona erdirecek hekim yapmamalı, soruşturma aşamasında savcıdan sulh ceza hakiminden bu yönde karar vermesi için talepte bulunulmalı, isnat edilen suçun gerçekliği ve adliyeye intikal etmiş olup olmadığı araştırılmalıdır.

Alman Ceza Kanunu'nun 218a/3'de bu konuya ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, yapılan hekim muayenesi sonucunda gebeliğin, çocukların cinsel istismarı ve cinsel saldırı suçlarının işlenmesi dolayısıyla oluştuğu ve gebeliğin 12 haftadan fazla olmadığı yönünde kuvvetli bir kabulün söz konusu olduğu durumlarda, gebe kadının rızasıyla hekimin gebelik haline son vermesi suç oluşturmamaktadır<sup>99</sup>. İngiltere ise, Avrupa'daki en liberal kürtaj yasalarına sahiptir. İngiltere'de, 24.haftaya kadar gebelik sona erdirilebilir. Bu süre, Fransa ve Almanya'daki üst limitin iki katı ve İsveç ve Norveç'teki üst limitten altı hafta daha fazladır. İtalya'da ise, suç dolayısıyla gebeliğe ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 194 sayılı ve 1978 tarihli Lohusalığın ve Gebeliğin Rızai Olarak Kesintiye Uğratılmasının Sosyal Korunması Hakkında Kanunu'nun 4. ve 8. maddelerine göre, fiziki veya sosyal nedenlerle gebeliğin ilk doksan gününe kadar gebe kadının rızası ile kanunla belirlenen bir danışmana veya güven-

---

<sup>97</sup> DÖNMEZ, s.135.

<sup>98</sup> BAKICI, s.1025.

<sup>99</sup> GÜLŞEN, s.1211.

diği bir hekime başvurarak gebeliğe son verilmesini isteyebilmektedir. Bu itibarla, İtalya'daki yasal düzenlemeye göre, ilk doksan güne kadar suç dolayısıyla oluşan gebeliğin sonlandırılması da mümkün olabilmektedir<sup>100</sup>. Türk Ceza Hukuku'nda ise, 2003 tasarısında bir süre limiti getirilmemişti. Tasarı üzerinde çalışan Adalet Alt Komisyonu ise, bir sınır getirmiş ve bu sınırı 24 hafta olarak belirlemiştir. Ne var ki; Adalet Komisyonu'nda yapılan tartışmalarda böyle bir gebeliği söz konusu olan annenin 24 haftalık bir süre beklemesinin haklı görülemeyeceği öne sürülmüş ve bu nedenle sınırın 20 hafta olarak belirlenmesi kararlaştırılmıştır<sup>101</sup>.

Gebe kadının gebeliğinin hastanede sona erdirilmesi öngörülmüş ise de, mutlaka gebe kadının hastaneye yatırılması şartı aranmamıştır. Bu nedenle, tıbben mümkün olduğu takdirde müdahale gebe kadın yatırılmadan da yapılabilir. Gebe kadın, suç sonucu hamile kalmış ise, gebeliğine son verilebileceği gibi çocuğunu doğurma hakkına da sahiptir. Bu itibarla, gebe kadın rahim tahliyesine zorlanamaz<sup>102</sup>.

Suç dolayısıyla gebe kalan mağdur kadının gebeliğinin sona erdirilmesinde, "sağlık mensuplarının suçu bildirmeme" yükümlülüğü bir anlamda engel veya zorluk teşkil edebilecektir. Şöyle ki; cinsel istismar ve enstet ilişki sonucunda gebe kalan bir çocuk, hekime başvurur, gebeliğine son verilmesi isteminde bulunur fakat hekim bu durumu TCK md.280'den kaynaklanan yükümlülüğü gereği ihbar ederse, mağdur için ikinci bir mağduriyete neden olunabilir. Zira, böyle bir durumda mağdur, ailesinin fail olarak ihbar edilmesine sebep olduğu için psikolojik veya fiziksel baskılara maruz kalabilecektir<sup>103</sup>. Bu itibarla, hekimlerin bu yükümlülüklerin en azından bu suç açısından mağdurun korunabilmesi, bir kez daha mağduriyet yaşamamasının önlenmesi için sınırlanabilmesine imkan tanınmasında fayda vardır.

---

<sup>100</sup> GÜLŞEN, s.1213.

<sup>101</sup> HAKERİ, s.432.

<sup>102</sup> HAKERİ, s.434.

<sup>103</sup> HIZAL, Sevinç, Arslan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2006, s.96.

TCK md.99/son'da düzenlenen bu hükmün şartlarının gerçekleşmiş olması halinde, fail hakkında 5271 sayılı CMK md.223/4-b maddesi uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmelidir<sup>104</sup>.

## VI- HATA

Çocuk düşürtme suçu açısından hata hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin; hekim bir ilacı, gebe olan bir kadına bu durumu bilmeyerek gebe kalmayı önlemesi için vermiş ise, bu halde suçun unsurlarında hata söz konusu olur ve hekimin kastı kalkacağı için TCK md.30/1 gereğince cezalandırılmaz. Bunun dışında, hekim tıbbi zorunluluğun varlığı konusunda hataya düşerse, tıbbi zorunluluk hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olduğu için TCK md.30/3 gereğince bu hata kaçınılmaz ise, hekim cezalandırılmaz<sup>105</sup>.

Hekimin gebe kadının rızası olduğu konusunda hataya düşmesi halinde, rıza TCK md.99/1’de suçun unsurlarından birisi olduğu ve tipikliğe ilişkin olduğu için TCK md.30/1 gereğince suçun unsurlarında hata söz konusu olur ve hekim cezalandırılmaz.

Bir kimsenin gebe olmayan bir kadını gebe sanarak çocuk düşürtmeye yönelik fiilleri işlemesi halinde, fail çocuk düşürtme suçunun unsurlarında hataya düştüğü için TCK md.30/1 gereğince çocuk düşürtme suçundan sorumlu olmayacaktır. Bu halde, fail kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Çocuk düşürtme suçunda, hekimin cezasızlık sebebi olan TCK md.99/son’da hataya düşmesi failin cezalandırılmasına etki etmez. Bu itibarla, hekimin kadının suç dolayısıyla gebe kaldığı konusunda hataya düşmesi halinde cezasızlık sebeplerinde hata düzenlenmediği için hekim hata hükümlerinden faydalanamayacak ve cezalandırılacaktır.

## VII- YAPTIRIM

Rızası olmamasına rağmen gebe bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar cezalandırılacaktır (md.99/1). Gebe kadının rızası olsa

<sup>104</sup> Aynı yönde görüş için bkz: PARLAR/HATIPOĞLU, s.1593.

<sup>105</sup> HAKERİ, s.431.

bile süresi on haftayı aşan gebeliklerde tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen çocuk düşürtülmesinde ise, fail iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Aynı fiil bakımından rıza gösteren kadın ise, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Gebe kadının beden veya ruh sağlığının bozulması veya müdahalenin neticesinde ölmesi halinde verilecek cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Ancak, gebe kadının rızası dışında çocuğunun düşürtülmesi fiili ile tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen kadının rızası olsa dahi çocuğunun düşürtülmesi fiilinde daha ağır cezayı gerektiren hallerde yapılan artırımlar dikkat çekicidir. Örneğin, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürtülmesi fiilinde kadının beden veya ruh sağlığının bozulması halinde ceza, 6 yıldan 12 yıla artırılacak iken, tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen kadının rızası olsa dahi çocuğun düşürtülmesi fiilinde kadının beden veya ruh sağlığının bozulması halinde ceza, 3 yıldan 6 yıla artırılacaktır. Bu durum ise, fiilin aynı olmasına rağmen değişen şartların varlığı halinde ceza miktarları arasında uçurumların meydana geldiğini göstermektedir.

## SONUÇ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen çocuk düşürtme suçu ile hukuk düzeninde korunması amaçlanan birden fazla hukuki yarar olup bu konudaki toplumsal ihtiyaçları giderebilecek çok yönlü düşünme, yeni hukuki düzenleme ve uygulama birliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Çocuk düşürtme suçu, Sağlık Hukuku'nda oldukça tartışmalı bir konu olma özelliğine sahip olup aynı zamanda Ceza Hukuku bakımından da boşlukları ve sıkıntıları olan bir konudur. Şöyle ki;

İlk olarak, TCK md.99'da yer alan çocuk düşürtme suçunun konusunu ana rahmindeki ceninin oluşturmasına rağmen, "çocuk" deyiminin kullanılmış olması yerinde değildir. Zira, TCK bakımından çocuk, henüz on sekiz yaşını tamamlamamış kişidir (TCK md.6/1-b). Bu itibarla, suçun kanuni tanımında "çocuk" deyiminin kullanılmış olması yerinde değildir. Suçun kanuni düzenlemesinde "çocuk" ifadesi yerine, gerek tıbbi gerekse de hukuki olarak suçun konusunu tam olarak karşılayacak "cenin" ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır.

İkinci olarak, çoklu gebeliklerde, bir ya da birden fazla fetüsün sonlandırılmasının hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için bu yönde açık bir düzenleme olması gerekmektedir. Zira, farklı amaçlarla ve farklı yöntemler ile yapılmış olsa dahi, çoklu gebeliklerde bazı fetüslerin gelişimlerinin sonlandırılması da ceza hukuku anlamında çocuk düşürtme olarak kabul edilmelidir. Hızlı gelişen biyoloji ve teknoloji ile kanuni düzenlemeler arasındaki uyumun sağlanması için bu konularda da açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Son olarak, TCK md.99/son'da düzenlenen cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi için gebeliğin suç dolayısıyla gerçekleştiğinin saptanması büyük önem taşımaktadır. Ancak uygulamada, bu saptamanın objektif ve net bir şekilde yapıldığını söylemek ne yazık ki mümkün değildir. Bu itibarla, saptamayı yapacak tek kişi gebeliği sona erdirecek hekim olmamalıdır. Soruşturma aşamasında, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısından sulh ceza hakiminden bu yönde bir karar vermesi için talepte bulunması istenmelidir. Bu şekilde, isnat edilen suçun gerçekliği ve adliyeeye intikal etmiş olup olmadığı araştırılmalıdır.

Çocuk düşürtme suçunun olabilecek tekrar düzenlenmelerinde ve uygulamasında, gebe kadının 'anne' sıfatı ile sahip olduğu haklara ve 'birey' sıfatı ile sahip olduğu özgür iradeye tıbbın imkan tanıdığı belli ölçülerde saygı gösterilmelidir. Bu nedenlerle, yapılacak tüm düzenleme ve uygulamalarda, annenin vücut bütünlüğü ve irade serbestisi ile ceninin gelecekte korunması amaçlanan başta yaşama hakkı olmak üzere tüm haklarına dengeli bir bakış açısı ile yaklaşılması gerekmektedir. Özetle; ceninin gelecekteki yaşama hakkının korunması mutlak olarak anlaşılmalı ve gebe kadının birey ve anne olmaktan kaynaklanan hakları ve tercihleri göz ardı edilmemeli, aynı şekilde gebe kadının irade serbestisine de belli ölçülerde sınırlama getirilmelidir.

#### KAYNAKÇA

- ARSLAN, Çetin/ AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, 2004
- ARTUÇ, Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, 2008
- AYDIN, Nurullah, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, Ankara, 2008
- BAKICI, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri**, Ankara, 2010



- DÖNMEZ, Burcu, **“TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, 2007 (s.99-141)
- DÖNMEZER, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul, 2001
- EROL, Haydar, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, 1.Cilt, Ankara,
- GOJEYAVA, Alvina, **“Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukuku’na Etkileri/Tıbbi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku”**, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, 2009 (s.28-69)
- GÜLŞEN, Recep, **“Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008 (s.1209-1228)
- HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara, 2010
- HAKERİ, Hakan, **“Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”**, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, 2009 (s.19-27)
- HIZAL, Sevinç, Arslan, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- KANBUR, Nihat, **“Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008 (s.1229-1258)
- METİN, Sevtap, **Biyo-tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, 2010, s.507
- ÖZBEK, Veli, Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2010
- ÖZKAN, Hasan/AKYILDIZ, Sunay, Öner, **Açıklamalı-İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları**, Ankara, 2008
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Ankara, 2008

TEK, Gülşah, Sinem, **Türk Hukuku'nda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler**, Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz, 2012, s.109 (s:103-130)

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa, Ruhan/ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, 2010

<http://www.anlambilim.net/fetus-nedir-106311.htm> (Erişim Tarihi: 24.04.2012)

## ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİYLE AVRUPA ÖZEL HUKUK KODİFİKASYONU\*

Anthony CHAMBOREDON\*\*

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU\*\*\*

### ÖZET

Bu makalenin amacı Avrupa kodifikasyonları modelinin tarihi ve coğrafi perspektiflerinin ele alınmasıdır. Kodifikasyonun çeşitli tarihsel anlamları ve ulusal mevzuatlarda kodifikasyon modelinin yanı sıra Avrupa mevzuatı ve uluslararası mevzuatta kodifikasyon modeli makalenin ilk bölümünde açıklanmaktadır. İkinci bölümde ise makale kodifikasyon sürecinde birleşme ve bütünleşme arasındaki farkı açıklığa kavuşturma yönünde bir tartışma açmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Kodifikasyon, etkililik, hukukun küreselleşmesi, birleşme, bütünleşme.

### ABSTRACT

The purpose of this article is to consider historical and geographical perspectives of the European codifications model. The several historical meanings of codification and the codification model in national legislations as well as the codification model in European and international legislations are explained in the first part of the article. In the second part, the article

---

\* 18 Mayıs 2011 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Prof.Dr. İbrahim Kaboğlu tarafından düzenlenen konferansta Prof.Dr. Anthony Chamboredon tarafından sunulan tebliğ.

\*\* Paris Descartes Üniversitesi Öğretim Üyesi.

\*\*\* İngilizce'den tercüme eden: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. [An abstract and keywords, which were not given place in the original text, added by the interpreter. Özet ve anahtar sözcükler bu yayın için tercüman tarafından hazırlanmıştır.]

enters into a debate to identify the distinction between unification and integration in the process of codification.

**Keywords:** Codification, efficiency, globalisation of law, unification, integration.

### **I- Avrupa kodifikasyonları modelinin tarihi ve coğrafi perspektifleri**

- A. Kodifikasyonun çeşitli tarihsel anlamları
- B. Bazı coğrafi perspektifler:
  - 1. Ulusal mevzuatlarda kodifikasyon modeli
  - 2. Avrupa mevzuatı ve uluslararası mevzuatta kodifikasyon modeli

### **II- “Etkinlik” ve “hukukun küreselleşmesi”: hala bir Avrupa kodifikasyon modeli için bir şans**

- A. “Etkinlik” kriteri
  - 1. Etkinliğin sınırlı ekonomik kriteri
  - 2. Etkinliğin sosyal ve kültürel kriteri
- B- “Hukuk küreselleşmesi”nin anlamı: birleşme veya bütünleşme

Avrupa Komisyonunun bir temsilcisine<sup>1</sup> göre muhakkak bir Avrupa Medeni Kanuna ihtiyaç yoktur: “*Avrupa müktesebatında daha fazla bir tutarlılığa ulaşıldığı sürece, neye benzediğini önemsemem*” diye ifade etmiştir. Diğer yandan, hukuk literatüründe bu tür bir projeye tümünden karşı çıkan bir eğilim de gelişmektedir çünkü bu proje birleştirmenin eşanlamlısı olarak, farklı hukuk kimliklerine saygılı olması gereken Avrupa Birliği’nin çoğulcu vizyonuna aykırı olabilir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Dirk Staudenmayer, 2001 Tebliğini ve 2003 “Faaliyet Planı”nı hazırlayan Avrupa Komisyonu çalışma grubunun yöneticisi idi (Bkz. *Infra*).

<sup>2</sup> Örneğin Fransa’da Yves Lequette, “Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar”, *Le Recueil Dalloz*, n° 28 Temmuz 2002.

Gerçekten, Fransız Medeni Kanununun iki yüz yılı bize daha geniş olarak, sadece kıta Avrupası hukuk geleneklerinin geleceği hakkında değil, aynı zamanda günümüzde hukukun küreselleşmesinin hızlanması ve çeşitli hukuk geleneklerimiz arasındaki rekabet hakkında da düşünme şansı verir ve bu genellikle ekonomik etkinlik kriteri doğrultusunda değerlendirilir.

Kıta Avrupası kodifikasyonlarına\* ilişkin bazı tarihi nosyonlar ve mevcut kodifikasyon modelinin etkilerine ilişkin coğrafi bir araştırma (I- Kodifikasyonlar modelinin tarihi ve coğrafi görünümü), bize, kıta Avrupasında izlenen kodifikasyon metodolojisinin, hukukun küreselleşmesi çerçevesinde, hala etkili ve rekabetçi olup olmadığını inceleyebilmek için ön bilgiler sunar. Yine de “etkinlik” ve “hukukun küreselleşmesi” ifadeleriyle ne kastettiğimiz konusunda uzlaşmamız gerekir? – Benim görüşüm, eğer bir hukuk geleneğinin etkinlik kriterini, ekonomik değerlendirmelerle sınırlandırmazsak ve kıtasal kodifikasyon modelinin metodolojik özünü bir entegrasyon aracı olarak muhafaza edersek, hukukun küreselleşmesi yasal birleşme (*unification*) anlamına gelmeyecektir (II - “Etkinlik” ve “hukukun küreselleşmesi” arasında: bir kodifikasyon modeli için hala bir şans).

## I- AVRUPA KODİFİKASYONLARI MODELİNİN TARİHİ VE COĞRAFİ GÖRÜNÜMLERİ

Tarihi ve coğrafi bir perspektiften, kıta Avrupası modeli bir kodifikasyonun kültürel bir boyutu da vardır, çünkü bir yasa özellikle ekonomik ve siyasi ilişkiler için temel kurallar içerir. Jakobenzimin ideallerinden doğrudan miras kalmış olarak, Fransız Medeni Kanunu burjuvazinin gerçek bir temel yasasıdır; özel mülkiyetin ve Devlet egemenliğinin merkez nosyonu oluşturması yönetime gelen yeni bir sosyal sınıfın ekonomik değişimlerini desteklemeye hizmet etmiştir. Ne var ki, bir yasa belli bir siyasi ve ekonomik tarihin sonucu bile olsa, ulusal veya yerel kültürde derin kökleri bulunur ve aynı zamanda ortak bazı metodolojik ve yapısal özellikler de içerir (A). Neden bütün dünyada bunun bir yasama aracı olarak kabul gördüğünü de bu özelliği açıklar (B).

---

\* Çevirenin notu: Kanunlaştırma ifadesi yerine tebliğin orijinalindeki gibi kodifikasyon olarak kullanılmıştır.

### A– Bazı tarihi nosyonlar: Avrupa kodifikasyon modelinin çok anlamlılığı ve tek sesliliği

Kodifikasyon modelinin kullanımının tarihine göz atıldığında aynı anda hem pratik terminolojisinin çok anlamlılığı ve hem de metodolojik amaçlarının tek sesliliği göze çarpar.

1. Kodifikasyon orijinalinde bir yasal sistemin rasyonel sunulması ile eş anlamlıdır: Justinianus'un *codex juris civilis*'i, Roma Hukukunun birleştirilmesi sürecinin sonunda Roma hukukunun en rasyonel şekilde sunulmasının son girişimi olarak görülür – tabii bu Roma İmparatorluğu'nun da sonuna tekabül ediyor...

Ancak, Justinianusun kodifikasyonları, 19'uncu ve 20'nci yüzyıllarda Avrupa'da ulus devletlerin hukukçularının üstlendiği kodifikasyonlardan birçok açıdan çok farklıdır. Fransız ve Alman hukukçular örneğin, sadece geçmiş yüzyılların çalışmalarını özetlemeye çalışmakla kalmamış aynı zamanda, yasal birleştirme amacıyla yapılan yeni yasalar sayesinde ulusal hukuklarını reforme etmeyi de başarmışlardır.

Yani, “kodifikasyon” nosyonu çok anlamlıdır.<sup>3</sup> Yasamanın çeşitli gerçekliklerini ifade eder. Bu nedenle bu terimi kullanırken ihtiyatlı olmak gerekir. Yine de, kodifikasyonun geniş bir tanımı üzerinde uzlaşabiliriz ve buna göre kodifikasyon hukukun rasyonelleştirilmesi için metodolojik bir araçtır - [bu yasal rasyonelliğin dünyadaki tüm yasal geleneklerde benimsenmeyen bir batı orijinli tanım olduğu da söylenebilir].

2. Ancak, tarihsel bir perspektiften kıta Avrupası kodifikasyonları modeline atıf yaptığımızda bir yasama sürecine atıf yapmış oluruz, genellikle yasalar aracılığıyla ve en rasyonel şekilde hukuk reformunu amaçlayan bir yasal metodolojiye atıf yapmış oluruz - [Tabii ki herhangi bir reform amacı olmaksızın sadece mevcut hukuk temelinde yasa üretme şeklinde yasama süreçleri de görülebilir. Ancak bunlar, yasa olarak adlandırılırsalar bile, 1804 Fransız Medeni Kanunu gibi bir reformcu yasa tanımına uymazlar].<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Anthony Chamboredon, “The Debate on a European Civil Code : For an « Open texture », *The harmonisation of European Private Law*, ed. Mark Van Hoecke and François Ost, Hart Publishing, Oxford, 2000.

<sup>4</sup> Christian Atias. *Le Code civil nouveau, Recueil Dalloz*, 1999, 18e cahier.

Sonuç olarak, Avrupa kodifikasyonları modeli bir yasal reform enstrümanı olarak, yasaların kesin bir parçası olarak değerlendirilemez. Bu kodifikasyonlar, daha çok, değişikliklere tabi olan metinlerdir. Fransız Medeni Kanununun tarihi açıdan incelenmesi, 1804'ten bu yana bu metnin ne kadar evrildiğini gösterebilir. Örneğin, sadece aile hukukunu ele alırsak, 1804 Medeni Kanunu hükümlerinin çoğu kaldırılmış ve yetmişlerde, en önemli Fransız Medeni hukukçularından Carbonier'in etkisiyle yeni hükümlerle yer değiştirmişlerdir.

Hukukun akla göre reforme edilmesi, hukuku, sürekli değişen gerçekliklere uygun kılabilmek için, istikrarı ve şartlara uygunluğu sağlayacak doğru usulleri bulmak demektir. Yasalar ve olaylar arasındaki homojenlik (türdeşlik), akılcı ve düzenli bir yasal yapı aracılığıyla etkili kılınabilir. Hukukta akıl ve deneyim arasında devam eden ve ikisi arasında gidip gelen denge, yargısal sistem aracılığıyla gün be gün uygulanan bir kodifikasyon modeli olarak ifadesini bulur. Bu nedenle, Avrupa kodifikasyonları modeli, yasal belirliliğin rasyonelliği koşulunu sağlamak için gerektiği sürece, temelde hukuk istikrarını amaçlayan metodolojik bir araçtır.

Bu başlangıçta belirtilen görüşler, bizi, Kıta Avrupası kodifikasyonları modelinin mevcut kullanımı ve etkisinin kısa bir değerlendirmesine yönlendirir.

## **B- Kodifikasyon modelinin coğrafi görünümüleri**

Kıta Avrupası kodifikasyon modeli halen hem ulusal (1) hem de uluslararası yasama faaliyetlerinde yaygındır (2).

### **1- Ulusal mevzuatta kodifikasyon modeli**

Napolyon, 21 Mart 1804 tarihli Fransız Halkı Medeni Kanunu adı altındaki 36 yasadaki bahsederken, "Medeni Kanun sayesinde Avrupa'ya özgürlük yaydım" demiştir. Ancak Fransız Yargıtayının ilk gerçek başkanı Guy Canivet "herkes dünyayı kendi ufkundan görür" diyerek, Fransız medeni kanunundan alıntı yapan diğer ülkelerin kendi yasama yöntemleriyle devam ettiklerini ifade etmek istemiştir. Bu Fransa'daki halihazırdaki durumdur. Yasal tutarlılığı geliştirmeyi amaçlayan çok sayıda reform demokratik süreçler içinde yapılmıştır veya yapılmaktadır. Halihazırda özellikle de borçlar

hukuku ve menkul kıymetler konularında, birçok komite kurulmuş, çalışmalar yapmış ve metinler üretmiş ve bunlar parlamentoda tartışılmış ve kabul edilmiştir. Şirketler hukuku ve ticaret hukuku alanlarında reform yapan sayısız yasa, örneğin *zor durumdaki işletmeler yasa*sı veya *yeni ekonomik düzenlemeler yasa*sı buna örnek olarak belirtilebilir ve bu yeniden kodifikasyon yöntemiyle olmuştur. Başka bir deyişle, Fransa'daki kodifikasyon süreci devam eden ve çok dinamik bir süreçtir – günümüzde yürürlükte olan otuz aşkın yasa örnek olarak gösterilebilir.

Başka bir deyişle, mevzuatın yeni parçaları, bazen önceki düzenlemelerden esaslı şekilde farklı olarak, aynı yasal yapıya entegre edilmektedir ve bu hem yasa koyucu hem de hakim yürüttüğü aynı süreç sayesinde olmaktadır.

Medeni kanun modelinden alıntılamanın ve bunu kullanmanın çeşitli yollarını sergileyebilmek açısından İspanya başka bir örnektir. İlk medeni kanun projesi, General Riego'nun askeri darbesinin ardından 1821'de başlatılmıştır. Bu proje Fransız modelinden belirgin şekilde farklıdır. 1836'da göçmenler İspanya'ya geri dönmüş ve 1851'de ikinci bir proje ortaya çıkmıştır. Bu proje ise Fransız medeni yasasından çok etkilenmiştir. Ne var ki, Fransa'nın aksine, İspanya'nın merkezîyetçi bir geleneği bulunmamaktadır. İspanyol doktrini, kendi tarihindeki Katalonya'ya sadakat adına, yasal birleştirme gibi "zararlı" bir düşünceyle mücadeleye başlamıştır. Bunun sonucu olarak, kodifikasyon komitesi ve 11 Mayıs 1888 medeni kanunu hazırlık çalışmaları, Özgür vatandaş toplulukları kuruluşu Şartından (*fueros*) kaynaklanan yerel özerkliklerin hukuk geleneğinin meşruluğunu kabul etmiştir; Katalonya, Aragon, Biskaye, Galice ve Baleric adaları gibi özerk Toplulukların (*regions*) yerel hakları (*derechos forales*) tanınmıştır.<sup>5</sup> 1889'da çıkarılan kanunun, bu nedenle, iki düzeyde okunması gerekir; tüm İspanya ülkesine uygulanacak başlangıç hükümleri (yasaların sonuçlarına ilişkin) ve evlilik hükümlerini içeren başlık IV ve geriye kalan kısım için ise kanun *fueros*'a göre seçimlidir. 1975 hüküm içinde 250'den fazlası lafzen neredeyse tamamen Napolyon yasasından alınmıştır. Ancak, yine burada da, değişen ger-

<sup>5</sup> El Fuero Nuevo de Navarra (1973) zikredilebilir, tüketici sözleşmesi hükmü içeren, Aragon Yasaları 81999, (Ley de Parejas), ve Katalonya özerk Topluluğu (1998).



çekliklerin varlığına rağmen, İspanya bir yandan temelde aynı yasal yapıyı ve yasama ve yargı metodolojisini benimserken, bunu kendi çoğulcu kimliğine entegre etmeyi de başarmıştır.

Dünyanın geri kalanında, gerek yeni ortaya çıkan devletler gerekse hukuk geleneklerini reforme etmeye karar veren devletler açısından yasal sürecin rasyonelleştirilmesi olarak kodifikasyonun seçimi çok popülerdir.<sup>6</sup>

2002 tarihinde mevzuat reformu gerçekleştiren Brezilya örnek gösterilebilir.<sup>7</sup> Yeni bir medeni kanun, medeni hukuku ve ticaret hukukunu birleştirmiş ve esasen İtalyan Medeni Kanunundan (*Codice Civile*) esinlemiştir. Diğer bir örnek 1994'te medeni kanununu yenilemiş olan Quebec'tir.<sup>8</sup> Avrupa kodifikasyonlarından aktarılmış kendi geleneğindeki köklerini derinleştirirken, uygulamalarını, aynı zamanda uluslararası ve müşterek hukuk geleneklerine de genişletmiştir. 1998'de Hollanda'da yapılan yeni yasa veya daha yeni olarak 2001'de yürürlüğe giren Alman borçlar yasası diğer örnekler olarak belirtilebilir.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Xavier Blanc-Jouvan, «L'influence du code civil sur les codifications étrangères récentes », in *Le code civil. 1804-2004*, Dalloz, Litec, Paris, 2004, s. 477.

<sup>7</sup> 26 yıllık tartışmaların ve görüşmelerin ardından Brezilya Devlet Başkanı Fernando Henrique Cardoso sonunda yeni Medeni Kanunu 10 Ocak 2002'de kabul etmiş ve Kanun Ocak 2003'ten bu yana yürürlükte olmuştur. Kanunun yazarları bir Brezilya hukuk ekolü akımı tarafından geliştirilen bir doktrine bağlı olarak, birçok anayasa, yasa, yönetmelik hükmü ve mahkeme kararlarındansa, hukukun temel hükümlerini içeren tek bir belgenin ülkeye daha sağlam bir hukuki temel sağlayacağına inanmaktadırlar. Proje Senatoda, Bahai Senatörü ve hukukçu Josaphat Ramos Marinho tarafından savunulmuştur. Marinho, Fernando Henrique Cardoso yönetiminin müttefiki olan Liberal Cephe Partisi üyesidir. Ünlü hukukçu Miguel Reale eski metni "tarihi süreçle üstesinden gelinmiş" olarak tarif ederken, Marinho, eski yasayı "pederşahi ve bireyci" olarak adlandırmıştır.

<sup>8</sup> Güncel Medeni Kanun, mahremiyet, kişisel hakların korunması ve *patrimony of affectation* gibi yasal hükümlerin yargısal yorumunu içeren Quebec medeni hukukunun kabul edilme tarihi itibarıyla tamamen tekrarından oluşur. Aşağı Kanada'nın Medeni Kanununun reformu en geniş kapsamlı yeniden kodifikasyon girişimlerinden biri olmuştur.

<sup>9</sup> Tüketim Mallarının Satışına İlişkin Avrupa Talimatnamesinin (EC-G 1999/44) iç hukuka aktarılması yükümlülüğünü yerine getirirken, yasakoyucu 100 yıldan eski BGB3 temel hükümlerinin düzeltilmesi şansını da elde etmiştir. Yasakoyucu, Talimatnamenin basitçe aktarılması işleminin ötesine geçmiştir ve reformun ardından, talimatnamenin temel düzenlemeleri sadece tüketim mallarına değil tüm satış sözleşmelerine uygulanır hale gelmiştir.

Yeni gelişen devletlerdeki durumu belirtmeyi de unutmamalıyız. Litvanya<sup>10</sup> ve Çek Cumhuriyeti gibi merkez Avrupa veya Çin gibi Doğu Asya Devletleri yazılı hukukun ve entegrasyon amacıyla kodifikasyon yöntemlerinin kabulünde önemli bir yere sahiptir.

Çin'in Renmin Üniversitesi'nden Prof. Wang Liming'e göre, bir medeni kanuna sahip olmaksızın Pazar ekonomisinin ihtiyaçlarıyla bağdaşan bir temel hukuk sistemi oluşturmak imkansızdır. Wang Shengming “yıllardır denenmiş olan çok büyük hacimdeki mevcut medeni hukuk mevzuatı, bize bu görevi zamanında tamamlayabilmek için güvenilir bir yasama temeli vermektedir” demiştir. Geçmiş iki on yılda, bugün ülkede hala temel medeni hukuku oluşturan 1986 Medeni Hukukun Genel Esasları da dahil olmak üzere, Çin birbirinden ayrı bir medeni hukuk mevzuatı yığını biriktirmiştir. Wang Shengming'in komisyonu, medeni kanunun önemli bir kısmı olan bir eşya hukuku tasarısı üzerinde çalışmıştır. Yabancı medeni hukuk mevzuatı üzerine akademik çalışmalarda gelişme de Çin'in kendi medeni kanunu için güçlü bir teorik hazırlık sağlamıştır. Medeni Kanunun 1500 – 2000 civarında madde içermesi beklenmektedir. Çin Sosyal Bilimler Akademisi Hukuk Enstitüsü medeni hukuk araştırmacısı Liang Huixing'e göre bu ülkede bu vakte dek yapılmış olan en geniş kapsamlı mevzuattır.

Tekrar, Dünyanın en önemli “yükselen” devletlerinden biri, rasyonelleşme için en rasyonel yol olarak görülen mevzuatın kodifikasyonu usulünü seçmiş ve kendi hukuk teamülünü, bugünkü hukukun küreselleşmesine uyarlamıştır.

Bu gözlemler Ottawa Üniversitesinde yapılan bir araştırmayla da doğrulanmaktadır. Buna göre, uluslararası ve ulusal normatif üretimin çoğunluğu (%60'ı) Avrupa kodifikasyonları modelinden çıkan metodolojik prensiplere dayanmaktadır.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Litvanya Cumhuriyeti Parlamentosu (*The Seimas*) 28 Şubat 2002'de yeni bir Hukuk Usulü Yasası kabul etmiş ve bu yasa 1 Ocak 2003'te yürürlüğe girmiştir. Bu Hukuk Usulü Yasasını tasarlayan baş uzman Valentinas Mikelėnas, söz konusu yasa tasarlanırken, birçok ulusal ve uluslararası yasal kaynakların çalışıldığını belirtmiştir. Bu ulusal yasal kaynaklardan bazıları, Avusturya, Almanya, Fransa, Japonya Hukuk Usulü Yasaları ile İsveç Yargılama Usulü Yasası ve diğerleridir.

<sup>11</sup> <http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/fra-monde.html>

## 2- Uluslararası ve AB mevzuatlarında kodifikasyon modeli

Kıta Avrupası kodifikasyon metodolojisinin etkili kısmı, bir entegrasyon enstrümanı olarak, sadece ulusal reformlarla sınırlı olmayıp, doğrudan veya dolaylı sözleşme veya doktrin kaynaklı birçok uluslararası ve Avrupa normlarına da uzanır.

Örneğin, sözleşme kurallarının uyumlaştırılması birçok uluslararası araştırma ve tartışmanın konusu olmuştur. Bunun amaçları, bağlayıcı bir yasa yapılmasından güvenilir bir mukayeseli bilgi sağlayan prensiplerin oluşturulup kullanılabilmesine dek çeşitlidir. Akademik çalışmaların önemlileri özellikle UNIDROIT<sup>12</sup> (Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü), Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu<sup>13</sup>, Avrupa Özel Hukukçuları Akademisi<sup>14</sup> veya Avrupa Medeni Yasası Hakkında Çalışma Grubu<sup>15</sup> tarafından yapılmıştır. Özel hukuka ilişkin çeşitli konu ve meseleleri hedef alan başka akademik gruplar da belirtilebilir. Bunlar, Mevcut AT Özel

<sup>12</sup> UNIDROIT İlkeleri dünyanın başlıca hukuk sistemlerinin temsilcilerinden oluşan ve Profesör Michael Joachim Bonell'in başkanlık ettiği bir Çalışma Grubunun ürünüdür. Bu ilkeler, uluslararası hukukun bağlayıcı bir enstrümanı değildir.

<sup>13</sup> Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Bölüm I ve II (ed O. Lando ve H. Beale) (2000) ve Bölüm III (ed O. Lando, E. Clive, A. Prum ve R. Zimmermann) (2003). Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin kökeni 1974'te Tivoli Bahçelerinde Profesör Lando ile Komisyonun İç Pazar Genel Müdürlüğü o zamanki Daire Başkanı Dr. Hauschild arasında geçen bir konuşmaya dek uzanır. Bu konuşmada Hauschild "Bir Avrupa Borçlar Yasasına ihtiyacımız var" demiştir.

Bu iki çalışmanın sonucu, her ne kadar hukuk politikası ve teknik detaylar yönünden farklı olsalar da yine de ne çok birliğe ulaşılabildiğini gösteren, iki sözleşme prensipleri belgesi olmuştur. Bu iki belgedeki kuralların mukayesesi için bkz. Bonell, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose? 26 Uniform Law Review (1996) 229-246.

<sup>14</sup> Avrupa Özel Hukukçuları Akademisi (Pavia Grubu) da bir "Avrupa Sözleşme Yasası – Ön Tasarısı" yayımlamıştır. Bu yasa da formasyon, sözleşmelerin yorumu ve geçerliliği ve çözüm yolları ve ifa ile ilgili bir kurallar dizisi içermektedir. Pavia Grubunun çalışmaları devam etmektedir.

<sup>15</sup> Profesör von Bar of Osnabrück tarafından yönetilen ve tüm Üye Devletlerin ve aday ülkelerin uzmanlarından oluşan Çalışma Grubunun alanı sadece sözleşme hukukuyla sınırlı değildir. Çalışma Grubunun çeşitli özel sözleşmeler (satım, hizmetler, franchising, ve bayilik, kişisel teminat, sigorta ve finansal hizmetler, taşınır mallar üzerinde teminat, haksız fiil, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme) üzerinde çalışan takımları bulunmaktadır.

Hukuku Hakkında Avrupa Araştırma Grubu (özellikle müktesebat ile ilgilenmektedir)<sup>16</sup>, Avrupa Özel Hukukunun Ortak Esası (veya Trento) Projesi<sup>17</sup>, Avrupa'nın Ortak Hukuku İçin Leuven Merkezi<sup>18</sup>, Avrupa Sözleşme Hukuku Cemiyeti<sup>19</sup>, Sözleşme Hukuku Kurallarının Ekonomik Değerlemesi Hakkında Araştırma Grubu ve Avrupa Hukukunda Sosyal Adalet Çalışma Grubu'dur<sup>20</sup>.

Avrupa'da özel hukukları uyumlaştırma yolu olarak bir Avrupa medeni kanunu yapılmasına ilişkin tüm bu gruplar arasında yürütülen tartışmalar bu konuyu canlandırmış ve Avrupa Parlamentosu'nda da ilk olarak 1998'de ve sonra da 2001'de ve 2003'te kabul edilmiştir.<sup>21</sup>

İlk olarak, Avrupa yasa koyucusu, aşırı masrafları ve yasal farklılıkların uluslararası ticarete engellerini azaltabilecek, tek bir müessese oluşturacak bir kodifikasyon için çağrıda bulunmuştur.<sup>22</sup>

2003 Yeşil Kitap yani Avrupa Komisyonunun "Daha tutarlı bir Avrupa sözleşme hukuku – Eylem planı"<sup>23</sup> ve Avrupa Parlamentosunun tavsiyeleri ve Avrupa Konseyinin bir Açıklaması karşı konulamaz gibi görünen bir kodifikasyon sürecini başlatmıştır.

Eylem Planında, Avrupa Komisyonu aynı sözleşme yasası anlayışını terk etmemiş ve bir "ortak referans çerçevesi"(CFR) geliştirmenin, Avrupa Sözleşme hukuku alanında mevcut ve gelecek müktesebatın daha fazla tutarlılığını temin için yardımcı olabileceğini belirtmiştir. Bu bildirimde (*Communication*) "Ortak referans çerçevesi (CFR), müktesebattan ve Üye Devletlerin hukuk düzenlerinin en iyi çözümlerinden derledikleriyle, yasal

---

<sup>16</sup> <http://www.acquis-group.org/>

<sup>17</sup> <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>

<sup>18</sup> <http://www.law.kuleuven.ac.be/ccl/>

<sup>19</sup> <http://www.secola.org/>

<sup>20</sup> [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=605141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=605141)

<sup>21</sup> OJ C 255/1, 13.9.2001 ; and OJ C 63/1, 15.3.2003.

<sup>22</sup> 1998

<sup>23</sup> (General Directorate 24 – Consumers and public health) - Communication de la Commission au Parlement et au Conseil – *Un droit européen du contrat plus cohérent – un plan d'action* ; COM (2003)68 final ;

terimlere, temel ilkelere ve sözleşme hukukunun tutarlı örnek kurallarına açık tanımlar sağlayacaktır.” Mevcut müktesebatın niteliği ve tutarlılığının geliştirilmesi önerileri sunulduğunda ve sözleşme hukuku alanında gelecek enstrümanların tasarlanmasında bir “alet çantası” gibi kullanılması amaçlanmıştır.

Bildirim, Komisyonun Üye Devletlerin sözleşme hukukunu uyumlaştıracak bir “Avrupa medeni kanunu” tasarlanması niyetinin olmadığını söylemektedir. Ancak, açıkça görülmektedir ki Ortak Referans Çerçevesi (CFR), “daha çok mevcut yönergelerin yorumuna bir yardım olarak” ... “Avrupa Pazar düzenlemesine uyum getirmek için gerekli”, ulusal sözleşme hukukları arasındaki uyumun daha üst bir aşamasına ulaşma yolunda halihazırda mevcut bir enstrümandır. Ortak Referans Çerçevesi (CFR) kolaylıkla seçimlik bir enstrüman şekline de dönüşebilir ancak eğer müşterek hukuktan fazlaca etkilenme içermesi sonuçlanırsa bu şaşırtıcı olurdu.

## II- “ETKİNLİK” VE “KÜRESELLEŞEN HUKUK”: KODİFİKASYON\* MODELİ İÇİN HALA BİR ŞANS VAR MI?

Avrupa kodifikasyon modeli bununla birlikte daha da fazla sorgulanmaya devam ediliyor. Bunun nedeni çok çelişkili sebeplerdir: Hukukun küreselleşmesini kullananlar için bunun anlamı hukukun birleşmesidir. Bu model (iş dünyasının ekonomik taleplerine daha uygun olan) ortak hukuk modeli (common law) ile karşılaştırıldığında Etkinlik zafiyeti olabilir. Kodifikasyon modelini bir yasama birleştirme aracı olarak görenler açısından ise bu model kendi özgün yasal kimliklerimizin sonu anlamına gelebilir. Diğer bir deyişle hukukun küreselleşmesi bağlamında kodifikasyon modeli kendi (kodifikasyonun) çöküşünün başlangıcında olmalı ya da olabilir. Benim görüşüme göre, bu varsayımlar birçok açıdan nitelikli (ele alınabilir) olabilir. Ve bundan dolayıdır ki biz öncelikle (A) “Etkinlik” ile (B) “Hukukun Küreselleşmesi”nden ne anladığımız konusunda anlaşmak zorundayız. Bunu kısaca şöyle özetleyebiliriz.

---

\* Çevirenin notu: Tedvin veya kanunlaştırma ifadelerinden biri de kullanılabilir ancak orijinal tebliğdeki gibi kodifikasyon tercih edilmiştir.

## A– Etkinlik Kriteri

Bir yasal model kriterinin etkinliği genellikle ekonomik açıdan tanımlanır. Bu durum kapsamlı olmadığı için eleştirilmiştir (1); zira yasal bir modelin etkinliğini değerlendirmek için sosyal ve kültürel faktörlerin de dikkate alınması zorunludur (2).

### 1– Etkinliğin sınırlı ekonomik kriteri

Genel olarak konuşmak gerekirse etkinliğin değerlendirilmesi hukukun ekonomik analizinden gelmektedir. Bu analiz Genel Hukuk teamülünde ayrıcalıklı gibi görülmektedir. Yasal norm araçsal olarak “ekonomik açıdan tanımlanmış hedeflere sahip bir araç” olarak kabul edilmektedir.<sup>24</sup> Amaç normatif üretimler ve yorumlar için yol gösterici örneklemeler sağlamaktır. Bu yol gösterici örneklemeler bir optimum ekonomik etkinlik/verimlilik araştırmasına dayanmaktadır. Bundan dolayıdır ki hukukun ekonomik analizi hukuku sosyal bir araç olarak görür ve hukuku işlevsel olarak değerlendirmeye çalışır. Vurgulanan şey, toplumun genel ve ortak ekonomik yapısı içinde yasal bir kurumun yeridir. İddia odur ki yasal pratikler ekonomik olarak verimli sosyal ilişkileri güçlendirmek için araçlar olarak tanımlanmaktadır.<sup>25</sup>

O zaman biz hukuki şeylerin taslağını şu şekilde çizebiliriz. En önemli ana varsayım insanların kendi bireysel memnuniyetlerini rasyonel olarak artırma peşinde olduklarıdır. O halde, böylesi bir durumda insan güdülerini cevaplar. Kişisel memnuniyetin rasyonel artırıcısı, araçları, muhtemel en verimli yoldaki amaçlara göre ayarlar. Her potansiyel memnuniyet ekonomik memnuniyetin hesabını kapsamaktadır, ve bundan dolayıdır ki ekonomik ya da araç-hedef rasyonalitesi ve fayda-maliyet alışverişine göre incelenebilir.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Ronald Coase [1961] ve Guido Calabresi [1961]

<sup>25</sup> Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law* (New York: Aspen, 5th ed., 1998 . Posner (1973) iki iddia da bulunmuştur. (I) Genel hukuk kuralları gerçekte, verimlidirler (II) Yasal kurallar verimli olmalıdır. Bu iki iddia da “verimlilik” bedelini ödemeye sosyal istekliliğin maksimizasyonu olarak tanımlanmıştır. Hukukun en iyi yorumunda genel hukuk doktrinleri verimliliği destekler.

<sup>26</sup> Cf. : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de André-Jean Arnaud & als., 1993, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. « Analyse économique du droit ».

Normalde ekonomik mantık yoluyla amaçlanan verimliliğin artırılmasıdır. Daha etkin/verimli bir dağıtım kaynakların net değerini artırır. Kaynakların tahsisindeki Etkinlik/Verimlilik refahın dağılımındaki adalet ile bağlantılı olan hakkaniyetten ayırt edilebilir. Çünkü bazı insanlar için belirli mallar daha diğerlerine göre yüksek veya düşük değerdedir. Ekonomik verimlilik çoğunlukla malların gönüllü transferi yoluyla yükseltilebilir. Böylece, bir yasal kurum veya bir yasal sistem, eğer verimli ticari işlemleri teşvik ediyorsa verimli/etkin olabilir. Şunu söylemek gerekirse bu durum piyasanın çökmesine yol açacak durumları önlemeye yardım eder.<sup>27</sup>

2004'te yayınlanan "2004'te İş Yapmak: Düzenlemeleri Anlamak" başlıklı anonim bir Dünya Bankası raporu çeşitli devletlerin bu ekonomik "verimlilik" analizlerini karşılaştırmaktadır. İş hukuku, sigorta hukuku, menkul kıymetler hukuku, arazi hukuku, ihaleler, yargılamalarda işlem maliyeti, kurumsal şirket kurmak için kredi alma süreleri vs. gibi ulusal hukukların birçok alanı karşılaştırılmıştır. Bu rapor kodifiye edilmiş yasal teamüller konusunda çok eleştireldir çünkü bunlar, müşterek hukuk teamüllerinin tersine, ekonomik verimlilik kriterlerinin gerekliliklerine uymaz. Bundan dolayı, hukukun küreselleşmesinin daha verimli/etkin olması için tek bir düzenleme modelinin kullanılması gereklidir.

Bu kolaylıkla yasal verimliliğin/etkinliğin kapsamlı olmayan analizi olarak tanımlanabilir. Bu konu, ayrıca sosyal ve daha geniş ölçekte kültürel kriterlerin prizmasından da düşünülmelidir.

## 2- Verimliliğin/Etkinliğin Sosyal ve Kültürel Kriterleri

Tamamen ekonomik terimlerle tanımlanan bir yasal sistem veya gelenek iddiası birini mutlu edemez. Tüm yasal teamülleri Pazar ilkelerine dayalı görmek sezgilere aykırı gözükmektedir. Hukuka ekonomik bir açıklama,

<sup>27</sup> Piyasa başarısızlığının en açık örneği tekellerin varlığıdır. İşlevsel bir tekel bir tarafın bir maldan, sağlıklı bir pazarda izin verileden daha fazla kâr elde etmesine imkan verir. Tekel durumlarının meydana gelmesini güçleştirmek için hukuk bir araç olarak kullanılabilir. Hukuk sistemlerinin kullanılmasının diğer bir yolu ise, geçerli sözleşmelerin işlerliği doğrultusunda ekonomik yönden verimli ticari işlemlerin temin edilmesidir. Mahkemeler, sözleşme şartlarına uyulmasını temin etmekle, bir sözleşmenin taraflarına, diğer tarafın üzerinde anlaşılmalı olan yükümlülükleri yerine getirmek için iyi bir nedeni olacağı beklentisini verebilmektedirler.

hukukun tasviri bir analizi olarak da (örneğin hukuk içinde kullanılan günlük kavramlarla adalet sağlanmaz), hukukun uygulanarak varolması için gerekli koşulların analitik analizi olarak da (örneğin ekonomik analiz “görüşün ana noktası” olarak hesaba alınmaz) başarısızdır. Hukukun ekonomik analizine daha “analitik” yaklaşımlar, bunu projedeki ölümcül hata olarak görmektedir.<sup>28</sup> “Eğer ki iddialar kapsamlı tasviri doğrular ise ya da hukukun gerekli ve yeterli kavramsal temelleri ise bu durumda başarısızlık daha olasıdır; fakat hukuk veya ekonomik analizlerin, sosyal bir kurum olarak hukukun doğru veya hatta kavramsal olarak gerekli tasvirini sunuyor olarak alınıp alınmayacağı konusu ve bunun hukukun tam bir analizi olmaya yeterli olup olmadığı hususu bir yana, hukuk, ekonomik verimliliği yargısal karar almanın ana amacı olarak kabul etmelidir”<sup>29</sup>. Verimliliğin ekonomik kavramında metodolojik bir sınır vardır ki bu da üretimin sosyal ve kültürel boyutlarını ve yasal normların uygulanmasını unutulmasıdır.

Bu doğrultuda, eğer kıta Avrupası kodifikasyonları modeli hala yeni yasama reformları için seçilirse, bu hem şekilsel hem de esasa ilişkin, ekonomik olduğu kadar sosyal etkinlik de öneren pragmatik sebeplerden dolayıdır.

- İletişim bakımından, materyal ve zihinsel olarak, hukukun erişilebilirliği, bu demokrasinin gelişmesinin bir koşuludur.

Yasama ve yargı yorumunun bir kombinasyonu sayesinde istikrar ve uyumluluk.

Yazılı hukukun daha fazla yasal kesinliğe sahip olması ve öngörülebilirliği sayesinde yargı maliyeti

Kodifiye edilmiş ilkelere açık atıflar sayesinde sözleşme yapmadaki maliyet

---

<sup>28</sup> Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

<sup>29</sup> David D. Friedman, *Law's Order. What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, 2000. Belki de verimlilik ekonomik kavramının belirsizliği neden daha sonradan ortaya konan bir hukuk kuralının ve tam tersinin rasyonalizasyonu için kullanılabilirdiğini açıklamaktadır – tıpkı evrimin biyolojik bir sonucu karşısında olmak gibi, her zaman evrimsel bir açıklama bulunabilir. Ayrıca bkz, Ejan Maccaay, *L'Analyse économique du droit*, vol. 1: Fondements, Montréal et Bruxelles, Éditions Thémis et Bruylant, 2000.



Eğer sadece Fransız hukuku örneğini ele alırsak, Fransız Borçlar hukukunun sosyal etkinliği açıkça görülür; özellikle de sözleşme öncesi bilgi vazifeleri veya kamu sözleşmelerinde idare mahkemelerinin etkili koruması gibi her ikisi de sözleşmelerde eşitlik ve adalet ilkelerini korumayı amaçlayan yeni mevzuatta görülür. Bunlar, kodifikasyonun tercih edilmesinin nedenini açıklayan esaslı sebeplerdir.

Etkin bir düzenleme modeli, vatandaşların arzularına ve değerlerine ve pazar aktörlerine de uyar. Bundan dolayı, bu zamana dek etkinlik hakkında belirlenmiş tek bir evrensel kriter mevcut değildir.

Dahası, Dünya Bankası raporunda kabul edilen bu ekonomik etkinlik varsayımı, küresel düzenlemelerde daha iyi bir etkinlik için sadece bir yasal modelin tercih edilmesi gerektiğini farzetmektedir. Ve bu da nitelendirilmek zorundadır. Gerçekten yasal düzenleme usullerimizin birleştirilmesine doğru mu yol almaktayız? – Bu tahminden daha az belirsiz bir şey olamaz. Aksine, kolayca söylenebilir ki küreselleşme hukukun çeşitlenmesinde bir yöney oluşturmaktadır ve bu da bizi son çıkarımlarımıza ulaştırır.

### **B- “Hukukun Küreselleşmesi”nin anlamı: Birleşme veya bütünleşme<sup>30</sup>**

Guy Canivet; tüm bu kanunlar arasında, kanunun sürekli gelişiminin teminatını oluşturan yakınsama ve tesirlerin ince bir etkileşimi olduğunu söyler. “*Aslında, tüm kanunların toplamından daha fazla olacak yeni bir hukuk kültürü düşlüyorum.*” Onun yolundan giderek, o halde bu gelişimin hukuki birleşmeye doğru değil, ancak ortak bir hukuki modernleşme/rasyonelleşme süreci sayesinde daha büyük bir uyum ve bütünleşmeye doğru gitmesi gerektiğini ekliyorum.

Esther Arroyo i Amayuelas’a<sup>31</sup> göre, kanun koyucu önerilen çözümün kusursuzluğu ve koyduğu standartların kalitesinden dolayı yabancı bir mode-

<sup>30</sup> A. Jeammaud, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s’agit-il ? », in F. Osman (dir), *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, s. 35.

<sup>31</sup> Esther Arroyo i Amayuelas, « Le droit des biens dans le Code civil du Québec », in *El Quebec, Un model de dret comparat per a Catalunya*, Esther Arroyo i Amayuelas ed., Canadiana, 2, Publicacions Universitat de Barcelona, 2001, 87-99; see also, “Un nuevo impulso para el derecho privado europeo”, *La Ley*, número 5482, jueves, 14 de febrero de 2002.

li benimser veya bazı unsurlarını ödünç alır. Quebec modelini ve onun medeni kanununu örnek alarak ilk kez kendi Medeni Kanunu'nu yapan Katalunya'nın durumu buna örnektir. Quebec'in medeni kanununun uygulanması İngiliz medeni kanununun uygulanmasını yavaşlatmayı nasıl hedeflediyse aynı şekilde Katalan kanun koyucu da İspanyol medeni kanununun Katalunya'da uygulanmasını yavaşlatmak istemiştir. Kanun, daima temsil ettiği gerçeklikleri yansıtmaya çalışan sembolik bir araç olarak gözüktür.

Aynı şekilde bunu Çin'de de görmekteyiz. Özel hukuk, aynı zamanda, insan haklarına karşı ihmali ile bilinen bir siyasi rejime karşı bir sığınağı, son umut olan bir kapıyı temsil etmektedir. Medeni kanunlaştırma siyasi olduğu kadar ekonomik bir meydan okumadır.

Son olarak, genel anlayışın aksine, “Hukuk sistemi” teriminin kullanımı bizi hukuki geleneklerin son bulması hakkında düşünmeye itmektir. Hâlbuki kara avrupası kanunlaştırma modeli herhangi bir dış etkiye kapanacak kendi kendine yeten düşünceler sistemi değildir. Aslında kara avrupası kodifikasyon modeli modern devletlerin pek çoğunun hukuki reformlarına etki etmiş açık ve dinamik bir gelenektir. Ve kodifikasyona birleşme aracı olarak atıfta bulunduğumuzda anlaşılması gereken aslında birleşme değil modernleşme/rasyonelleşme süreci aracılığıyla gerçekleşen bütünleşme olmalıdır.

Gerçekten de yüzyıllar boyunca ihtiyaç olduğunda hukuki geleneklerimizin her birinin birbirinden ödünç alındığı bir gerçektir. Kanunların kendi sosyal içeriklerinin içine derine kök salmış ne kadar kültürel gerçekler olduklarını gösterdik. Hiç şüphe yok ki, Avrupa Birliği, özellikle Avrupa Özel Hukuku alanında, geleneklerin ve deneyimlerin zengin bir mozaiği gibi durmaktadır. Fransız deneyimi (Belçika ile Hollanda'da çok, İspanya, Portekiz ve İtalya'da ise kısıtlı olarak etkili olan) ve Alman deneyimi (Avusturya, Yunanistan ve İskandinavya'da çok, İspanya, İtalya ve Benelux'de ise kısıtlı olarak etkili olan) değişik kültürel ve siyasi deneyimlerin üzerine kurulu farklı modelleri oluşturmaktadır (tabii bu ülkelerle sınırlı değildir). Hiç şüphe yok ki, İskandinavya modeli ve onun, kuzey ülkelerinin büyük kısmında ortak olan, Özel hukuk kanununda, geleneksel hâkimler kurallarının oluşturulmasında güney Avrupa hukuk geleneklerindekiyle daha büyük rol oynamıştır. Gene hiç şüphe yok ki, İspanyol deneyimi Katalunya'dan

Baleares'e medeni kanunun yayılmasını kısıtlayan yerel adetler ve kuralların büyük çeşitliliğinden dolayı çok farklılaşmıştır.

Avrupa ülkelerindeki kodifikasyon deneyimlerinin bu çeşitliliği özel hukukun kültürel kimliğe ne kadar kök saldıgını göstermektedir<sup>32</sup> ve buradan da bu kanun çoğulluğunu tek bir kanun ile değiştirmenin yerel ve kanuni kimliğin belirgin bir kaybı olarak değerlendirilebilecek dramatik bir değişim olacağını anlayabiliriz.

Bununla birlikte, yeniden, her şey Avrupa medeni kanununa verilen anlama bağlı olmaktadır. Bu mutlaka birleşik bir kanun mu demektir? – Soruya doğrudan bir çift örnekle cevap vereceğim.

Öncelikle, Fransız maddi hukuku yabancı bir hukuk geleneğinde seçildiği zaman, artık bu bir Fransız kanunu değildir; bu mevzuat parçasını uygulayacak olan yabancı hukukçu bunu bir Fransız hukukçudan farklı değerlendirecektir.<sup>33</sup> Ve tam tersi durumda bir Amerikan hukuk kuralı Fransız kanununa entegre edileceği zaman, Fransız kanununa çevrilmiş bu kural artık bir Amerikan kuralı değildir, sonuç olarak aynı şey ve aynı hukuki kural değildir.<sup>34</sup> Örneğin, anglo-amerikan kavramı olan ve Fransızcaya “şirket yönetimi” olarak çevirebileceğimiz “kurumsal yönetim” kavramı aynı şekilde uygulanmaktan çok uzaktır. Sonuçta, maddi hukuk yabancı bir hukuka entegre edildiğinde değişebilmektedir.

İkinci olarak ise, bütünleştirmek veya eklemek “bir kimliğin içinde kitlenmek veya diğerinin üzerine kapatmak anlamına gelmeyip; diğerini eklemek daha çok topluluğun sınırlarının özellikle diğerlerine yabancı olan ve öyle kalmak isteyen herkese açık olmasını ifade etmektedir”.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Hugh Collins, «European Private law and Cultural Identity of State», *ERPL*, 1995, s.353 et s.

<sup>33</sup> See J.-C. Delaunay, in *Services, cultures, mondialisation*. «Les services juridiques dans les relations économiques euro-arabes», éd. De Boeck Univ. 1994, at 51 f.

<sup>34</sup> Pierre Legrand, «L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache la disponibilité)» in *L'Américanisation du droit*, APD, vol. 45, pp.37-41, Dalloz, Sirey, Paris, 2001.

<sup>35</sup> J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essai de théorie politique*, Paris, Fayard, 1996, p. 6.

Sonuçta en baştaki sorumuza geri dönersek: - Avrupa'daki kanun bütünleşmesini gerçekleştirecek kıta Avrupası kodifikasyon modelinin metodolojik çekirdeği nedir? – Şayet en zor nokta, hukuki kimliğimizin kaybolmasına yönelik bir korku patlaması yaratmayan, gerçek bir değişim için en iyi koşulları bulmak ise, kıta Avrupası kodifikasyonlarının metodolojisinin içine konmuş aksiyolojik prensip büyük önem arz etmektedir.

Piramit şeklindeki bir modelden kuralcı üretimin şebeke modeline geçsek bile<sup>36</sup> rekabet eden bu şebeke içinde modernleştirme süreci olarak Kara avrupası kodifikasyon metodolojisinin büyük önemi vardır. Bu bağlamda, “Küreselleşmeye dogmatik olarak karşı çıkacak bir şekilde değil, ama kendini cevapları bulmak için bazı şeylerin gücünün üzerine yerleştirecek bir hayal gücü gayreti gereklidir. Karşılaştırmalı çalışmalar ile açığa çıkan azaltılamaz çeşitlilik ile ütopyik ancak uluslararası hukuk tarafından halihazırda açıklanmış olan uluslararası hukuki düzenin birliği arasındaki diyalektik, açık ve evrimsel bir senteze dönüşmek üzeredir”<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, by Ost, F. and van de Kerchove, M. , Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, “düzenleme” veya “yönetim” gibi kavramlara ilişkin usullerin uygulanmasıyla bugün hukukun temellerinin nasıl zorlandığını göstermektedir. Yazarlar, pozitif hukukun önceki dönemlerdeki somut dönüşümünü gözlemleyerek, hiyerarşik ve piramitsel bir paradigmanın nasıl yavaş yavaş bir iletişim ağı (*network*) paradigması ile yer değiştirdiğini incelemişlerdir.

<sup>37</sup> “*Un effort d'imagination est nécessaire, non pour s'opposer à la globalisation de façon dogmatique, mais pour s'appuyer sur la force des choses afin d'inventer des réponses. La dialiectique entre l'irréductible diversité révélée par les études comparatives et l'unité de l'ordre juridique international, encore utopique mais déjà annoncée par le droit international, reste à transformer en une synthèse ouverte et évolutive*” Mireille Delmas Marty, « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit », *Cours et travaux du Collège de France*, Résumés 2003-2004, annuaire 104<sup>e</sup> année.

## ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKLARI'NDAKİ KADEMELİ DAVA (STUFENKLAGE) İLE 6100 SAYILI HMK'YA GÖRE BELİRSİZ ALACAK DAVASI'NIN KARŞILAŞTIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci\*

### ÖZET

Makalede Türk Hukuku'na 6100 sayılı Kanun ile giren belirsiz alacak davası ile Alman ve İsviçre Hukuku'ndaki kademeli dava karşılaştırılmaktadır. Bu bağlamda anılan hukuk sistemlerinde belirsiz alacak davasının doktrinindeki yeri de irdelenmektedir. Özellikle işçi alacakların belirsiz alacak davasının konusu olup olamayacağı sorusu etraflıca ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: kademeli dava, - belirsiz alacak davası, terditli dava, - kademeli davada yargılama prosedürü, işçi alacakları, tazminat davaları

### ABSTRACT

In der vorliegenden Arbeit wird die unbezifferte Leistungsklage, welche mit dem Gesetz mit der Nummer 6100 in das türkische Recht aufgenommen wurde untersucht und mit der Stufenklage im deutschen und schweizerischen Recht verglichen. In diesem Zusammenhang wird die Doktrin um die unbezifferte Leistungsklage in allen drei Rechtssystemen untersucht. Insbesondere wird der Frage nachgegangen, ob Lohnklagen Gegenstand der unbezifferten Leistungsklage werden können.

Keywords: Stufenklage, Unbezifferte Leistungsklage, Klage mit Hilfsantrag, Das Verfahren bei der Stufenklage, Lohnklagen, Schadensersatzklagen.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

### I- Genel Olarak

18 Haziran 1927’de kabul edilen ve 04 Ekim 1927’de yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) yerini, 12 Ocak 2011’de kabul edilen ve 01 Ekim 2011’de yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) almıştır. HUMK hazırlanırken İsviçre’nin Nöşatel Medeni Usul Kanunu örnek alınmıştır. HUMK’un yerine geçen HMK’da da gene Kıta Avrupa’sı Hukuk Sistemleri örnek alınmış, ancak ağırlık bir kanuna verilmemiştir. HMK hazırlanırken Alman, İsviçre, Avusturya ve Fransız Medeni Usul Hukukları dikkate alınmıştır<sup>1</sup>.

HMK ile Usul Kanunu’na bazı yeni kurumların (örneğin ön inceleme ve belirsiz alacak davası gibi) ve farklı düzenlemelerin gelmesine rağmen, HMK’da HUMK’un ruhunun ve temel felsefesinin korunduğu da belirtilmektedir<sup>2/3</sup>.

HMK ile hukukumuzda getirilen yenilikler arasında, daha önce HUMK’da yer almayan belirsiz alacak davasına HMK m. 107’de yer verilmiştir. HMK’da İkinci Kısım’da Dava Çeşitleri, Dava Şartları ve İlk İtirazlar başlığı altında Birinci Bölüm’ün başlığı Dava Çeşitleri’dir. Kanun koyucu, HUMK’tan farklı olarak, HMK’da m. 105 – m. 113 arasında dava çeşitlerini tek tek saymıştır. Bu bağlamda HUMK’un un tanıdığı dava çeşitleri yanı sıra yeni dava çeşitleri de eklenmiştir. Sadece karşı dava m. 132 ve devamında düzenlenmektedir.

Bu çerçevede hukukumuzda yeni giren belirsiz alacak davasının Alman ve İsviçre Hukuku’nda uzun zamandır kabul edildiği belirtilmektedir<sup>4</sup>. Alman ve İsviçre Hukuku’nda belirsiz alacak davası örnek alınarak hazırlanan HMK m. 107’deki düzenleme şu şekildedir:

<sup>1</sup> Bak. Budak, HMK, s. 3’de başlayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Genel Gerekeçesi’nde sayfa 11; ayrıca yeni bir Medeni Usul Kanunu’nun hazırlanmasında ilişkin gerekçeler ve atıflar için bak. Özkaya-Ferendeci, ZZPInt. (16) 2012, s. 48 vd..

<sup>2</sup> Aktepe-Artık, s. 146; Pekcanitez, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 70, s. 71.

<sup>3</sup> Bu çalışmamızda HMK’nın getirdiği yenilikler tek tek değinilmeyecek ve sayılmayacaktır, bu bağlamda Özkaya-Ferendeci, ZZPInt. (16) 2012, s. 47 ve devamında yer alan çalışmamıza atıf yapılmaktadır.

<sup>4</sup> Çil/Kar, s. 21; Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, s. 18 vd.; Pekcanitez, DEÜHFD, s. 515 vd..

“(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.”

Görüldüğü üzere belirsiz alacak davası, para alacaklarına ilişkin olarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının ya da değerinin tam olarak belirlenemediği hallerde açılması mümkündür. Bunun için davacının dilekçesinde hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktarı belirtmesi yeterlidir. Ancak davacının bu tür bir imkandan faydalanabilmesi için davanın açıldığı tarihte davacının, alacağının miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu bir halin bulunması gerekmektedir. Bu şart(lar)ın varlığında davacı hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar belirterek davası açabilmektedir. Dava derdest ve devam eder iken, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda ise davacı, netice talebini, iddiasını genişletilme yasağına tabi olmaksızın artırabilir. Bu düzenleme ile açıkça netice talebin davanın açıldığı anda belirli olması gerektiği kuralından vazgeçilmektedir. Gerçi dava dilekçesinde netice talep olarak asgari bir miktarın belirtilmesi zorunludur, ancak dava açıldığında alacağın asıl ve tüm miktarı henüz belli olmamasına rağmen, zamanaşımı bütün alacak için kesilmektedir. İşte bu yönü ile belirsiz alacak davası kısmi davadan ayrılmaktadır, çünkü kısmi davada dava edilmeyen bakiye için zamanaşımı süresi işlemeye devam edecektir<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Bak. ayrıca Aktepe-Artık, s. 159 vd.; Karşlı, s. 344 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 276; Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, s. 45 vd.; Umar, s. 300 vd..

## II- Alman Hukuku'ndaki Kademeli Davayı İnceleme İhtiyacı

HMK m. 107'de düzenlenmiş olan belirsiz alacak davasının özellikle haksız fiillerde zararın hemen belirlenemeyeceği, değişken olabileceği hal-lerde açılması öngörülmektedir<sup>6</sup>. Böyle bir durumda dava dilekçesine netice talebi olarak asgari bir miktarın yazılması ve dava açıldıktan sonra zararın belirlenmesi ile netice talebin – iddiayı genişletme yasağına tabi olmadan – artırılması mümkündür. Böyle bir durumda davacının netice talebi artırarak, harcı tamamlaması yeterli olmaktadır.

Bu bağlamda Türk Hukuku'na yeni giren belirsiz alacak davasının işçi alacaklarına uygulanıp uygulanamayacağı konusu tartışmalıdır<sup>7</sup>, zira bu tür davalarda alacağın belirsiz olup olmadığı hususu sorun yaratmaktadır. Pekcanitez, belirsiz alacak davasını özellikle tazminat davalarında (maddi ve manevi tazminat davalarında) uygulama alanı bulacağını belirtmektedir<sup>8</sup>. Bunun yanı sıra işçi alacakları bakımından belirsiz alacak davasının uygulanamayacağını da ifade etmektedir<sup>9</sup>. Pekcanitez'in bu konudaki bazı gerekçeleri şöyledir: "... Bu söylenenler bakımından uygulamada sorun çıkarabilecek alanlardan birisi iş hukukundaki taleplerdir. Örneğin davacı (veya vekili) kıdem, ihbar, fazla çalışma, yıllık ücretli izin alacağı gibi alacaklarını tam olarak belirlemeden pilot dava adı altında (haklı saklı tutarak) kısmi dava açmakta, sonra bilirkişi raporları alındıktan sonra, ona göre saklı tuttuğu kısmı ıslahla artırmaktaydı. Bugün için artık bu tür taleplerin tam dava olarak açılması gerekir, belirsiz alacak davası açmak kural olarak mümkün değildir. Çünkü, davacı örneğin bu tür durumlarda, kaç yıldır çalıştığını, son ücretinin ne olduğunu, kaç yıldır izin kullanmadığını, ne kadar fazla çalıştığını dilekçesinde yazmaktadır veya en azından yazmalıdır. Çünkü bunlar olmadan zaten hesaplama yapılamaz. Bu veriler belirli veya belirlenebilir verilerdir. Bu veriler belli olduğundan da hesap yapılabilir ve talep ortaya konulabilir. Bu sebeple. Ne kısmi dava ne de belirsiz alacak davası bu tür durumlarda açılmaz. ... Kısaca söylemek gerekirse, dava açmadan önce

<sup>6</sup> Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, s. 43 vd.; Pekcanitez, DEÜHFD, s. 512 vd..

<sup>7</sup> Bak. Kar, s. 14.

<sup>8</sup> Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, s. 43 vd.; Pekcanitez, DEÜHFD, s. 514 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 304; bak. ayrıca Zöllner zu § 253, kenar notu 14a.

<sup>9</sup> Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, s. 46, s. 47.



davacı düşünmeli hesabını iyi yapmalı ona göre dava açmalıdır. Eski alışkanlıklarla artık salt dava dilekçesine vakıaları sıralayarak hakkı da saklı tutup kısmi bir dava açma dönemi bitmiştir. Ancak şüphesiz bir iş kazasından veya bunun gibi alacağın tam belirlenemediği özel durumlarda belirsiz alacak davası açma imkanı mevcuttur. ... Bundan sonra iş hukuku ve buna benzer durumlarda pilot dava, ön dava şeklinde açılan aslında kısmi dava niteliğindeki davalar bakımından, önemli ölçüde ne kısmi dava açma imkanı mevcuttur ne de belirsiz alacak davası açma imkanı mevcuttur. ...”<sup>10</sup>.

Bu gerekçeler tutarlıdır, zira işçinin alacağı aslında davanın başında (teorik dahi olsa) bellidir. Buradaki sıkıntı, işçinin kendisi belki bu alacağın miktarını – elinde veriler olmadığı için – hesaplayarak ortaya koyamıyordur. İşçi bilgilere ulaştığı an, (aslen zaten belirli olan) alacağını da netleştirebilmektedir. Oysa işveren alacak miktarını teorik olarak bilmektedir. Böyle bir durumda işçi bakımından ortaya çıkan problem, alacağın belirsiz olması değil, aslen belirli olan alacağı hesaplamak için gereken bilgilere ulaşılamamasıdır. Bu bağlamda işçiye bilgilere ulaşabilmesi için bir çareye veya başka bir deyişle işvereni verileri vermeye zorlayabilmek için bir kuruma ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu görüşe karşılık olarak Kar, işçi alacaklarının da belirsiz alacak davasına konu olabileceğini ifade etmektedir<sup>11</sup>. Kar bu bağlamda şu gerekçeleri ileri sürmektedir: “... İşçi alacağını belirlemeyebilir. ... Diğer taraftan kayıt dışılığın yaygın olduğu ülkemizde işçinin uyuşmazlık içinde olduğu işverene başvurarak işçilik alacaklarını belirleyebileceğinin tavsiye edilmesi, tutarlı olmadığı gibi hayatın olağan akışına aykırıdır. ... Yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacak belirsiz kabul edilmelidir. ... Dava konusu alacak miktarının veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun (ki bu işçilik alacakların çalışma olgusu, tazminat ve alacaklara esas süre ve ücret yönünden kendini gösterir) tespitini gerektirdiği durumlarda alacak belirsiz ve tartışmalı kabul edilmelidir. ... Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecekse, alacak belirsiz kabul edilmelidir. ... İşverene belge düzenleme zorunluluğu getiren düzenlemeler: ... Bu düzenlemelerle işveren için bir takım yükümlülükler

<sup>10</sup> Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, s. 46, s. 47.

<sup>11</sup> Kar, s. 14, s. 16, s. 18, s. 19.

getirilmiştir. İşveren bu yükümlülükleri yerine getirmediği sürece, işçinin açtığı davada talep konularının genellikle belirsiz olacağı açıktır. Alacağın belirli ve tartışmasız olması ancak bu belgelerin düzenlenmesi, işverenin söz konusu yükümlülükleri yerine getirmesi ile mümkün olacaktır. Kısaca kayıt dışılığın son bulması gerekir. ...”<sup>12</sup>. Bu bağlamda Kar, Kılıçoğlu’na da atıf yapmaktadır: “... Davacının alacağının miktar olarak tespiti, mahkeme tarafından yapılacak delil tespitine veya hesap verme ve bilgi vermeye yönelik müstakil bir davanın açılmasına gerek olduğu durumlarda, HMK madde 107 anlamında "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği" bir durum söz konusudur. ...”<sup>13</sup>.

Görüldüğü üzere Kar da gerekçeleri ile haklıdır. Zira gerçekten de işçiden, zaten uyuşmazlık içinde olduğu işverenine başvurarak bilgileri edinmesini beklemek oldukça güçtür. İşçi bundan dolayı verilere ulaşamadığı için (teorik olarak belli dahi olsa) alacağını belirleyememektedir. Bu durumda Türk Hukuku’nda işçi için belirsiz alacak davasını açma ihtiyacı doğmaktadır.

Zaten Çil / Kar da bu hususa dikkat çekmektedir: “... Ancak davacının bazen istenilen alacağın türü ve hukuki niteliği belli olmasına rağmen, miktarını dava açarken tam olarak saptaması, belirlemesi olanaklı olmayabilir. Hesap raporu alınmasını, yargılama yapılmasını gerektiren bu durumda davacı, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava yoluna başvurabilir. Kısmi dava olarak açılan bu davada yargılama sırasında belirlenen bakiye alacağı için davalının muvafakat etmemesi halinde, ek dava yolu ile ayrı bir davada isteyebileceği gibi aynı anda ıslah sureti ile dava konusu arttırarak talepte bulunabilir. Gerek ek dava ve gerekse ıslah halinde davacı, davalının kısmi davaya konu olan alacağı dışında talep ettiği bakiye alacak miktarı yönünden zamanaşımı itirazı ile karşı karşıya kalabilir. Tüm bu hukuksal süresi kısaltmak, davacının ret nedeni ile yargılama giderinden mahkum olma riskinden kurtulması, ek dava veya ıslah yolu gibi işlemlere gerek duyulmaması, zamanaşımı itirazına uğranılmaması için 6100 sayılı Hukuk

---

<sup>12</sup> Kar, s. 14, s. 18, s. 19.

<sup>13</sup> Kar, s. 16, Kılıçoğlu, s. 581.

Muhakemeleri Kanununun 107. maddesinde belirsiz alacak ve tespit davası başlığı altında yeni bir dava türüne yer verilmiştir. ...”<sup>14</sup>.

Görüldüğü üzere tartışma bir alacağın ne zaman belirli ve ne zaman belirli olmadığı konusunda yoğunlaşmaktadır. Burada aslında bir alacağın taraflar açısından “objektif” veya “sübjektif” olarak belirlenebilirliği sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bir alacak taraflar bakımından objektif olarak belirlenemediği vakit, belirsiz olduğu konusunda her iki görüş de hemfikir dir. Ancak bir alacağın taraflardan biri için belirlenebilir olması halinde, aslında alacak belirlidir. Bu konuda da her iki görüş temelinde örtüşmektedir<sup>15</sup>, ancak alacağın sadece davalı tarafından belirlenebilir olması hususu farklı olarak ele alınmaktadır. Bu durumda Kar'a göre, davacı için alacağı belirlemek imkansız olduğundan, davacının bakış açısından alacak belirsiz olduğundan, davacının HMK m. 107'ye göre belirsiz alacak davasını açabilmesi gerekmektedir.

Alman Hukuku'nda kanunda düzenlenmemiş olan, ancak yıllardır tanınan belirsiz alacak davası iş hukuku alanında kural olarak uygulama alanı bulmamaktadır<sup>16/17</sup>. Zaten Pekcanitez de Türk Hukuku için de aynı görüşü savunmaktadır. Alman Hukuku'nda iş hukuku alanındaki sorunlar kademeli dava (Stufenklage<sup>18</sup>) ile çözülmektedir. Burada tabii şunu da ifade etmek gerekir ki, Almanya'da işverenlerin çoğu defterlerini ve kayıtlarını eksiksiz

<sup>14</sup> Çil/Kar, s. 22, s. 23.

<sup>15</sup> Çil/Kar, s. 22: “... Ancak davacının bazen istenilen alacağın türü ve hukuki niteliği belli olmasına rağmen, miktarını dava açarken tam olarak saptaması, belirlemesi olanaklı olmayabilir. ...”

<sup>16</sup> Bu konuda Almanya'da Köln ve Berlin İş Mahkemelerinde bazı hakimleri ile görüşüp, bilgi aldık.

<sup>17</sup> Alman Hukuku'nda da uzun zamandır tanınan ancak kanunda yer almayan belirsiz alacak davası genellikle tazminat davalarında uygulama alanı bulmaktadır, bak. Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, s. 23 vd.; ayrıca bak. Prütting/Gehrlein zu 253, kenar notu 16; Thomas/Putzo zu § 253, kenar notu 12. Bu dava netice talebin belirli olması gerektiği hususunda bir istisna teşkil etmektedir. Davanın en önemli özellikleri arasında, netice talebin hakim tarafından takdir edilmesi ihtiyacıdır; bundan dolayı davacı, hakim bu takdiri yapabilmesi için gereken her türlü vakıayı ve bilgiyi dermeyeran etmesi gerekmektedir. Dermeyeran edilen vakıalar sayesinde hakim dava konusunu takdir etmektedir; Prütting/Gehrlein zu 253, kenar notu 16; Thomas/Putzo zu § 253, kenar notu 12.

<sup>18</sup> Stufenklage tam kelime anlamıyla “basamaklı dava” anlamına gelmektedir. Çalışmamızda kademeli dava olarak adlandırılacaktır.

tutmaktadır ve işçinin gerekli bilgilere ulaşması daha kolaydır. Buna rağmen işçi, dava dilekçesini hazırlarken alacağını tam olarak belirleyemiyorsa, kendisine Alman Medeni Usul Kanunu madde 254’de yer alan kademeli dava (Stufenklage) açma hakkı tanınmaktadır. Çalışmamızda bu davayı inceleyeceğiz. İncelememiz sonucunda aslında kademeli davanın teknik olarak belirsiz alacak davasından farklı olmasına rağmen, içeriği bakımından belirsiz alacak davasına benzediğini göreceğiz. Başka bir deyişle, Alman Hukuku’nda işçi, kendinden kaynaklanmayan nedenlerden dolayı alacağını belirleyemiyorsa, ancak davalıdan temin edeceği verilerle hesaplaması mümkün ise, alacağını belirsiz alacak davası ile değil, kademeli dava ile isteyecektir. İsmen farklı olan bu iki dava, aslen içeriği bakımından birbirine benzemektedir.

### **III- Genel Olarak Alman Hukuku’ndaki Kademeli Dava (Stufenklage)**

Alman Medeni Usul Kanunu’nun 254. maddesinde kademeli dava düzenlenmektedir. Maddenin içeriği şöyledir<sup>19</sup>:

“Eğer hesapların ortaya konmasına veya malvarlığı beyanın yapılmasına veya yeminli bir beyanın verilmesine ilişkin bir talep ile birlikte, davacı ile davalının arasındaki hukuki ilişkilerine istinaden davalının borcunu ödemesi talebi ile birlikte açılması halinde, davacının talep ettiği edimin miktarının belirlenmesi, davalının hesapları ortaya koymasına veya malvarlığı beyanı yapılana veya bu konuda yeminli bir beyan verilene kadar ertelenmesi mümkündür.”

Alman Medeni Usul Kanunu’nun 254. maddesi 1898’de Alman Usul Kanunu’na girmiştir<sup>20</sup> ve o tarihten beri değiştirilmemiştir<sup>21</sup>. HMK m. 107

---

<sup>19</sup> Maddenin Almancası:

“Wird mit der Klage auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung die Klage auf Herausgabe desjenigen verbunden, was der Beklagte aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis schuldet, so kann die bestimmte Angabe der Leistungen, die der Kläger beansprucht, vorbehalten werden, bis die Rechnung mitgeteilt, das Vermögensverzeichnis vorgelegt oder die eidesstattliche Versicherung abgegeben ist.“

<sup>20</sup> Assmann, s. 5; Lüke, JuS 1995, s. 143.

için Alman Medeni Usul Kanunu'nun 254. maddesi örnek teşkil etmemiştir; HMK m. 107 için Alman Hukuku'nda kanunda düzenlenmemiş olan belirsiz alacak davası örnek alınmıştır<sup>22</sup>.

Alman Hukuku'ndaki kademeli davanın uygulama alanları olarak karşımıza aile hukuku, miras hukuku, ticaret hukuku, iş hukuku, fikri ve sınai mülkiyet hukuku ve iflas hukuku alanları çıkmaktadır<sup>23</sup>. Örnekleri detaylandırmak gerekirse, aile hukukunda kademeli dava örneğin boşanma davası esnasında nafaka taleplerinde kullanılmaktadır (eşlerden biri, diğer eşin ne kadar kazandığını bilmemesi halinde)<sup>24</sup> veya miras hukukunda kanuni hakına almaya çalışan bir varisin, mirasın tam olarak neleri kapsadığını bilmemesi halinde mirasçılara karşı açtığı dava da kademeli bir davadır<sup>25</sup>. Kademeli dava ayrıca ticaret hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin Alman Ticaret Kanunu'nun 87 c maddesine provizyon alacaklarına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu bağlamda provizyon alacak kişinin kendisine provizyon verecek olan şirketten kendisi ile ilgili olan tüm kayıtlarını açmasını isteyebilmektedir. Bu bağlamda provizyon alacak kişinin bilgileri ve akabinde provizyonunu alabilmesi için kendisine kademeli dava açma hakkı tanınmaktadır<sup>26</sup>. Tüm bu örneklerin ortak özelliği olarak, davacının davayı açarken netice talebini ancak davalıdan aldığı bilgiler doğrultusunda belirleyebileceği karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda netice talebin hakim tarafından takdir edilmesi söz konusu değildir.

Kademeli davanın amacı iki davanın ayrıca açılmasını önlemektir, böylece usul ekonomisine de hizmet edilmektedir<sup>27</sup>. Bu dava aslında objektif

<sup>21</sup> Söz konusu madde 1898'den beri aynı lafzı ile kanunda yer almaktadır, 27.6.1970'de sadece Offenbarungseid (beyanda bulunma) sözcüğü eidesstattliche Versicherung (yeminli beyan) olarak değiştirilmiştir, bak. MüKo zu § 254, kenar notu 1; Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 1.

<sup>22</sup> Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, s. 23 vd..

<sup>23</sup> Assmann, s. 25 vd.; Baumbach/Lauterbach zu § 254; kenar notu 1; Lüke, JuS 1995, s. 144; Siegel, s. 28; Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 6.

<sup>24</sup> Baumbach/Lauterbach zu § 254; kenar notu 1; Siegel, s. 28.

<sup>25</sup> Fett, s. 20; Siegel, s. 28; detaylı bir örnek için bak. Lüke, JuS 1995, s. 144.

<sup>26</sup> Müller-Glöge/Preis/Schmidt, HGB, zu § 87 c, kenar notu 3.

<sup>27</sup> Musielak zu § 254, kenar notu 1; MüKo zu § 254, kenar notu 2; Siegel, s. 29; Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 2.

dava yığılmasının özel bir halidir, zira iki (veya üç talebin) birleşmesinden oluşmaktadır<sup>28</sup>. Kademeli davada davacı, kendisinden kaynaklanmayan sebeplerden dolayı neticeci talebini davanın başında belirleyememektedir. Başka bir deyişle, davacının neticeci talebini belirleyememesi hususunda geçerli bir özrü bulunmaktadır. Davacının neticeci talebini belirleyebilmesi için, davalının bilgi vermesi gerekmektedir. İşte bu durumlarda davacıya rahatlık olsun diye, kademeli dava açma imkanı tanınmaktadır<sup>29</sup>. Böylece aynı zamanda davacının hakları da korunmaktadır, zira kademeli dava açılırken, henüz belirlenemeyen dava konusunun tümü için zamanaşımı kesilmektedir<sup>30</sup>. Görüldüğü üzere bu davada aslında alacağın miktarı davanın açılma anında bellidir, ancak bu belirlilik sübjektif bir belirliliktir, yani davacının bil(e)mediği, ama davalının bilebileceği bir belirliliktir<sup>31</sup>.

Kademeli davayı Türk Hukuku'ndaki terditli davadan (HMK m. 111) ile karıştırmamak gerekir. Terditli davada iki talep arasında aslilik ve ferilik ilişkisi bulunmakta, ilk talep esastan reddedilmesi halinde ikinci talep mahkeme tarafından incelenmektedir. Oysa kademeli davada ilk bakışta her iki talep arasında sanki böyle bir ilişki varmış gibi gözükse de, kademeli dava terditli davadan farklıdır. Bu fark davayı açma amacıyla başlar, zira kademeli davayı açan davacı bunu bir ihtiyaçtan, zorunluluktan dolayı açmıştır, çünkü belirlemesi gereken neticeci talebini belirleyememektedir. Dolayısıyla bir davada iki talep ileri sürme durumunda kalmaktadır ve her iki talebin gerçekleşmesi konusunda menfaati, iradesi ve avantajı vardır, dolayısıyla davacı için her iki talep aynı önemi taşımaktadır. Oysa terditli davada dava-

<sup>28</sup> Assmann, s. 12; Lüke, JuS 1995, s. 144; Musielak zu § 254, kenar notu 3; MüKo zu § 254, kenar notu 6; Siegel, s. 42; Zöllner zu § 254, kenar notu 1.

<sup>29</sup> Siegel, s. 29; Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 2.

<sup>30</sup> Lüke, s. 138, kenar notu 143; Musielak zu § 254, kenar notu 1; MüKo zu § 254, kenar notu 19; Prütting/Gehrlein zu § 254, kenar notu 4; Schäuble, JuS 2011, s. 507; Siegel, s. 29. Zamanaşımı ancak dava içinde neticeci talebin belirlendiği miktarda kesilmektedir, bak. Prütting/Gehrlein zu § 254, kenar notu 5; Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 2.

<sup>31</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald bu hususu şöyle ifade etmektedir: “ ... Die Stufenklage dient der vereinfachten Durchsetzung eines dem Kläger nach Bestand und Umfang oder Gegenstand unbekanntem Anspruch, wenn die Unkenntnis auf Tatsachen beruht, die in der Sphäre des Beklagten liegen. ...”, yani kademeli dava, davacının varlığı, kapsamı veya ne olduğu konusunda belirsiz olan bir talebini kolayca dermeyer edebilmesine hizmet etmektedir ve bu talebin belirlenebilmesi için davalının bildiği veya ona ait olan vakalara ihtiyaç duyulmaktadır; bak. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 522, kenar notu 29.

cının terditli dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Davacı terditli davayı ihtiyari şekilde açmaktadır ve davacı dava sonucunda aslen ilk talebine ulaşmayı hedeflemektedir. İlk ve aslen istediği talebin esastan reddedilmesi halinde, ikinci talep önem kazanmaktadır, aksi takdirde, yani ilk talebin mahkeme tarafından kabul edilmesi ile ikinci talebin incelenmesi gerek kalmamaktadır<sup>32</sup>.

### **1- Kademeli Davanın Medeni Usul Hukuku Bakımından Özellikleri**

Görüldüğü üzere kademeli davada aslında alacak miktarı davacı açısından belirsizdir, zira davacı davalıdan alacağı bilgiler doğrultusunda netice talebini belirleyebilecektir. Dolayısıyla alacağın miktarı aslında davalı bakımından (teorik olarak) belirlidir.

#### **a- Kademeli Davanın Netice Talepleri**

Kademeli davanın objektif dava yığılmasının özel bir hali olduğunu yukarıda belirttik<sup>33</sup>. Kademeli davayı düzenleyen Alman Medeni Usul Kanunu'nun 254. maddesinin kanun koyucu tarafından kabul edilmesi ile, söz konusu bu madde ile objektif dava yığılması hallerinin çoğaltıldığı belirtilerek, bundan dolayı bu düzenlemenin (sistemik açıdan) aslında Alman Medeni Usul Kanunu'nda objektif dava yığılmasını düzenleyen 260. maddesinden sonra yer alması gerektiği görüşü savunuldu<sup>34</sup>. Ancak kademeli davayı düzenleyen Alman Medeni Usul Kanunu'nun 254. maddesi sonuç itibarıyla taleplerin birleştirilmesi bakımından (yani objektif dava yığılması açısından) bir yenilik getirmedi, 254. madde ile taleplerin birleşmesi halinde prosedürün nasıl yapılacağı / ilerleyeceği konusunda bir yenilik getirilmiştir. Zira bu dava türü ile, davacı mahkemeden taleplerin sıra ile (kademeli olarak) ele alınmasını isteyebilmektedir<sup>35</sup>. Bu yönü ile kademeli dava objektif dava yığılmasının gerçekten özel bir halini teşkil etmektedir.

<sup>32</sup> Terditli davalar için bak. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Tasarı, s. 61; Budak, HMK, s. 175, s. 176; Karşlı, s. 340; Kılıçoğlu, s. 604 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 281, s. 282; Pekcanitez/Atalay/Özekes; s. 311 vd.; Umar, s. 313 vd..

<sup>33</sup> Bak. yuk. dn. 28.

<sup>34</sup> Bak. Assmann, s. 12, dn. 43.

<sup>35</sup> Assmann, s. 13; Musielak zu § 254, kenar notu 1 ve 4; MüKo zu § 254, kenar notu 6

Kademli davada davacı alacağının miktarını davanın başında henüz bilmediği için, öncelikle alacağını belirleyebilmek için gerekli olan verilerin kendisine bildirilmesini talep edecektir (1. kademe), bu bilgileri edindikten sonra alacağını belirleyerek talep edecektir (2. kademe). Görüldüğü üzere kademeli dava kural olarak iki kademededen oluşmaktadır. Ancak davacı, davalıdan verdiği bilgilerin doğru olduğunda dair yeminli bir beyan da talep etmesi üzerine, kademeli davanın üç kademeli olması dahi mümkündür.

Kademeli davanın netice talepleri şu şekilde sıralanabilmektedir<sup>36</sup>: birince kademe bilgilerin verilmesi talep edilmekte, bu kademe mecburi bir kademedir, yani kademeli davada bulunması gereken bir taleptir; ikinci kademe davacı isterse, davalıdan verdiği bilgilerin doğru olduğuna dair yeminli bir beyan talep edebilmektedir<sup>37</sup>, bu kademedeki talep ihtiyardır; üçüncü (veya yeminli beyan talep edilmesi ile ikinci) kademe davacı artık alacağını belirlemek ve talep etmek zorundadır, bu kademedeki talep de ilk kademe olduğu gibi bu tür davalarda bulunması gereken bir taleptir.

Bu bağlamda Fett kademeli davanın olası 2. kademesini, yani davacının davalıdan verdiği bilgilerin doğru olduğuna dair yeminli bir beyan talep edebilmesini, eleştirmektedir<sup>38</sup>. Belirttiğimiz üzere bu kademe ihtiyari bir kademedir, başka bir deyişle kademeli dava açan davacının bu talebi yöneltmesi tamamen davacının iradesine bağlıdır, zira bu kademe bu dava türü için zorunlu bir talep teşkil etmemektedir. Fett'e göre, davalıdan verdiği bilgilerin doğru olduğuna dair yeminli beyan istenmesi, davalıya baştan güven duyulmadığına dair bir işarettir; başka bir deyişle, yeminli beyan istenmediği takdirde davalının gerçeği söylemeyeceğinden ve davacıyı dolandıracığından şüphe duyulduğunun ifadesidir. Böyle bir şüpheye maruz kalmanın da davalı açısından onur kırıcı olduğunu belirten Fett, bu tür bir talebin psikolojik etkilerinin de gözetilmesi gerektiği görüşünde. Yazar ayrıca, özellik-

<sup>36</sup> Baumbach/Lauterbach zu § 254, kenar notu 14 vd.; Bernreuther, JA 2001, s. 490; Fett, s. 27 vd.; Peters, ZZP (111) 1998, s. 67; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 522, kenar notu 30, 31, 32; Thomas/Putzo zu § 254, kenar notu 2, 3, 4; Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 36 vd..

<sup>37</sup> Beyanın gerçeğe aykırı olması halinde, beyanda bulunan Alman Ceza Kanunu'nun 156. maddesine göre cezalandırılmaktadır.

<sup>38</sup> Fett, s. 28 vd..



le davalının bilgileri belki kanuni bir zorunluluktan dolayı vermemesi halinde, bu tür bir talebin uygun olmadığını ifade etmektedir<sup>39</sup>. Fett'in görüşü kanaatimizce ilginç ve hassas bir yaklaşım teşkil etmektedir. Ancak zaten kanun koyucu kademeli davada davalının yeminli beyanda bulunması talebini ihtiyari bir şekilde düzenlemesi, bu talebe sadece gerek olduğunda başvurulmasını istediğini açıkça ortaya koymaktadır. Başka bir deyişle, ihtiyari olan bu talebin doğrudan her davalıya yöneltilmesini kanun koyucu da istememektedir.

### **b- Kademeli Davada Netice Talebin Belirsiz Olması**

Kademeli davayı düzenleyen normun Alman Medeni Usul Kanunu'nun 254. maddede yer verilmesi ile, söz konusu madde dava dilekçesini düzenleyen 253. maddenin hemen arkasında yer almaktadır. Bu sistematikten dolayı 254. maddenin, 253. madde ile bir bağlantı içinde olduğu ortadadır<sup>40</sup>.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 253. maddenin 2. fıkrasının 2. bendine göre, netice talebin belirli olması gerekmektedir. Bu gereksinim, örneğin kesin hükmün objektif sınırlarının belirlenmesi bakımından<sup>41</sup> ve davalının kendisinden ne istediğini bilmesi yönlerinden önem arz etmektedir<sup>42</sup>. Görüldüğü üzere, netice talebin belirli olması kuralı, davalı açısından da önemlidir, zira davalı bu şekilde kendinden ne beklendiğini bilerek, hareket edecektir. Yani davalı belirsiz bir talep ile karşı karşıya bırakılmamalı ve korunmalıdır. Ancak kademeli dava açısından durum farklıdır.

Kademeli davada netice talep alacağın miktarı bakımından belirsizdir ve dolayısıyla netice talebin belirli olması gerektiği kuralının istisnasını teşkil etmektedir<sup>43</sup>. Ancak burada alacağın miktarı davalıdan gelecek olan bilgiler doğrultusunda belirleneceği için, kademeli davada netice talebin

<sup>39</sup> Fett, s. 29.

<sup>40</sup> Assmann, s. 7; Thomas/Putzo zu § 254, kenar notu 1.

<sup>41</sup> Kesin hükmün objektif sınırları hakkında detaylı bilgi için bak. Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm, s. 1 vd.

<sup>42</sup> Assmann, s. 7; Baumbach/Lauterbach zu § 253, kenar notu 30 ve 38; Musielak zu § 253, kenar notu 29; Zöllner zu § 253, kenar notu 13.

<sup>43</sup> Assmann, s. 10.

baştan belli olmaması davalı açısından sorun teşkil etmemektedir. Yani kademeli davada davalının korunmasına yer ve ihtiyaç yoktur, dolayısıyla netice talebin ilk başta belirsiz olması sorun teşkil etmemektedir<sup>44</sup>; bu bağlamda önemli olan, davacının talebine dayanak teşkil eden vakıaları dermeyeran etmesi, başka bir deyişle davasını somutlaştırması gerekmektedir<sup>45</sup>.

Kademeli davanın netice talebin ilk başta belirsiz olmasının kesin hükmün etkileri bakımından da aslen sorun haline gelmemektedir. Zira davalıdan gelen bilgiler çerçevesinde alacağın miktarı hemen belirlenmekte ve kesin hüküm de bu şekilde belirlenebilmektedir. Burada önemli olan, netice talebin (alacağın miktarın veya ne olduğu) belirlenebilecek hale geldiği an, davacı tarafından belirlenmesidir<sup>46</sup>.

Görülüşü üzere kademeli davada netice talebin (davanın başında) belirli olmaması, netice talebin belirli olması gerektiği kuralın haklı bir istisnasını teşkil etmektedir.

### c- Dava Konusunun Değeri

Dava konusunun değeri kural olarak netice talebin değerine göre belirlenmektedir. Bu bağlamda para alacaklarında dava konusunun değerini belirlemek kolaydır. Dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ise, dava konusunun değeri dikkate alınmaktadır<sup>47</sup>.

Dava konusunun değeri özellikle iki alanda önem arz etmektedir. Birinci dava için görevli mahkemenin belirlenmesinde ve ikinci olarak yargılama masrafları ve harçlar bakımından önem taşımaktadır. Türk Hukuku'nda HMK'nin yeni düzenlenmesi ile m. 2 fıkra 2'de dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın görevin belirlendiğini ifade edilmektedir. Oysa Alman Hukuku'nda görevin belirlenmesi bakımından hala dava konusunun değeri önemlidir.

---

<sup>44</sup> Assmann, s. 7.

<sup>45</sup> Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 3.

<sup>46</sup> Assmann, s. 7; Lüke, s. 138, kenar notu 143; MüKo zu § 254, kenar notu 23.

<sup>47</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 56 vd..

Alman Hukuku'nda kademeli davanın dava konusunun değerini ilk önce göreve ilişkin düzenleme bakımından inceleyeceğiz. Kademeli bir davada bir netice talep değil, iki hatta üç netice talep bulunmaktadır. Bu dava objektif dava yığılmasının özel bir halini teşkil etmesinden dolayı da, doğrudan objektif dava yığılmasında olduğu gibi bütün netice taleplerin değerlerinin toplamını dikkate alınması (bak. Alman Medeni Usul Kanunu'nun 5. maddesi, bu madde göreve ilişkindir) mümkün müdür?

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 5. maddesinin uygulanabilmesi için tüm taleplerin birbirinden bağımsız ve kendilerine özgü bir ekonomik değerlerinin olması gerekmektedir<sup>48</sup>. Kademeli davanın objektif dava yığılmasının özel bir halini teşkil ettiğini belirttik, dolayısıyla aslen Alman Medeni Usul Kanunu'nun 5. maddesinin uygulama kapsamına girmektedir. Ancak kademeli davadaki taleplerin birbirinden bağımsız taleplerin olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu konu Alman Hukuku'nda tartışmalıdır.

Bir görüşe göre kademeli davalarda da Alman Medeni Usul Kanunu'nun 5. maddesi uygulanmalı ve dolayısıyla taleplerin değerleri toplanarak dava konusunun değeri tespit edilmelidir<sup>49</sup>; çünkü kademeli dava objektif dava yığılmasının özel bir halini teşkil etmektedir ve bu şekilde de ele alınması gerekmektedir.

Diğer bir görüşe göre ise kademeli davada taleplerden hangisinin ekonomik değeri fazla ise, o talep dikkate alınmalıdır<sup>50</sup>, çünkü tüm talepler aslında aynı, ekonomik hedefe doğrultulmuştur; bundan dolayı talepleri tek tek değerlendirmek doğru değildir. Kanaatimizce de ikinci görüşün gerekçeleri daha isabetli görünmektedir. Sonuç itibarıyla kademeli davadaki taleplerin ortak bir hedefi vardır ve dolayısıyla taleplerin ekonomik olarak birbirinden bağımsız olduğu söylenememektedir. Bundan dolayı görev kuralları bakımından kademeli davada hangi talebin ekonomik değeri daha fazla ise, onun dikkate alınması gerekmektedir.

<sup>48</sup> Assmann, s. 131.

<sup>49</sup> Bernreuther, JA 2001, s. 493; Musielak zu § 254, kenar notu 3; Thomas/Putzo zu § 5, kenar notu 4 ve Thomas/Putzo zu § 254, kenar notu 11.

<sup>50</sup> Assmann, s. 131; Prütting/Gehrlein zu § 5, kenar notu 18; Siegel, s. 33; Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 84; Zöllner zu § 254, kenar notu 18.

Yargılama giderleri bakımından Alman kanun koyucu Alman Mahkeme Harçları Kanunu'nun 44. maddesinde kademeli davayı özellikle düzenlemiştir. Buna göre kademeli davada yargılama giderleri bakımından talepler arasında hangi talep daha değerli ise, o talep dikkate alınacaktır. Görev kuralları bakımından da aynı görüşü savunmak tutarlı bir sonuç teşkil etmektedir.

## **2- Kademeli Davada Yargılama Prosedürü**

Kademeli davada kısaca yargılama prosedürünü de inceleyeceğiz, bu çerçevede birinci derecedeki yargılama ile kanun yollarına başvurma halindeki yargılamayı ayrı ayrı irdeleyeceğiz.

### **a- Birinci Derece Mahkemesinde Yargılama**

Kademeli davanın yargılama prosedürü kural olarak diğer eda davalarının prosedüründen ayrılmamaktadır. Zira kademeli davada (isterse iki veya üç kademe halinde açılmış olsun) birden fazla talep bulunmasına karşın, talepler mahkeme tarafından tek tek incelenecektir, yani birlikte incelenerek sonuca varılmayacaktır. Zaten davanın adı da buradan kaynaklanmaktadır, mahkeme ilk önce ilk kademedeki talebi ele alacak ve bu talep hakkında bir sonuca vardıldıktan sonra ikinci talebe geçecektir. Başka bir deyişle, kademeli davada birden fazla talep olmasına rağmen, bu talepler mahkeme tarafından münferit olarak incelenecektir<sup>51</sup>.

Talepler tek tek ve sırayla (kademeli olarak) inceleneceğinden dolayı, mahkemenin vereceği karar da tek bir karar olmayacaktır. Her kademe (talep) hakkında ayrıca karar verilmekte ve bu karar kesinleştikten sonra diğer kademedeki talep incelenerek tekrar bir karar verilmek zorundadır<sup>52</sup>.

### **aaa- Birinci Kademe Hakkında Karar**

Birinci kademedede davalıdan alacağın miktarını belirleyebilmek için bilgilerin verilmesi istenmektedir. Bu ilk talebe ilişkin olarak farklı kararlara

---

<sup>51</sup> Assmann, s. 64, s. 65; Lüke, JuS 1995, s. 145; Musielak zu § 254, kenar notu 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 523, kenar notu 33; Schäuble, JuS 2011, s. 507; Thomas/Putzo zu § 254, kenar notu 6; Zöllner zu § 254, kenar notu 7; Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 49 vd..

<sup>52</sup> Assmann, s. 69; Lüke, JuS 1995, s. 145; Schäuble, JuS 2011, s. 507.

verilebilmektedir. Eğer davacının bilgi isteme talebi esas yönden haklı ise kabul edilmekte ve mahkeme bu konuda bir ara karar (Teilurteil) vermektedir<sup>53</sup>. Bundan sonra mahkeme ikinci kademedeki talebi ele alacaktır.

Mahkeme davacının bilgi isteme talebi esastan ret de edebilir. Bu durumda tüm davanın mı yoksa sadece birinci kademedeki talebin mi reddedilmesi gerektiği konusunda Alman Hukuku'nda bir ayırım yapılmaktadır. Eğer taraflar arasında hukuki bir ilişkinin olmadığı anlaşılırsa (yani davalının eda yükümlülüğü bulunmadığı anlaşılması halinde), dava tümü ile esastan reddedilmektedir. Oysa dava başka bir nedenden dolayı (örneğin mahkeme davalının bilgi verme yükümlülüğünü zaten yerine getirdiği kanaatine varması halinde) sadece birinci kademeye / talebe ilişkin bir ret kararı (kısmi ret kararı) verilmektedir<sup>54</sup>. Bu ayırım kesin hükmün etkileri bakımından önem taşımaktadır.

Bunun yanı sıra 1. kademe tarafların usuli işlemleri ile de son bulabilmektedir. Örneğin davalı talebi kabul edip, davacının ihtiyaç duyduğu bilgileri verebilmekte, aynı şekilde davacı bilgilerin verilmesi konusundaki talebinden vazgeçebilmektedir<sup>55</sup>.

### **bbb- İkinci Kademe Hakkında Karar**

Birinci kademededen sonra mahkeme ikinci kademedeki talebi inceleyecektir. Bu bağlamda davalıdan yeminli beyan istenmesine ilişkin ihtiyari talebin incelenmesi konusunda bir özellik bulunmamaktadır<sup>56</sup>. Birinci kademe hakkında karar verildikten sonra, davacı edindiği bilgiler doğrultusunda hemen alacağının miktarını belirlemek zorundadır<sup>57</sup>. Bundan sonra mahkeme bu alacak hakkında inceleme yapmakta ve ya davayı esastan (kısmen) kabul etmekte ya da (kısmen) reddetmektedir<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Assmann, s. 69; Fett, s. 47; Lüke, JuS 1995, s. 145; Siegel, s. 26, s. 27.

<sup>54</sup> Assmann, s. 71 vd.; Prütting/Gehrlein zu § 254, kenar notu 15 vd.; Schäuble, JuS 2011, s. 508; Zöllner zu § 254, kenar notu 9 vd..

<sup>55</sup> Assmann, s. 73 vd.; Prütting/Gehrlein zu § 254, kenar notu 12, 13; ayrıca Fett, s. 65 vd..

<sup>56</sup> Assmann, s. 79.

<sup>57</sup> Assmann, s. 80.

<sup>58</sup> Assmann, s. 80; Peters, ZZP (111) 1998, s. 67.

### **b- Kanun Yolları**

Kademeli dava esansında verilen karar(lar) hakkında kanun yolları açıktır. Alman Hukuku'nda istinaf kanun yoluna başvurmak mümkündür. Kademeler arasında verilen ara kararlara karşı da (bağımsız olarak) istinafa başvurulabilmektedir<sup>59</sup>.

### **3- Değerlendirme**

Görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda kademeli dava kurumu ile aslen belirli olan, ancak davacı açısından belirsiz olan alacaklar için iyi bir çözüm bulunmuştur. Davacı, davalıdan kaynaklanan nedenlerle, alacak miktarını belirleyemediği zaman, kademeli dava açarak, hakkına kavuşmaktadır.

## **IV- İsviçre Hukuku'nda Kademeli Dava (Stufenklage)**

Alman Hukuku'nda kademeli davayı inceledikten sonra, kısaca İsviçre Hukuku'nda da kademeli davayı inceleyeceğiz. Kademeli dava (Stufenklage) 1990 yılında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından medeni usul hukukunun bir kurumu olarak tanınmıştır<sup>60</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi kademeli davayı usul ekonomisi, ölçülülük ilkeleri ve özel hukuktan doğan hakların gerçekleştirilebilmesi düşüncelerini gerekçe göstererek kabul etmektedir<sup>61</sup>. Ayrıca İsviçre Hukuku'nda kademeli dava bakımından Alman Hukuku, yani Alman Medeni Usul Kanunu'nun 254. maddesi örnek alınmaktadır<sup>62</sup>.

### **1- İsviçre Hukuku'ndaki Kademeli Dava Hakkında Genel Bilgiler**

Kademeli davanın İsviçre'de de önemi büyüktür, zira Leumann Liebster'in belirttiği üzere<sup>63</sup>, haklı olmak ile hakkını alabilmek arasında fark

<sup>59</sup> Assmann, s. 99 vd.; Baumbach/Lauterbach zu § 254, kenar notu 22; Fett, s. 73 vd.; Prütting/Gehrlein zu § 254, kenar notu 23, 24; Wiczorek/Schütze zu § 254, kenar notu 74 vd..

<sup>60</sup> Leumann Liebster, s. 1.

<sup>61</sup> Leumann Liebster, s. 241.

<sup>62</sup> Leumann Liebster, s. 78. Aynı sayfada yazar ayrıca bu konuda Alman Literatürü'ne de atıf yapıldığını belirtmektedir.

<sup>63</sup> Leumann Liebster, s. 3'de: "... es ist eine alte "Weisheit", dass es nicht genügt, Recht zu haben, dass das Problem oft darin besteht, die das Recht begründende Tatsachen

vardır. Çoğu zaman hakkın alınabilmesi için karşı tarafın bilgi vermesi gerekmektedir. Burada kademeli dava yardımcı olmaktadır. Aslında bu husus veri alınması / verilmesi hukuku olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>64</sup>.

Kademeli dava ile davacı asıl talebi için ihtiyaç duyduğu ama sahip olmadığı bilgileri edinerek, alacağına kavuşmaktadır<sup>65</sup>. Bu dava ile ilk bakışta netice talebin belirli olması kuralından vazgeçildiği düşünülse de, aslında bir vazgeçme söz konusu değildir, netice talebin belirlenmesi sadece ertelenmektedir<sup>66</sup>.

Bu bağlamda kademeli davada tasarruf ilkesinin ve hukuki dinlenme hakkının bertaraf edildiği düşünülebilir<sup>67</sup>. Zira tasarruf ilkesi gereği taraflar taleplerini belirli bir şekilde dermeyan etmeleri gerekmektedir, çünkü dava konusunu belirlemek tarafların asli bir görevidir. Oysa kademeli dava açıldığında netice talep belli değildir. Aynı şekilde kademeli dava, davalının hukuki dinlenme hakkı çerçevesinde sorun teşkil etmektedir. Zira taraf, hangi taleple karşı karşıya kaldığını bilmesi gerekir ki, hukuki dinlenme hakkını, başka bir deyişle savunmasını efektif bir şekilde yapabilsin. Dolayısıyla kademeli dava bu bakımdan da sorun yaratabilir. Ancak demin de belirttiğimiz üzere, kademeli davada ilk bakışta netice, talebin belirli olması zorunluluğundan vazgeçilmiş olduğu düşünülse de, aslında netice talebin belirli olmasından gerçekten vazgeçilmemektedir. Burada aslında bir davanın başında netice talebin belirlenmesinin imkansız olduğu kabul edilerek, netice talebin belirlenmesi hususu sadece ertelenmektedir. Dolayısıyla taraflar gene tasarruf ilkesi çerçevesinde netice talebi belirlemektedirler ve kademeli

---

darzulegen und zu beweisen. Dem gerecht zu werden, wird mit wachsender Komplexität der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse schwieriger. Hilfe bieten Informationsansprüche des Klägers bzw. Informationspflichten des Beklagten. ...", yani eski bir söze göre haklı olmak çoğu zaman yeterli değildir. Zira hakka / talebe dayanak teşkil eden vakıaların dermeyan ve ispat edilebilmesi çoğu zaman güçtür. Bu husus toplumun ve ekonominin daha da kompleks hal almasıyla daha da zorlaşmaktadır. Bu çerçevede davacının bilgi almaya ilişkin hakları ile davalının bilgiyi verme yükümlülükleri yardımcı olmaktadır.

<sup>64</sup> Leumann Liebster, s. 3. Yazar ayrıca aynı sayfada İsviçre'deki yeni doktrinin bu konuda Alman Hukuku'nu çok irdelediğini de belirtmektedir.

<sup>65</sup> Leumann Liebster, s. 40.

<sup>66</sup> Leumann Liebster, s. 50.

<sup>67</sup> Leumann Liebster, s. 43 vd..

dava tasarruf ilkesini ihlal etmemektedir. Aynı şekilde davalının hukuki dinlenme hakkı da ihlal edilmemektedir. Zira davacı netice talebi belirleyebilecek hale geldiği an, belirlemek zorundadır. Kaldı ki, kademeli davada netice talebin belirlenebilmesi için davalıdan alınacak bilgiye ihtiyaç vardır; başka bir deyişle davanın başında netice, talebin belirlenmemesi davalının sorumluluğundan kaynaklanmaktadır.

İsviçre Hukuku'nda da aynı Alman Hukuku'nda olduğu gibi kademeli dava objektif dava yığılmasının özel bir halini teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>68</sup>.

Kademeli davada davacının bilgi istemeye yönelik talebi mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde, mahkeme bir ara karar (Teilurteil) vermektedir. Ancak bundan sonra ikinci kademeye, yani artık belirlenmiş olan alacağın davalı tarafından ödenmesine ilişkin talep incelenmektedir. İlk kademede bilgi vermeye mahkum edilen davalı bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, davacı icra yoluna başvurabilmekte ve davalıya hapis ile tazyik veya para cezası gibi cebir tedbirler uygulanmaktadır. Ancak davalı buna rağmen bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmiyorsa, başka bir şekilde zor kullanılmamaktadır. Davacı, ilk kademede davayı kazanmasına rağmen, alacağını (hala) belirleyemediği için, alacağın ödenmesine yönelik talebi çerçevesinde davasını somutlaştırma yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Davacının bu durumda alacağını mantıklı bir şekilde dermeyan etmesi yeterlidir; oysa davalı somutlaştırma yükümlülüğünden kurtulmamaktadır<sup>69</sup>.

Kademeli davada dava konusunun değeri daha yüksek bir değere sahip olan talebin miktarı ile belirlenmektedir<sup>70</sup>.

## 2- İsviçre Hukuku'nda Kademeli Davanın Düzenlenmesi

Kademeli dava İsviçre Hukuku'nda İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarıyla tanınmasına karşın, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu yürürlüğe girmeden geçerli olan kanton usul kanunlarında yer almamaktaydı ve 01 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanu-

---

<sup>68</sup> Leumann Liebster, s. 242.

<sup>69</sup> Leumann Liebster, s. 244, s. 245.

<sup>70</sup> Leumann Liebster, s. 245.



nu'na baktığımızda da 84. madde ile 90. madde arasında düzenlenen dava türleri arasında kademeli davaya yer verilmemektedir<sup>71</sup>.

Sadece 01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren (ve İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile kalkan) Glarus Kanton'un Medeni Usul Kanunu'nun<sup>72</sup> 74. maddesinin 3. fıkrasında kademeli davaya ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı. Glarus Kantonu'nun Medeni Usul Kanunu'nun 74. maddesinin içeriği şöyleydi<sup>73</sup>:

“Neticei taleplerin belirli olması gerekmekte, böylece mahkemenin davayı kabul etmesi halinde hüküm teşkil edebilmektedirler. Tarafın talebi paraya yönelik ise, alacağın miktarını belirlemek zorundadır.

Taraflardan biri davayı açarken neticei talebini belirleyecek durumda değilse, o zaman neticei talebini en geç delillerin değerlendirilmesi sonucunda belirlemek zorundadır.

Eğer neticei talep ancak karşı tarafın bilgi vermesi sonucunda belirlenebiliyorsa, o zaman bilgi verildikten sonra neticei talebin belirlenmesi gerekmektedir.”

Söz konusu bu madde İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına dayanarak düzenlenmiştir<sup>74</sup>. Maddenin ilk fıkrasında neticei talebin belirli ol-

<sup>71</sup> Leumann Liebster bu hususu s. 89'da şöyle özetlemektedir: “... Obschon die Stufenklage zum festen Bestandteil des schweizerischen Zivilverfahrensrechts geworden ist, fristet dieses prozessrechtliche Institut bislang – mit Ausnahme des Kantons Glarus – ein ungeschriebenes Dasein. ...”, yani “... Kademeli dava İsviçre Hukuku'nun artık vazgeçilmez bir kurumu olarak kabul edilmesine karşın, yazılı bir düzenlemeye – Glarus Kantonu hariç - sahip olmayan bir medeni usul hukuku kurum olarak yaşamaktadır. ...”.

<sup>72</sup> Bu tarihlerde Glarus Kantonu'nun Medeni Usul Kanunu, tüm kanton usul kanunları arasında en yenisiydi.

<sup>73</sup> Maddenin almanca hali:

“Die Rechtsbegehren sind so bestimmt zu formulieren, dass sie bei Gutheissung zum richterlichen Entscheid erhoben werden können. Verlangt eine Partei einen Geldbetrag, ist dieser zu beziffern.

Ist eine Partei nicht in der Lage, ihren Anspruch bei der Einleitung des Verfahrens zu beziffern, so hat sie dies spätestens nach Durchführung des Beweisverfahrens nachzuholen.

Kann der Anspruch erst nach Auskunftserteilung durch die Gegenpartei beziffert werden, ist die Bezifferung nach erteilung der Auskunft nachzuholen.”

<sup>74</sup> Leumann Liebster, s. 53.

ması gerektiği konusuna vurgu yapılmakta ve hüküm fıkrasının da netice talebe cevap teşkil ettiği hususu belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrada ise, netice talebin belirli olması gereksinimine karşın, davacının netice talebi bazen belirleyebilecek durumda olamaması ihtimaline yer verilmektedir. Böyle bir durumda netice talebin belirlenmesi en geç delillerin değerlendirilmesi sonucuna kadar ertelenmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise gene netice talebin dava açılırken belirlenemeyeceği başka bir ihtimale yer verilmektedir; buna göre netice talep ancak karşı tarafın bilgi vermesi sonucunda belirlenebiliyorsa, o zaman karşı tarafın bilgiyi vermesi ile netice talebin belirlenmesi gerekmektedir. Maddenin ikinci fıkrası açıkça belirsiz alacak davasını ve maddenin üçüncü fıkrası da kademeli davayı düzenlemektedir<sup>75</sup>.

Leumann Liebster, İsviçre Hukuku'nda kademeli davanın kabul edilmesini isabetli bulmakta, ancak Federal Medeni Usul Kanunu'nda kademeli davaya yer verilmemesini üzüntüyle karşılamamaktadır; buna karşın kademeli davanın İsviçre Hukuku'nda yasal bir düzenlemesi bulunmamasına rağmen iyi işleyen bir kurum olduğuna da dikkat çekmektedir<sup>76</sup>.

### 3- İsviçre Federal Mahkemesi'nin Kademeli Davaya İlişkin İctihatlari

Yukarıda da belirttiğimiz üzere İsviçre Federal Mahkemesi kademeli davayı usul ekonomisi, ölçülülük ilkeleri ve özel hukuktan doğan hakların gerçekleştirilebilmesi düşüncelerini gerekçe göstererek kabul etmektedir<sup>77</sup>. Kademeli dava İsviçre Hukuku'nda ilk olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 116 II 215 sayılı kararı ile kabul edilmiştir<sup>78</sup>.

Söz konusu bu kararda aracılık yapan bir kişi (komisyon), alıcı ile satıcı arasında bir satış sözleşmesinin meydana gelmesine hizmet etmiştir. Ancak alıcı ve satıcı komisyonu yapan kişiden gizli bir şekilde sözleşmeyi yapmış-

<sup>75</sup> Leumann Liebster, s. 53.

<sup>76</sup> Leumann Liebster, s. 57, s. 92, s. 93.

<sup>77</sup> Bak yuk. . . .

<sup>78</sup> Detaylı bilgi ve kararın geniş özeti için bak. Leumann Liebster, s. 58 vd. ve s. 78. Leumann Liebster bu kararı İsviçre Hukuku'nda kademeli dava ilişkin leading case (öncü / ilk karar) olarak adlandırmaktadır, bak. s. 60.

lar ve komisyoncuya satış bedelinin miktarını da bildirmemişlerdir. Bunun üzerine komisyonu yapan kişi, alıcıya karşı dava açarak, satıcı ile alıcı arasında yapılan satış sözleşmesinde belirtilen satış bedelinin kendisine bildirilmesini ve bu miktar esas alınarak kendisine komisyon ödenmesini talep etmiştir. Anılan İsviçre Federal Mahkemesi Kararı'nda davaya ilişkin şu tespitler yapılmıştır: "... Kantonların Medeni Usul Kanunları maddi hukukun (maddi hukuktan doğan taleplerin) gerçekleştirilmesi amacıyla hizmet etmektedir. ... Dolayısıyla Kantonların Medeni Usul Hukukları yorumlanırken, bu hususun, yani maddi hukukun en iyi ve en kolay ne şekilde gerçekleştirileceği hususu dikkate alınması gerekmektedir. ... Kademeli dava ile davacı ilk önce bir hesap bilgisinin kendisine verilmesi talep etmekte ve bu bağlamda ilk başta bir belirsiz alacak davası açmaktadır. ... Burada asıl istenen alacağın kendisidir ve alacağına ulaşabilmek için gerekli olan bilgilerin verilmesi de bir yardımcı taleptir. ... ."<sup>79</sup>

Bu karardan sonra BGE 123 II 140 kararı ile İsviçre Hukuku'nda kademeli davanın kabul edildiği teyit edilmiştir<sup>80</sup>: "... Alman Hukuku'nda Alman Medeni Usul Kanunu'nun 254. maddesinde kademeli davanın düzenlenmesine karşın İsviçre Kantonların Medeni Usul Kanunları kademeli davaya yer vermemektedir. İsviçre doktrininde de kademeli dava hakkında şu ana kadar fazla bir çalışma bulunmamaktadır. Bu konuyu ele alan çalışmalarda kademeli dava genelde belirsiz alacak davası çerçevesinde irdelenmiştir ... ."<sup>81/82</sup>

<sup>79</sup> Bak. Leumann Liebster, s. 58 ve s. 59'da yer verilen İsviçre Federal Mahkemesi Kararı'ndan: "... Das kantonale Recht der Gerichtsorganisation und der Prozessordnung ist darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. (...) Das kantonale Prozessrecht ist daher im Zweifel in einem Sinne auszulegen, welcher die Verwirklichung des Bundesprivatrechts auf einfachstem Wege ermöglicht. ... Gleiches gilt für die sogenannte Stufenklage, in welcher ein Begehren um Rechnungslegung mit einer zunächst unbestimmten Forderungsklage auf Leistung des Geschuldeten verbunden wird (...). Hauptanspruch ist hier die angebehrte Leistung, Hilfsanspruch deren Bezifferung durch rechnungslegung. ... ."

<sup>80</sup> Leumann Liebster, s. 62.

<sup>81</sup> Bak. Leumann Liebster, s. 63 ve s. 64'de yer verilen İsviçre Federal Mahkemesi Kararı'ndan: "... Im Unterschied zum deutschen Zivilprozessrecht, wo die Stufenklage gesetzlich verankert ist (§ 254 des deutschen Zivilprozessgesetzes vom 3. Juli 1973; DZPO), sehen die schweizerischen Zivilprozessordnungen dieses Institut nicht ausdrücklich vor. Auch im schweizerischen Schrifttum ist die Stufenklage bisher wenig

Bu kararlardan sonra İsviçre Federal Mahkeme Kararları'nda artık kademeli dava tanınmıştır ve genelde miras hukuku, iş hukuku, aracılık yapan kişilerin alacakların ilişkin davalarda uygulama alanı bulmaktadır<sup>83</sup>.

#### 4- Değerlendirme

Görüldüğü üzere İsviçre Hukuku'nda kademeli dava Federal Mahkemenin içtihatlarıyla kabul edilen ve yasal bir düzenlemeye sahip olmayan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna rağmen bu dava türü uygulamada iyi işlemekte ve uygulama alanları Alman Hukuku'ndaki uygulama alanlarına benzemektedir.

#### V- Sonuç

Sonuç itibarıyla Türk Hukuku'nda savunulan ve yukarıda<sup>84</sup> belirtilen her iki görüşün de haklı yanları olduğunu görmekteyiz. İlk görüşte savunulduğu üzere gerçekten de Alman Hukuku'nda işçi alacakları belirsiz alacak davası olarak açılmamaktadır. Bu tür davalarda işçinin alacağını hesaplayabileceği, yani kural olarak alacağın belirli olduğu kabul edilmektedir (sübjektif belirleyebilirlik). Dolayısıyla belirsiz alacak davasına yer kalmamaktadır. Ancak bazen işçinin elindeki veri eksikliğinden dolayı, işçi alacağını işverenden bilgi / veri edinmeden hesaplayamayacağı da kabul edilmektedir. Bu durumda olan bir işçi, işverenden bilgi almadan netice talebini belirleyememektedir; aslen alacağı belirlidir, ama bizzat kendisinin belirlemesi veri eksikliğinden dolayı fiilen imkansızdır (çünkü veriler işverendedir; yani talep davalı bakımından aslında sübjektif olarak belirlenebilmektedir). Bu durumda Alman Hukuku'nda kademeli dava kurumuna başvurulmaktadır.

---

und hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit unbezifferter Forderungsbegehren erörtert worden (...) ...”.

<sup>82</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin kademeli davayı tanımaya ilişkin bu kararlarından sonra İsviçre Literatürü de kademeli davayı kabul etmiş ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin kademeli davaya ilişkin bu kararlarını pek eleştirmemiştir; başka bir deyişle kademeli dava doktrinde de kabul edilmiştir; bak. Leumann Liebster, s. 81 vd..

<sup>83</sup> Bak. Leumann Liebster'de s. 64 ve devamında yer alan İsviçre Federal Mahkemesi Kararları. İsviçre Hukuku'nda kademeli davanın uygulama alanları Alman Hukuku'ndaki uygulama alanları ile örtüşmektedir.

<sup>84</sup> Bak. yuk. dn. 7 ve devamı.

Kademeli dava (henüz) Türk Hukuku'na girmediği için, Türk Hukuku'ndaki diğer görüşe göre taraf açısından sübjektif olarak davanın başında belirlenemeyen alacağın miktarı için belirsiz alacak davası açmak gerekmektedir.

Belirsiz alacak davası daha çok tazminat davaları için öngörülen bir dava çeşididir, zira bu tür davalarda davalının ödemesi gereken tazminat miktarı gerçekten ancak tahkikat aşamasında hakim tarafından takdir edilerek ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle dava açılırken tazminat miktarı tam olarak belli değildir ( taraflar açısından objektif bir belirsizlik söz konusudur). Oysa işçi alacağında durum farklıdır. İşçinin elinde veriler olmasa dahi, aslında alacağı dava açılırken de bellidir, ancak davacı işçi kendisinden kaynaklanmayan nedenlerden dolayı bu miktarı dava açarken isimlendirememektedir. Ancak işveren teorik olarak bu bilgiye sahiptir, yani işveren bu alacağı net bir şekilde ifade edebilmekte, ama büyük bir ihtimalle bundan kaçınmaktadır. Dolayısıyla işçi de (aslen belirli olan) alacağını belirleyebilmesi için işverenin sahip olduğu bilgilere ihtiyaç duymaktadır. Bu bilgileri kendisine verildiği an, alacağını net bir şekilde dermeyan edebilecektir. Dolayısıyla Alman Hukuku'nda kademeli dava bu talepler için çok uygundur. İşçi davasını açarken, öncelikle işverenden bilgileri istemektedir bu talebine cevap verilen davacı işçi bundan sonra alacağını hesaplayarak, davalı işverenden alacağını (belirli olarak) talep edebilecektir. Bu bağlamda Türk Hukuku'ndaki ikinci görüşü de isabetlidir, zira işverenin bilgiyi vermesi gerektiği konusunda haklıdır. İşveren, işçisini bilgilendirme yükümlülüğüne uymuyorsa, işvereni bilgileri vermeye mecbur tutmak gerekir. İşte bu bağlamda kademeli davanın önemi ortaya çıkmaktadır, zira bu dava ile işçiye öncelikle bilgiler temin edilmekte, akabinde işçiden alacağını belirlemesi beklenmektedir. Kar'ın da bu sonuca varmak istediğini anlamaktayız. Türk Hukuku'nda kademeli davanın (henüz) kabul edilmemiş olmasından dolayı, belirsiz alacak davası ile sadece bu eksiklik giderilmeye çalışılmaktadır.

Buradaki boşluk belki Alman ve İsviçre Hukuku'nda tanınan kademeli davanın Türk Hukuku'nda da düzenlenmesi ile giderilebilmektedir.

**KISALTMALAR CETVELİ**

bak.	: bakımız
BGE	: Bundesgerichtsentscheid
dn.	: dipnot
DZPO	: deutsche Zivilprozessordnung
gem.	: gemäß
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JuS	: Juristische Schulung
m.	: madde
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı
yuk.	: yukarıda
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt.	: Zeitschrift für internationales Zivilprozess

**BİBLİYOGRAFYA**

- Aktepe-Artık, Sezin*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?  
T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Sayısı, Yıl: 10, Sayı:20  
Güz 2011/2, s. 145 vd.(kısaltma: Aktepe-Artık)

*Alangoya, Yavuz/Yıldırım,Kamil/Deren-Yıldırım,Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı İstanbul Barosu 2006*

(kısaltma: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,  
Tasarı)

*Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. bası, İstanbul 2011*

(Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım)

*Assmann, Dorothea, Das Verfahren der Stufenklage*

Köln Berlin Bonn München 1990 (kısaltma: Assmann)

*Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang, Zivilprozessordnung*

70., völlig neubearbeitete Auflage

München 2012 (kısaltma: Baumbach/Lauterbach)

*Bernreuther, Jörn, Die Stufenklage und ihre Erledigung*

JA 2001, s. 490 vd. (kısaltma: Bernreuther, JA)

*Budak, Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu*

5. Baskı, Ankara 2012 (kısaltma: Budak, HMK)

*Çil, Şahin/Kar, Bektaş, 6100 Sayılı HMK'ye Göre İş Yargısında*

Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava

Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2012 (kısaltma: Çil/Kar)

*Fett, Klaus, Die Stufenklage Saarbrücken 1978 (Kısaltma: Fett)*

*Kar, Bektaş, 6100 sayılı HMK'ye Göre İş Yargısında Belirsiz*

Alacak Davası ve Kısmi Dava

İzmir Barosu Bülteni Yıl: 22

İş Hukuku Komisyonu Özel Sayısı

Mayıs 2012, s. 14 vd.(kısaltma: Kar)

*Karlı, Abdurrahim*, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı 2. baskı, İstanbul 2011 (kısaltma: Karlı)

*Kılıçoğlu, Mustafa*, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi İstanbul 2012 (kısaltma: Kılıçoğlu)

*Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder*, Medeni Usul Hukuku 22. Baskı, Ankara 2011 (kısaltma: Kuru/Arslan/Yılmaz)

*Leumann Liebster, Pascal*, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht Basel Genf München 2005 (kısaltma: Leumann Liebster)

*Lüke, Wolfgang*, Die Stufenklage JuS 1995, s. 143 vd. (kısaltma: Lüke, JuS 1995)

*Lüke, Wolfgang*, Zivilprozessrecht 10., neu bearbeitete Auflage, München 2011 (kısaltma: Lüke)

*Musielak, Hans-Joachim*, Kommentar zur Zivilprozessordnung 9., neubearbeitete Auflage, München 2012 (kısaltma: Musielak)

*Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 11., neu bearbeitete Auflage, München 2011 (kısaltma: Müller-Glöge/Preis/Schmidt)

*Münchener Kommentar* zur Zivilprozessordnung Band 1 §§ 1 – 510 c 3. Auflage, München 2008 (kısaltma: MüKo)

*Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden*, Kesin Hükümün Objektif Sınırları İstanbul 2009 (kısaltma: Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm)



*Özkaya-Ferendeci, H. Özden*, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung

ZZPInt, Band 16, 2011, s. 47 vd.(kısaltma: Özkaya-Ferendeci,  
ZZPInt (16), 2012)

*Pekcanitez, Hakan*, Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Tasarısı

Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 8, Eylül 2006 (kısaltma: Pekcanitez,  
Hukuki Perspektifler Dergisi)

*Pekcanitez, Hakan*, Belirsiz Alacak Davası Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 11, Özel sayı 2009 (Basım Yılı 2010), s. 509 vd.(kısaltma: Pekcanitez, DEÜHFD)

*Pekcanitez, Hakan*, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107) Ankara 2011 (kısaltma: Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası)

*Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammed*, Medeni Usul Hukuku12. bası, Ankara 2011 Özekes, Muhammed (kısaltma: Pekcanitez/Atalay/Özekes)

*Peters, Frank*, Die Entscheidungen bei der Stufenklage ZZP Band 111, 1998, s. 67 vd. (kısaltma: Peters, ZZP (111) 1998)

*Prütting, Hanns/ Gehrlein, Markus*, ZPO Kommentar

Köln 2010 (kısaltma: Prütting/Gehrlein)

*Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter*, Zivilprozessrecht 17., neu bearbeitete Auflage, München 2010

(kısaltma: Rosenberg/Schwab/Gottwald)

*Schäuble, Daniel*, Die Stufenklage gem. § 254 JuS 2011, s. 506 vd. (kısaltma: Schäuble, JuS 2011)

*Siegel, Julian*, Die Kostenfrage der Stufenklage Berlin 2009 (kısaltma: Siegel)

*Thomas, Heinz/ Putzo, Hans*, Zivilprozessordnung  
32., neubearbeitete Auflage, München 2011 (kısaltma: Thomas/Putzo)

*Umar, Bilge*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Ankara 2011 (kısaltma: Umar)

*Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf*, Zivilprozeßordnung und  
Nebengesetze Großkommentar Zweiter Band §§ 128 – 541  
2. Teilband §§ 254 – 299 a, 3. völlig neu bearbeitete Auflage Berlin  
2008 (kısaltma: Wieczorek/Schütze)

*Zöller, Richard*, Zivilprozessordnung Kommentar 29. neubearbeitete

## 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU VE SİGORTACILIK MEVZUATI UYARINCA SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yrd. Doç. Dr. İrem ARAL ELDELEKLİOĞLU\*

### GİRİŞ

Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenen iyiniyet ilkesinin azami olarak uygulandığı sigorta sözleşmelerinde prim, riziko ve teminat dengenin kurulması ve korunması esastır. Sigorta sözleşmelerinde bu dengenin kurulması ve korunması tarafların sözleşmenin her aşamasında birbirlerini karşılıklı olarak iyi niyetle ve tam olarak bilgilendirmelerine bağlıdır.

Prim ile himaye altına alınan riziko arasında uygunluğun sağlanabilmesi için sigortacının tehlikenin doğru biçimde tayin edilmesini mümkün kılacak bilgilere sahip olması gerektiğinden<sup>1</sup> 6762 sayılı TTK ile sigorta ettirene ihbar yükümlülükleri getirilmişken, sigortacının sigorta ettirene karşı benzer nitelikte bir aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm ne TTK’ da ne de Borçlar Kanunu’ nda mevcut bulunmamaktaydı.

Gerekçe’ de “doktrin ve yargı kararları da dikkate alınarak sigortacının sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün doğacağına kabul edildiği” belirtilmiştir. Sigorta ettirene ihbar yükümlülüğü getirilmişken, sigortacı için öngörülmemiş olması neticesinde, tarafların menfaatleri arasında denge kurulması ve korunması dürüstlük kuralı gereği olduğundan sigortacıya aydınlatma yükümlülüğü getirilmiştir. Sigorta sözleşmesinin görüşülme safhasında, taraflar karşılıklı olarak çıkarlarını korumak için dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> KENDER, s.214.

Aydınlatma yükümlülüğü sözleşme öncesi kusuru ifade eden (culpa in contrahendo) dürüstlük kuralı ve akdin müspet ihlali kurumları ile doğrudan ilişki içerisindedir<sup>2</sup>.

## I- HUKUKİ DAYANAĞI

Çağdaş sigortacılık uygulamalarında kurallar tüketicileri yani sigortalı- ları korumaya yöneliktir. Avrupa Birliği sigorta mevzuatı tüketicilerin ko- runması konusunda titiz davranılması ve özel önlemlerin alınmasını öngör- mektedir. Ülkemizde geçtiğimiz yıllarda, özellikle tüketicinin korunması düşüncesinin yaygınlaşması ve bu hususa ilişkin Avrupa Birliği direktifleri- nin kriter alınması bağlamında Türk sigorta mevzuatında tüketicinin korun- ması ilkesine ağırlıklı olarak önem verilmiştir. Bu bağlamda tüketicinin ko- runması ilkesinin son derece önemli rol oynadığı sigorta ettirenin aydınlatıl- ması gerekliliği hususunun yazılı hukuka girmesi ihtiyacı doğmuştur.

Bu ihtiyaç neticesinde öncelikle sigorta şirketlerinin faaliyete başlama, teşkilat, yönetim, çalışma esas ve usulleri ile faaliyetlerinin sona ermesi ve denetlenmesine ilişkin 03.06.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu çıkarılmıştır<sup>3</sup>.

Türk sigortacılığının gelişmesi ile sigorta şirketlerinin ve işlemlerinin denetimine ait yeni esas ve prensiplerin yürürlüğe konulmasının, Avrupa Birliği ile bütünleşme bağlamında kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkması ve mevcut Sigorta Murakabe Kanunu' nun ihtiyaçları bu bağlamda tam olarak karşılayamaması neticesinde 2007 yılında yeni bir denetim kanu- nu olarak Sigortacılık Kanunu getirilmiştir. 7397 sayı ve 21.12.1959 tarihli Sigorta Murakabe Kanunu, Sigortacılık Kanunu' nun 45/1 hükmü ile yürür- lükten kaldırılmıştır. Zira Sigorta Murakabe Kanunu zaman içinde belli öl- çüde AB direktifleriyle uyumlu hale getirilmeye çalışılmışsa da Türk sigorta sektörünün boyut ve yapısının AB ülkelerindekilerle aynı olmaması nedeniy- le birebir uyum sağlanamamıştır.

<sup>2</sup> ÖZDAMAR, Sözleşme Öncesi, s.114.

<sup>3</sup> RG: 14.06.2007 tarih ve 26552 sayı.

Küreselleşen piyasada yer alan Türkiye' nin AB direktiflerini, Ulusal Programda<sup>4</sup> belirtildiği üzere Türk sigorta mevzuatına adapte etmesi zorunluluk haline gelmiştir.

Kanunun gerekçesinde AB kurallarına uyum sağlanması için yapıldığı belirtilmektedir ve AB sigorta mevzuatının ilgili hükümlerinin kanuna esas alındığı görülmektedir<sup>5</sup>.

Avrupa Birliği sigorta mevzuatının ilgili hükümlerinin esas alındığı Sigortacılık Kanunu bir çerçeve kanun niteliğinde olduğundan sigortacılık sektörüne ilişkin temel esaslar belirlenmiş ve detaylar yönetmeliklere bırakılmıştır<sup>6</sup>. Bunun nedeni Avrupa Birliği mevzuatındaki olası değişikliklerin Türk sigorta mevzuatına yansıtılabilmesinin kolaylaştırılmasıdır.

Uygulamaya ilişkin olarak yönetmeliklere bırakılan bir çok hususun temelini Avrupa Birliği direktifleri oluşturmaktadır<sup>7</sup>. Avrupa Birliği sigorta mevzuatında tüketici konumundaki sigortalıların korunması ilkesi uyarınca hayat dışı direktiflerde tüketicinin bilgilendirilmesi üzerinde önemle durulmaktadır<sup>8</sup>. Söz konusu direktiflerde tüketicinin en uygun sigortayı seçebilmesi için gerekli olan tüm bilgilerin sigortacı tarafından kendisine sağlanması gerektiği ifade edilmektedir. Tüketiciler kendilerine önerilen sigorta ürünlerinin temel özelliklerine ilişkin bilgileri temin etmek suretiyle sadece kendi

---

<sup>4</sup> 2001/2129 sayılı "Avrupa Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı" ile "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Kararı, RG: 24.03.2001 tarih ve 24352 sayı.; 2003/5930 sayılı ve 23.06.2003 tarihli "Avrupa Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Program" ve Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Kararı", RG: 24.07.2003 tarih ve 25178 sayı.; 17 Nisan 2007 tarihli "Türkiye'nin AB Müktesebatına Uyum Programı

<sup>5</sup> KENDER, s.23 ve 38.

<sup>6</sup> Sigortacılık Kanunu' nun geçici 2. maddesi uyarınca kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler, kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde Müsteşarlığın bağlı olduğu Bakanlıkça çıkartılır. Kanunda öngörülen düzenlemeler yürürlüğe konuluncaya kadar mevcut düzenlemelerin kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

<sup>7</sup> Hazine Müsteşarlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği' nin Sigortacılık Kanunu' na ilişkin 20.06.2007 tarih ve 2007/ 65 sayılı basın açıklaması.;

<sup>8</sup> LEMOR, s. 1; MC GEE/HEUSEL, s.13; PFENNIGSTORF, s.115.

buldukları ülkelerden değil tek sigorta piyasasındaki diğer ülkelerden de istedikleri sigorta ürünlerini satın alma imkanına sahip olmaktadır. Nitekim Avrupa Adalet Divanı tarafından sigorta uyumsuzluklarının çözümüne yönelik olarak verilen kararlarda da tüketicinin korunmasına verilen önem üzerinde özellikle durulmakta ve konunun hassasiyeti dile getirilmektedir.

Özellikle sigortalının bilgilendirilmesi hususuna ilişkin olarak, 73/239/EEC ve 88/357/EEC sayılı direktiflerde değişiklik yapılması hakkında 18.06.1992 tarihli ve 92/49/EEC sayılı Üçüncü Hayat Dışı Sigorta direktifinde<sup>9</sup> ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

92/49/EEC sayılı direktifin 31. maddesinde tüketici konumundaki gerçek kişi sigortalıların korunmasını amaçlayan bir düzenleme yer almakta olup, sigorta şirketlerinin sözleşme akdedilmeden önce sigortalıları, sözleşmeye uygulanacak kanun, sigortalıların şikayetlerine ilişkin düzenlemeler ve dava hakları hakkında bilgilendirmesi gerektiği öngörülmüştür.

Bunun yanı sıra 2002/92/EC sayılı direktifin<sup>10</sup> 12. maddesinde tüketicilerin korunması amacıyla sigorta aracılarının bilgilendirme yükümlülüğü özel olarak düzenlenmiştir.

SK.m.11/3 hükmü uyarınca sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri tarafından, gerek sözleşmenin kurulması gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettiren, lehdar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir. Söz konusu bu hüküm ile sigorta ettirenin bilgilendirilmesi hususu ilk kez pozitif hukukta yer almıştır.

Sigorta ettirenin bilgilendirilmesine ilişkin olarak, 2002/92/EC sayılı direktif doğrultusunda hazırlanmış bulunan “Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik”<sup>11</sup> mevcuttur.

<sup>9</sup> OJ-L 228, 11.08.1992, s.1-23. Kendisinden önceki ilk iki direktifte bir çok değişiklik yapan bu direktif ile bilgi toplama, yerinde denetimler gerçekleştirme yoluyla ayrıntılı incelemeler yapabilme, şirketler hakkında tedbirler alabilme ve bu tedbirlerin uygulanmasını sağlayabilme konularında denetim makamlarına denetim yetkisi verilmektedir.

<sup>10</sup> OJ-L 009, 15.01.2003 s. 3 – 10.

<sup>11</sup> RG: 28.10.2007 tarih ve 26684 sayılı. Yönetmelik 15. maddesi uyarınca; 28.11.2006 tarih ve 26360 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye

SSBİY.m.1 hükmü uyarınca yönetmeliğin amacı, belli bir sigorta ilişkisine girmek isteyen kişilerin, gerek sözleşmenin müzakeresi gerekse kurulması sırasında sözleşmenin konusu, teminatları ve diğer özellikleri hakkında oluşabilecek bilgi eksikliklerinin giderilmesi ile sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkabilecek ve sözleşmenin işleyişi ile ilgili olarak sigorta ettireni, sigortalı veya lehdarı etkileyebilecek nitelikteki değişiklik ve gelişmelerden ilgililerin haberdar edilebilmesini teminen sigortacı tarafından yerine getirilmesi gereken görev ve yükümlülükler için usul ve esasları düzenlemektir.

Bilgilendirme yükümlülüğüne nazaran daha kapsamlı olduğunu düşündüğümüz “aydınlatma yükümlülüğü” 6102 sayılı TTK.m.1423 hükmünde düzenlenmiş olup, bu yeni hüküm kaynağını Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu ile Alman Sigorta Murakabe Kanunu’ndan almaktadır.

TTK.m.1423 hükmünde;

Sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı aydınlatma yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar.

Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir.

Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler.” düzenlemesi yer almaktadır.

6102 sayılı TTK’ın “Koruyucu Hükümler” başlıklı 1452. maddenin 3. fıkrası uyarınca, TTK.m.1423 hükmü sigorta ettiren, sigortalı, lehtar aleyhine değiştirilemez değiştirilmesi halinde ise kanun hükmü uygulanacaktır.

---

İlişkin Yönetmeliği yürürlükten kaldıran 14. maddesi hükmü haricinde 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe girecektir.

## II- TANIMI

TTK.m.1423 hükmü uyarınca aydınlatma yükümlülüğü sigortacı ve acentesinin sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı aydınlatma yükümlülüklerini; ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigorta ettirene yazılı olarak bildirmesi yükümlülüğüdür.

Kanunda yer alan bu düzenlemeden hareketle aydınlatma yükümlülüğü; sigortacının ve acentesinin sözleşmenin kurulmasından önce ve sonra sigorta ettireni sözleşmenin esaslı unsurları, kapsamı ve şartları hakkında karar vermesini etkileyecek hususlarda bilgilendirmesi olarak tanımlanabilir.

## III- AMACI ve İHDAS SEBEPLERİ

Aydınlatma yükümlülüğü ile sigortacının, sözleşme ilişkisine girmek isteyen sigorta ettireni sözleşmeyle ilgili önemli konularda bilgilendirerek sağlıklı karar vermesini sağlaması amaçlanmaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğünün getirilmesinin temelinde sigorta pazarının özellikleri, ürün bağlamında sigortanın özellikleri (sigortanın soyut hukuki ürün olması, hizmet edimi karakteri, sigorta ilişkisinin sürekliliği, sigortanın seri şekilde üretilmesi) gibi ekonomik sebepler; tüketicinin korunması gibi sosyal sebepler; sözleşme taraflarının rasyonel kararlar almalarının sağlanması, sözleşme özgürlüğünün gerçekleşmesine katkıda bulunması gibi hukuki sebepler<sup>12</sup> yatmaktadır.

## IV- KAPSAMI

Aydınlatma yükümlülüğü, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi hakkındaki bilgi eksikliğini gidermeye yönelik olup, uygulamada en sık karşılaşılan sorun sigorta ettiren/sigortalıların sigorta sözleşmesinin kapsamı hakkında yeterince bilgi sahibi olmamalarıdır. Sigortacı objektif şekilde sigorta menfaatini ilgilendiren tüm maddi ve hukuki bilgileri aktarmalıdır. Detaylı ay-

---

<sup>12</sup> ÖZDAMAR, Sözleşme Öncesi, s.172-186.



aydınlatma sadece sigorta ettirenin özel isteği veya sorusu üzerine verilmeli, gereksiz ayrıntılardan kaçınılmalıdır<sup>13</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğü TTK.m.1423/1 hükmü uyarınca “sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı aydınlatma yükümlülüklerini; ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri” kapsamaktadır.

SSBİY.m.5/3 hükmü uyarınca sigortacı dürüstlük ilkeleri çerçevesinde sözleşmenin müzakeresi ve kurulması sırasında sigorta ettirene, sigortayla ilgili teknik konularda yardımcı olmak, yapılacak veya yapılmış sigortacılık işleminin özellikleri ve sözleşmeye konu sigorta teminatı ile sigortanın işleyişi hakkında gerekli her türlü bilgiyi sözlü ve yazılı olarak sağlamakla yükümlüdür. Sigortacı, sigorta ettirene sigorta sözleşmesine ilişkin genel açıklamalar, sözleşmenin kapsamındaki teminatlara ve özel şartlara ilişkin açıklamalar, riziko ve tazminata ilişkin açıklamalar, kendisine ve acentesine ilişkin açıklamalar yapmakla yükümlüdür. Örneğin kredi hayat sigortası yapan bankanın sigorta poliçesinin her yıl kendiliğinden yenilenmeyeceğini müşterisine bildirmesi gerekir<sup>14</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğünün konusunu önceden hazırlanmış tip sözleşmenin genel şartlarının müşteriye verilmesi, muhatabın iradesinin oluşmasında etkili önemli olayların bildirilmesi, sözleşmenin kurulma şartları ve sözleşmeyi sona erdirme imkanı hakkında bilgi verilmesi teşkil eder.

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına sigorta ettirene bilgi vermenin yanı sıra kendisine danışmanlık yapma yükümlülüğünün de dahil olduğu ve sigorta ettirenin bilgilendirilmesinin ikinci ve tamamlayıcı adımı olduğu görüşü ileri sürülmektedir<sup>15</sup>.

Danışmanlık yükümlülüğünün kapsamını kendisine sözleşme yapmak amacıyla başvuran müşterisine ihtiyaçlarını ve rizikosunu tespit ettikten

<sup>13</sup> OZANOĞLU, s.71; ÖZDAMAR, Sözleşme Öncesi, s.193.

<sup>14</sup> ÇEKER, s.61.

<sup>15</sup> ÖZDAMAR, Sözleşme Öncesi, s.190 ve 234.

sonra aydınlatma formunu vermesinin yanı sıra uygun sözleşme seçenekleri arasında tavsiye bulunması oluşturmaktadır.

Sigortacı bu yükümlülüğünü yerine getirirken sigorta ettireni yanıltıcı her türlü hal ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Sigortacı, sigorta ettiren tarafından yanlış anlaşılabilir davranışlardan kaçınmak ve yanlış anlamaları düzeltmekle de yükümlüdür<sup>16</sup>.

## V- YÜKÜMLÜSÜ

TTK.m.1423/1 hükmü uyarınca bu yükümlülük sigortacı ve acentesine aittir.

SSBİY.m.5/1 hükmü uyarınca bu yükümlülük sigortacıya aittir.

Sigorta sözleşmesinde yetkili makamlardan ruhsat alarak sigortacılık faaliyetinde bulunan sigorta ettiren veya sigortalının maruz kalabileceği riske prim karşılığında güvence veren risk taşıyıcıdır<sup>17</sup>. Sigorta sözleşmelerinde sigorta himayesi sağlama edimi sigortacı tarafından yerine getirilmektedir.

SK.m.3/1 ve SRŞKÇEY<sup>18</sup>.m.5/1 hükümleri uyarınca Türkiye’ de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri<sup>19</sup> ile reasürans şirketlerinin<sup>20</sup> anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması şarttır<sup>21</sup>. SK.m.3/1 hükmünde şirket türü ve faaliyet alanı açıkça belirtilmiştir.

<sup>16</sup> ÖZDAMAR, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki, s.1683.

<sup>17</sup> KUBİLAY, s.40; OMAĞ, s.347.

<sup>18</sup> RG: 17.01.2009 tarih ve 27133 sayılı SRŞKÇEY.m.28 hükmü ile 26.12.1994 tarihli ve 22153 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan Sigorta ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>19</sup> SK.m.2/ö ve SRŞKÇEY.m.4/1-e hükümleri uyarınca sigorta şirketi Türkiye’ de kurulmuş sigorta şirketi ile yurt dışında kurulmuş sigorta şirketinin Türkiye’ deki teşkilatını ifade eder.

<sup>20</sup> SK.m.2/k ve SRŞKÇEY.m.4/1-d hükümleri uyarınca reasürans şirketi Türkiye’ de kurulmuş reasürans şirketi ile yurt dışında kurulmuş reasürans şirketinin Türkiye’ deki teşkilatını ifade eder.

<sup>21</sup> Sermayelerinin yetersiz olması ve bir sigorta şirketinin sahip olması gereken aleniyetin bulunmaması gerekçeleriyle, TTK.m.503/3 uyarınca limited şirketler sigortacılıkla uğraşamaz.

Uygulamada çoğu zaman sigorta aracıları sigorta sözleşmelerinin kurulmasını sağlamakta olup bu durumda aracılarla muhatap olan müşteriler sözleşmenin kurulmasından önceki bilgileri aracılardan almaktadır. SSBİY.m.6/1 hükmü ile sigortacıya ait yükümlülüklerin aynen acenteler için de geçerli olduğu düzenlemesi getirilmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğünün sigorta ettiren talep etmeden kendiliğinden yerine getirilmesi zorunludur.

## **VI- MUHATABI**

TTK.m.1423/1 hükmü uyarınca aydınlatma yükümlülüğünün muhatabı ise sigorta ettirendir.

SSBİY.m.5/1 hükmü uyarınca bu yükümlülük sigorta ettirene ve sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyen kişilere karşı ifa edilir.

Sigorta ettiren kendisi veya bir başkası (üçüncü şahıs) için sigorta himayesi tesis eden kişidir<sup>22</sup>. Bir başka deyişle sigorta ettiren, sigorta sözleşmesini yapan ve sigorta sözleşmesinden doğan bütün yükümlülüklerini yerine getirmek durumunda olan kimsedir<sup>23</sup>. Sigorta ettiren gerçek veya tüzel kişi olabilir.

SSBİY.m.6/2 uyarınca talep hâlinde sigortacı, sigorta ettirene karşı bilgilendirme konusundaki tüm yükümlülüklerini sigortadan faydalanacak kişilere karşı da yerine getirmek zorundadır.

Sigorta sözleşmesinin temsilci aracılığıyla yapılması durumunda aydınlatma yükümlülüğünün mutlaka sözleşmenin tarafı olacak kişiye karşı ifa edilmesi zorunlu olmayıp, temsilcinin aydınlatılması da borcun ifası bakımından yeterlidir<sup>24</sup>.

Hazine Müsteşarlığı' nın SSBİY' nin uygulanmasını kolaylaştırmak için çıkardığı 2008/12 sayılı genelgede "sigorta ettirenin gerçek veya tüzel kişi

---

<sup>22</sup> SOMER, s. 28, dn.53.

<sup>23</sup> KENDER, s.174; KUBİLAY, s.40-41.

<sup>24</sup> ÖZDAMAR, Sözleşme Öncesi, s.130.

olması ihtimalinde aydınlatmanın herkesi kapsayacak şekilde yapılması” gerektiği belirtilmiştir<sup>25</sup>.

### VII- İFA ZAMANI

TTK.m.1423/1 hükmü uyarınca bu yükümlülük öncelikle sigorta sözleşmesinin kurulmasından öncesini kapsamaktadır. Uzun süreli sözleşmelerde tarafların sözleşmenin kurulmasından önce ve devamı sırasında aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Sözleşme öncesi döneme ilişkin aydınlatma yükümlülüğü tarafların sözleşme kurmak üzere ilişkiye girdikleri andan sözleşmenin kurulmasına kadar geçen sürede yerine getirilmelidir. Yükümlülüğün ifası en geç sigorta sözleşmesinin kurulmasına, icaba uygun kabul iradesi açıklanana kadar ifa edilmelidir.

Sözleşmenin devamı sırasındaki aydınlatma yükümlülüğü sigorta sözleşmesinin geçerli olduğu süre içerisinde devam eder.

SSBİY.m.5/2 hükmü uyarınca bu yükümlülük, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce başlar ve sözleşmenin geçerli olduğu süre içinde de devam eder. Nitekim bu yükümlülük Yönetmelik’ te “Sözleşmenin Müzakeresi ve Kurulması Sırasındaki Bilgilendirme Yükümlülüğü” ve “Sözleşme Kurulduktan Sonra Sigortacının Yükümlülükleri ve Sigorta Ettirenin Bilgilendirilmesi” başlıkları altında iki ayrı grupta düzenlenmiştir.

### VIII- USULÜ

TTK.m.1423/1 hükmü uyarınca sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla aydınlatma yükümlülüğü kapsamındaki hususları sigorta ettirene yazılı olarak bildirir.

SSBİY.m.5/1 hükmü uyarınca sigortacı bu yükümlülüğünü sözlü ve yazılı şekilde yerine getirir. Aydınlatmanın yazılı olarak yapılması esastır. An-

---

<sup>25</sup> Hazine Müsteşarlığı’ nın 02.05.2008 tarih ve 2008/12 sayılı Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelgesi.

cak, telefon, çağrı merkezi, internet ve benzeri iletişim araçları kullanılarak uzaktan pazarlama yöntemleriyle yapılan sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşme taraflarının fizikî olarak karşı karşıya gelmesinin ve işin gereği olarak yazılı bilgilendirme yapılmasının söz konusu olmadığı hâllerde yazılı bilgilendirme şartı aranmayabilir.

Yazılı şekil şartı uyarınca SSBİY ile getirilen bir yenilik olarak bilgilendirme formu gündeme gelmektedir.

SSBİY.m.8/1 hükmü uyarınca sigortacı, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önceki müzakere safhasında sözleşmeye taraf olmak isteyen kişilere bilgilendirme formunun bir suretini verir. Bilgilendirme formu Yönetmeliğin 4/b hükmünde, sözleşme kurulmadan önce sözleşmeye taraf olmak isteyen ve talep edilmesi hâlinde sigortadan faydalanacak diğer kişilere sigortacı tarafından verilen ve sigortanın kapsamı, işleyişi ve tazminat ödeme kurallarına ilişkin özet bilgileri içeren belge olarak tanımlanmıştır. Form bir sıhhat şartı olmayıp ispat vasıtasıdır.

Hükmün devamında bilgilendirme formunun şekil ve içeriğinin Hazine Müsteşarlığınca tespit edileceği ancak Yönetmeliğin yürürlüğe girmesini müteakip, halihazırda bilgilendirme formu mevcut bulunmayan sigorta türleri için, sigortacı tarafından asgari olarak; sigortacı ile acenteye ilişkin unvan ve iletişim bilgilerini; akdedilecek sözleşmeye ilişkin genel uyarıları; sözleşme ile verilen teminatları; sigorta teminatının istisnaları ile her bir sigorta türü için teminat kapsamı dışında olup da poliçede ayrıca belirtilmesi kaydıyla ek sözleşme ile teminat kapsamına alınabilecek kıymetleri, rizikoları veya sözleşmeye eklenebilecek özel hükümler ve klozlara ilişkin bilgileri; tazminata ilişkin genel bilgiler ile tazminat ödeme kurallarını; şikayet ve bilgi talepleri ile tahkim üyeliğine ilişkin bilgileri içerecek şekilde hazırlanacak geçici bilgilendirme formlarının kullanılacağı öngörülmüştür.

SSBİY.m.9 hükmü uyarınca bilgilendirme formunun ilgili bölümleri sigortacı tarafından gerçeğe ve mevzuata uygun şekilde doldurulur. Sigortacı, bilgilendirme formlarının basımını yapmak veya formları elektronik ortamda hazırlamak ve bulundurmamak zorundadır. Formların basılması durumunda basım ve dağıtımına ilişkin tüm giderler kendisine ait olan sigortacı, formları acentelerine zamanında ve yeterli sayıda tevdi etmek zorundadır. Formların

elektronik ortamda bulundurulması hâlinde sigortacı, acentelerinin formlara tam ve kesintisiz erişiminin sağlanması için gerekli altyapıyı oluşturmak ve bu konuda her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Elektronik ortamda üretilen bilgilendirme formlarının bilgisayar yazıcısı veya benzeri cihazlarla basımının yapılması hâlinde, bu fıkroda belirtilen yükümlülük yerine getirilmiş sayılır.

En az iki nüsha düzenlenecek bilgilendirme formu, sözleşmenin kurulmasından önce sigortacı tarafından kaşelenip imzalandıktan sonra, sözleşmeye taraf olmak isteyen kişiye imza karşılığı verilir. Sigortacı formun bir nüshasını saklamak zorundadır. İmza, sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesi ve işleyişi hakkında bilgi sahibi olduğu hususunda aksi ispat edilebilir karine teşkil eder.

Sigortacı, sözleşmenin müzakeresi sırasında bilgilendirme formunu sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyen kişilere vermek zorundadır. Talebe bağlı olarak, gerek sözleşmenin müzakeresi gerekse devamı sırasında, sözleşmeye konu sigortaya ait sigorta genel şartları ile rizikonun gerçekleşmesi hâlinde tazminat başvurusunda talep edilebilecek bilgi ve belgelere ilişkin liste sigortacı tarafından ilgililere verilir.

SSBİY.m.10 hükmü uyarınca sigortacının sözleşme kurulduktan sonra genel aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda sigortacı, sözleşmeye konu sigortaya ilişkin mevzuatta meydana gelen değişiklikler başta olmak üzere; iflâs veya tasfiyesini, ilgili branşlarda yapılan ruhsat iptallerini, tüm branşlarda sözleşme yapma yetkisinin kaldırıldığını ve sigorta sözleşmesinin devamı sırasında ortaya çıkabilecek, sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden yararlanacak kimselerin hak, borç ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyebilecek nitelikteki her türlü değişiklik ve gelişmeyi, sigorta ettirene veya sözleşmeden menfaat sağlayacak kişilere, en geç on iş günü içinde bildirir.

SSBİY.m.11 uyarınca sigortacı, sözleşmenin yürürlükte olduğu süre içindeki aydınlatma yükümlülüğünü taahhütlü mektup, faks, telgraf, elektronik posta, güvenli elektronik imza veya Müsteşarlıkça uygun görülen benzeri araçlarla yerine getirir. Sigortacının, çağrı merkezi veya telefon aracılığıyla yapacağı bilgilendirme, görüşmenin manyetik veya dijital ortamda kayıt

altına alınmış olması ve bu durumun da sigortacı tarafından ispat edilmesi hâlinde gereği gibi yerine getirilmiş sayılır. Bu yükümlülüğün belirtilen yazılı şekillerde yerine getirilebilmesinin mümkün bulunmadığının tespiti hâlinde, gerekli bildirimler, Müsteşarlığın uygun görüşü alınarak ve Müsteşarlıkça uygun görülecek usulde basın ve yayın kuruluşları yoluyla da yapılabilir.

TTK.m.1423/2-son ve SSBİY.m.5/1-son hükümleri uyarınca aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir. Anılan hükümlerde ispata ilişkin genel hukuk kuralı tekrarlanmış ve sigortalı korunmuştur.

TTK.m.1432/son ve SSBİY.m.5/1-son hükümleri uyarınca Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirleyecektir.

Doktrinde bu yetkinin Hazine Müsteşarlığına verilmesi eleştirilmektedir<sup>26</sup>. Ancak Gerekeç’ de bu yetkinin “tüm sigortacılar için yeknesaklık sağlamak üzere” Hazine’ ye verildiği belirtilmiş olup, kanaatimce doğru ve yerinde bir düzenlemedir.

Son olarak SSBİY.m.12 ve 13 hükümleri ile sigortacıya aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bazı ek yükümlülükler daha getirilmiştir.

SSBİY.m.12 uyarınca sigortacının kendisine yöneltilmiş bilgi talepleri ve şikayetleri cevaplandırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda; sigortacı, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanlar tarafından yazılı veya elektronik iletişim araçlarıyla kendisine yöneltilen sigortaya ilişkin şikayetlerle, sözleşmeye bağlı olarak yapılacak ödemeler de dahil olmak üzere sözleşmeye ilişkin her türlü bilgi taleplerini, başvurunun kendisine ulaşmasından itibaren onbeş iş günü içinde cevaplandırmak zorundadır. Sigortacı, bu yükümlülükleri yerine getirebilmek amacıyla asgari iki kişiden oluşan, şikayet ve bilgi taleplerini değerlendirip sonuçlandırmakla görevli bir şikayet birimi kurar. Söz konusu şikayet birimi, sigortacıya ulaşan tüm şikayetlere ilişkin kayıt ve istatistikleri tutar ve üçer aylık dönemler

<sup>26</sup> ŞEKER ÖĞÜZ/SEVİNÇ KUYUCU, s.24.

itibarıyla, Müsteşarlıkça tespit edilecek usul ve esaslara uygun olarak, Müsteşarlığa rapor gönderir.

SSBİY.m.13 hükmü ile sigorta şirketlerine internet sitesi kurma zorunluluğu getirilmiştir. Anılan hüküm uyarınca sigortacı; sigorta ettiren, sigortalı ve lehdarların, sigortacılığa ve mevzuata ilişkin gelişmelerden sürekli olarak bilgilendirilmelerini sağlamak için gerekli bilgi işlem altyapısı çalışmalarını yapmak ve bu çerçevede Müsteşarlıkça belirlenecek şartları yerine getirmek üzere idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu bağlamda sigortacının kurumsal internet sitesi oluşturması gerekmektedir.

Sigortacı, bilgilendirme faaliyetinin etkin olarak yürütülebilmesi ve ilgililerin ihtiyaç duyacakları bilgiye en kısa ve kolay yoldan ulaşabilmesi amacıyla, aşağıdaki bilgi veya belgelerin yer alacağı sayfa ve formları kolaylıkla okunabilir bir puntoda, ayrı ayrı ve ana sayfadan doğrudan bağlantı vermek suretiyle oluşturarak kurumsal internet sitesi aracılığıyla kamuoyunun bilgisine sunar.

Kurumsal internet sitesinde sigorta şirketine ilişkin genel bilgiler başta olmak üzere;

- Sigortacının ortaklık yapısı, idari yapısı ve sermayesine ilişkin bilgiler,
- Faaliyet gösterilen branşlar ile bu çerçevede sunulan sigortacılık hizmetleri ve ürünler ile ilgili bilgiler,
- Sigorta ürünleri çerçevesinde teminat kapsamında olmamasına rağmen ek sözleşme ile teminat kapsamına alınabilecek kıymetler, rizikolar veya sözleşmeye konulabilecek özel hükümlere ilişkin bilgiler,
- Sözleşmeye konu rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, sigorta ettirenin, sigortalının ya da lehdarın hak ve yükümlülükleri ile bunların izlemesi gereken prosedüre ilişkin bilgiler,
- Vergi uygulamalarına ilişkin bilgiler,
- Genel müdürlük ve bölge müdürlükleri başta olmak üzere adres, elektronik posta, telefon ve faks numaraları,
- Acentelere ilişkin irtibat adresleri, telefon ve faks numaraları,
- Şikayet ve başvuruların yapılma şekli ve usulleri,



- Sigorta ettirenlerin, sigortalıların veya sigortadan menfaat sağlayan kişilerin internet üzerinden bilgi talep edebilmesi ve şikayette bulunabilmesine olanak sağlanmasını teminen oluşturulacak elektronik formlar,

- İstatistiki veriler ve diğer bilgiler yer almalıdır.

Bunun yanı sıra sigortacı; sigorta ettirenlerin, sigortalıların veya sigortadan faydalanacak diğer kişilerin poliçe bilgileri ile tazminat ödemelerine ilişkin işlemlerin güncel haline ve Müsteşarlıkça uygun görülecek diğer konulara ve verilere, internet aracılığıyla günlük olarak erişimini sağlamak amacıyla gerekli bilgi işlem altyapısını kurmak durumundadır. Sigortacı tarafından oluşturulacak sisteme poliçe numarası, hasar dosya numarası veya sigortacı tarafından sağlanacak kullanıcı adı, şifre ya da benzeri kişisel bilgiler ile giriş yapılabilecektir.

### **IX.-YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLALİ ve İHLALİN SONUÇLARI**

Sigortacı bilgilendirme yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi ifa etmeyerek ihlal edebilir.

TTK.m.1423/2 hükmü uyarınca aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettirene, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etme hakkı tanınmıştır. Sigorta ettirenin bu sürede itiraz hakkını kullanmaması halinde sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur.

Sigorta ettirenin itiraz hakkının ondört gün ile sınırlandırılmış olmasının sigortacının ve sigortacılık sektörünün lehine bir düzenleme olduğu kanaatindeyim. Zira aydınlatma açıklaması vermeyen sigortacının, Sigortacılık Kanunu' na göre, poliçe vadesi sonuna kadar devam eden tazmin yükümlülüğü, ondört günlük itiraz süresi ile sınırlandırılarak, bu süre içinde gerçekleşen hasarlara indirgenmiştir.

Ondört günlük itiraz süresinin ne zaman başlayacağı kanun hükmünden net olarak anlaşılacakla birlikte doktrinde sürenin sözleşmenin kurulmasından itibaren başlayacağını kabulünün yerinde olacağı ileri sürülmektedir<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> ÖZDAMAR, Sözleşme Öncesi, s.364; ŞEKER ÖĞÜZ/SEVİNÇ KUYUCU, s.24; ÜNAN, s.124.

Kanaatimce ondört günlük itiraz süresi, poliçenin sigortalı tarafından teslim alındığı anda başlar. Çünkü sigorta ettirene karşı aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olduğu durumlarda sigorta ettirenin itirazlarını ileri sürebilmesi için poliçe içeriğini incelemiş olması bunu için de poliçeyi fiilen teslim almış olması gereklidir.

Sigorta ettirenin süresi içinde itirazı üzerine bu durumun sözleşmeye etkisinin ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. TTK.m.1423/2 hükmünün zıt anlamından sigorta ettirenin sözleşmenin kurulmasına yönelik iradesini geri aldığı ve sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdiğinin kabulünün, kanunun sistematiğine uygun bir çözüm olacağı savunulmaktadır<sup>28</sup>.

SSBİY.m.7/1 hükmü uyarınca sigorta sözleşmesinin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında, bu yükümlülük gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş ya da Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenen bilgilendirme formu gereği gibi teslim edilmemiş yahut bilgilendirme formunda yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hallerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise yükümlülüğün ihlali sözkonusudur.

İhlal halinde sigorta ettiren SSBİY.m.7 hükmü uyarınca sözleşmenin feshini ve uğranılan zararın giderilmesini talep etmek hakkına sahiptir.

Sigorta ettirenin tazminat talep edebilmesi için sigortacının kendisinin veya yardımcısının kusurlu bir davranışı ile yükümlülüğü ihlal etmiş olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra ihlal ile meydana gelen zararlı sonuç arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu bağlamda yükümlülüğün ihlali sonucunda sigorta ettirenin malvarlığı alanında meydana gelen eksilmeler ve elde edilemeyen menfaatler bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Sigorta ettirenin fesih hakkını kullanmasıyla sigorta sözleşmesi geleceğe etkili olarak sona erer.

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde TTK.m.1423 ve SSBİY.m.7 hükümleri ile sigorta ettirene tanınan hakların çeliştiği görülmektedir. Sigorta ettirenin sözleşmeye itiraz hakkı ile tazminat

---

<sup>28</sup> ŞEKER ÖĞÜZ/SEVİNÇ KUYUCU, s.24.

ve fesih hakları özellikle sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü açısından birbirleriyle çelişmektedir. Sigorta ettiren ondört gün içinde herhangi bir itirazda bulunmadığı takdirde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini veya yerine getirilmiş olmasa da itiraz etmeyeceği yönündeki iradesini ortaya koymaktadır. Bu durumda sigorta ettirenin daha sonra yönetmeliğe dayanarak sözleşmeyi feshetmesi veya tazminat istemesi yerinde olmayacaktır. Bu bağlamda tali mevzuat konumundaki yönetmelikte yer alan düzenlenmenin kanun koyucu tarafından yeniden değerlendirilerek TTK.m.1423 hükmüne uygun hale getirmesi gerekmektedir.

### **SONUÇ**

Çağdaş sigortacılık uygulamalarında kurallar tüketicileri yani sigortalıların korumaya yöneliktir. Avrupa Birliği sigorta mevzuatı tüketicilerin korunması konusunda titiz davranılması ve özel önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Ülkemizde geçtiğimiz yıllarda, özellikle tüketicinin korunması düşüncesinin yaygınlaşması ve bu hususa ilişkin Avrupa Birliği direktiflerinin kriter alınması bağlamında Türk sigorta mevzuatında tüketicinin korunması ilkesine ağırlıklı olarak önem verilmiştir. Bu bağlamda tüketicinin korunması ilkesinin son derece önemli rol oynadığı sigorta ettirenin aydınlatılması gerekliliği hususunun yazılı hukuka girmesi ihtiyacı doğmuştur. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun Gereğesinde “doktrin ve yargı kararları da dikkate alınarak sigortacının sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün doğacağına kabul edildiği” belirtilmiştir.

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kaynağını 6102 sayılı TTK.m.1423, Sigortacılık Kanunu ve Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik teşkil etmektedir.

Sigortacının ve acentesinin sözleşmenin kurulmasından önce ve sonra sigorta ettireni sözleşmenin esaslı unsurları, kapsamı ve şartları hakkında karar vermesini etkileyecek hususlarda bilgilendirmesi olarak tanımlanan aydınlatma yükümlülüğü ile sigortacının, sözleşme ilişkisine girmek isteyen sigorta ettireni sözleşmeyle ilgili önemli konularda bilgilendirerek sağlıklı karar vermesini sağlaması amaçlanmaktadır.

Bu yükümlülük kapsamında sigortacı sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülükleri; ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigorta ettirene bildirmek zorundadır. Bu bağlamda Sigortacı, sigorta ettirene sigorta sözleşmesine ilişkin genel açıklamalar, sözleşmenin kapsamındaki teminatlara ve özel şartlara ilişkin açıklamalar, riziko ve tazminata ilişkin açıklamalar, kendisine ve acentesine ilişkin açıklamalar yapmakla yükümlüdür.

Bu yükümlülük sigortacı ve acentesine ait olup, muhatabı ise sigorta ettirendir.

Aydınlatmanın yazılı olarak yapılması esastır. Yazılı şekil şartı uyarınca SSBİY ile getirilen bir yenilik olarak bilgilendirme formu gündeme gelmektedir. Sigortacı, sözleşmenin müzakeresi sırasında bilgilendirme formunu sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyen kişilere vermek zorundadır.

Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir.

Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirleyecektir.

SSBİY hükümleri ile sigortacıya aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ek yükümlülükler olarak, kendisine yöneltilmiş bilgi talepleri ve şikayetleri cevaplandırma yükümlülüğü ve internet sitesi kurma zorunluluğu getirilmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde TTK.m1423 hükmü ile sigorta ettirene, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etme hakkı tanınmıştır. Sigorta ettirenin bu sürede itiraz hakkını kullanmaması halinde sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. İhlal halinde sigorta ettirenin SSBİY.m.7 hükmü uyarınca sözleşmenin feshini ve uğranılan zararın giderilmesini talep etmek hakkına sahiptir. Ancak aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde sigorta ettirene TTK.m.1423 ile tanınan itiraz hakkı ile SSBİY.m.7 hükmü ile tanınan fesih ve tazminat hakkı birbiriyle çelişmekte olup, yönetmeliğin bu hususta kanun hükmü ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

**KAYNAKÇA\***

- ÇEKER, Mustafa:** 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011.
- MEMİŞ, Tekin:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı' nın Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, Özel sayı:1.
- KENDER, Rayegân:** Türkiye' de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2011.
- KUBİLAY, Huriye:** Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003.
- LEMOR, Ulf:** Consumer Protection in the European Single Market, CEA Report 2006.
- MC GEE, Andrew/**
- HEUSEL, Wolfgang:** The Law and Practice of Insurance in the Single European Market, Trier 1995.
- OMAĞ, Merih Kemal:** Sigorta Hukuku, Ticaret Hukuku, AÜAÖF Yayınları, Eskişehir 2001.
- OZANOĞLU, H. Seçkin:** Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, AÜHFD, Ankara 2001, s.55-90.
- ÖĞÜZ ŞEKER, Zehra/**
- KUYUCU, Sevinç:** Yeni Türk Ticaret Kanunu' nda Sigorta Hukuku, İstanbul 2011.
- ÖZDAMAR, Mehmet:** Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009. (Sözleşme Öncesi)
- ÖZDAMAR, Mehmet:** Sigortacının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C.II, Ankara 2010. (Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki)
- PFENNIGSTORF, Werner:** Public Law Of Insurance, Germany 1996.
- SOMER, Mehmet:** Başkası Hesabına Sigorta, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 2000

**ÜNAN, Samim:** Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler, SHD 2005, Özel Sayı 1, s.109-196.

\* Kaynakçada yer alan bir yazarın birden fazla eserinden yararlanıldığı durumlarda yararlanılan eserini belirtmek için kısaltılmış şekline atıfta bulunulmuştur.

#### KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>AÜAÖF</b>	: Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>C</b>	: Cilt
<b>CEA</b>	: Comité Européen des Assurances
<b>Dn</b>	: Dipnot
<b>EC</b>	: European Community
<b>EEC</b>	: European Economic Community
<b>OJ</b>	: Official Journal
<b>L</b>	: Legislation
<b>m</b>	: Madde
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>s</b>	: Sayfa
<b>SK</b>	: Sigortacılık Kanunu
<b>SRŞKÇEY</b>	: Sigorta ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği
<b>SSBİY</b>	: Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu

# TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 14. MADDESİNİN ÖNGÖRDÜĞÜ YENİ ŞEKİL DÜZENLEMESİNİN GETİRDİKLERİ

Ar. Gör. K. Berk KAPANCI\*

## ÖZET

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesi, teknolojik gelişmeleri dikkate alarak yeni geçerlilik şekli düzenlemesi öngörmektedir. Bu düzenleme 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamaktaydı. Söz konusu düzenlemenin getirdiği yeniliğin etkisi yapılacak yorumlara göre farklılık arz etmektedir. Diğer taraftan usul hukukundaki "senet" kavramına etkisi de tespit edilmelidir.

## ANAHTAR KELİMELER

Geçerlilik Şekli, İspat Şekli, Teyit Edilmiş Faks, Elektronik İmza, Senet Delil Başlangıcı.

## ABSTRACT

The Article 14 of the New Turkish Code of Obligations (Law No. 6098) provides a new form requirement rule in line with the recent technological developments. This provision has not been existed in the Old Turkish Code of Obligations (Law no. 818). The innovation brought thereby will have a different effect in accordance with the different interpretations thereof. On the other hand, its effect to the concept of "deed" under the civil procedural law must be determined.

## KEYWORDS

Form of Validity, Form of Evidence, Confirmed Fax, Electronic Signature, Deed, Initial Evidence.

*"Şekil, keyfiliğin yeminli düşmanı ve özgürlüğün ikiz kardeşidir."*

*Jhering*

---

\* LL.M., Araştırma Görevlisi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

## GİRİŞ

Hukuki işlemin kurucu unsurunu oluşturan irade beyanının dışarı açıklanmasında ifade aracı olarak bir çift söze, yazıya veya başka bir davranışa başvurulabilir. Dolayısıyla denilebilir ki her irade beyanı geniş anlamda bir “şekil” içinde ortaya çıkar<sup>1</sup>. Yapılan irade beyanının kanun veya taraf iradeleri uyarınca bir şekle bağlanması durumunda ise, dar ve teknik anlamıyla şekle bağlı işlemden söz açılır<sup>2</sup>. Şekil irade beyanının dış kalıbı, biçimidir<sup>3</sup>.

Hukuki işlemler alanında kural şekil serbestisi olmakla birlikte, kanun koyucu bazı işlemler bakımından belli bir şekle uyulmasını gerekli görebilir. Yahut taraflar aralarındaki işlemi özel bir merasim dahilinde yapmayı arzu edebilirler<sup>4</sup>.

Kanunun veya tarafların öngördüğü şekil kuralına, bazen işlemin sağlığı, yani geçerli bir şekilde hüküm doğurabilmesi için uyulması gerekir; yoksa geçersizlik söz konusu olacaktır<sup>5</sup>. Bazen ise, öngörülen şekil yalınkat ola-

<sup>1</sup> **Tuğ**, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, İkinci Baskı, Mimoza, Konya, 1994, s. 3; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Yayınları 12. Bası, İstanbul, 2010, s. 236; **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I , 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 146; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, (**Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı**) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 270; **Ermenek**, İbrahim, “*Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı I-II (Haziran-Aralık 2000), çevrimiçi kopya, s. 1-38, [http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4\\_8.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4_8.pdf), s. 3.

<sup>2</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 271.

<sup>3</sup> **Deliduman**, Seyithan, “*Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S.1-2 (2000), s. 413-435, s. 427.

<sup>4</sup> **Tuğ**, s. 28; **Altaş**, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 50 vd.; **Deliduman**, s. 428; **Eren**, s. 239; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altop**, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 99; **Hatemi**, Hüseyin / **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 42; **Yavaş**, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 119.

<sup>5</sup> Yasal şekle uyulmaması halinde söz konusu olacak geçersizlik türü hakim görüşe göre kesin hükümsüzlüktür. Ayrıca bkz. Yarg. İBK, 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (Resmî Gazete, 21.12.1988, Sayı: 20026).

Bunun dışında öğretide uygulanması gereken geçersizlik yaptırımının yokluk, iptal edilebilirlik ve kendine özgü hükümsüzlük olduğunu savunan görüşler de mevcut bulunmak-



rak işlemin ispatı için tasarlanmıştır; şekle uyulmadığı takdirde işlem geçerli olarak hükümlerini doğurabilir ne var ki ispat aşamasında sorunlar yaşanacaktır. Bu sayılanlardan birincisinde geçerlilik şeklinden, ikincisinde ise ispat şeklinden söz edilmek gerekir<sup>6</sup>. Gerek kanunun gerekse tarafların öngördüğü şeklin kapsamı ve etkisi hakkında başka hüküm yoksa bu şekil, bir karine olarak geçerlilik şeklidir<sup>7</sup>.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>8</sup> (TBK) 14. maddesinin ikinci fıkrasında “[t]eyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer,” tümcesine yer verilmiştir. Bu düzenleme 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir düzenlemedir. İletişim teknolojilerindeki yeni gelişmeler göz önüne alınarak ortaya koyulmuştur<sup>9</sup>.

İşbu çalışmamız kapsamında, bu fıkraı ve getirdiği yeniliğin etkisini özel olarak incelemek istiyoruz. Çalışmamızda öncelikle geçerlilik şekli ve ispat şekline genel olarak değineceğiz (1), daha sonra da TBK m. 14 f.2 düzenlemesini merccek altına alacak ve konunun usul hukukuyla bağlantısı ve ona etkisine de açıklık getirmeye çalışacağız (2).

---

tadır. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 307-308; **Altaş**, s. 89 vd.; **Eren**, s. 260 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara, 2011, s. 141 vd.

Diğer yandan, tarafların kararlaştırdıkları (iradi) şekil kuralına uyulmadığında işlem tarafları bağlamayacaktır. Duruma göre işlem hiç doğmamış sayılabilir (yokluk) veya hükümlerini doğurmayabilir (kesin hükümsüzlük). Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 167.

<sup>6</sup> Bazı başka durumlarda ise, belirli bir şekle uyulmasını öngören kural sadece bir düzen normu niteliğindedir. Bu düzenlemelere örnek olarak Noterlik Kanunu m. 89 ve Tapu Sicili Nizamnamesi m. 17 gösterilebilir. Anılan hâllerde, kural sadece yetkili makamlara bir talimat niteliğini taşımaktadır, yerine getirilmemesi ise ilgili makamda bulunan kişinin disiplin sorumluluğuna yol açmaktadır. Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 147 ve özellikle orada dn. 364; **Nomer**, Halûk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yenilenmiş Onuncu Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 84; **Hatemi / Gökyayla**, s. 43-44.

<sup>7</sup> **Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 79.

<sup>8</sup> **Türk Borçlar Kanunu**, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11 Ocak 2011, Resmi Gazete ile yayın ve İlanı: 4 Şubat 2011 – Sayı 27836, Yürürlük Tarihi: 1 Temmuz 2012.

<sup>9</sup> Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), s. 30.

## 1- Yerine Getirdikleri İşleve Göre Şekil Türleri

### a- Geçerlilik (Sağlık) Şekli

#### i. Kanun Tarafından Öngörülmesi (Yasal Şekil)

Geçerlilik şekli, hakkın esasına etkilidir<sup>10</sup>. Bir hukuki işlem geçerlilik şekline tabi tutulmuşsa, bunun çeşitli sebepleri olabilir. Kanun koyucu, taraflardan birini ya da her ikisini işlemi meydana getirmeden evvel bir kez daha düşünmeye sevk etmek istemiş olabilir<sup>11</sup>. Yahut üçüncü şahısların korunması ve hukuki güvenlik gerekçeleri göz önünde bulundurulmuş olabilir. Yine bir başka gerekçe, resmî sicillerin sağlam bir temele oturmasını sağlamak olarak ortaya çıkabilir<sup>12</sup>.

Öte yandan, kanun koyucunun işlemi tabi tuttuğu geçerlilik şekli, kendi içinde çeşitlilik göstermektedir<sup>13</sup> (*Adi yazılı, resmî ve nitelikli adi yazılı şekil*). Bunlar arasında şöyle bir derecelendirme yapılabilir:

Bu şekil çeşitlerinden en hafif olanı *adi yazılı şekildir*. Söz konusu şekil, irade beyanının yazılı bir metin ve borç altına girenin imzasını gerektirir<sup>14</sup>. Ayrıca TBK m. 14 f.2 uyarınca imzaya ilişkin şart, başka yollardan da tamamlanabilecektir. Bu anlamda, kanun koyucu tarafından birtakım imza ikamelerinin tasarlanmış olduğu söylenebilir<sup>15</sup>.

Orta derecede ağır olan şekil çeşidi, *resmî şekildir*. Resmî sıfatı olan bir makam, kural olarak noter<sup>16</sup>, işleme bu şekli verir<sup>17</sup>. Resmî şekil de kendi

<sup>10</sup> **Deliduman**, s. 429.

<sup>11</sup> Bu şekilde taraflar işlemi meydana getirirken normalde olduklarından daha basiretli ve dikkatli davranacak ve bu şekilde daha isabetli karar verecektir (**Berkin**, Necmeddin M., “*İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 4 (1946), s. 1175-1192, s. 1183).

<sup>12</sup> **Tuğ**, s. 46-47; **Guggenheim**, Thévenoz, Luc / Werro, Franz (éds.), Commentaire Romand, Code des Obligations art 1-529, Helbing & Lichtenhahn, Geneve – Bale – Munich, 2003, Art. 11, N. 2; **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 148; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 271; **Ermenek**, s. 5; **Eren**, s. 237-238.

<sup>13</sup> **Kılıçoğlu**, s. 106.

<sup>14</sup> **Tuğ**, s. 34; **Altaş**, s. 73; **Guggenheim**, CoRo, Art. 11, N. 5; **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 150; **Kocayusufpaşaoğlu**, C. I, s. 276; **Kılıçoğlu**, s. 106; **Deliduman**, s. 432; **Nomer**, s. 70; **Reisoğlu**, s. 87-88; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 113; **Eren**, s. 244.

<sup>15</sup> Aşağıda **2, a** başlığı altında konuya ilişkin detaylı açıklamalar verilecektir.

<sup>16</sup> Resmî şeklin kimin tarafından gerçekleştirileceği konusunda 18.01.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'dur. Bu kanunun 60. maddesinde, herhangi başka bir kanunda farklı bir makam öngörülmedikçe resmî şekil bakımından noterlerin yetkili olduğunu ka-

içinde resen düzenleme ve imza tasdiki olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>18</sup> (Noterlik Kanunu m. 84 / m. 90). Resen düzenlemede noter bütün işlemi elden geçirirken, imza tasdikinde tarafların oluşturduğu metnin altındaki imzaların onlara ait olduğunu resmî olarak onaylamaktadır<sup>19</sup>.

Bu derecelendirmede şekil çeşitlerinden en ağır olanı ise, *nitelikli (adi) yazılı şekildir*. Nitelikli adi yazılı şekilde metnin tamamının veya bir bölümünün tasarlanan özel bir merasimle gerçekleştirilmesi veya kapsamında özellikle belirli hususların belirtilmesi gerekmektedir<sup>20</sup>.

Kanunun belli bir geçerlilik şekline uyulmasına ilişkin getirdiği kurallar emredicidir, aksi sözleşmeyle kararlaştırılmaz<sup>21</sup>.

Yasal şekle tabi olan sözleşmelerde değişiklik yapılması da, değişikliğin geçerliliği aynı şekle uyularak yapılmasına bağlı bulunmaktadır. Bu husus, yukarıda anılan tüm şekil çeşitleri için geçerli olacaktır<sup>22</sup> (TBK m. 13).

---

bul edilmektedir. Başka bir kanunda farklı bir makamın öngörülmesine örnek olarak tapu sicilinde yapılan taşınmazların aynına ilişkin işlemler gösterilebilir. Bunlar bakımından Tapu Kanunu m. 26 hükmü etkindir, buna göre de tapu sicil muhafız ve memurları işleme gerekli resmiyeti verir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 277).

<sup>17</sup> Tuğ, s. 35; Guggenheim, CoRo, Art. 11, N. 7; Kocayusufpaşaoğlu, s. 277; Kılıçoğlu, s. 107; Deliduman, s. 433; Nomer, s. 77; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 126; Eren, s. 254.

<sup>18</sup> Tuğ, s. 66 vd.; Altaş, s. 78; Kılıçoğlu, s. 107.

<sup>19</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 302; Nart, Serdar, “Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2007, s. 207-232, s. 220.

<sup>20</sup> Bu şekil çeşidine kefalet sözleşmesi bakımından öngörülen şekil kuralı örnek gösterilebilir. TBK m. 583’e göre kefilin sorumlu olduğu azamî miktar, kefalet tarihi, ve müteselsil kefalet borcu altına giriliyorsa bu hususun kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme geçerli olmayacaktır. Yine başka bir örnek el yazısı ile vasiyetnamedir (MK m. 538) (Oğuzman / Öz, C. I, s. 149-150; Altaş, s. 77; Kılıçoğlu, s. 107; Eren, s. 253; Guggenheim, CoRo, Art. 11, N. 6).

<sup>21</sup> Reisoğlu, s. 80; Yavaş, s. 119.

<sup>22</sup> Bu maddenin nasıl anlaşılması gerektiği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüş, her türlü değişiklik bakımından mutlak olarak ve herhangi bir ayırım yapılmaksızın aynı şekil kuralının uygulanması gerektiğini savunur. Diğer bir ikinci görüş uyarınca, değişiklik ancak borç miktarını artırıyor veya borçlunun durumunu ağırlaştırıyorsa aynı şekil kuralı uygulanacaktır. Borçlunun durumunu hafifleten hâller bakımından serbestçe hareket edilebilir. Son olarak bizim de katıldığımız üçüncü görüş, konuyu ikili bir ayırım yaparak ele almaktadır. Buna göre tek tarafa ve karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde yukarıda belirttiğimiz ikinci görüş tereddütsüz tatbik edilebilecektir. Ne var ki, karşılıklı iki tarafa borç

**ii. Hukuki İşlemin Taraflarının Öngörmesi (İradi Şekil)**

Kanunen şekle tabi olmayan bir hukuki işlemin yapılmasında taraflar kendi aralarında özel bir şekle riayet edilmesini kararlaştırmış olabilirler<sup>23</sup>. Öncelikle bakılması gereken husus, bunun işlemin yapılmasından önce mi sonra mı gerçekleşmiş olduğudur:

İşlemden önce veya en geç işlemin yapılması sırasında kararlaştırılan şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir (TBK m. 17 f. 1). Bu konuda kanuni bir karine bulunmaktadır<sup>24</sup>. Duruma göre, buna uyulmaması hâlinde yokluk veya kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olacaktır<sup>25</sup>. Aksi söz konusuysa, diğer bir deyişle salt ispata ilişkin bir şekil öngörülmek istenildiyse, bunun özel olarak ispat edilmesi gerekmektedir. Bu konuda ispat yükü bunu iddia edene düşecektir<sup>26</sup>.

---

yükleyen sözleşmelerde aynı yaklaşımda bulunulması yerinde olmaz. Bunun sebebi, bu sözleşmelerde bir tarafın durumunu hafifleten değişikliğin kendiliğinden (*eo ipso*) karşı tarafın durumunu ağırlaştırmasıdır (Görüşler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 305-306).

Ayrıca bu maddenin ibrayı düzenleyen TBK m. 132'yle bağlantısının da kurulması icap eder. TBK m. 132'ye göre ibra, herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabilir. Bir an için yukarıda katıldığımız görüş bakımından yaptığımız açıklamalarımıza ilişkin bir tereddüt doğabilir. İbra, alacak hakkının ortadan kaldırılmasını öngördüğünden geniş anlamıyla bir değişikliktir. Bu değişiklik karşılıklı sözleşmelerde bir tarafın durumunu hafifletirken, diğerinin durumunu ağırlaştırmaktadır. Burada da işlemin şekle tabi olmasındaki amaç gözetilmeli ve TBK m. 13 iki tarafa borç yükleyen ve şekle bağlı tutulmuş hukuki işlemlerde TBK m. 132'ye üstün tutulmalıdır (Bkz. bu yönde **Guggenheim**, CoRo, Art. 12, N. 7; Farklı görüşte karş. **Altaş**, s. 83).

<sup>23</sup> **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 167.

<sup>24</sup> **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 185; **Eren**, s. 241; **Altaş**, s. 70; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi, "La Forme Volontaire", Travaux de la 5eme Semaine Juridique Turco-Suisse, La Forme Dans Les Actes Juridiques, Journées d'Istanbul, 13-20 Avril 1975, Publication de l'Institut de Droit Comparé de l'Université d'Istanbul s. 181-189, s. 184.

<sup>25</sup> Şayet hukuki işlemi oluşturan irade beyanlarının (kurucu unsurların) belli bir şekilde yapılmaksızın hüküm ifade etmeyeceği kararlaştırılmışsa, bu durumda uygulanacak yaptırım yokluktur. Ne var ki taraflar işlemin kendisinin hüküm ifade edebilmesini bir şekle bağlamışlarsa, buna uyulmaması durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya gelinir. İlk duruma örnek olarak yazılı şekilde gönderilen bir öneriye ancak yazılı şekilde kabul beyanıyla karşılık verilebileceğinin kararlaştırılması olması gösterilebilir. Bundan başka türde yapılan kabuller yokluk sonucuna yol açar. İkinci duruma örnek olarak ise, tarafların yaptıkları sözleşmenin hükümlerini doğrabilmesi için belirli bir tarihe kadar noter onayını aramaları gösterilebilir. Bu durumda ise, söz konusu tarihe kadar bir girişimde bulunulmazsa işlem askıda kalacak, bu tarihten sonra ise kesin suretle hükümsüz olacaktır.

<sup>26</sup> **Tuğ**, s. 29; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 167; **Eren**, s. 242.

Öte yandan istisnai olarak, kuruluş aşamasında kararlaştırılan şekle ilişkin taahhüdün aynı zamanda o şekilde hazırlanmış bir işlemi yapma vaadini de kapsadığı söylenebiliyorsa, bu durumda vaadin lehdarı ilgili şartlarla işlemin gerçekleştirilmesi talep ve dava da edebilecektir<sup>27</sup>.

İşlemin kurulmasından sonra yapılan şekle dair bir anlaşma ise, geçerliliğe ilişkin aynı etkiyi yaratmaz. Bu durumda yapılan şekil anlaşmasının işlemin geçerliliğini ilgili merasim gerçekleştirinceye kadar askıya aldığı kabul edilecektir. Aksi söz konusuysa, yani salt ispata yönelik sonuçlar doğurmak üzere bu anlaşma yapıldığı anlaşılıyorsa, işlemin geçerliliği etkilenmeyecektir<sup>28</sup>.

Taraflar, şekle ilişkin modaliteleri istedikleri gibi belirleyebilirler. Ne var ki onların kararlaştırdığı şeklin içeriğine ilişkin bir ayrıntı bulunmuyorsa (örneğin sadece yazılı şekilde işlemin yapılması kararlaştırılmış veya resmî şekle uyulacağı belirtilmişse), kanunun yasal şekil bakımından düzenlemesini yaptığı şartlara riayet edilmesi gerekecektir<sup>29</sup>.

Bunun yanında, yasal şekle tabi tutulmuş bir işlem için taraflarca daha da ağırlaştırılmış bir şekil şartı öngörülebilir<sup>30</sup>. Bu durumda işlemin geçerliliği için salt kanundaki şartlara uyulması yetiştirmez. Bununla beraber daha ağır olan şeklin, salt ispat için tasarlandığı ortaya konulabilirse işlemin geçerliliği etkilenmeyecektir<sup>31</sup>.

## **b- İspat Şekli**

### *i. Genel Olarak*

İspat şekli, bir hukuki işlemin/hakkın ispatını kolaylaştırmayı amaçlar. Bu da dolaylı olarak yargılamayı basitleştirmekte ve sürecin daha efektif

<sup>27</sup> Oğuzman / Öz, C. I, s. 167; Tekinay, s. 185.

<sup>28</sup> Oğuzman / Öz, C. I, s. 167.

<sup>29</sup> Oğuzman / Öz, C. I, s. 168; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 136; Guggenheim, CoRo, Art. 16, N. 6; Tekinay, s. 181.

<sup>30</sup> Bu konuda yukarıda **1, a, i** altındaki derecelendirmeye ilişkin açıklamalarımız dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle, kanunda yapılmak istenen işlem için nitelikli adi yazılı şekil öngörülen bir durumda, taraflarca resmî şekil kararlaştırılarak işlemin geçerli olması sağlanamaz. Zira resmî şekil diğerine göre görece daha hafif bir şekil çeşididir.

<sup>31</sup> Oğuzman / Öz, C. I, s. 168.

şekilde gerçekleşmesini sağlamaktadır<sup>32</sup>. Ayrıca yazılı şekilde hazırlanmış belge, hakların temin edilmesinde de daha etkilidir: Bir kişinin böyle yazılı bir belgeyi inkâr etmesi daha zordur<sup>33</sup>. Yine senetle ispat mecburiyeti dolaylı da olsa, tıpkı geçerlilik şeklinde olduğu gibi, tarafları düşünmeye sevkeder<sup>34</sup>. Bu şekil türü de taraf iradelerinden veya kanundan doğabilir. Borçlar hukukunda temel kuralın şekil serbestliği olmasına rağmen, ispat hukuku bakımından belirli bir değer üzerindeki hukuki işlemler ancak senetle ispat edilebilirler<sup>35</sup>. Bu da anılan şekil serbestisi prensibini fiilen bir ölçüde kitlemektedir<sup>36</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>37</sup> (HMK) m. 200'e göre 2.500 TL ve üzerindeki hukuki işlemler ancak senetle (veya kanunda öngörülen diğer kesin delillerden biriyle<sup>38</sup>) ispat edilebilecektir<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> Tuğ, s. 30; Berkin, s. 1184; Karşlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları işlenmiş ve gözden geçirilmiş, 2. Baskı, Alternatif, 2011, s. 498; Nomer, s. 82.

<sup>33</sup> Tuğ, s. 47; Berkin, s. 1184.

Tarihsel gelişim sürecinde tanık delili başlangıçta senede üstünlük göstermekteydi. Söz konusu dönemlerde asıl olan “*Senet muamelenin dilsiz şahidi olup kendisine sorulan sualleri cevapsız bırakır, halbuki şahit konuşur,*” özdeyişinin ifade ettikleri idi (Taşpınar Ayvaz, Sema, “*Türk Borçlar Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1) 2012, s. 321-349, s. 327 ve orada dn. 20).

<sup>34</sup> Göksu, Mustafa, “*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2011, s. 53-65, s. 54; Ermenek, s. 5; Ayrıca bkz. ve karşı yukarıda dn. 11 ve bağlı bulunduğu metin.

<sup>35</sup> Pekcantez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 486; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 404; Karşlı, s. 490; Taşpınar Ayvaz, s. 326; Nomer, s. 82; Kılıçoğlu, s. 161; Hatemi / Gökyayla, s. 43; Reisoğlu, s. 95; Eren, s. 243; Altaş, s. 73; Tekinay, s. 184.

<sup>36</sup> Taşpınar Ayvaz, s. 328.

<sup>37</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12 Ocak 2011, Resmî Gazete ile yayın ve İlânı: 4 Şubat 2011 – Sayı 27836, Yürürlük Tarihi: 1 Ekim 2011.

<sup>38</sup> Bunlar kesin hüküm, yemin ve mahkeme önünde ikrardır (Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 380). Aslında bunların tam anlamıyla delil olarak kabul edilmesine şüphe ile bakılmak gerekir. Teker teker açıklanacak olursa:

İkrarın (HMK m. 188) bulunduğu hâllerde ilişkin olduğu vakıanın ispatı gerekliliği ortadan kalkmaktadır. Deliller ise, sadece çekişmeli vakıaların ispatı için gösterilebilecektir (Göksu, s. 56; Pekcantez / Atalay / Özkes, s. 419-420).

Kesin hüküm (HMK m. 303) ise, niteliği gereği usul hukuku kuralları çerçevesinde bir doğruluk faraziyesine dayanır. Gerçek anlamda bir delil, yemin yerindeyse ispat edilmek istenen vakıanın “*sıcak tanığı*” değildir (Göksu, s. 56).

Son olarak yemin, kesin delil zorunluluğu olan hâllerde ispat yükü üzerine düşen tarafın davayı kaybetmemek için başvurabileceği son hamle, son çaredir (*ultima ratio*). Kişi

Kesin delille ispat zorunluluğunun kabul edildiği usul hukuku sistemimizde senet diğer deliller arasında belirgin şekilde ön plana çıkar, zira ikrar ve yemin diğer tarafın iradesine, kesin hüküm ise başka kesin delillere bağlıdır<sup>40</sup>. Dolayısıyla hukuki işlemde doğan ve 2.500 TL sınırını aşan bir hakkın ispat edilebilmesi için kural olarak yazılı bir delile, diğer bir deyişle yazılı bir şekle ihtiyaç bulunmakta olduğu söylenebilir. **Berkin**'in yerinde ifadeyle senet, “[y]azılı şeklin âdeta hukuki sembolüdür.”<sup>41</sup>

İspat şekli geçerlilik şeklinden farklı olarak işlemin geçerliliğiyle alakalı değildir. İşlem ispat şekline uyulmamış olsa da geçerli şekilde hükümlerini ve sonuçlarını doğuracak, ne var ki talep sahibi mahkeme önüne geldiğinde bu engele takılacaktır. Ancak ikrar veya yemin ve konuyla ilgili kanundan kaynaklanan istisnalar söz konusu olduğunda<sup>42</sup> ispat şeklinin yarattığı engel atlatılabilecektir. Bu yönüyle ispat şeklinin geçerlilik şeklinden farkı açıkça ortaya konabilir. Geçerlilik şekli sağlanmadığında, ispat şekline uyulmuş yahut ikrar veya yemin sağlanmış bile olsa, işlem hiçbir şekilde sonuç doğurmayacaktır<sup>43</sup>.

İspat şekline ilişkin kurallar geçerlilik şeklinden farklı olarak emredici kurallar değildir. Zira bunlar kamu düzenini ilgilendirmemektedir. Taraflar, yapacakları bir delil sözleşmesi (HMK m. 193) ile senetle ispat zorunluluğunu bertaraf edebilirler<sup>44</sup>. Ayrıca belli istisnaların varlığı hâlinde<sup>45</sup> ispat şek-

---

kendisini diğerinin vicdanına teslim etmekte, onu bir kez daha düşünmeye yönlendirmektedir. Dolayısıyla delilden çok savunmanın son kez tekrar edilmesi olarak addedilebilecektir (**Konuralp**, Halûk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1999, s. 11; **Göksu**, s. 56).

<sup>39</sup> 2011 yılı için 590 TL olan bu sınır, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 2500 TL olarak uygulanmaktadır. Daha önceki değer yaklaşık 4 katı olan bu yeni sınırın, senetle ispat zorunluluğu uygulanması bakımından ciddi bir azalma meydana getireceği söylenebilir (**Göksu**, s. 55).

Söz konusu para değerinin yıllar içindeki değişimin tablosu için bkz. **Nomer**, s. 84.

<sup>40</sup> **Deliduman**, s. 419-420; **Karşlı**, s. 495.

<sup>41</sup> **Berkin**, s. 1181'den naklen.

<sup>42</sup> Bkz. **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 490 vd.; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 410; **Karşlı**, s. 492; **Yavaş**, s. 231.

<sup>43</sup> **Kuru**, Baki / **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder, Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 389; **Deliduman**, s. 431; **Yavaş**, s. 117; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 101.

<sup>44</sup> **Konuralp**, Halûk, Medenî Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Olgaç Basım-Yayın-Dağıtım, Ankara, 1988, s. 29; **Konuralp**, İspat Kuralları, s. 58; **Postacıoğlu**, İlhan E., Medenî Usul Hukuku Dersleri, 1911 Sayılı Kanuna Göre Yazılmış 6. Bası, Sulhi

linden vazgeçilebilir, geçerlilik şeklinde ise böyle bir durum söz konusu değildir<sup>46</sup>.

İspat şeklinin incelemesi yapılırken doğrudan senet konusuna girişmekten önce, ispat hukuku sistemimizde yer alan belge, delil başlangıcı kavramlarına değinmek, bunların senetle olan bağlantısını açıklığa kavuşturmak gerekir.

### *ii. Belge Kavramı*

Belge kavramı, bir üst kavram olarak HMK m. 203'te düzenlenmiştir. Buna göre “[u]yuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.” Dolayısıyla belge kavramı içine, gerek yazılı gerekse yazılı olmayan veriler girmektedir. Söz konusu tanım yapılırken Bilgi Edinme Hakkı Kanunu<sup>47</sup>, nundaki tanım esas alınmıştır<sup>48</sup>.

Bu tanımdan belge kavramının iki unsuru olduğu söylenebilir<sup>49</sup>:

İlk unsur belgenin bir bilgi taşıyıcısı olmasıdır. Bilgi taşıyıcısı unsuruna kanunda verilen örnekler sınırlı sayıda değildir. Kanunda sayılanlar bunun en tipikleşmiş örnekleridir.

İkinci unsur belgenin uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli bilgiler taşımasıdır. Belgede yer alan bilgilerin Türkçe olmasının gerekliliği bulunmamaktadır, ancak yabancı dilde yazılmış belgelerin tercümesinin de mahkemeye sunulması zorunludur. Mahkeme, kendiliğinden veya karşı tarafın talebi üzerine belgenin resmî tercümesini de isteyebilecektir<sup>50</sup> (HMK m. 223).

---

Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1975, s. 593; **Deliduman**, s. 432; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 459 vd., **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 467 vd.

<sup>45</sup> İstisnalar için bkz. **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 490; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 407; **Karşlı**, s. 506; **Hatemi / Gökyayla**, s. 43.

<sup>46</sup> **Kılıçoğlu**, s. 162.

<sup>47</sup> **Bilgi Edinme Hakkı Kanunu**, Kanun No: 4982, Kabul Tarihi: 9 Ekim 2003, Resmî Gazete ile yayın ve İlânı: 24 Ekim 2003 – Sayı 25269, Yürürlük Tarihi: 24 Nisan 2004.

<sup>48</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 471.

<sup>49</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 471; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 388; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2008 (HMK Gerekçe), s. 236-237.

<sup>50</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 472.



Belge ile senet arasındaki ilişki ise şöyle ortaya konulmalıdır: Belge kavramı, tanımdan da anlaşılacağı üzere senetten daha geniş anlaşılmalıdır, dolayısıyla her senedin yazılı bir belge olduğu söylenebilir. Ancak aksi önerme geçerli olmaz, yani mevcut uyumsuzlukla ilgili iradenin dış aleme yansımaları sağlayan herhangi bir bilgi taşıyıcısı belge olarak kabul edilecektir, ancak her belge senet sayılmaz<sup>51</sup>.

Bu konuda önem arz eden düzenleme, güvenli elektronik imza ile ilgilidir. Bigisayar ortamında güvenli elektronik imza ile hazırlanmış veriler senet olmadıkları hâlde belgedir. Buna karşılık bunlar ispat kuvveti bakımından senet hükmündedirler (HMK m. 205 f.2)<sup>52</sup>.

### *iii. Delil Başlangıcı Kavramı*

Senetle ispatın şart olduğu bir durumda, elde senet bulunmuyorsa, varsa bir delil başlangıcına<sup>53</sup> da başvurulabilir. Delil başlangıcıyla birlikte sunulan tanık veya diğer takdiri deliller, senedi ikame edebilecektir<sup>54</sup>. Bu şekilde senetle ispat zorunluluğu ortadan kalkmış olmaktadır. HMK m. 206'da düzenlenen delil başlangıcı kavramının üç temel unsuru bulunmaktadır:

Her şeyden önce ortada bir belge bulunmalıdır<sup>55</sup>. Belgenin mutlaka yazılı olması gerekmemektedir. Yazılı olmayan fotoğraf, film, görüntü, ses kaydı gibi belgeler de diğer şartları sağladıklarında delil başlangıcı olabilecektir.

Bu belge, aleyhine ileri sürülen kimse veya onun temsilcisi tarafından verilmiş ya da gönderilmiş olmalıdır. Elden verilmiş olan bir belge ile gönderilmiş bir belge aynı değere sahiptir. Gönderi elektronik yoldan da gerçekleşmiş olabilecektir<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 471.

<sup>52</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 472.

<sup>53</sup> HUMK m. 292'de delil başlangıcı olabilmenin bir şartı da yazılı olma idi (Bu kavram ve unsurları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 39 vd.). HMK bu şartı belge olma olarak değiştirmiş, böylece bu kavramın uygulama alanı eskiye göre epeyce genişlemiştir (Göksu, s. 58).

<sup>54</sup> Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 147; Karşlı, s. 508.

<sup>55</sup> Bkz. yukarıda 1, b, i.

<sup>56</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 489; Göksu, s. 58.

Fiziksel belgelerde, bir kişiye aidiyet el yazısı ile tespit edilebilirken, elektronik belgelerde aidiyet ancak farazi olarak kurulabilmektedir<sup>57</sup>.

Bu iki şartla beraber son olarak, söz konusu belge ispat edilmek istenen hukuki işlemi muhtemel göstermelidir. Diğer bir deyişle, belgeden işlemin varlığı hakkında tam ve kesin bir kanaat elde edilmese de, az ama yeterli bilgi mevcut bulunmalıdır<sup>58</sup>.

#### *iv. Senet Kavramı*

Senet, en güvenilir ispat vasıtalarından biridir: Değişebilen insan sözlelerinden, bunları duyan zayıf bir belleğin etkilerinden en az şekilde etkilenir<sup>59</sup>. Diğer delillere göre daha doğru, emin ve objektif niteliği haizdir. Buna bağlı olarak ciddi bir ispat değerine sahiptir<sup>60</sup>.

Senet, kelime olarak yazılı tanık anlamına gelmektedir<sup>61</sup>. Genel olarak, fikir, kanaat ve düşüncelerin dış aleme yazılı bir belge olarak yansımaları, maddileşmesi olarak tarif edilebilir<sup>62</sup>. Dar ve teknik anlamda ise senet, bir kimsenin hazırladığı ve aleyhine sonuç doğuracak bir yazılı belgedir<sup>63</sup>. Senette yer alan beyanın mutlaka bu amaçla yapılmış olması aranmaz, ancak bu sonuca yol açabilecek nitelikte olmasına bakılır, dolayısıyla bu şekilde tesadüfen oluşturulan metinler de senet niteliği taşıyabilir<sup>64</sup>.

Senetin unsurları HMK’da<sup>65</sup> veya TBK’da açık olarak belirtilmemiştir<sup>66</sup>, dolayısıyla bir belgenin ne zaman senet vasfını taşıdığı öğretici tarafından

<sup>57</sup> Göksu, s. 59.

<sup>58</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 489; Göksu, s. 58.

<sup>59</sup> Berkin, s. 1176; Karlı, s. 498.

<sup>60</sup> Deliduman, s. 419.

<sup>61</sup> Almandaca ise, senet için “*Urkunde*” terimi kullanılmaktadır. Bu terim, “*Ur*” (geçmiş) ve “*Kunde*” (tanık) kelime parçalarından oluşmaktadır. Bu anlamda senet, geçmişte gerçekleşen olaya tanık olan belge olarak tanımlanabilir (Bkz. Deliduman, s. 414).

<sup>62</sup> Deliduman, s. 414; Berkin, s. 1177.

<sup>63</sup> Deliduman, s. 414; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 472; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 388; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 101; Yavaş, s.114; Postacıoğlu, s. 596; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, Demir&Demir Yayınları, Ankara, 2001, s. 2073.

<sup>64</sup> Deliduman, s. 415; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 388; Nart, s. 213; Yavaş, s. 115.

<sup>65</sup> HMK m. 203’ün gerekçesinde (HMK Gereke, s. 236) senedin tanımından bir kısıtlamaya yol açılmaması amacıyla bilinçli olarak kaçınıldığı belirtilmiştir. Amaç gelişmelere engel olmamaktır.

<sup>66</sup> HMK’da yalnızca belgeyi düzenleyen m. 203’te senet kavramına değinilmektedir.

tespit edilmiştir<sup>67</sup>. Buna göre söz konusu kabul için belgenin maddi ve manevi olmak üzere iki unsuru taşıması aranmaktadır<sup>68</sup>.

*Manevi unsur*, senedin ispat edilmek istenen vakıa ile ilgili olarak bir irade beyanını içeriyor olmasıdır<sup>69</sup>. Senet içeriğinde belgelenen irade beyanıyla alakalı tam bir bilginin yer alması şarttır<sup>70</sup>.

*Maddi unsur* ise, senedi oluşturan belgenin dış alemde bir varlık bulmuş olması, bir nesne üzerinde görülebilir hâle gelmiş olmasıdır<sup>71</sup>. Dış alemde varlık bulan belgenin yazılı olması gerekir. Yazılı olmaktan kasıt ise, senedin içeriğinin kalıcı hâle gelmesini sağlayan bir metnin varlığıdır<sup>72</sup>. Senedin kullanılabilmesi için metin içeriğinin objektif olarak anlaşılabilir bir içerikte yazılmış olması gerekmektedir<sup>73</sup>. Bunu sağlaması koşuluyla yabancı bir dilde kaleme alınmış olabilir<sup>74</sup>. Yalnız yabancı dilde yazılmış senedi kullanan taraf, bunun tercümesini de mahkemeye sunmalıdır<sup>75</sup> (HMK m. 223).

Ayrıca senet metninde yazıyla cisimleşen bu irade beyanının, aleyhinde kullanılabilecek kişiye ait olduğunun tespit edilebiliyor olmalıdır, bu da imza<sup>76</sup> ile anlaşılır<sup>77</sup>. İşte bir kişinin kendine has özelliklerini taşıyan imza,

<sup>67</sup> **Deliduman**, s. 413; **Taşpınar Ayvaz**, s. 324.

<sup>68</sup> **Berkin**, s. 1177.

<sup>69</sup> **Berkin**, s. 1177; **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 473.

<sup>70</sup> **Deliduman**, s. 422.

<sup>71</sup> **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 473; **Taşpınar Ayvaz**, s. 325.

<sup>72</sup> **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 473; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 388; **Taşpınar Ayvaz**, s. 325; .

Metnin mutlaka senet aleyhinde delil olarak kullanılacak kişinin el yazısıyla yazılmış olmasına gerek yoktur, sadece onun imzasını taşıması yeterlidir (Bkz. **Deliduman**, s. 417).

<sup>73</sup> **Deliduman**, s. 418; **Yavaş**, s. 115.

<sup>74</sup> **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 472; **Nart**, s. 214; Karş. aşağıda dn. 84.

<sup>75</sup> **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 472.

<sup>76</sup> İmza, Alman Hukukunda senet delili bakımından zorunlu bir unsur değildir. Bkz. **Nart**, s. 211 ve özellikle orada dn. 12'de yer alan **Stein**, Friedrich / **Jonas**, Martin / **Leopold**, Dieter, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Band 2 (§§91-252), Tübingen, 1994, vor § 415 RdNr.3; **Thomas**, Heinz / **Putzo**, Hans, Zivilprozessordnung, 24. Aufl., München 2002, s. 764; **Schellhammer**, Kurt, Zivilprozeß, Gesetz-Praxis-Falle, Ein Lehrbuch, 8. Neuarbeite Auflage, Heidelberg, 1999, s. 252.

<sup>77</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 473; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 390; **Deliduman**, s. 417; **Taşpınar Ayvaz**, s. 325; **Postacioğlu**, s. 597; **Konuralp**, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 45.

belgede bulunan söz konusu irade beyanının o kişiye ait olduğuna işaret eder<sup>78</sup>.

Bu unsurlar tamam değilse, ortada usul hukuku anlamında bir belge bulunmakla beraber bu, senet olarak kabul edilemez.

Senetler, düzenleyen kişi ve ispat gücüne göre adi ve resmî olarak ikiye ayrılır. Adi senet, resmî bir makamın katılımı olmaksızın taraflarca düzenlenir<sup>79</sup>. Resmî senette ise, senedi düzenleyen resmî bir makamdır<sup>80</sup>. Bu resmî makam, kural olarak noterdir<sup>81</sup>.

Bunun dışında usulüne uygun güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş elektronik veriler de adi senet hükmünde değerlendirilir<sup>82</sup> (HMK m. 390).

### c- Geçerlilik ve İspat Şekli Arasındaki İlişki

Şekil kuralı, yukarıda açıklandığı üzere, hukuki işlemin geçerliliği için öngörülebileceği gibi salt ispat amacıyla da öngörülmüş olabilecektir. Şekil serbestisi esas olduğu için, şekil kuralının her şeyden önce açıkça koyulmuş olması aranır (TBK 12 f.1).

Kanunda özel bir açıklık bulunmadığı durumda getirilen şekil kuralı geçerliliğe ilişkindir (TBK m. 12 f.2). Tarafların öngördükleri şekil kuralları için de aynı yaklaşım söz konusudur, kural olarak kararlaştırılan şekle uyulmadıkça işlem geçerli olmaz (TBK m. 17 f.1).

Geçerlilik şekli ile ispat şekli arasındaki ilişkiyi tespit eden iki temel ilke mevcut bulunmaktadır:

İlk ilke, *maddi hukuk açısından geçerlilik şeklini sağlayan bir senetin aynı zamanda usul hukuku açısından da ispat vasıtası olarak kabul edilen bir senet olmasıdır*. Geçerlilik şartını yerine getiren kişinin ayrıca ispat ba-

<sup>78</sup> Berkin, s. 1177.

<sup>79</sup> Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 480; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 391; Karşlı, s. 503; Deliduman, s. 420.

<sup>80</sup> Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 476; Postacıoğlu, s. 604; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 394; Karşlı, s. 505; Deliduman, s. 423.

<sup>81</sup> Nart, s. 219; Reisoğlu, s. 93; Postacıoğlu, s. 597. Ayrıca bkz. ve karşı. yukarıda dn. 16.

<sup>82</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 390; Karşlı, s. 504; Orta, Mesut, Elektronik İmza ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 136; Erturgut, Mine, "Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza", Bankacılar Dergisi, Sayı 48, 2003, s. 66-79, s. 71.

kımından da başka şekilde uyması kendisinden beklenemez. Zira geçerlilik şeklinin amaçlarından biri de ispatı kolaylaştırmaktır. İspat bakımından getirilen şeklin ikrar ve yemin gibi başka bazı kesin delillerle ikame edilebilmesi mümkünken, geçerlilik şeklinde bu mümkün değildir<sup>83</sup>. Dolayısıyla bu husus da göz önüne alınacak olursa, ispat şekli olarak getirilen şekil kuralının geçerlilik bakımından getirilen şekil kuralına göre bir *minus* (daha azı) olduğu kabul edilmeli, ve geçerlilik bakımından getirilen şekil kuralına uyan kişinin evleviyetle ispat şeklini de sağlamış olduğu kabul edilmelidir<sup>84</sup>.

İkinci ilke ise, *usul hukuku bakımından ispat şeklinin sağlayan bir senedin, mutlaka geçerlilik şeklini de sağlamayacağıdır*. Diğer bir ifadeyle, ilk ilkenin tersi geçerli olmayacaktır. Zira ispat şekli, yukarıdaki paragrafta belirtildiği üzere, geçerlilik şekline göre bir *minus*'tur. Geçerlilik şekli, ispat şekline göre daha sert modalitelere tabi tutulmuş olabilecektir. Örnek olarak, bilgisayarda yazılmış ve kağıda basılmış imzalı bir vasiyetname, ispat hukuku bakımından senet vasfını taşısa da, el yazılı olma (nitelikli adi yazılı şekil) şartını yerine getirmediği için geçerli olmayacaktır. Yine başka bir örnek kefalet sözleşmesinin şekli bakımından verilebilir. Kefalet sözleşmesinin tarihi, kefalet yükünün azamî miktarı ve müteselsil kefalet veriliyorsa, bunu belirten ifadenin kefilin el yazısı ile yazılmış olması bir geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Bunların yer almadığı ve fakat kefalet iradesini ortaya koyan bir belge usul hukuku bakımından senet vasfını taşımakla beraber maddi hukuk bakımından geçersizdir<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 275.

<sup>84</sup> 03.11.1928 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'da Türk harflerini kullanma mecburiyeti bulunmaktadır. Öğretide bir görüş, bu mecburiyeti dayanak göstererek, bir belge sadece Arap harfleriyle yazıldıysa, bunun maddi hukuk anlamında geçerlilik şartını yerine getirmiş olacağını, ne var ki usul hukuku anlamında senet olarak hüküm ifade etmeyeceğini savunmaktadır. Bunlar ancak (yazılı) delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. (Bkz. Kuru, C.II, s. 2075; Deliduman, s. 421; Yavaş, s. 117).

Söz konusu görüş kabul edilecek olursa, yukarıda anılan temel ilkenin bir istisnasından bahsedilmek gerekecektir. Öğretide bir başka görüş ise, burada getirilen düzenlemenin sadece cezai ve inzibati bir yaptırıma yol açabileceğini, dolayısıyla da ispat hukuku yönünden bir sonuç doğurmayacağını kabul etmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 275 ve orada dn. 12). Biz, bu konuda ikinci görüşe katlıyoruz.

<sup>85</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 275-276.

## 2- TBK m. 14 f.2 Düzenlemesi

### a- Düzenlemenin Maddi Hukuk Bakımından Getirdikleri

#### i. Genel Olarak

TBK m. 14 f.2 düzenlemesinde adi yazılı şekle ilişkin bir yenilik getirilmektedir.

Düzenlemenin eski hâlinde (EBK m. 13 f.2) yalnızca imzalı mektup ve aslı borç altına giren tarafından imzalanmış telgrafın yazılı şeklin koşullarını sağlayacağına ilişkin düzenleme bulunmakta idi. Söz konusu düzenlemenin İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan İsv. BK m. 14 f.2, telgrafın kullanılmaması, imzalı mektubun da yazılı şeklin geçerlilik şartlarını karşılaması gerekçeleriyle kaldırılmıştır<sup>86</sup>. Bizde ise, gerek eski düzenlemenin bu kısmı korunmuş, gerekse de ilgili yeni düzenleme eklenmiştir.

Kural olarak adi yazılı şeklin iki gereği bulunmaktadır, bunlar yazılı metin ve onu kapatan altındaki imzadır (TBK m. 14 f.1). Bu şartlardan “yazılı metin” kural olarak özellik arz etmez: Yazılı metnin oluşturulmasında yazının üzerine yazıldığı veya yazının bizzat kendisiyle yazıldığı madde, metni oluşturan kişi, metni yazanın kullandığı dil –anlaşılabilir olması kaydıyla- özel önem taşımamaktadır<sup>87</sup>. Asıl belirleyici ve önemli olan unsur borç altına giren kişinin imzasıdır. İmza ise, irade beyanında bulunan kişiyi belirleyecek bir işarettir ve beyan sahibinin eliyle atılması şarttır<sup>88</sup> (TBK m. 15 f.1).

İşte TBK m. 14 f.2'ye eklenen ilgili tümce, adi yazılı şekil bakımından varolan düzenlemenin alternatif görünüm biçimlerini genişletmiş bulunmaktadır, dolayısıyla da âdeta yeni imza ikameleri yaratmış olmaktadır. Buna göre, teyit edilmiş olmak kaydıyla faks ve benzer iletişim araçlarıyla veya güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler yazılı şekil yerine geçecektir. Görüldüğü üzere, metin unsuru (fiziki veya elektronik olarak) söz

<sup>86</sup> **Yeniocak**, Umut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler, Genel Hükümler, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 18; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 282.

<sup>87</sup> **Tuğ**, s. 54; **Altaş**, s. 73; **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 150; **Kılıçoğlu**, s. 118-119; **Nomer**, s. 71; **Eren**, s. 245; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 113.

<sup>88</sup> **Tuğ**, s. 56-57; **Altaş**, s.73; **Guggenheim**, CoRo, Art. 15, N. 3 vd.; **Oğuzman / Öz**, C.I, s. 155; **Kılıçoğlu**, s. 119; **Eren**, s. 246; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 114.

konusu düzenlemelerde de yine yer almakta, ancak imza eksikliği başka şekillerde giderilmek istenmektedir.

### **ii. Teyit Edilmiş Olmak Kaydıyla Faks (ve Benzeri Araçlarla) ile Gönderilip Saklanabilen Metin**

Teyit edilmiş faks bakımından incelemeye matuf olan başlıca iki önemli husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi faksı kimin teyit edeceği, ikincisi ise faksın nasıl teyit edileceğidir. Üçüncü ve ek olarak akla gelebilecek bir başka husus ise, faksın ne sürede teyit edilmesi gerektiğidir. Kanun metninde bu hususlara ilişkin herhangi bir bilgilendirme yer almamaktadır. Dolayısıyla konu tartışmaya açılacaktır.

İlk husus olan faksı kimin teyit edeceği noktasında iki farklı yaklaşımda bulunulabilir.

İlk yaklaşımda **faksı teslim alan kişinin teyidine** ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. Nitekim TBK Gereğesinde de faksı alanın teyidinin gerektiği söylenmiştir<sup>89</sup>. Öğretide de genel olarak bu yaklaşımın benimsendiği gözlemlenmektedir<sup>90</sup>. Ancak bu bakış açısı, faksı gönderdiği düşünülen kişi

<sup>89</sup> TBK Gereğçe, s. 30: “Ancak, söz konusu iletişim araçlarıyla gönderilen metinlerin yazılı şekil yerine geçmesi için, bunları alanlar tarafından teyit edilmiş olması şarttır.”

Kanunun gereğesi, kanunun kendisi gibi bağlayıcı bir özellik taşımaz. Gereğçe, şüphesizdir ki kanunun yorumlanmasında kullanılabilir (Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, İstanbul, 2011, s. 73).

Tarihi özne yorum metodunda kanunun gereğesi, kanun koyucunun iradesini göstermesi yönünden büyük bir önem taşır. Zira bu metotta, kanun maddesine âdeta kanun koyucunun irade ilkesine göre yorumlanacak vasiyetnamesi gibi bakılır. Dolayısıyla gereğçe de bu iradeyi yansıtmakta olduğu için özellikle dikkate alınır. Benzer açıklamalar, bir adım daha ileride olmak üzere, tarihsel nesnel yorum metodu için de geçerlidir. Bu metodun bir öncekinden farklılığı kanun koyucunun iradesinin meydana gelen gelişmelerle birlikte dikkate alınması noktasındadır.

Ne var ki modern eğilim güncel nesnel yorum metodunun kullanılmasından yanadır. Bu metotta kanun koyucunun iradesi sadece bir tutamak noktası, bir yönlendiricidir. Belirleyici unsur, kuralın izlediği amaçtır (Yorum metodları için bkz. Oğuzman / Barlas, s. 66 vd.; Serozan, Rona, Medenî Hukuk Genel Bölüm – Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 130-131).

Biz de bu son metodun izlenmesi ve yorumun kuralın amacından yola çıkılarak yapılması gerektiğini düşünüyoruz (Bkz. aşağıda 2, c).

<sup>90</sup> Oğuzman/Öz, C.I, s. 154; Öz, Turgut, “Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. Mehmet Murat İnceoğlu, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 21; Yeniocak, s.19.

bakımından önemli bir riskin doğmasına yol açacaktır. Olabilir ki, faksı alan kişinin kendisine gönderide bulunduğunu sandığı kişi, faks metniyle hiç bir alakası olmayan ve bir dolandırıcılık faaliyetinde bilgileri kullanılmış bir başka kişidir. Bu durumda sözleşmenin faksı alanın teyidiyle kurulduğunu kabul etmek, bu kişinin (faksı gönderdiği zannedilen) kendisinin yaratmadığı, sebep olmadığı bir risk alanının onun aleyhine sonuç doğurmuş olmasına izin vermek anlamına gelir.

İkinci yaklaşım ise, **faksı gönderen kişinin teyidine** ihtiyaç duyulmasıdır<sup>91</sup>. Bu durumda yukarıda ilk yaklaşımda gönderen bakımından sözü edilen tehlikeyi bertaraf etmek mümkün olacaktır. Yalnız bu durumda kuralın mahiyeti ile ilgili de şu açıklamayı yapmak icap edecektir: Şayet faksı gönderenin teyidinin gerektiği kabul edilecek olursa, getirilen şekil kuralı sadece irade beyanının hükümlerini doğurmaya başladığı an bakımından bir öncelenme sağlayacak<sup>92</sup>, bunun dışında pratik bir faydayı haiz olmayacaktır. Şöyle ki, yazılı olarak yapılmış bir öneriye karşı faks yoluyla kabul beyanı gönderildiğinde, orijinalinin gönderilmesiyle (teyidin verilmesiyle) beraber kabul beyanı faksın varlığı andan itibaren geçerli olacağından, sözleşme de faksın gönderildiği tarihten itibaren hükümlerini doğurmaya başlayacaktır (TBK m. 11). Ne var ki teyit gönderilmediği takdirde faks metnindeki kabulün herhangi bir fonksiyonu olduğundan söz edilemeyecektir.

İkinci husus olan faksın nasıl teyit edileceği konusunun da netleştirilmesi gerekmektedir. Bu konuda da birbirinden farklı yaklaşımlar yapılabilecektir:

İlk olarak yapılabilecek yaklaşım çerçevesinde ileri sürülebilecek olan düşünce, ki bunun ileri sürülebilmesi için ön kabullenme faksı teslim alan kişinin teyit göndermesi olacaktır, karşı tarafın da eş düzeyde bir iletişim yöntemiyle teyidi gerçekleştirmesidir. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde faksı alanın **bir başka faks göndermek suretiyle teyitte** bulunabileceği söylenebilecektir<sup>93</sup>.

Bu görüşün alternatif bir görünüm tarzı, faksı alanın herhangi bir şekilde mesela **telefon ya da başka bir iletişim aracı yoluyla teyidi** sağlamasıdır.

<sup>91</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 301; Kılıçoğlu, s. 119.

<sup>92</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 300.

<sup>93</sup> Bkz. bu görüşte Oğuzman / Öz, C. I, s. 154.



Madde metninin açıklık içermemesi böyle bir geniş yoruma yol verebilir<sup>94</sup>. Ancak bu alternatif görünüm, ilk gönderiyle eş düzeyde bir iletişim yöntemi kullanılmadığı için yerinde bulunmayabilir, sonuçta yazılı şekilde amaçlanan kişiyi bir kez daha düşünmeye sevk etmek ve hukuki güvenlik mülahazalarıdır. Burada ise, imzanın yanında herhangi bir bir metin de olmaksızın teyidin gerçekleştirilmesine şüphe ile bakılmak gerekir.

Bir başka alternatif görünüm, faksı alanın *adi yazılı şekilde teyit* göndermesinin şart görülmesidir, ancak bunun da pratik olmayı hedef tutan bir süreci daha da sofistike ve yararsız hâle getirmesi yönünden bu hâliyle dikkate alınmayacağı ileri sürülebilir. Ancak faksla teyidin bir *minus* olarak yeterli kabul edildiği yukarıdaki varsayımda, bu şekilde bir teyit, evleviyetle (*a fortiori*) dikkate alınacaktır.

İkinci olarak yapılabilecek yaklaşım çerçevesinde ileri sürülebilecek düşünce, faksı gönderenin yazılı şekli sağlayan şekilde, yani *daha önce faks olarak gönderdiği el yazısıyla imzalı metnin orijinal hâlini faksı alana fülen göndererek teyitte* bulunmasıdır<sup>95</sup>. Bu şekilde, yukarıda teyidi kimin vermesi gerektiği noktasında değindiğimiz, kişinin kendi yaratmadığı risk alanından dolayı kişisel sorumluluğu hiçbir surette meydana gelmeyecektir. Dolayısıyla da optimum çözüm sağlanmış olmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi bu şekilde, pratik bir mülazaha ile getirilmiş olan hüküm sadece irade beyanının hükümlerini doğuracağı anı (veya bu bağlamda sözleşmenin kurulma anı) geriye çekmeye hizmet etmektedir<sup>96</sup>. Bununla beraber yasal şeklin temel amaçlarından birinin kişiyi bir kez daha düşünmeye sevk etmek ve hukuki güvenlik olduğu nazara alınacak olursa, bu düşünce

<sup>94</sup> **Yeniocak**, s. 19.

<sup>95</sup> Bkz. bu görüşte **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 301: Yazar, bu hususun TBK'da açık seçik belirtilmemiş olmasını eleştirmektedir.

<sup>96</sup> Örneğin, 1 Ocak 2012'de gönderilen faks metninin ardından orijinal imzalı metnin kendisi 4 Mart 2012'de gönderilecek olursa, irade beyanı 1 Ocak 2012'den itibaren geçerlilik kazanmaktadır (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 300).

Nitekim İsviçre Mahkemeleri, mahkemeye dilekçelerin sunulmasında sürelerin kaçırılmaması bakımından benzer bir yaklaşımı kabul etmekte ve uygulamaktadır. Buna göre ilgili sürenin son gününde dava dilekçesinin faks olarak gönderilmesi ve daha sonra el yazısıyla imzalanmış aslının mahkemeye sunulması yeterli kabul edilmektedir (Bkz. **Gauch**, Peter / **Schluep**, Walter R. / **Schmid**, Jörg / **Rey**, Heinz / **Emmenegger**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, B.I, 9. Aufl. Zürich 2008, N. 518a)."

yerindelik taşımaktadır. Aynı zamanda bu şekilde aşağıda açıklanacağı üzere usul hukuku sistemi bakımından meydana gelebilecek olası bir karmaşa da önlenmiş olmaktadır<sup>97</sup>.

Son olarak faksın teyit edilmesi bakımından bir süre sınırlaması kanunda yer almamaktadır. Bu bir eksiklik olarak kabul edilebilir. Yukarıda belirttiklerimiz arasında hangi yaklaşım kabul edilirse edilsin, teyidin makul bir süreyle kısıtlanması gereği açıktır<sup>98</sup>. Diğer türlü, teyit zamanının ucunun ilanihaye açık bırakılması nedeniyle çeşitli karışıklıklar meydana gelebilecektir. Bu noktada kıtas, kanaatimizce dürüstlük kuralı (MK m. 2 f.1) olmalıdır.

Öte yandan, aynı madde metninde faksa benzer araçlarla kurulan iletişimde teyidin aynı etkiyi sağlayacağı belirtilmektedir. Bunların neler olabileceği düşünülebilir. İçinde bulunduğumuz dönemde akla ilk olarak gelebilecek araçlar, bilgisayar üzerinden gönderide bulunulabilen e-posta ve mesajlar, yani elektronik ortamdaki iletişim cihazlarından yapılan elektronik gönderiler olacaktır. Ancak bu noktada şüphe ile hareket etmek gerekecektir. TBK m. 14 f.2'nin devamında, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş metinlerden ve bunların da yazılı şekli sağlayacağından bahsedilmektedir. Bunların arasına e-posta ve diğer elektronik mesajların girdiği aşikârdır. Aynı düzenleme içinde yasanın hem güvenli elektronik imzalı hem de teyit edilmiş bu türden metinlere yer vermesi, kanun koyucunun bu noktada bir sınırlandırma getirmek istediğini düşündürmelidir. Şayet güvenli elektronik imza olmaksızın sadece teyit edilmiş olma da (bu başlık altında yukarıda yaptığımız açıklamalar kapsamında uyarlanmak suretiyle (*mutatis mutandis*)), bu tip metinler bakımından yazılı şeklin sağlanması bakımından yeterli görülebiliyorsa<sup>99</sup> bu, ciddi bir çelişki meydana getirecektir: Bir tarafta kolaylıkla yapılabilecek bir teyit faaliyeti, diğer tarafta prosedürel zorluklar içeren güvenli elektronik imza kullanımı. Bu durumun mantıki tutarlılık barındırmamasının yanı sıra ayrıca güvenli elektronik imzanın kullanılma popülaritesini pratik gerekçelerle iyiden iyiye düşüreceği de söylenebilir.

<sup>97</sup> Bkz. aşağıda **2, b** altındaki açıklamalarımız.

<sup>98</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, (s. 301), teyidin *derhal* yapılması gerektiğine işaret etmektedir.

<sup>99</sup> Yukarıda teyidin nasıl yapılacağına ilişkin aktardığımız ilk yaklaşım kabul edildiğinde, bu durum belirgin olarak görülebilecektir. Diğer yaklaşımda zaten her hâlükârda el yazısı ile oluşturulmuş bir imza ile kapatılmış metnin gönderilmesi söz konusu olacağından böyle bir çelişkinin oluşacağından söz edilemez.

### ***iii. Güvenli Elektronik İmza ile Gönderilip Saklanabilen Metin***

Güvenli Elektronik imza, el yazılı imzanın diğer bir ikamesini oluşturur<sup>101</sup>. Elektronik imza, 2004 yılında kabul edilip yürürlüğe giren 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun<sup>102</sup> (EİK) 3. Maddesinin b bendinde “[B]aşka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama ile elektronik veri” olarak tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle, el yazısıyla atılan imzanın doğurduğu hukuki sonuçları elektronik belgeler açısından gerçekleştirmeye yarayan bir şifreleme programıdır, bir sayısal kombinasyondur<sup>103</sup>. Dolayısıyla bu açıdan el yazılı imzayla yapısal olarak hiçbir bağlantısı olmayan bir kavramdır. EİK sadece güvenli elektronik imzayı esas almış ve imzanın güvenli sayılabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesini aramıştır. Bu koşullar şöyle sıralanabilir<sup>104</sup> (EİK m. 4):

Münhasıran imza sahibine bağlı olma,

Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulabilme,

Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğini tespit edebilme,

İmzalanmış elektronik veride daha sonradan bir değişiklik olup olmadığını saptayabilme.

Güvenli elektronik imza, bu unsurları sağladığından internet ortamında işlem yapan kimsenin güvenilir biçimde tespit edilebilmesini sağlar.

<sup>100</sup> Bkz. bu yönde **Oğuzman / Öz**, C. I, s. 154.

<sup>101</sup> Ancak her türlü işlem elektronik imza ile gerçekleştirilemez. Bu kısıtlamalar hakkında bilgi için bkz. **Orta**, s. 139 vd.

<sup>102</sup> **Elektronik İmza Kanunu**, Kanun No: 5070, Kabul Tarihi: 15 Ocak 2004, Resmî Gazete ile yayın ve İlânı: 23 Ocak 2004 – Sayı 25355, Yürürlük Tarihi: 23 Temmuz 2012.

<sup>103</sup> **Kılıçoğlu**, s. 121-122; **Reisoğlu**, s. 91; **Erturgut**, s. 68; **Orta**, s. 103; **Sağiroğlu**, Şeref / **Alkan**, Mustafa, Elektronik İmza ve Uygulamaları, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 2007/ 56, s. 53 vd.

<sup>104</sup> Bkz. **Erturgut**, s. 70.

2004'te EİK'yla birlikte, EBK m. 14'e de "[G]üvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir," hükmü eklenmiştir. Bu hükmün sözü, ispat şekliyle ilgili bulunmaktadır. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun geçerlilik şekliyle ilgili düzenleme getirmesi bakımından öğretide eleştirilmiştir<sup>105</sup>. TBK m. 14'de yer alan yeni hüküm ise, geçerlilik şekline ilişkin düzenlemede bulunduğundan isabetlidir. Bu sözel değişiklik dışında esasa etkili bir yenilik söz konusu değildir<sup>106</sup>.

### **b- Düzenlemenin Usul Hukukuna Etkisi**

Yukarıda maddi hukuk bakımından belirtildiği üzere, düzenlemenin güvenli elektronik imza kısmının usul hukukuna da bir yenilik getirdiği söylenemez. Diğer taraftan ise, teyit edilmiş faks kavramının usul hukukunun senetle ispat sistemi bakımından bir değişiklik öngörüp öngörmediği ciddi şekilde tartışmaya açılabilir. Bu tartışmada, maddi hukuk bakımından yukarıda açıklanan düşüncelere göre iki farklı yaklaşımda bulunulabilecektir.

İlk yaklaşım, teyit alanın faks ile teyit vermesi gerektiği düşüncesinin kabul edildiği durumda ortaya koyulabilecektir: Faksı alanın bu şekilde gerçekleştirdiği teyit geçerlilik şekli bakımından gereklilikleri sağlamaktadır. Bu noktada yazılı şeklin tanımının bu şekilde değişmiş olmasından hareketle yine bir yol ayrımına gelindiği söylenebilir. Acaba salt yazılı şeklin bu şekilde tanımının değişmiş olması usul hukukunu ve dar ve teknik anlamıyla "senet" kavramını nasıl etkiler? İki farklı düşünce üzerinden cevap verilebilir:

**"Teyit edilmiş faks, "senet" niteliğinde değildir.":** Bu düşünceye göre usul hukuku bakımından karşılıklı gönderilmiş olan faks metinleri el ile atılmış bir imza ile kapatılmamış olduğundan senet niteliğinde sayılmamalıdır. Senedin tanımında yer alan temel unsurlar eksiktir. Teyit edilmiş faks metinleri, ancak "belge" ve gerekli koşulları sağladıkları hâlde "delil başlangıcı" niteliği taşıyacaktır<sup>107</sup>. Söz konusu düşünce, geçerlilik şekline uyulduğu

<sup>105</sup> **Hatemi / Gökyayla**, s. 48.

Yine de söz konusu dönemde elektronik imzanın geçerlilik koşulunu sağladığı sonucuna EİK m. 5 f.1(İlgili maddede elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı belirtilmektedir) üzerinden varılmaktaydı (Bkz. **Nomer**, s. 72; **Kılıçoğlu**, s. 122).

<sup>106</sup> **Öz**, s. 21.

<sup>107</sup> Bkz. yukarıda **1,b,i ve ii**.

vakit, bunun ispat bakımından da işe yarayacağı ilkesiyle<sup>108</sup> bağdaşmamakla beraber, usul hukukunda HMK ile getirilen yeni sistemle uyum içinde bulunmaktadır. Dolayısıyla bu durumun anılan ilkeye bir istisna oluşturduğu kabul edilmelidir. Sözü geçen düşünce dikkate alınacak olursa, teyit edilmiş faksın, ilgili hukuki işlemin geçerlilik gereklerini yerine getirmekte ve maddi hukuk anlamında hüküm doğurmakta olduğu ancak ispat şekli sağlanamamış olduğu için, usul hukuku açısından senet ve dolayısıyla kesin delil vasfı taşımadığı sonucuna varılacaktır.

**“Teyit edilmiş faks, “senet” niteliğindedir.”:** Bu düşünceye göre, usul hukukundaki senet tanımının zaten maddi hukuktan ödünç alındığı, maddi hukuk bakımından getirilen işbu yeniliğin senet kavramının da tanımını değiştirmiş olacağı kabul edilebilir. Bu durumda, varılacak sonuç ciddi anlamda bir değişiklik gösterecektir, zira senetle ispata ilişkin usul kurallarının da yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Bu kural, TBK ile birlikte yürürlüğe girdiğinden daha önce yürürlüğe girmiş olan HMK'nın sistemine bir farklılık getirmektedir, aynı konuda sonraki kanun olarak da HMK'nın kurallarını değiştirmiş olacaktır (*Lex posterioris derogat lex anterioris*). Söz konusu düşünce, geçerlilik şeklinin sağlanmasının ispat şeklini de yerine getireceği temel ilkesiyle bağdaşmaktadır. Ancak HMK'nın öngördüğü ispat hukuku kurallarına göre normalde sadece belge veya delil başlangıcı sayılması gereken bir metin kesin delil vasfına yükseltilmiş olacağı için, bu yapının sistematik bütünlüğü, bu kural nedeniyle zarar görmüş olacaktır.

İkinci yaklaşım, teyidin gönderen tarafından el ile imzalanmış bir metni daha sonra gönderilmesiyle sağlanması bakımından ortaya koyulabilecektir. Bu yaklaşım çerçevesinde, usul hukuku sistemi bakımından varılacak sonuçlar daha kabul edilebilir özelliktedir. Zira bu durumda yukarıda belirtildiği üzere<sup>109</sup> maddi hukuktaki geçerlilik şekli bakımından büyük bir yenilik getirilmiş olmayacaktır. Düzenlemenin getirdiği yenilik sadece irade beyanının (veya sözleşmenin) hükümlerini doğurduğu ana etkilidir. Bu anlamda maddi hukuktaki senet tanımı da değişmiş olmaz. Usul hukuku da, herhangi bir tartışma söz konusu edilmeksizin, kendi getirdiği ispat araçları sistemi bütünlüğünde muhafaza edilmiş ve çelişkiler önlenmiş olur. Öte yandan geçer-

---

<sup>108</sup> Bkz. yukarıda **1, c.**

<sup>109</sup> Bkz. yukarıda **2, a, ii.**

lilik şeklinin ispata da hizmet ettiği ilkesiyle de bağdaşmayan bir yorum yapılmasına da gerek kalmaz.

### c- Konuyla İlgili Görüşlerin Değerlendirilmesi

Maddi hukuk bakımından gerek şeklin amacını oluşturan hukuk güvenliği, gerek irade beyanında bulunanı düşünmeye sevk etme amacı, gerekse de bir kişinin kendi oluşturmadığı risk alanının zararlı neticelerine katlanmaması gerektiği kanaati bizi teyidi faksı gönderenin vermesi ve bunu da özel olarak faks yoluyla gönderdiği belgenin orijinalini (el yazısıyla imzalanmış metin) makul bir süre zarfında karşı tarafa daha sonra sunmak yoluyla yapması gerektiği noktasında ikna etmektedir. Buna karşı ileri sürülebilecek pratik faydayı azaltma iddiası ise, söz konusu menfaatlerle karşılaştırıldığında kanaatimizce dikkate alınmamalıdır. Öte yandan usul hukuku bakımından yaptığımız sistem analizinde de bu sonucun evla olduğu kanaatine evleviyetle varılmaktadır. Zira diğer yaklaşım, aktarıldığı üzere ya geçerlilik şekli-ispata şekli ilişkisine hakim olan temel prensiplerle çelişen sonuçlara yol açmakta ya da ispat hukuku sisteminin kendi içinde yarattığı bütünlüğe halel getirmektedir.

### SONUÇ

Hukuki işlemler alanında kural, şekil serbestisi olmakla birlikte kanun koyucu bazı işlemler bakımından bir şekle uyulmasını gerekli görebilir veya taraflar aralarındaki işlemi özel bir merasim dahilinde yapmayı arzu edebilirler. Duruma göre adi yazılı şekil, nitelikli adi yazılı şekil veya resmî şekil türlerinden biri söz konusu olabilir.

TBK m. 14 f.2, adi yazılı şekille ilgili olarak bir yenilik getiren bir düzenleme içermektedir. Bu düzenlemeye göre göre, teyit edilmiş olmak kaydıyla faks ve benzer iletişim araçlarıyla veya güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler yazılı şekil yerine geçecektir.

Bu düzenlemenin ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Düzenlemenin güvenli elektronik imza ile ilgili olan kısmı önemli bir değişiklik getirmemekte, sadece öğretide eleştirilen bir durumu düzeltilmiş bulunmaktadır. Düzenlemenin bugünkü hâline karşılık gelen eski versiyonunda TBK geçerlilik şekliyle alakalı düzenleme getirdiği hâlde, ispat şekliyle ilgili düzenleme getirdiği sonucu çıkarılabilecek bir lafza sahip olması sorunu giderilmiştir.

Teyit edilmiş fakstan ne anlaşılması gerektiği konusunda da değişik yaklaşımlar ortaya atılabilecektir. Zira kanunda doğrudan doğruya teyidin kim tarafından, nasıl ve hangi süre içinde yapılacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu konuda kanaatimiz faksı gönderen kişinin makul bir süre içinde el yazısıyla imzalanmış (faks olarak) gönderilen metnin aslının karşı tarafa ulaştırılması gerektiği noktasında şekillenmiştir. Görüşümüz kabul edildiğinde, şüphesiz getirilen düzenleme sadece irade beyanının hüküm ifade edeceği an (bazı durumlarda sözleşmenin kurulma anı) bakımından ufak bir değişiklik meydana getirmiş olacağı söylenebilir. Ancak bir kişinin gönderisini kendisinin yapmadığı faks metninin yaratabileceği olumsuzluklara katlanmaması ve şekil kuralının düşünmeye sevkeden fonksiyonu dikkate alındığında aksi görüşün savunulmasındaki sakıncalar rahatlıkla görülebilecektir. Yine düzenlemenin usul hukuku bakımından olası etkisi nazara alındığında savunduğumuz görüşün isabeti farkedilebilecektir. Aksi düşünceler ya çeşitli karışıklıklara ya da usul hukuku bakımından sistematik düzenin bozulmasına yol açabilecektir.

#### KAYNAKÇA

- Altaş, Hüseyin** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Berkin, Necmeddin M.** “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 4 (1946), s. 1175-1192.
- Deliduman, Seyithan** “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S.1-2 (2000), s. 413-435.
- Eren, Fikret** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Yayınları 12. Bası, İstanbul, 2010.
- Ermeneç, İbrahim** “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı I-II (Haziran-Aralık 2000), çevrimiçi kopya, s. 1-38. [http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4\\_8.-pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4_8.-pdf)

**Erturgut, Mine** “*Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza*”, Bankacılar Dergisi, Sayı 48, 2003, s. 66-79.

**Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Schmid, Jörg / Rey, Heinz / Emmenegger, Susan** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, B.I, 9. Aufl. Zürich 2008

**Göksu, Mustafa** “*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2011, s. 53-65.

**Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

**Karlı, Abdurrahim** Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları işlenmiş ve gözden geçirilmiş, 2. Baskı, Alternatif, 2011.

**Kılıçoğlu, Ahmet** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara, 2011.

**Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı)** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 4. Bası, İstanbul, 2008.

**Konuralp, Halûk** Medenî Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Olgaç Basım-Yayım-Dağıtım, Ankara, 1988. (“*Yazılı Delil Başlangıcı*”)

**Konuralp, Halûk** Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1999. (“*İspat Kuralları*”)

**Kuru, Baki** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, Demir&Demir Yayınları, Ankara, 2001. (“*C. II*”)

**Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder** Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

**Nart, Serdar** “*Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2007, s. 207-232.



**Nomer, Halûk Nami** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yenilenmiş Onuncu Bası, Beta, İstanbul, 2011.

**Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami** Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, İstanbul, 2011.

**Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I , 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. ("C. I")

**Orta, Mesut** Elektronik İmza ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

**Öz, Turgut** "Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. Mehmet Murat İnceoğlu, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

**Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** Medenî Usûl Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

**Postacıoğlu, İlhan E.** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1911 Sayılı Kanuna Göre Yazılmış 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1975.

**Reisoğlu, Safa** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Bası, Beta, İstanbul, 2011.

**Sağiroğlu, Şeref / Alkan, Mustafa** Elektronik İmza ve Uygulamaları, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 2007/ 56.

**Taşpınar Ayvaz, Sema** "Türk Borçlar Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla ilgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1) 2012, s. 321-349.

**Tekinay, Selâhattin Sulhi** "La Forme Volontaire", Travaux de la 5eme Semaine Juridique Turco-Suisse, La Forme Dans Les Actes Juridiques, Journées d'İstanbul, 13-20 Avril 1975, Publication de l'Institut de Droit Comparé de l'Université d'İstanbul, s. 181-189.

**Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atillâ** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

**Thévenoz, Luc / Werro, Franz (éds.)** Commentaire Romand, Code des Obligations art 1-529, Helbing & Lichtenhahn, Geneve – Bale – Munich, 2003. (“CoRo”)

**Tuğ, Adnan** Türk Özel Hukukunda Şekil, İkinci Baskı, Mimoza, Konya, 1994.

**Yeniocak, Umut** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik

# 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK HASILAT (ÜRÜN) KİRASININ SONA ERMESİ

Ar. Gör. Gülşah Sinem AYDIN\*

## ABSTRACT

Recently, in view of growing economic and social conditions, debt relations which arise from usufructuary lease contracts, can cause rising to numerous conflicts. Provisions related to “Usufructuary lease” which are located between 270<sup>th</sup>-298<sup>th</sup> articles in Code of Obligations dating from 1926, were regulated for many emerging disputes of prevailing conditions of economic, social and technological developments. In this study, it is aimed to conduct the principles and distinctions related to many particular disputes which are related to cessation of usufructuary lease. According to the effect of new Turkish Code of Obligations which is going to enter in force on July 1, 2012, principles related to cessation of usufructuary lease is determined in comparison existing Obligations Code and new Turkish Obligations Code.

## KEYWORDS

Usufructuary lease, Cessation of usufructuary lease, Turkish Code of Obligations

## ÖZET

Hasılat kirası sözleşmelerinden doğan borç ilişkileri, gelişen ekonomik ve sosyal koşullar karşısında günümüzde çok sayıda ihtilafa sebebiyet vermektedir. 85 yıldır yürürlükte bulunan 1926 tarihli Borçlar Kanununun 270-

---

\* T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

298 maddeleri arasında yer alan “Hasılat kirası”na ilişkin hükümler, o günün koşullarına göre düzenlenmiş olmakla birlikte ekonomik, sosyal ve teknik gelişmelerle birlikte ortaya çıkan birçok uyumsuzlukta uygulama alanı bulmaktadır. Bu çalışma hasılat kirasının sona ermesi ile ilgili esasların ve ayrımların belirlenebilmesi ve bu konuda doğabilecek uyumsuzlukların tespiti amacıyla yapılmıştır. 1 Temmuz 2012 tarihinde 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girecek olması sebebiyle hasılat kirasının sona ermesi ile ilgili esaslar gerek mevcut ve gerekse yeni Türk Borçlar Kanunu bakımından karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

### **ANAHTAR KELİMELER**

Hasılat kirası, Hasılat kirasının sona ermesi sorunu, Türk Borçlar Kanunu

### **GİRİŞ**

Gün geçtikçe uygulamada daha önemli hale gelen kira sözleşmesi türlerinden biri de “hasılat kirası”dır. Hasılat kirası sözleşmesinin kullanımı, son zamanlarda özellikle büyük alışveriş merkezlerinde, hava ve deniz limanlarında artış göstermektedir. Buna paralel olarak hasılat kirasının sona erme halleri de önem kazanmıştır. Bu bağlamda çalışmamızın konusunu hasılat kirasını sona erdiren sebepler oluşturmaktadır.

Ancak belirtelim ki çalışmamızın konusu Borçlar Kanununun hasılat kirasına ilişkin bölümünde düzenlenen özel sona erme sebepleri ile sınırlıdır. Bu sebepten ötürü çalışma içerisinde, yer yer değinmekle birlikte, hasılat kirasının konusunun çatılı işyeri olması durumunda, 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerinin mi yoksa hasılat kirasına ilişkin özel sona erme sebeplerini düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerinin mi uygulanması gerekeceği sorununa kapsamlı olarak değinmedik.

Borçlar Kanununun “Kira” başlığını taşıyan sekizinci babının ikinci faslında m.270-298 arasında yer alan “Hasılat kirası”, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 357 vd. maddelerinde, “Ürün kirası” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu bağlamda, hasılat kirasının sona ermesinin ortaya çıkarabileceği sorunlar incelenirken, Türk Borçlar Kanununun ürün kirası ile ilgili hükümlerinin mevcut yürürlük-

teki Borçlar Kanunu hükümleri ile karşılaştırılması ve getirilen değişikliklerin belirlenmesi de çalışmamızın konusu kapsamındadır.

## II- GENEL OLARAK HASILAT KİRASININ SONA ERMESİ

Kira sözleşmesi Borçlar Hukukunun genel esaslarından doğabilecek sebeplerle sona erebileceği gibi, BK.'daki kira sözleşmesine ilişkin maddeler arasındaki mevcut özel sona erme nedenleri ile de sona erebilir. Tarafların karşılıklı anlaşmaları, kiralananın kiraya verenin kusuru olmaksızın tamamen yok olması, kiracının kiralananına malik olması gibi sebepler genel esaslardan çıkan sebepler olarak mevcut iken; kira sözleşmesinin süresinden önce taraflarca önemli sebepler yüzünden sona ermesi, sürenin sona ermesi, feshi ihbar, kiracının ölümü, sözleşmeye aykırılık halinde kiraya veren tarafından fesih, kiracının iflası halinde yasa gereği sona erme ve kiracının temerrüdü gibi nedenler ise mevcut BK'nın 285-291 maddelerinde düzenlenen hasılat kirasının özel sona erme sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>1</sup>.

TBK'da 367 - 371 maddelerinde düzenlenen ürün kirasının sona erme sebepleri genel hatları ile mevcut kanun ile paralellik göstermekle birlikte, farklılık arz ettiği hususlar da mevcuttur. Bu bağlamda yeni kanunda ve mevcut kanunda yer alan sona erme sebeplerinin birbirinden farklılaştığı noktalara değinmekte fayda vardır.

## III- BELİRLİ SÜRELİ HASILAT KİRASI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

### 1- Kira Süresinin Sona Ermesi (BK m.287; TBK m. 367)

Hasılat kirası sözleşmesi süreye bağlanmadan yapılabileceği gibi, taraflarca sözleşme kurulurken belirli bir süre de tayin edilebilir. Bu halde belirli süreli hasılat kirası söz konusudur<sup>2</sup>. Bunun yanında, örf, adet veya teamülen

<sup>1</sup> TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt: I/2. 4.Tıpkıbası, İstanbul, 1989, s. 194; ÖZTÜRK Gülay, **Teori ve Uygulamada Hasılat Kirası**, 1.Baskı, 2010, s. 291; ALTAŞ Hüseyin, **Hasılat ve Şirket Kirası**, Ankara, 2010, s. 251.

<sup>2</sup> ÖZTÜRK s. 291; ALTAŞ, s. 252; CANSEL Erol, **Türk Hukukunda Hasılat Kirası**, Ankara, 1953, s. 135.

de bir hasılat kirası sözleşmesi süreli sayılabilir<sup>3</sup>. BK. m.287'ye göre, “Kira, muayyen bir müddet için akdolunup da bu müddetin hitamında kiralayanın malumatiyle ve muhalefeti olmaksızın kiralananın istimaline devam olunduğu yahut mukavelede fesih hakkında gösterilen ihbarı iki taraftan hiçbiri yapmadığı takdirde; hilafına mukavele de yok ise, bir senelik bir müddetin hitamından altı ay evvel ihbar suretiyle fesholuncaya kadar seneden seneye akit tecdit edilmiş sayılır.” Buna göre, süreli hasılat kirası sözleşmesinde öngörülen sürenin dolması ile kira ilişkisi kendiliğinden sona erecektir<sup>4</sup>.

Ancak tarafların dilerse sürenin geçmesine rağmen sözleşmeye son vermeyip karşılıklı anlaşma ile sözleşmenin süresini uzatma imkanları da vardır. Karşılıklı anlaşma yanında, kararlaştırılan sürenin sonunda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği bahsinde kanunda öngörülen diğer istisna ise kira sözleşmesinin süresinin sona ermesine rağmen kiracının kiralananı kullanmaya devam etmesi, bu durumdan kiraya verenin haberdar olması ve karşı koymaması halinde sözleşmenin zımnen yenilenmesi durumudur<sup>5</sup>.

BK m.287'ye göre, sözleşmede öngörülen süre bittiği halde kiraya verenin açık ya da zımni muvafakati ile kiracının kiralananı kullanması veya sözleşmede öngörülen ihbarın iki taraftan birince yapılmaması halinde sözleşme seneden seneye yenilenmiş sayılacaktır. Başka bir deyişle, sözleşme bir yıllığına yenilenecektir<sup>6</sup>. Bu halde, aksine bir sözleşme yoksa bir yıllık sürenin bitiminden altı ay önce ihbar gönderilmek suretiyle fesih olununcaya

<sup>3</sup> ALTAŞ, s. 252.

<sup>4</sup> ALTAŞ, s. 252; ÖZTÜRK, s. 291; TANDOĞAN, s. 195; “Taraflar arasındaki akdi ilişki düzenlemesi Borçlar Kanununun 270. vd. maddelerinde yapılan hasılat kirası sözleşmesi ile kurulmuştur. Yanların kira süresinin (1.6.2004) – (31.5.2005) tarihlerini kapsadığında başka bir deyişle 1 yıl olduğunda uyuşmazlıkları yoktur. Belli bir süre ile yapılan hasılat kirası sözleşmesi kural olarak bu sürenin geçmesi ile ve tarafların başka bir hukuki işlemde bulunmaları gerekmeksizin sona erer. Olayda sözleşmenin suskun kalma ile yenilenmesini hükme bağlayan BK. 287. madde hükmünün uygulanmasını gerektiren bir durumda söz konusu olmadığından, mahkemece davanın red edilmiş olmasında yasaya aykırılık yoktur.”, Yarg. 14. HD. 20.03.2006 T, 2005/11918 – K, 2006/3148 (www.kazanci.com, 20.1.2012).

<sup>5</sup> YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Tıpkıbası, İstanbul, 2009, s. 378; CANSEL, s. 130; ALTAŞ, s. 252.

<sup>6</sup> ALTAŞ, s. 252; CANSEL, s. 130.

kadar sözleşme seneden seneye yenilenmiş sayılmaya devam edecektir<sup>7</sup>. Görüldüğü gibi, bahsedilen hallerin mevcudiyetinde adi kiradan farklı olarak belirli süreli hasılat kirası sözleşmesi, belirsiz süreli bir sözleşmeye dönüşmek yerine her sene için yeniden bir yıllık uzamış sayılmaktadır. O halde belirsiz süreli bir hasılat kirası sözleşmesinin, ancak başlangıçta süresiz olarak yapılması halinde söz konusu olacağını, belirli süreli bir hasılat kirası sözleşmesinin süresiz hale dönüşmeyeceğini söyleyebiliriz<sup>8</sup>.

Borçlar Kanununun 287.maddesi, Türk Borçlar Kanununun 367. maddesine karşılık gelmektedir. Söz konusu yeni düzenlemeye göre;

*“Belirli süreli kira sözleşmesi, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.*

*Ancak, tarafların örtülü olarak sözleşmeyi sürdürmeleri halinde, aksi kararlaştırılmadıkça, kira sözleşmesi birer yıl için yenilenmiş sayılır.*

*Yenilenen kira sözleşmesi yasal bildirim süresine uyularak, her kira yılının sonu için feshedilebilir.”*

Buna göre kural olarak belirli süreli ürün kirası sözleşmeleri kararlaştırılan sürenin sonunda sona erer. TBK m.358’de ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağına dair yapılan atıf dolayısıyla TBK m.367, kira sözleşmeleri bahsindeki

<sup>7</sup> “BK m. 287 uyarınca hasılat kirasında süresi bittiği halde kiralayanın açık veya zimni muvafakatiyle kiracının kiralananı kullanması veya sözleşmede öngörülen ihbarı iki taraftan birinin yapması halinde akit seneden seneye yenilenmiş sayılır. Bu gibi durumlarda bir senelik bir müddetin hitamından altı ay önce feshi ihbar kiracıya tebliğ edilmek suretiyle ancak o senenin sonunda tahliye davası açılabilir. Bu koşul yerine getirilirse tahliye için başka bir sebep aramaya gerek kalmaz. Olayımızda; eski malikle davalı arasında 21.4.1995 başlangıç ve 31.12.1997 bitim tarihli kira akdinde kiralanan demirbaşları ile birlikte kamping olarak kiralananmıştır. Kiralananın Borçlar Kanunu hükümlerine tabi hasılat kirası olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu durumda yukarıdaki esaslar çerçevesinde ihtar çekilip dönem sonunda dava açılması gerekir. Davacının 29.12.1999 tarihinde keşide ettiği ihtar dava açıldığı yıla nazaran kira akdinin hitamından itibaren 6 ay öncesini kapsamadığından davanın süre yönünden reddi gerekirken yazılı şekilde tahliye kararı verilmesi hatalı olmuştur”, Yarg. 6. HD. 26.3.2002 T.2002/1972-2182 K.,( www.kazanci.com, 20.1.2012).

<sup>8</sup> ALTAŞ, s. 252.

genel hükümler arasında yer alan TBK m.300 ile birlikte değerlendirildiğinde; 367.maddede, m.300/2’de “*Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle herhangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli süreli dir.*” şeklinde zaten öngörülmüş olan belirli süreli olma niteliğinin sonucunun bir kez daha ortaya konulduğu görülmektedir. Zira sonuçta kural, belirli süreli kira sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin sonunda kira sözleşmesinin “kendiliğinden” sona ermesidir<sup>9</sup>. Bunun yanı sıra, 367. maddede, 818 sayılı Borçlar Kanununun 287’nci maddesinin “ *bu müddetin hitamında kiralayanın malümatıyla ve muhalefeti olmaksızın kiralananın kullanılmasına devam olduğu yahut mukavelede fesih hakkında gösterilen ihbarı iki taraftan hiç biri yapmadığı takdirde*” şeklindeki açıklamaya yer verilmeyerek “örtülü olarak” ibaresi ile yetinilmiştir. Yeni düzenlemede, mevcut kanunda öngörülen yenilenen kira sözleşmesinin senelik süresinin sonundan 6 ay öncesinde ihbar yapılması yoluyla fesholunması hususu ise, 367’nci maddenin son fıkrasında “*yasal bildirim süresine uyularak*” şeklinde ifade edilmiştir. Şu halde yeni düzenleme uyarınca, TBK m.367/son, m.368 ile birlikte değerlendirildiğinde, mevcut düzenlemeye paralel şekilde, en az altı aylık bir yasal bildirim süresine uyularak kira yılı sonu için sözleşmenin feshedebileceğini söyleyebiliriz.

## 2- Kira Süresinin Bitiminden Önce Sona Erme

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, belirli süreli hasılat kirası sözleşmesi, zımni olarak yenilenmesi söz konusu değilse, kural olarak sürenin dolması ile sona erecektir<sup>10</sup>. Bunun dışında kural olarak sürenin bitmesinden evvel sözleşmenin sona erdirilmesi imkanı yoktur. Meğerki BK m.286 (TBK m.369) uyarınca önemli sebeplerden dolayı sözleşmeyi sona erdirme ya da BK m.289<sup>11</sup> uyarınca kiraya verenin fesih hakkına sahip olduğu hallerden biri mevcut olsun<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Kira Sözleşmesi**, İstanbul, 2011, s. 252.

<sup>10</sup> ALTAŞ, s. 252; CANSEL, s.135; ÖZTÜRK, s. 291.

<sup>11</sup> TBK’da karşılığı bulunmamaktadır.

<sup>12</sup> ALTAŞ, s. 253; CANSEL, s. 135.



### **a- Sözleşmenin Önemli Nedenlerden Dolayı Feshini Bildirme ile Sona Ermesi (BK m. 286; TBK m. 369)**

BK m.286'ya göre, “Kira birden ziyade seneler için akdedilmiş ise mu-  
cibi akdin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebepler hudusunda iki  
taraftan her biri diğerine tam bir tazminat vermek ve kanuni müddetlere  
riayet etmek şartıyla akdi hitamından evvel feshedebilir.

*Bu takdirde, kiralayana veya kiracıya verilecek tazminat bir senelik ki-  
radan aşağı olamaz.*

*Kiracı, kendisine tazminat verilmedikçe kiralananı terke icbar oluna-  
maz.”*

Anılan maddede öngörülen fesih<sup>13</sup> gerek kiraya veren gerek kiracı tara-  
findan kullanılabilir bir haktır<sup>14</sup>. Bu madde adi kiradaki BK m.264'ün  
(TBK m.331) karşılığını oluşturur. İki maddeyi karşılaştırdığımızda şu tes-  
pitler yapılabilir: Adi kirada belirli süreli kira sözleşmesinin varlığı ve altı  
aylık kira bedelinin tazminatın alt sınırını oluşturması söz konusu iken, hası-  
lat kirasında birden ziyade seneler için yapılan bir kira sözleşmesinin varlığı  
ve bir yıllık kiradan az olmayacak bir tazminat alt sınırı mevcuttur. Ayrıca,  
adi kira sözleşmesinde BK m.264'ün uygulanabilmesi için kiralananın ta-  
şınmaz olması gerekirken, hasılat kirasında BK m.286 hükmünün uygulan-  
ması yönünden kiralananın taşınmaz olması şartı aranmamıştır<sup>15</sup>. Bu farklı-  
lıklar dışında diğer koşullar her iki maddede de aynıdır.

<sup>13</sup> Fesih, sürekli ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri, tek taraflı ve ileriye dönük olarak ortadan kaldırma imkanı veren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hak, tek taraflı ve muhatabına varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılır. Muhatabına varmakla birlikte de hüküm ve sonuçlarını ileriye etkili olarak doğurur. Yenilik doğuran bir hak olmasından ötürü şarta bağlanamaz ve kullanıldıktan sonra da geri alınamaz. Fesih de kendi içinde olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılabiliriz. Olağan fesih, sözleşme ilişkisi fesih beyanı muhataba ulaşmış belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkarken, olağanüstü fesih haklı sebeplerden dolayı fesih beyanının muhataba ulaşması ile derhal ortadan kalkar. Ancak ister olağan isterse olağanüstü fesih olsun, fesih beyanı etkisini daima ileriye etkili olarak doğurur, EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:3, 4. Bası, İstanbul, 1994, s. 457- 458.

<sup>14</sup> ÖZTÜRK, s. 296.

<sup>15</sup> ÖZTÜRK, s. 296; TANDOĞAN, s. 230; YAVUZ, s. 344.

Kuşkusuz kira sözleşmesi ile her iki taraf bir takım hak ve borçlar üstlenecektir ve bu yükümlülükleri içeren sözleşme hükümleri de, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden olan ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) ve dürüstlük kuralı ile bağdaştığı sürece tarafları bağlayacaktır<sup>16</sup>. Nitekim Türk Borçlar Hukuku sisteminde ahde vefa ilkesi son derece önemlidir. Bununla birlikte BK. m.286 hükmü sözleşmenin dayandığı şartlarda önceden öngörülemeden önemli değişikliklerin olması halinde taraflara sözleşmeye son verme imkanı vererek, *clausula rebus sic stantibus*<sup>17</sup> kuralının özel bir uygulama şekli olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>18</sup>. Günümüzde bu kuralın yerini işlem temeli teorisine bıraktığı kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Bu teoriler ışığında yapılan mevcut düzenlemeler sonucu görmekteyiz ki, belirli süreli hasılat kirası sözleşmelerini süresinden önce sona erdirmeye imkan tanıyan kanun koyucu, ahde vefa ilkesinin muhafazakar biçimde uygulanmasından sıyrılmakla beraber bu ilkenin bağlayıcı gücünü de yadsımayarak, süresinden önce sona erdirmeyi sıkı şartlara bağlamıştır<sup>20</sup>. Şöyle ki:

<sup>16</sup> ALTAŞ, s. 253; CANSEL, s. 135; Yarg. 14. HD. 3.5.2005 T.2004/9919 – 2005/4220 K., ÖZTÜRK, s. 334 vd. naklen.

<sup>17</sup> TEZCAN Mehmet, **Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması adlı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2004, s. 11: *Clausula rebus sic stantibus* ilkesi, taraflarca sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme şartlarında meydana gelen önemli derecedeki değişikliklerin sonucunda edimler arasındaki bozulan dengenin yeniden sağlanmasını amaçlaması bakımından sözleşme hukuku, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağının önemli köşe taşlarından birisidir. Doktrin ve Yargıtay kararlarında bu kavramı belirtmek için çeşitli terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bunlar arasında, “beklenmeyen hal şartı”, “sözleşmenin değişen şartlara uydurulması veya uyarlanması”, “işlem temelinin çökmesi veya sarsılması”, “emprevizyon”, “öngörülme haller”, “aşırı güçlük”, “ummazlık” sayılabilir; İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için, sözleşme şartlarında meydana gelen önemli değişikliklerin mutlaka sosyal felaket kapsamında değerlendirilebilecek olağanüstü bir hal olması şart değildir, iş hayatının görüşleri ve dürüstlük kuralı uyarınca işlem temelinin çökmesine sebebiyet verecek önem ve ağırlığa sahip bir olayın gerçekleşmiş olması da yeterlidir, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ a Armağan**, İstanbul, 2000, s. 513.

<sup>18</sup> TANDOĞAN, s. 230; CANSEL, s. 136.

<sup>19</sup> GÜMÜŞ, s. 267, dn. 839.

<sup>20</sup> ALTAŞ, s. 253.

**aa. Birden Çok Yıl İçin Yapılmış Bir Hasılat Kirası Sözleşmesi Bulunması**

Taraflardan birince önemli sebeplerden ötürü hasılat kirası sözleşmesinin feshini isteyebilmenin birinci şartı birden çok yıl için yapılmış bir hasılat kirası sözleşmesinin mevcudiyetidir<sup>21</sup>. Şu halde BK m.286 belirli süreli hasılat kirası sözleşmelerinde uygulanabilecektir. Zira belirsiz süreli bir hasılat kirası sözleşmesinde tarafların zaten her zaman BK m.285 uyarınca tazminat ödemeksizin en aşağı altı aylık bir ihbar müddetine uymak şartıyla fesih hakları bulunmaktadır<sup>22</sup>. Bu noktada akla şu soru gelebilir: Acaba, belirsiz süreli bir hasılat kirası sözleşmesinde taraflar 285.maddede belirtilen altı aylık süreden daha uzun bir süreyi fesih bildirme süresi olarak belirlemişlerse 286.maddeye kıyasen dayanmak mümkün olabilecek midir? *TANDOĞAN*'a göre bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Zira, kanun koyucu tarafından amaçlanan, önemli sebeplerin ortaya çıkması durumlarında tarafları 285.maddedeki fesih bildirim sürelerinden daha uzun zaman bağlı tutmamaktır<sup>23</sup>.

Türk Borçlar Kanununda madde 369, BK. m.286'yı karşılamaktadır. TBK m.369, BK m.286'nın mevcut aksaklıklarından büyük ölçüde arındırılarak yeniden yapılandırılmıştır. TBK m.369/1 uyarınca, taraflardan biri kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Görüldüğü gibi, yeni düzenlemede maddenin uygulanması, eskisinden farklı olarak, sadece belirli süreli ürün kiralalarına hasredilmemiştir. Bu da isabetli olmuştur. Zira, sürekli borç ilişkilerinin genel sona erme teorisi gerek belirli süreli, gerekse belirsiz süreli bir sürekli borç ilişkisinde

<sup>21</sup> TANDOĞAN, s. 231; ÖZTÜRK, s. 296; ALTAŞ, s. 253.

<sup>22</sup> ÖZTÜRK, s. 296; TANDOĞAN, s. 231.

<sup>23</sup> TANDOĞAN, s. 231; Bu görüş doğrultusunda, mesela taraflar aralarındaki belirsiz süreli hasılat kirası sözleşmesinde fesih bildirme süresini bir yıl olarak belirlemişlerse, her ne kadar olağan üstü fesih imkanı belirli süreli hasılat kirası sözleşmelerine özgülenmiş bir imkan olsa da, kanun koyucunun 286. maddeyi ihdas ederkenki amacına yönelik olarak, böylesi bir belirsiz süreli hasılat kirası sözleşmesinde dahi 286.maddenin tatbikini mümkün kılabiliriz.

haklı sebebin varlığı halinde taraflardan birinin karşı tarafa - kural olarak- tazminat ödemeksizin kullanılacağı bir fesih hakkı ile ilişkinin her zaman sona erdirilebilmesini gerektirir<sup>24</sup>. Bu noktada yukarıda değindiğimiz ihtimali hatırlayalım. Mesela 6 aydan fazla bir fesih bildirim süresinin öngörüldüğü belirsiz süreli kira sözleşmesinde haklı bir sebebin ortaya çıkması durumunda eskiden kıyasen uygulama yapılırken artık buna gerek kalmayacak ve belirsiz süreli bir ürün kirası sözleşmesinde de TBK. m.369 doğrudan uygulanabilecektir. Buna ek olarak kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerde yer alan ve BK m.264'ü karşılayan TBK m.331 hükmünün de, TBK m.369 ile birebir aynı şekilde düzenlendiğini belirtelim.

**bb. Kira İlişkinin Devamını Katlanılmaz Kılan Önemli Sebeplerin Mevcudiyeti**

Önemli nedenle sözleşmeyi sona erdirebilmek için ikinci olarak, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren *önemli sebepler* ortaya çıkmalıdır. Bu önemli sebepler, sözleşmenin kurulması anında tarafların sözleşmeye temel olarak kabul ettikleri kişisel ve maddi şartlarla ilgili nedenlerdir<sup>25</sup>. Bu sebepler sözleşmenin daha başlangıcında yahut devamı sırasında kendini gösterebilir<sup>26</sup>. Önemli sebeplerin neler olduğu Kanun hükmünde gösterilmemiştir. Bununla birlikte önemli sebeplerin, “*bunları ileri süren bakımından sözleşmeye devamın çekilmez hale geldiği iyiniyet kurallarına göre kabul edilebilecek nitelikte sebepler*” şeklinde tanımlandığı görülmektedir<sup>27</sup>. Mesela, kiracı ve kiraya veren arasında düşmanlık derecesinde anlaşmazlığın doğması, memuriyet nakli sebebiyle kiracının kiralananı terk etmesi gibi durumlar önemli sebep olarak değerlendirilebilir<sup>28</sup>. Ancak tarafın böyle bir iddia ile ilgili yasa hükmüne dayanabilmesi için, sözleşmenin kurulması

<sup>24</sup> GÜMÜŞ, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Kira Sözleşmesi, s. 266.

<sup>25</sup> YAVUZ, s. 344; TANDOĞAN, s. 232; ÖZTÜRK, s. 297.

<sup>26</sup> YAVUZ, s. 344; ÖZTÜRK, s. 297.

<sup>27</sup> Bu cümle YAVUZ, s. 344'den aynen alınmıştır; Benzer bir tanım için bkz. TANDOĞAN, s. 232; “Hakim önemli nedeni kendiliğinden göz önüne alamaz; o halde önemli nedenin varlığı ve ne olduğu sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafça belirtilmelidir.”, Yarg. 3.HD. 22.1.2001 T.2001/ 1467-2257K., ÖZTÜRK, s. 335 naklen.

<sup>28</sup> YAVUZ, s. 344.

esnasında önceden öngörülemeyen ve meydana gelmesinde kusurlu olmadığı durum ve koşullar olmalıdır. Başka bir deyişle, bu sebeplerin ortaya çıkabileceği önceden öngörülebilecek ise ya da sebebin doğmasında bu sebebi ileri süren tarafın kusuru varsa BK m.286 hükmüne dayanılarak fesih istenemez<sup>29</sup>. Zira hiç kimse kusuruna dayanarak hak iddia edemez. İleri sürülen sebeplerin ilişkiyi katlanılmaz hale sokup sokmadığının tespiti ise sözleşmenin kapsamı, amacı ile tarafların durumu dikkate alınarak iyiniyet kuralları çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulacaktır<sup>30</sup>.

Hasılat kirası açısından konuyu değerlendirdiğimizde, tarafların sözleşmeyi akdederken güttükleri amaçlarına ulaşmalarına engel olan ve kısa sürede ortadan kalkması mümkün olmayan hallerin gerçekleştiği durumlarda, kira ilişkisine devamın çekilmez bir hal aldığını kabul edebiliriz. Bu bağlamda, hasılat kirası ile kiracının kira konusunu kullanmayı, işletmeyi ve bunun sonucunda hasılat elde etmeyi, kiraya verenin ise kiracı tarafından kiraya verdiği şeyin işletilmesine katlanarak belirli bir kira bedeli almayı amaçladığını belirtmemiz önemlidir<sup>31</sup>. Örneğin, hasılat kirası şeklinde kiralanan zirai bir taşınmazda kuraklık nedeniyle istenilen ürünün elde edilememesi veya hasılat kirasına konu bir işletmenin faaliyet alanının daraltılması gibi haller sözleşmeye devamı çekilmez hale getirebilir<sup>32</sup>.

Bu konuda dikkat çekilmesi gereken son husus tazminattır. Yukarıda değindiğimiz gibi kimse kusuruna dayanarak hak iddia edemeyeceği için, burada sözleşmeye devamı katlanılmaz kılan durum taraflara isnadı kabul

<sup>29</sup> CANSEL, s. 137; YAVUZ, s. 344; ÖZTÜRK, s. 297; ALTAŞ, s. 255.

<sup>30</sup> ÖZTÜRK, s. 297; YAVUZ, s. 344.

<sup>31</sup> ALTAŞ, s. 254; CANSEL, s. 136-137.

<sup>32</sup> “Yanlarca imzalanan 16.6.1995 tarihli maden sahası işletme sözleşmelerinin süresi, beş yıldır. Bu süre 16.6.2000 tarihinde bitmektedir. Ne var ki; 7.7.1999 tarihinde fesih ihbarında bulunan davacı Pınarbaşı Madencilik Tic. San. Ltd. Şti. kiralanan maden sahalarının ekonomik ömrü kalmadığını ileri sürerek, sözleşmeyi kira döneminin sonunu beklemeden feshetmiştir. Sahaları inceleyerek sözleşmenin tarafı olan ve yerleri teslim alan basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken kiracının fesih için bildirdiği nedenler haklı değildir. Dolayısıyla davacı ve birleşen davanın davalısı kiracı şirketin vaktinden önce fesih bildirimini haksızdır.”, Yarg. 14. HD. 29.12.2005 T.2005/9206-12506 K (www.kazanci.com, 20.1.2012); “Kira parasının az olması sözleşmenin yerine getirilmesini tahammül edilemez duruma getiren nedenlerden değildir.”, Yarg. 3.HD. 22.5.1986, 5195/ 5293( www.kazanci.com, 20.1.2012).

olmayan bir hal olmalıdır<sup>33</sup>. Bununla birlikte BK m. 286'yı okuduğumuzda, maddenin lafzından şu sonuçlar çıkmaktadır:

Eğer hükmün lafzı ile yetinirsek, kira ilişkisinin devamını kendi kusuru ile çekilmez hale getiren tarafın da tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi süresinden önce sona erdirebilme imkanına sahip olacağını söyleyebiliriz. Ancak bu varılan sonuç adaletli olmaz. Kira ilişkisinin devamını kendi kusuru ile çekilmez hale getiren tarafın tazminat ödeyerek dahi sözleşmeyi süresinden önce sona erdirebilme imkanı bulunmamalıdır<sup>34</sup>.

İkinci olarak maddenin lafzı bizi, fesheden tarafın sanki her durumda mutlaka tam tazminat ödemesi gerektiği sonucuna götürmektedir. Ancak varılan bu sonuç da adaletli olmayacaktır. Zira durum maddenin lafzı gibi kabul edilirse, karşı tarafta meydana gelen kusurlu davranış sonucu doğmuş bir önemli sebebe dayanarak sözleşmeyi feshedecek ve kusursuz olan tarafın, sözleşmeyi bu sebebe dayanarak feshederken, kusurlu olan karşı tarafa tam tazminat ödemesi gerekecektir. İşte bu nedenle madde metninin sanki fesheden mutlaka tam tazminat öder şeklinde anlaşılması<sup>35</sup>, haklı sebebin ortaya çıkmasında taraflardan birisi kusurlu ise BK m.43-44 (TBK. m.51-52)'ün uygulanması sonucu kusurlu tarafa ödenecek tam tazminat tutarının en az düzeyde tutulması ve hakimin gerektiğinde tam tazminatın ödenmemesine dahi karar verebilmesi gerekir<sup>36</sup>. Hatta *ALTAŞ*'a göre tamamen objektif umulmayan bir olaydan ötürü sözleşmenin devamının çekilmez hale geldiği durumlarda sözleşme ileriye etkili bir biçimde ve hiç tazminat ödenmeksizin dahi sona erdirilebilmelidir<sup>37</sup>.

#### *cc. Tam Tazminat Ödenmesi*

BK m.286'ya göre, önemli sebepler nedeniyle kira ilişkisinin çekilmez hale geldiği iddiası ile sözleşmeyi süresinden önce feshetmek isteyen taraf,

<sup>33</sup> ALTAŞ, s. 255; CANSEL, s. 137; YAVUZ, s. 344.

<sup>34</sup> ALTAŞ, s. 255; CANSEL, s. 136; TANDOĞAN, s. 232.

<sup>35</sup> ALTAŞ, s. 255; Karşıt görüş için bkz. ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 233.

<sup>36</sup> Bkz. GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt:1, İstanbul, 2008, s. 404; Yazar benzer eleştiri ve çözümü adi kiraya ilişkin BK m.264 hükmü için getirmektedir.

<sup>37</sup> ALTAŞ, s. 255.

aynı zamanda karşı tarafa tam tazminat ödemeyi de teklif etmiş olmalıdır. Aksi durumda, bu fesih bildirim yapılmamış sayılacaktır<sup>38</sup>. Burada tam tazminat deyiminden müspet zarar tazmininin, yani sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmininin anlaşılması gerekir<sup>39</sup>. 286.maddenin ikinci fıkrasında bu miktarın bir yıllık kira bedelinden az olmayacağı belirtilmiştir. Öngörülen bu miktar asgari bir sınır teşkil eder. Nitekim, hakim olayın özelliğine, hal ve şartlarına göre daha yüksek bir miktara da hükmedebilecektir. Tazminatın azami sınırını ise sözleşme süresinin sonuna kadar ödenmesi gereken kira miktarı oluşturur<sup>40</sup>. Ayrıca kira sözleşmesinin süresinden önce sona ermesinden kiralayanın elde ettiği avantajlar veya sözleşmenin devamı halinde kiralayanın katlanması gereken menfaat kayıpları belirlenmeli ve indirim sebepleri göz önüne alınarak tazminat miktarından düşülüp tam tazminat belirlenmelidir<sup>41</sup>. Taraflarca karşılıklı anlaşma ile sözleşmenin çekilmez hale geldiği tespiti yanında herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmenin sona erdirilmesinin de kararlaştırılması hali tarafların tazminat haklarından feragat ettiği şeklinde yorumlanmalıdır<sup>42</sup>. Önemli sebepler nedeniyle feshi bildirmede öngörülen süre dolduğunda hasılat kirası sözleşmesi de sona erecektir<sup>43</sup>. Ancak karşı tarafça tam tazminat ödenmedikçe ya da bu miktar tevdi mahalline yatırılmadıkça kiracı kiralananı terke zorlanamayacaktır (BK m.286/3).

TBK m.369/2'de ise hakimin, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildirimiminin parasal sonuçlarını karara bağlayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, yeni düzenlemede tam tazminata hükmedilmesine ve tazminata ilişkin üst sınıra yer verilmemiştir. Artık hakim hal ve şartlara göre feshin parasal sonuçlarını karara bağlayacaktır. Getirilen düzenleme

<sup>38</sup> GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 403; ALTAŞ, s. 256; TANDOĞAN, s. 233-234; ÖZTÜRK, s. 298; Yarg. 3.HD. 22.1.2001,T.2001/1467-2257 K, ÖZTÜRK, s. 335 vd. naklen.

<sup>39</sup> TANDOĞAN, s. 234; CANSEL, s. 138; YAVUZ, s. 344; ÖZTÜRK, s. 298.

<sup>40</sup> TANDOĞAN, s. 234; ÖZTÜRK, s. 298.

<sup>41</sup> ALTAŞ, s. 257; ÖZTÜRK, s. 298; TANDOĞAN, s. 234.

<sup>42</sup> ALTAŞ, s. 257.

<sup>43</sup> TANDOĞAN, s. 234; ÖZTÜRK, s. 298.

isabetlidir. Zira sürekli borç ilişkilerinin genel sona erme teorisi, gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli bir sürekli borç ilişkisinin haklı bir sebebin varlığı halinde sözleşmenin her iki tarafınca, kural olarak karşı tarafa herhangi bir tazminat ödemeksizin kullanılacak bir fesih hakkı ile sona erdirilebilmesini gerektirir<sup>44</sup>.

#### **dd. Fesih Bildirim Sürelerine Uyulması**

Önemli sebeplerin ortaya çıkması halinde BK m.285’de öngörülen feshi ihbar sürelerine uyularak fesih beyanında bulunulması gerekmektedir. Buna göre, sözleşmeyle yahut örf ve adete göre aksine bir hüküm olmadıkça altı aylık bir feshi ihbar süresi söz konusudur. Ancak zirai taşınmaz söz konusu ise feshi ihbar için uygun zamanlar ilkbahar veya sonbahar mevsimleridir<sup>45</sup>. BK m.286’daki “*kanuni müddetlere riayet etmek şartıyla*” ifadesinden sona erdirme için uygun zamanı da anlamak gerekir<sup>46</sup>.

TBK m.369/1 ise önemli sebeplerin varlığı durumunda sözleşmenin *yasal fesih bildirim süresine uyularak* her zaman feshedilebileceğini söylemektedir. Yasal fesih bildirim süresi ise TBK m.368’de “*sözleşme ve yerel adetle belirlenmişse, en az altı aylık bir bildirim süresine uyulmak koşuluyla*” şeklinde belirlenmiştir.

#### **b- Kiraya Veren Fesih Hakkı (BK m.289; TBK’da karşılığı yoktur)**

Adi kiradaki BK’nın 256.maddesinin 2.fıkrasını karşılayan BK m.289’a göre, “*Kiracı kiralananın işletilmesine veya muhafazasına müteallik borçlarına ehemmiyetli bir tarzda muhalefet eder ve kiralayanın ihtarına rağmen ve tayin ettiği münasip bir mehil zarfında borçlarını ifa etmezse kiralayan başka bir muameleye hacet kalmaksızın akdi feshedebilir.*”

<sup>44</sup> GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 404; Yazar bu eleştiriyi BK m.264 hükmü için getirmektedir. Bununla birlikte bu eleştiri, tam tazminatın öngörüldüğü BK m.286 hükmü için de geçerlidir.

<sup>45</sup> ALTAŞ, s. 257; ÖZTÜRK, s. 298; TANDOĞAN, s. 233; CANSEL, s. 138.

<sup>46</sup> ALTAŞ, s. 257.



Maddeden de anlaşılacağı üzere, eğer kiracı sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini önemli surette yerine getirmezse, kiraya veren, belli koşullarda, sözleşmeyi süresinden önce feshetme hakkına sahip olmaktadır. Söz konusu tek taraflı, bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan fesih hakkı, gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli hasılat kirası sözleşmelerinde tanınmış bir imkandır<sup>47</sup>.

Öncelikle, BK m.289'da geçen *önemli surette ihlal* kavramı üzerinde durmamız gerekir. Kiracının özellikle hasılatı, işletmede ürünü ve geliri azaltıcı mahiyette davranışları, kiralananı zarar veren davranışlar önemli surette ihlal olarak değerlendirilebilecektir. Çünkü iyi işletilme kiraya veren açısından da önem arz eder. Zira kiraya veren de genellikle söz konusu hasılattan belirli bir pay almaktadır<sup>48</sup>. Önemli surette ihlal kavramına örnek olarak, kiracının kiraya verene gerekli esaslı tamiratları (BK m.273) ve üçüncü kişinin hak iddiasını ihbar etmemesi (BK m.275), şahsından kaynaklanan bir takım sebeplerle kiralananı tahsis amacına aykırı kullanımı sonucu (BK m.278/2) kiraya verenin zarara uğramasına yol açması halleri verilebilir<sup>49</sup>. Elbette ki, burada belirttiğimiz durumlar kiracının kiralananı kullanma ve işletmesi sonucu olmalıdır. Örneğin, kiralanda bir eskime mevcut ancak bu durum kiracının normal kullanımı dışındaki kusurundan ileri gelmiyorsa, tesisin tabii ömrünü tamamlaması söz konusu ise BK m.289 anlamında bir sözleşmeye aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Ayrıca aykırılığın kiralananı zarar vermemesi sözleşmeye aykırılık olgusunu ortadan kaldırmaz, bu mahiyette bir davranış olması yeterlidir<sup>50</sup>.

İkinci olarak, BK m.289'a göre fesih bir diğer koşulu, kiraya verenin kiracıya bir ihtar göndererek, kiralananın işletilmesi ve muhafazası yükümlülüklerinin ihlalinin düzeltilmesi için bir mehil vermesidir<sup>51</sup>. İhtarın şekli ko-

<sup>47</sup> ÖZTÜRK, s. 299; ALTAŞ, s. 258.

<sup>48</sup> ALTAŞ, s. 258.

<sup>49</sup> ALTAŞ, s. 258; CANSEL, s. 139; ÖZTÜRK, s. 299.

<sup>50</sup> ÖZTÜRK, s. 299.

<sup>51</sup> ALTAŞ, s. 259; ÖZTÜRK, s. 301; CANSEL, s. 141; KARAHASAN Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt:1, İstanbul, 2002, s. 1170; Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesi 1.5.2000 başlangıç tarihli ve on yıl sürelidir. Söz-

nusunda yasada bir şekil öngörülmediği için gerek yazılı gerek sözlü yapılabilir. Kiraya veren veya kiracı tarafının birden fazla kişiden oluştuğu ihtimalde tek bir kiracı ya da kiraya veren tarafından gönderilen ihtar geçerli olmayacaktır<sup>52</sup>. Bunun yanı sıra söz konusu fesih hakkını kullanabilmek için, kiracının ihtar karşısında bu ihlalin kendinden kaynaklanmadığını ya da ihlali kaldırmanın imkanı dahilinde olmadığını ispat edememiş olması gerekir. Aksi takdirde sözleşme bu yolla sona erdirilemeyecektir.

İhtarda verilen mehil içinde ihlal kiracı tarafından ortadan kaldırılırsa kiraya verenin fesih hakkı da sona erecek ve tahliye ve sözleşmenin feshi davası açılmayacaktır<sup>53</sup>. Bununla birlikte, her ne kadar ihlal kaldırılırsa da geçmiş dönemde kiraya verenin bir zararı doğmuş ise bu zararların tazminini BK m.96'ya göre talep edebilecektir. Ancak verilen mehil sonunda kiracı ihlali ortadan kaldıramazsa başka bir prosedüre gerek olmaksızın fesih hakkı kullanılabilir ve böylece belirsiz süreli hasılat kirasında feshi ihbar süresine uymadan, belirli süreli hasılat kirasında ise sürenin bitmesi beklenmeden tahliye ve tazminat davası açılabilir<sup>54</sup>.

Buradaki fesih ile sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirmekle birlikte gerek müspet gerek menfi zararın tazmini istenebilecektir. Başka bir deyişle, gerek ihlalden ötürü ve ihtar öncesi dönemde doğan zararın tazmini, gerekse fesih anına kadar ki ödenmemiş kira bedelleri - BK m.106 vd.'na göre - talep edilebilecektir. Şu halde, sözleşmenin feshi eski borçları ortadan kaldır-

---

leşmenin özel şartlar bölümü 6.maddesinde kira parası aylık cironun %7'si olarak kararlaştırılmıştır. Bu hüküm gereğince taraflar arasında hasılat kirası ilişkisi bulunduğu kabulü gerekir. Davacı, dava dilekçesinde ileri sürdüğü hususlar yönünden davalının sözleşmeye aykırı davrandığını belirterek kiralananı tahliyesini istemiş ise de, sözleşmenin özel hükümlerine aykırı şekilde kiralananın kapalı tutulması, kiralananın çevresinin bakım ve onarımının yapılmaması konularında kiralananın eski hale getirilmesi ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için davalıya ihtarname gönderilmemiş, süre tanınmamıştır. Bu durumda akde aykırılığın koşulları oluşmadığından mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde tahliye hükmü hatalı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir, Yarg. 6. HD. 21. 2. 2005 T., 2004/ 10736 – 1285K (www.kazanci.com, 20.1.2012).

<sup>52</sup> ÖZTÜRK, s. 301.

<sup>53</sup> ALTAŞ, s. 259; ÖZTÜRK, s. 301.

<sup>54</sup> ÖZTÜRK, s. 301; ALTAŞ, s. 259; CANSEL, s. 141.

maz<sup>55</sup>. Kira bedelinin peşin ödenmiş olması ihtimalinde ise, kiraya verenden fesih sonrası döneme ait kısmın iadesi talep edilecektir. Bunun yanı sıra, BK. m.289'un tatbiki ile kiracı fer'i zilyetliği sona ermesine rağmen kiralananı ısrarla terk etmezse, kiraya verenin bundan dolayı uğradığı hak kayıpları ile kiracının fazladan bir iktisabı söz konusu ise bunları sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir. Tüm bu hallerde, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden uğranılan zararın tazmini talebi imkanı da vardır<sup>56</sup>.

BK m.289'un kiracı için de uygulanabilmesi hususu ise doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, bir görüşe göre<sup>57</sup>, bu hüküm yalnızca kiraya verene kiracının yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde sağlanan bir imkandır; diğer bir görüşe göre ise<sup>58</sup>, kıyas yoluyla kiraya verenin de yükümlülüklerini önemli surette ihlal etmesi ihtimalinde kiracı tarafından kiraya verene verilecek mehil sonunda ihlale son verilmezse sözleşmenin feshedilebilmesi mümkündür.

Türk Borçlar Kanununda 289. maddenin karşılığı yoktur. Bu durumda ürün kiracısının kiralananın kullanımına ilişkin yükümlülüklerini önemli surette ihmal etmesi halinde kiraya verenin elinde hangi imkanların bulunduğu problemi ile karşılaşmaktayız. Kanımızca bu durumdaki kiraya verenin elinde iki imkan vardır. Şöyle ki;

Öncelikle kiraya veren artık kira ilişkisinin kendisi için çekilmez hale geldiğini ileri sürerek TBK m.369'da düzenlenen olağanüstü fesih imkanından yararlanabilecektir. Ancak bu hükme dayanılırsa kiraya verenin yasal fesih bildirim süresine uyması gerekmektedir.

İkinci olarak ise, TBK m.358'de ürün kirasına ilişkin özel hüküm olmadığına kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu halde kiraya veren, BK m. 289'un adi kiradaki m.256/2'nin karşılığı olması ve BK m.256/2'nin karşılığının TBK'daki m.316/2 olmasından ötürü, ürün kirası kiracısının kiralananı sözleşmeye

<sup>55</sup> ALTAŞ, s. 260; ÖZTÜRK, s. 302.

<sup>56</sup> CANSEL, s. 141.

<sup>57</sup> CANSEL, s. 141.

<sup>58</sup> ALTAŞ, s. 260.

uygun özenle kullanma yükümlülüğüne aykırı davranışı halinde TBK'daki 316/2 hükmüne de dayanabilecektir. Bundan ötürü, TBK m.316'da yer alan düzenlemeye değinmekte fayda görüyoruz. Söz konusu madde, kiracının kiralananı sözleşmeye uygun özenle kullanma yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucunda kiraya verene sözleşmeyi feshetme imkanı tanırken, kira konusunun konut ve çatılı işyeri kirası olup olmamasına göre bir ayırım yapar.

Buna göre, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre verilmesi ve bu sürede aykırılığın giderilmemesi durumunda yazılı bir ihtarla sözleşmenin feshedilebileceği öngörülmüşken; diğer kira ilişkilerinde kiraya verenin kiracıya önceden bir ihtarda bulunmaksızın yazılı bir bildirimle sözleşmeyi derhal feshedebileceği belirtilmiştir.

Ürün kirasında kiracının kiralananı işletmesinde ve muhafazasında borçlarına aykırı davranışını yani özensiz davranışını TBK m.316'ya dahil etmek istediğimizde akla şu soru gelmektedir: Acaba, ürün kirası sözleşmesinin konusunu konut ve çatılı bir işyeri oluşturduğunda, kiraya verenin feshi, 316.maddedeki yapılan ayırma göre konut ve çatılı işyeri kiralalarına hasredilen feshe mi sokulmalı, yahut tüm ürün kirası sözleşmeleri konut ve çatılı olup olmaması ayırımına girilmeksizin 316.maddede yer alan “*diğer kira ilişkileri*” ne mi sokulmalıdır? Bu sorunun cevabını vermek kolay değildir. Şöyle ki, mevcut Borçlar Kanunu döneminde, ürün kirasının konusunun çatılı bir işyeri olması halinde kira sözleşmesinin yürürlükte olan Borçlar Kanununun mu yoksa konut veya çatılı işyeri kiralalarını düzenleyen 6570 sayılı yasa<sup>59</sup>nın mı kapsamına gireceği hususu gerek Yargıtay kararları gerekse doktrinde tartışmalı bir husustu<sup>60</sup>. TBK'da 6570 sayılı yasa yürürlükten

<sup>59</sup> Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 27.5.1955, Yürürlük Tarihi: 1.6.1955.

<sup>60</sup> Belediye teşkilatı içindeki bir yerde, liman, iskele veya istasyonlarda yer alan, üstü örtülü olan ve semere getiren hasılat kirası sözleşmelerinin tabi olduğu yasa hükümlerini belirlemede Yargıtay'ın farklı dairelerinin farklı kararları mevcuttur. **Yargıtay 6. Hukuk Dairesi**. eski tarihli kararlarında 6570 sayılı yasanın hasılat kirası sözleşmelerine de uygulanması gerektiği görüşünü benimserken: Bu yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 6. HD. 22.9.1997 T, 1997/6475 E, 1997/6743 K (www.kazanci.com, 25.1.2012); Yarg. 6. HD. 7.3.1994 T, 1994/2289 E, 1994/2657 K. (www.kazanci.com, 25.1.2012); Yarg. 6. HD. 24.1.1991T, 1991/188 E, 1991/687 K (www.kazanci.com, 25.1.2012); Yarg. 6. HD.

kaldırılarak<sup>61</sup> konut ve çatılı işyeri kiralarına da TBK içinde yer verilmiştir. Şu halde konusu çatılı bir işyeri olan ürün kirası TBK'nın kira sözleşmeleri bahsinde ikinci ayırım olan konut ve çatılı işyeri kiralarına özgü hükümlere

---

7.12.1990 T, 1990/14703 E, 1990/ 15344 K, (www.kazanci.com, 25.1.2012); daha yeni tarihli kararlarında ise kiralanan, belediye teşkilatı olan bir yerde bulunsa ve üstü örtülü olsa dahi, uyumsuzluğun BK hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini benimsemiştir. Bu yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 6. HD. 10.10.2005 T, 2005/7314 E, 2005/9156 K (www.kazanci.com, 25.1.2012); Yarg. 6. HD. 8.3.2004 T, 2004/1292 E, 2004/1461 K. (www.kazanci.com, 25.1.2012); Yarg. 6. HD. 23.9.2003 T, 2003/6198 E, 2003/6232 K (www.kazanci.com, 25.1.2012). **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**'nin eski tarihli kararları da istikrarlı olarak hasılat kirası sözleşmelerine 6570 sayılı yasa hükümlerinin değil, BK'nın hasılat kirasına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiği yönünde idi: Bu yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 13. HD. 18.2.1993 T, 1993/221 E, 1993/1322 K (www.kazanci.com, 25.1.2012); Yarg. 13. HD. 25.6.1992 T, 1992/4326 E, 1992/5714 K. (www.kazanci.com, 25.1.2012); Yarg. 13. HD. 23.6.1992 T, 1992/4614 E, 1992/5663 K. (www.kazanci.com, 25.1.2012). **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu** ise son dönemde verdiği kararlarında ağırlıklı olarak örtülü dahi olsa taşınmazlara ilişkin hasılat kirası sözleşmelerinde 6570 sayılı yasanın değil, BK'nın hasılat kirasına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Bkz. Yarg. HGK. 14.4.2004 T, 2004/11-222 E, 2004/222 K, RUHİ Ahmet Cemal, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu na göre Kira Hukuku**, Cilt:2, Ankara, 2011, s. 1585 vd. naklen.

Doktrinde ise hasılat kirasına ilişkin olarak 6570 sayılı yasanın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. ZEVKLİLER Aydın, **Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2004, s. 179: ZEVKLİLER'e göre, konusu taşınmaz olan hasılat kirası sözleşmelerine 6570 sayılı yasanın değil, BK'nın 270 ila 295 hükümlerinin uygulanması 6570 sayılı yasanın amacına da uygun düşecektir (Aynı görüşte olarak bkz. ZEVKLİLER Aydın / HAVUTÇU Ayşe, **Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2007, s. 166-167.). Buna karşılık bkz. ŞAHİN Ayşe, "Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tabii Olduğu Yasa Hükümleri". **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi' ye Armağan**, Cilt 2, 1. Basım, İstanbul, 2009, s. 1434 vd: Yazar, hasılat kirası sözleşmelerine uygulanacak yasa hükümlerinin belirlenmesine yönelik, yasal düzenlemenin öngördüğü çözümü esas alarak, 6570 sayılı yasanın 1.maddesi uyarınca, konusu taşınmaz olan hasılat kirası sözleşmelerine 6570 sayılı yasa hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varmaktadır. Aynı görüşte bkz. DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, "Hasılat Kirası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hükümler", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, İstanbul, 2007, s. 941: Yazar, hasılat kirası sözleşmelerinde kiracının kiralayana nazaran ekonomik olarak daha güçlü olduğu iddiasının her zaman geçerli olmayabileceğini, hatta 6570 sayılı yasanın lafzından da bu kanunun sadece adı kira sözleşmelerine uygulanacağı sonucunu çıkarmanın mümkün olmadığını belirtir. Bundan ötürü de, 6570 sayılı yasanın belediye sınırları içerisindeki üstü örtülü taşınmazları konu alan hasılat kirası sözleşmelerine de uygulanmasının yerinde olacağı sonucuna varır.

<sup>61</sup> 4.2.2011 Resmi Gazete tarihli ve 1.7.2012'de yürürlüğe girecek olan 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 10.maddesi ile yürürlükten kalkacaktır.

mi tabi olmalı, yahut üçüncü ayırımıda özel olarak düzenlenen ürün kirasına ilişkin hükümlere mi tabi olmalıdır? Kanımızca gerek BK gerekse TBK’ da ürün kirasına ilişkin özel bir düzenleme olduğu için, 6570 sayılı yasa ya da TBK’nın konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin düzenlemelerine gitmeye gerek yoktur. BK’nın yapılış zamanında kanun koyucu tarafından belki bugünün koşulları değerlendirilememiş olabileceği için daha yeni tarihli 6570 sayılı yasanın günün ihtiyaçlarına daha cevap verici olduğu düşünülebilirse de, TBK’da kanun koyucu ürün kirasına ilişkin bölümde ilgili hususları açıkça düzenlemiş ve bu bölümde düzenleme olmayan hususlarda kiranın genel hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Nitekim kanun koyucu BK dönemindeki tartışmalardan haberdar idi ve isteseydi, ürün kirasına ilişkin bölümde ürün kirasının konusunun çatılı işyeri olması halinde konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair bir hükmü rahatlıkla koyabilirdi. Şu halde kanun koyucunun iradesi de kanunda ürün kirasına özgü öngörülen düzenlemelerin öncelikle uygulanması yönündedir.

Bu durumda m.316’nın tatbikinde ürün kirası “diğer kira ilişkileri” kapsamında değerlendirilmeli ve kiraya veren kiracıya önceden bir ihtarda bulunmaksızın dahi yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilmelidir. Bununla birlikte bu varılan sonuç tatmin edici değildir. Aslında bu eleştiri hasılat kirasına indirgenmeden doğrudan 316.maddeye yönelik de yapılabilir. Şöyle ki; kanımızca burada konut ve işyeri kiraları dışındaki kiralar bakımından da fesih hakkı kullanılmadan önce kiracıya ihtar ile kısa da olsa bir süre verilmesi gereklidir. Oysa kanun koyucu burada uygun süre tayinin kaldırılmasına ek olarak ihtar şartını da kaldırmıştır.

#### **IV- BELİRSİZ SÜRELİ HASILAT KİRASİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ (BK m. 285; TBK m. 368)**

BK’nın 285. maddesine göre, “*Müddet hakkında akit veya mahalli adet ile hilafına bir hüküm tayin edilmemiş ise iki taraftan her biri en aşağı altı aylık bir ihbar müddetine riayet etmek şartıyla akdi feshetmek salahiyetini haizdir.*

*Hilafına bir mukavele yok ise, zirai gayrimenkullerde mahalli adetçe cari ilk veya son bahar mevsimleri için diğer bütün kiralarda her hangi bir zaman için feshin ihbarı caizdir.”*

Türk Borçlar Kanununda ise m.368, BK m.285 hükmünü karşılamakta ve dilde yapılan arılaştırma dışında bir değişiklik içermemektedir.

Şu halde gerek BK m.285 gerekse TBK. m.368 uyarınca taraflar aralarında anlaşarak bir feshi ihbar süresi belirleyebilir ya da böyle bir anlaşma yoksa yerel adete göre belirlenmiş bir feshi ihbar süresi olup olmadığına bakılır. Ne sözleşmede ne de örf adete göre bir süre belirlenmemişse, kira sözleşmesi başlangıç tarihine göre altışar aylık dönemlere bölünerek ve bu dönemlerin sonuna uygun şekilde altı aylık süreye uymak kaydıyla ihbar yoluyla feshedilebilir<sup>62</sup>. Bununla birlikte, madde kira konusunun tarımsal taşınmaz olup olmamasına göre bir ayırım yapmıştır.

**1. Tarımsal taşınmazlarda:** Konusunu tarımsal taşınmazın oluşturduğu bir kira sözleşmesi yerel adete göre tespit edilecek olan ilkbahar ve sonbahar dönemleri sonu için altı ay öncesinden haber verilmek şartıyla feshedilebilecektir. Ancak bu dönemlerin anlaşma ile değiştirilmesi mümkündür. Şu halde her devre için feshi ihbar süresi altı aydır. Ülkemizde iklim koşulları bölgeden bölgeye farklılık göstermekle birlikte yerel adete göre ilkbahar mevsimi için Mart ayının, sonbahar mevsimi için Ekim ayının genellikle kabul edildiği söylenebilir. Şu durumda ilkbahar için sözleşmeye son vermek istendiği durumda, feshi ihbarın mart ayından altı ay öncesinde muhatabına ulaştırılması gerekecektir. Nitekim feshi ihbar, karşı tarafa ulaşması gereken, tek taraflı yenilik doğurucu bir beyandır ve kira sözleşmesini ihbarın hüküm ifade edeçeği dönem sonundan sonrası için geçerli olacak şekilde sona erdirir<sup>63</sup>. Yapılan feshi ihbara rağmen karşı taraf taşınmazı tahliyeden kaçınırsa, feshi ihbarda bulunan taraf, ihbarın muhataba ulaşmasından sonra altı ayın geçmesini bekleyerek dava açmalıdır. Başka bir deyişle, verilen feshi ihbar süresinden önce dava açılmayacaktır. Ancak bu noktada davayı açma hakkının bir süre ile sınırlı olup olmadığı sorunu ile karşılaşmaktayız. Zira, BK m.285 (TBK m.368) feshi ihbar için uyulması gereken süreyi belirlemiş olmasına karşın, süresinde ve usulüne uygun yapılan ihbara rağmen

<sup>62</sup> CANSER, s. 148; ALTAŞ, s. 262; KARAHASAN, s. 1168.

<sup>63</sup> TANDOĞAN, s. 200; ÖZTÜRK, s. 295; FEYZİOĞLU Feyzi Necmettin, **Borçlar Hukuki Hususi Kısım Akdin Muhtelif Nevileri**, Cilt I. İstanbul, 1963, s. 278; KARAHASAN, s. 1168.

gerçekleştirilmeyen tahliye karşısında davanın ne zaman açılacağı konusunda bir süre belirlememiştir. Uygulamada ve öğretide, ihbarda bulunan tarafın feshi ihbar süresinin bitiminden itibaren bir ay içinde dava açma zorunluluğundan bahsedilmemekle birlikte herhalde davanın bir sonraki dönemin sonu gelmeden açılması gerektiği kabul görmektedir<sup>64</sup>. Nitekim bir feshi ihbar, sadece ilişkin bulunduğu dönemle sınırlı olarak hüküm ifade eder. O dönemi takip eden dönem veya dönemler için geçerlilik taşımaz. Şu halde sonraki altışar aylık dönemlerden biri için yeni bir fesih ihbarında bulunulması zorunluluğu vardır, aksi takdirde sonraki dönemlerde de kira sözleşmesi varlığını sürdürecektir<sup>65</sup>.

**2. Diğer tüm hasılat kiralalarında:** Kiralananın tarımsal bir taşınmaz olmaması halinde ise taraflardan her biri, ilkbahar, sonbahar ayrımı yapmaksızın, herhangi bir zaman için altı ay öncesinden feshi ihbarda bulunmak suretiyle altı aylık sürenin sonunda sözleşmeyi sona erdirebilir<sup>66</sup>. Burada dikkat çekilmesi gereken söz konusu feshi ihbarın hasılat kirası sözleşmesinin başlangıç tarihine göre belirlenecek altı aylık süreden önce sözleşmenin karşı tarafına ulaşmış olması gerektiğidir. Aksi takdirde bildirim o dönem için hüküm ifade etmeyecek ve gönderilen fesih ihbarı hukuki sonuç doğurmayacaktır<sup>67</sup>.

Buradaki feshi ihbar özel bir şekle tabi olmamakla birlikte ispat açısından noter aracılığıyla yapılması önem taşıyabilir<sup>68</sup>. Birden fazla kiracının veya kiraya verenin varlığı halinde feshi ihbar bunların hepsine birden yapılmalı ya da eğer varsa ortak temsilcilerine yapılmalıdır. Sözleşmeyi vekil vasıtasıyla yapan taraf var ise, feshi ihbarın vekile değil sözleşmenin asıl tarafı olan temsil edilene gönderilmesi lazım gelir. Zira, vekilin görevi sözleşmenin yapılması ile sona ermiştir<sup>69</sup>. Son olarak, hasılat kirasına konu bir

<sup>64</sup> ÖZTÜRK, s. 295.

<sup>65</sup> Yarg. HGK. 29.1.2003 T, 2003/13-66 E; 2003/38 K, ÖZTÜRK, s. 313 vd. naklen.

<sup>66</sup> FEYZİOĞLU, s. 278; CANSEL, s. 148; ÖZTÜRK, s. 294

<sup>67</sup> Yarg. 13.HD. 4.10.1988 T, 1988/2733-4423 K, ÖZTÜRK, s. 294, dn. 8 naklen.

<sup>68</sup> ÖZTÜRK, s. 294.

<sup>69</sup> TANDOĞAN, s. 200; ÖZTÜRK, s. 294; “Feshi ihbarın sözleşmeyi vekil sıfatı ile imzalayan şahsa değil, kiralayana yapılması gerekir.”, Yarg 6.H.D 17.6.1982 T, 1982/ 6488-6556 K., ÖZTÜRK, s. 294, dn. 6 naklen.



taşınmazın belirli bir hissesinin satın alınması durumunda, bu kişinin sözleşmeyi tek başına feshetme hakkını haiz olmadığına, buradaki feshi ihbarın pay ve paydaş çoğunluğu ile yapılması gerektiğini belirten Yargıtay kararları olduğuna da dikkat çekelim<sup>70</sup>.

## V- HASILAT KİRASISI SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİREN DİĞER SEBEPLER

### 1- Tarafların İflası

#### a- Kiracının İflası (BK m. 290; TBK m. 370)

BK'nın 290.maddesine göre; “*Kiracının iflası halinde, kira, iflasın açılmasıyla beraber nihayet bulur.*

*Şu kadar ki, işlemekte olan kira ve defterin ihtiva ettiği eşya için kafi teminat verildiği takdirde, kiralayan, kira senesinin hitamına kadar akdi ikame ile mükelleftir.”*

Türk Borçlar Kanununda m.370, BK m. 290 hükmünü karşılamaktadır ve dilde yapılan arılaştırma dışında herhangi bir değişiklik içermemektedir.

Şu halde gerek BK gerekse TBK bakımından hasılat kirasında kiracının iflası sözleşmeye son veren bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır. Adi kirada BK m.261'de (TBK m.332) yer alan düzenlemeye göre, bu halde sözleşme kendiliğinden sona ermeyip, kiracının iflası kiraya verene sadece sözleşmenin feshi olanağı sağlarken; hasılat kirasında adi kiranın aksine, iflasın açılması ile kira sözleşmesi süresi dolmamış olmasına rağmen yasa gereği kendiliğinden *ipso jure* son bulur<sup>71</sup>. Bununla birlikte, BK m.290/2 bu hususta bir istisnaya yer vermiştir. Buna göre, kiracı *işlemekte olan* kira bedelleri ve defterde yazılı nesnelere için yeter teminat gösterirse sözleşme *kira senesinin sonuna kadar* devam eder, sona erdirilemez. Sene sonunda, temi-

<sup>70</sup> Yarg. 6.H.D 13.11.1996 T, 1996/10213 -10380 K, ÖZTÜRK, s. 295, dn. 11 naklen; ÖZTÜRK, s. 295.

<sup>71</sup> CANSEL, s. 142; ÖZTÜRK, s. 307; ALTAŞ, s. 264; TANDOĞAN, s. 229.

nata rağmen sözleşme kendiliğinden *ipso jure* son bulmuş olur<sup>72</sup>. Bu istisna adi kirada da yer almakla birlikte farklılık arz eder. Şöyle ki; adi kirada işlemekte olan kira parası ve BK'nın 271.maddesi (TBK m.359) uyarınca tutulan defterde yazılı nesnelere için güvence verilmesi kiraya verenin fesih hakkının önlenmesine imkan sağlarken, hasılat kirasında feshi önlemeyi değil sözleşmenin belirli bir süre devamını sağlar<sup>73</sup>. Bu noktada ilgili madde olarak iflas halinde konusu para olmayan alacakların paraya çevrilmesi halini düzenleyen İİK<sup>74</sup> m.198 gündeme gelebilir. 198.maddenin 2.fıkrasında BK m.290 hükmündeki hususlar saklı tutulmuştur. Şu halde denebilir ki, iflas idaresi hasılat kirası sözleşmesine giremez. Başka bir deyişle sözleşmeyi icraya devam edemez. Ancak BK m.290/2'deki koşul gerçekleştiği takdirde kiraya veren kira senesinin bitimine kadar sözleşmeyi devam ettirmekle yükümlüdür. Bunun haricinde, gerek iflas idaresi gerekse kiraya veren tek taraflı olarak kira senesinin bitiminde daha uzun bir süre için hasılat kirası sözleşmesini devam ettiremezler<sup>75</sup>.

Burada dikkat çekmemiz gereken bir diğer husus, 290.maddenin emredici bir düzenleme olmayışı ve bu nedendir ki kiraya verenin teminat verilmese bile sözleşmenin devamına izin verebileceğidir. Zira, kiracının iflası bahsinde hasılat kirasında adi kiradan farklı bir düzenlemeye gidilmiş olması “*hasılat veren kiralananın daha uzun bir süre müflis kiracıya bırakılmasının, kiralayanın önemli zararlarına neden olabileceği*” gerekçesi ile açıklanmaktadır. Başka bir deyişle, gaye kiraya vereni zarardan korumaktır<sup>76</sup>.

Maddede yer verilen “*teminat verilmesi*” hususuna da değinmemiz gerekir. Bu konudaki ilgili bir diğer düzenleme olan İİK'nın 165.maddesine göre iflas hükmüyle açılır ve bu hükümde açılma anı da gösterilir. Şu halde,

<sup>72</sup> CANSEL, s. 142; BERKİ Şakir, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 1973, s. 97; ALTAŞ, s. 264; TANDOĞAN, s. 229.

<sup>73</sup> ÖZTÜRK, s. 307.

<sup>74</sup> İcra ve İflas Kanunu, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 19.6.1932, Yürürlük Tarihi: 4.9.1932.

<sup>75</sup> KURU Baki, **İcra ve İflas Hukuku**, Cilt:3, 3. Baskı, Ankara, 1993, s. 295; ÖZTÜRK, s. 307.

<sup>76</sup> TANDOĞAN, s. 230; CANSEL, s. 142.

bu andan itibaren kiracının, işlemekte olan kira bedelleri ve defterde yazılı nesnelere için teminat göstermesi gerekir. Teminat gösterilmesi için bir sürenin verilmesine gerek yoktur<sup>77</sup>. Kiracının göstermeye mecbur olduğu teminatı iflas masası da gösterebilecektir<sup>78</sup>; zira iflas halinde kiracının hakları iflas idaresine geçecektir. İflas idaresince teminat gösterilmediği takdirde kira süresinin bitmesini beklemeye gerek olmaksızın iflas açıldığı anda hasılat kirası son bulacaktır. Bu durumdaki kiraya veren ise iflasın açılması anına kadar olan kirayı iflas masasına alacak olarak yazdırabilecektir<sup>79</sup>. Gerek teminat gösterildiği, gerekse gösterilmeden sözleşmenin sona erdiği ihtimalde kiralayanın kiracıdan iflas sonucu sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden ötürü ya da normal kullanımdan kaynaklanan değer düşüklüğü için herhangi bir tazminat isteme hakkı olmayacaktır<sup>80</sup>.

Bunlara ek olarak, teminatın nakdi, aynı yahut kıymetli evrakla gösterilebileceğini belirtebiliriz. Teminatın yeterli olup olmadığı hususu bu konuda anlaşmazlık çıktığında mahkemece çözülecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken, verilecek teminatın yalnız “işlemekte olan kiralar”a ilişkin olacaktır<sup>81</sup>.

Son olarak iflas yalnızca tacirler hakkında söz konusu olabileceği için, bu durumdaki hasılat kiracısının tacir sıfatının araştırılması gerekecektir. Başka bir deyişle, bu durumda kiracının faaliyette bulunduğu işletmeyi ticari metotlarla çalıştırıp çalıştırmadığına ya da başka bir faaliyetinden ötürü tacir sıfatına sahip olup olmadığına bakılmalıdır<sup>82</sup>.

## **b- Kiraya Veren İflası**

<sup>77</sup> TANDOĞAN, s. 230; CANSEL, s. 142.

<sup>78</sup> Fakat göstermeye mecbur değildir. İflas masasının, kiracının kira bedellerini ödemeye devam etmesinin alacaklıların zararına olabileceği kanısına varması halinde teminat göstermekten vazgeçerek sözleşmeye son verme imkanı da vardır, CANSEL, s. 143.

<sup>79</sup> KURU, s. 2952; ÖZTÜRK, s. 308.

<sup>80</sup> CANSEL, s. 143; TANDOĞAN, s. 230; KARAHASAN, s. 1172; ÖZTÜRK, s. 308.

<sup>81</sup> CANSEL, s. 143; Adi kirada teminat “birikmiş kiralar” ı da kapsar.

<sup>82</sup> CANSEL, s. 143.

Kiraya verenin iflasına gerek BK gerekse TBK’da sözleşmeyi sona erdiren nedenler arasında yer verilmemekle birlikte, konuya ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. Ancak böyle bir durumda sözleşmenin akıbeti ve tarafların sorumlulukları üzerinde kısaca durulması gerekir. Şu halde bu problem genel hukuk kuralları ile çözülecektir<sup>83</sup>.

Kiraya verenin iflasının sözleşmeye etkisini iflas anında kiralanan şeyin kiracıya teslim edilmiş olup olmamasına göre ayrı ayrı incelememiz gerekir. Şöyle ki;

- Eğer kiralanan kiraya verenin iflası anında henüz kiracıya teslim edilmemişse, kiracı masadan kiralananın kendisine teslim edilmesini talep edemez. Zira, bu halde ya kiracının malın teslimini istemeye yönelik alacağı İİK m.198/1 uyarınca paraya dönüşecek ve kiracı sözleşmenin yerine getirilmesinden dolayı sahip olduğu tazminat alacağını masadan iflas alacağı olarak isteyecek ya da iflas masası m.198/1 2.cümlesine göre sözleşmenin aynen ifasına girişerek kiralanan şeyi kiracıya teslim edecektir<sup>84</sup>.

- Eğer kiralanan kiraya verenin iflası anında kiracıya teslim edilmiş ise iflas kural olarak iflas tasfiyesine kadar sözleşmenin ve kiracının durumunu etkilemez, kiracının muhatabı iflas masası olur. Zira bu halde, hasılat kirasına konu şey iflas masasına kaydedilir ve kira sözleşmesi kiralananın iflas idaresi tarafından alacaklılardan birine veya bir üçüncü kişiye satılmasına kadar devam eder. Bu süre içinde kiracı kira bedellerini iflas masasına ödeyecektir. Ayrıca, İİK m.200/2 hükmü uyarınca, kiracı iflas anından itibaren iflas idaresinin borçlusu olduğundan kiraya verenden olan alacağını kira borcu ile takas da edemeyecektir<sup>85</sup>. İflas tasfiyesi sonucu iflas idaresinin kiralananı satması ile kira sözleşmesinin masa ile ilişkisi kalmaz. Bununla birlikte, bu halde kiracının durumunun ne olacağı sorunu ile karşılaşırız. Bu hususta kiracının durumunu, kira konusunun sözleşmenin devamı sırasında

---

<sup>83</sup> ALTAŞ, s. 265.

<sup>84</sup> KURU, s. 2968.

<sup>85</sup> KURU, s. 2968; Konuyla ilgili bilgi için ayrıca bkz. KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **İcra İflas Hukuku**, 22.bası, 2008, s. 530-531; ÜSTÜNDAĞ Saim, **İflas Hukuku**, 8.Baskı, İstanbul, 2009, s. 107.

başka birine temlik edilmesi hali ile aynı hukuki statüye tabi tutmak gerekecektir. Şu halde BK m.276 burada da kıyasen uygulanacaktır. Son olarak, kiracının kira sözleşmesinin zamanından önce son bulması nedeniyle bundan doğan zararını da, kiraya verenin iflas masasından iflas alacağı olarak talep edebileceğini belirtelim<sup>86</sup>.

## 2- Tarafların Ölümü

### a- Kiracının Ölümü (BK m. 291; TBK m.371)

BK'nın m.291'e göre "Kiracı vefat ederse, gerek mirasçıları gerek kiralayana, altı aylık kanuni mehillere riayet şartıyla kiranın feshini ihbar edebilirler."

Türk Borçlar Kanununda m.371, BK m. 291 hükmünü karşılamaktadır ve dilde yapılan arılaşırma dışında herhangi bir değişiklik içermemektedir.

Görüldüğü gibi gerek BK gerekse TBK açısından kira sözleşmesi kiracının ölümü ile kendiliğinden sona ermez. Zira ölenin hak ve borçlarına dahil olarak sözleşmeden doğan hak ve borçlar da miras hukukundaki *külli halefiyet ilkesi* uyarınca, ölenin mirasçılara geçecektir<sup>87</sup>. Bununla birlikte, hasılat kirası sözleşmesinin kiracının şahsi yetenekleri dikkate alınarak yapılması ile mirasçılara bu sözleşmeyi ifayla sorumlu tutmanın iktisadi açıdan getirebileceği sıkıntılar da dikkate alınmış ve Kanun koyucu tarafından kiracının ölümü haline BK m.291 ve TBK m.371'de mirasçılara ve kiraya verene altı aylık bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi sona erdirme imkanı tanıyan bir hal olarak yer verilmiştir<sup>88</sup>.

Kiracının ölümü üzerine kiracının mirasçıları ya da kiraya veren yasal sürelerle uyarak gönderecekleri ihbarlar sonucunda sözleşmeyi feshedebilirler. Maddede kastedilen süreler BK m.285'de (TBK m.368) yer alan süreler-

<sup>86</sup> ALTAŞ, s. 265; ÖZTÜRK, s. 308.

<sup>87</sup> İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8.basım, İstanbul, 2011, s. 283; DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku-**, Cilt:4, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, 2006, s. 12 vd; ÖZTÜRK, s. 309; ALTAŞ, s. 265; CANSEL, s. 146.

<sup>88</sup> CANSEL, s. 146.

dir<sup>89</sup>. Şu halde burada da hasılat kirasının konusunun tarımsal bir taşınmaz olup olmamasına göre sürelerin kullanılmasına dikkat edilmelidir. Yani, esas olarak BK m.285'deki (TBK m.368) 6 aylık süre geçerli olacak, ancak tarımsal taşınmaz söz konusu olduğunda ilkbahar ve sonbahar mevsimleri de dikkate alınacaktır.

İhtar şekle tabi olmamakla birlikte, ihtarın karşı tarafa tebliğinin bilinmesi vs. konularında ispat kolaylığı açısından noter kanalı ile veya iadeli taahhütlü mektupla yapılması önerilir<sup>90</sup>.

Sözleşmenin feshini talep eden mirasçı sayısı birden fazla ise, mirasçıların terekeye dahil mallarda elbirliği mülkiyeti söz konusu olduğu için ve kira hakkı da terekeye dahil olduğu için, mirasçıların tümünün feshi ihbarda bulunması gerekir. Aynı şekilde, kiraya veren tarafından feshi ihbarda bulunulacaksa, tüm mirasçılara birden yahut varsa tereke temsilcisine ihbarda bulunulması gerekir<sup>91</sup>.

Birden fazla kiracı var ise, bunlardan birisinin ölümü halinde BK m.291 (TBK m.371)'in uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ile karşılaşılmaktadır. Doktrindeki hakim görüşe göre, hasılat kirasında kiracının şahsi yeteneği söz konusu olduğundan bu husus önemli olmakla birlikte, bir kiracının ölümü işletmenin devamını etkilemiyorsa 291.maddeye dayanılarak sözleşmenin sona erdirilmesi istenemez; ancak söz konusu kiracının ölümü sözleşmenin devamını çekilmez hale getirdi ise BK m.286' ya dayanılarak tam bir tazminat vermekle sözleşme sona erdirilebilir.<sup>92 93</sup>

### **b- Kiraya Veren Ölümü**

Gerek BK m.291'de, gerekse TBK m.371'de kiraya verenin ölmesi hali düzenlenmemiştir. Bu nedenle ki konuya genel miras hukuku kurallarının uygulanması gerekecektir. Şu halde kiraya verenin ölümü ile kiraya verenin

<sup>89</sup> ÖZTÜRK, s. 310.

<sup>90</sup> ÖZTÜRK, s. 310.

<sup>91</sup> İMRE/ ERMAN, s. 411; DURAL/ ÖZ, s. 438; ÖZTÜRK, s. 310.

<sup>92</sup> CANSEL, s. 147; ÖZTÜRK, s. 311.

<sup>93</sup> 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra ise TBK m. 369' un şartlarına uyarak sözleşmeye son verebilirler.

hak ve borçları bir bütün olarak *külli halefiyet (intikal) ilkesi* uyarınca mirasçılara geçeceğinden<sup>94</sup>, mirasçılar hasılat kirasında kiraya verenin yerini alarak, kiracıya karşı sözleşmeden dolayı yükümlü olmaya devam edeceklerdir. Ancak eğer mirasçılar sözleşmeye devam etmek istemiyorlarsa hasılat kirası sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli olmasına göre kurallarına uyararak sözleşmenin feshini isteyebileceklerdir<sup>95</sup>.

### 3- Verilen Süre İçinde Kira Bedelinin Ödenmemesi (*Kiracının Temerrüdü*) (BK m. 288; TBK m.362)

BK. m.288'e göre; "*Kiracı kirayı vadesi hülulunda tediye etmezse kiralayana altmış günlük bir mehil tayin ederek birikmiş olan kira bu müddet zarfında verilmediği takdirde, mehilin hitamında akdi feshedeceğini kiracıya ihtar edebilir.*

*Bu mehil ihtarın kiracıya tebliğ edildiği günden başlar.*

*Bu mehilin tenkisine yahut kiranın tediye edilmemesi halinde akdin hemen feshedileceğine dair yapılan mukaveleler batıldır."*

Maddeye göre feshin şartları şu şekilde sıralanabilir;

- BK m.288'e göre öncelikle kiracı kira bedelini ödeme borcu muaccel olmasına rağmen borcunu ifa etmemiş olmalıdır<sup>96</sup>. Kira bedelini ödeme zamanı sözleşmeyle belirlenmedi ise adete bakılarak tayin edilmeye çalışılır. Bu da mümkün olmazsa kira bedeli BK m.73 ve m.281'deki düzenlemeler uyarınca belirlenecektir. BK m.281 hasılat kirasına özel bir düzenlemedir. Buna göre, ödeme zamanı için taraflarca kararlaştırılmış ya da örf adetçe bir süre yoksa her yılın sonunda veya kira süresinin sonunda kira bedeli ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır<sup>97</sup>. Kira bedeli kavramına su, elektrik masrafları, kapıcı parası gibi yan giderlerin dahil olmayacağına ilişkin Yargıtay

<sup>94</sup> Bkz. ANTALYA Osman Gökhan, **Miras Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 52 vd.

<sup>95</sup> ALTAŞ s. 266-267.

<sup>96</sup> TANDOĞAN, s. 211; CANSEL, s. 143; ALTAŞ, s. 268.

<sup>97</sup> ARKAN SERİM Azra, **Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları**, İstanbul, Ekim, 2010; ALTAŞ, s. 268; CANSEL, s. 143.

kararları mevcuttur<sup>98</sup>. Buna karşılık kira bedeli kavramına esasında ödenmesi kiralayana ait olup da, taraflarca sözleşmede kiracıya yükletilmiş olan su, elektrik paralarının da dahil olabileceği ileri sürülmektedir<sup>99</sup>.

TBK m.362, 281. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 288.maddenin birinci fıkrasını karşılamaktadır. Buna göre; “*Kiracı, sözleşmede aksine bir hüküm veya yerel adet olmadıkça, kira bedelini ve yan giderleri her kira yılının ve en geç kira süresinin sonunda ödemekle yükümlüdür.* Görüldüğü üzere, yeni düzenlemede, kiracının yükümlülüğünde olan yan giderler de, kira bedeli ile aynı düzenlemeye tabi kılınmış ve tereddüte yer bırakılmamıştır. Böylece artık yan giderlerin ödenmemesi de sözleşmenin feshine neden olabilecektir.

- BK m.288’e göre ikinci olarak, kiracıya altmış günlük ödeme süresini ve bu süre zarfında ödeme yapılmazsa sözleşmenin feshedileceğini bildiren bir ihtar gönderilmelidir<sup>100</sup>. İhtarda, kira bedelinin miktarı ve hangi kira bedelinin ödenmediği, ödenmesi için yasal sürenin ne olduğu, ödenmemesi halinde sözleşmenin feshedileceği ve tahliye davası açılacağı belirtilmelidir<sup>101</sup>. ALTAŞ’ a göre, maddede geçen altmış günlük süre en az altmış gün şeklinde anlaşılmalıdır. Zira özellikle kira bedelinin hasılatın bir pay olarak ödeneceği durumlarda bu süreye uyulamayabilir. Böyle durumlarda hasılatın toplanması için gerekli süre aynı zamanda mehil olmalıdır. Bununla birlikte, bu yorum kira bedelinin nakit para ile ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda yapılamayacaktır<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> Yarg. 6.HD. 20.3.1964 T, E. 6802/K. 1380, TANDOĞAN, s. 212, dn. 66 naklen; Yarg. 3.HD. 1.10.1951 T, E.9709/K. 13193, TANDOĞAN, s. 212, dn. 67 naklen; Yarg. HGK, 6.3.1963 T, E. 6-13/K. 23, OLGAC Senai, **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira, Hasılat Kirası, Tahliye**, Ankara, 1978, s.118, dn. 25 naklen. ; ARKAN SERİM, s. 112.

<sup>99</sup> Bu düşünceyi ileri süren yazarlar için bkz. TANDOĞAN, s. 212, dn. 64.

<sup>100</sup> CANSEL, s. 144; ALTAŞ, s. 269; TANDOĞAN, s. 212-213; ARKAN SERİM, s. 112; BK m. 288 uyarınca gönderilen ihtar dışında İİK m. 269 vd. maddeleri uyarınca yapılan bir icra takibi nedeniyle gönderilen ödeme emrine rağmen kiracı tarafından ödeme yapılmamış olması halinde de genel mahkemeden tahliye istenebilecektir. Zira, icra dairesinde gönderilen ödeme emri de ihtarname olarak kabul edilmektedir; ÖZTÜRK, s. 306.

<sup>101</sup> CANSEL, s. 144; TANDOĞAN, s. 214-215; YAVUZ, s. 313.

<sup>102</sup> ALTAŞ, s. 269.



TBK m.362/2'e göre ise kiracı, kiralananın tesliminden sonra vadesi gelmiş kira bedelini veya yan giderleri ödemezse kiraya veren, kiracıya *yazılı olarak* en az altmış günlük bir önel verip, bu önel içinde ödememesi durumunda sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. Görüldüğü üzere, mevcut düzenlemede altmış gün olarak belirlenen süre hususunda TBK m.362/2'de *en az altmış günlük bir önelin* verilmesi belirtilmiş ve böylece süre kavramı da doktrindeki eleştirel görüşlerle paralellik arz eder hale gelmiştir. Ayrıca ihtarın yazılı şekilde yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

BK m.288/2'de altmış günlük sürenin ihtarın kiracıya tebliğ edildiği günden başlayacağı söylenece de, 22.6.1966 tarih 8/8 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>103</sup>na göre sürenin hesabında ihtarın tebliğ edildiği gün sayılmaz<sup>104</sup>. TBK'da ise BK m.288/2'ye yer verilmemiştir. Şu halde, bu hususta kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlere gidilecektir. Bu doğrultuda, TBK da genel hükümlerde yer alan "Kiracının Temerrüdü" başlıklı 315.maddeye baktığımızda, mevcut BK. m.260/2 de yer alan, sürenin ihtarın kiracıya tebliğ edildiği günden başlayacağı fıkrasının yerine, sürenin kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlayacağı esasının benimsendiğini görmekteyiz. Görüldüğü üzere artık TBK'nın yürürlüğe girmesi ile, kanuni düzenleme ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı birbirine paralel hale gelecektir.

- Son olarak, verilen süre zarfında kira bedelinin ödenmemiş olması gerekir. Zira kira bedeli ihtarda verilen süre içinde ödenirse kiraya veren artık

<sup>103</sup> "Borçlar Kanununun 260 ve 288.maddelerinde söz konusu edilen 6 günlük, 30 günlük ve 60 günlük mehil vermek yolundaki irade beyanları karşı tarafa vasıl olması şart bulunan beyanlardır. İşte kanun bu vüsul şartını belirtmek için (bu mehil ihtarın kiracıya tebliğ edildiği günden başlar) hükmünü sevk etmiştir. Bu fıkraya başka bir anlam izafe edilemez. Müddetler genel hükümler dairesinde hesap edilmek lazımdır. Bu hususta Borçlar Kanununun 76. maddesi genel bir hüküm olarak uygulanır. Nitekim o maddede (bir borç akdın inikadından itibaren bir müddetin hitamında ifa edilmek lazım geldiği takdirde müddet gün ile tayin edilmiş ise borç akdın inikat ettiği gün sayılmayarak müddetin son günü muaccel olur. Kira akitlerinde de ihtarın kiracıya tebliğ edildiği günden itibaren kira borcunun 6, 30 ve 60 günlük müddetler içinde ifası lazım geldiğine göre 76.madde uyarınca tebliğ günü sayılmayarak müddetin son günü ifa süresi bitmiş olur", YİBK. 22.6.1966 T,1966/8 E,1966/8 K (www.kazanci.com, 20.1.2012).

<sup>104</sup> CANSEL, s. 145; TANDOĞAN, s. 214; ÖZTÜRK, s. 306.

temerrüt nedeniyle sözleşmenin feshini isteyemeyecek ve taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki devam edecektir. Ancak kiracı süre içinde borcunu ödemezse temerrüde düşmüş sayılacak, kira sözleşmesi ortadan kalkacak ve tahliye davası açılacaktır<sup>105</sup>. Bunun yanı sıra kiraya veren kiracıdan temerrüt faizi ve sözleşmenin ortadan kalkması dolayısıyla oluşan zararlarının da tazminini talep edebilir<sup>106</sup>.

Bunlara ek olarak, BK.'nın 288.maddesinin son fıkrasına göre kira sözleşmesinde kanunda öngörülen sürelerin kısaltılması ya da kira bedelinin ödenmemesi halinde sözleşmenin hemen feshedileceğine ilişkin yapılan anlaşmalar hükümsüz olacağından bu haklardan önceden feragatın mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Ancak, kiraya veren temerrüt ihtarından sonra kiracı ile anlaşarak feshin sonuçlarından feragat edebilecektir<sup>107</sup>. TBK'da ise mevcut BK m.288/son'a yer verilmemiştir. Bu hususta genel hükümlere gittiğimizde ise, gerek mevcut BK m.288/son gerekse BK m.260/son'da yer alan *“Bu mehlin tenkisine yahut tediyeden tehhür halinde akdin hemen feshedilebileceğine dair yapılan mukaveleler batıldır”* içeriğindeki hükme TBK m.315'de de yer verilmediğini görüyoruz. Ancak bu sonuç bizi taraflarca yasal süreyi kısaltan veya süre verilmeksizin sözleşmenin feshine imkan tanıyan sözleşme hükümlerinin geçerli olacağını sonucuna götüremez. Zira, TBK m. 315'in emredici niteliği yeni kanun döneminde de geçerliliğini koruyacaktır. Yani, bu durumlarda yapılan fesih TBK m.315'in emredici niteliği karşısında hüküm ve sonuçlarını doğuramayacaktır.

## VI- DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yürürlükteki kanun hükümleri ile karşılaştırıldığında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda çok farklı düzenlemeler bulunmamakla birlikte, mevcut Kanundaki hükümleri değiştiren ya da kaldıran bir takım düzenlemeleri içerdiğini görmekteyiz:

<sup>105</sup> ALTAŞ, s. 269; TANDOĞAN, s. 216- 217; ÖZTÜRK, s. 306.

<sup>106</sup> TANDOĞAN, s. 219.

<sup>107</sup> ÖZTÜRK, s. 306- 307; TANDOĞAN, s. 214; ALTAŞ, s. 270.

1. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kira sözleşmesi ile ilgili düzenlemeler dördüncü bölümde üç kısımda düzenlenmiştir. Buna göre; birinci kısımda genel hükümlere, ikinci kısımda konut ve çatılı işyeri kiralalarına, üçüncü kısımda ise hasılat kirasına “ürün kirası” adı altında yer verilmiştir. Ayrıca diğer kiralalarla ilgili hüküm olmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağına dair atıflar yapılmıştır. Bu düzenleme tarzı kanımızca da isabetli olmuştur.

2. Türk Borçlar Kanununda önemli nedenlerden dolayı ürün kirası sözleşmesinin feshini sadece belirli süreli hasılat kiralalarına hasreden düzenleme değiştirilmiş, bu imkan gerek belirli gerek belirsiz süreli ürün kirası sözleşmeleri için mümkün kılınmıştır. Bu düzenleme, sürekli borç ilişkilerinin genel sona erme teorisine de uygunluk sağladığı için kanımızca isabetlidir. Ayrıca ilgili yasa hükmünde tam tazminata hükmedilmesine ve tazminatın üst sınırına yer verilmeyerek hakimin hal ve şartlara göre feshin parasal sonuçlarını karara bağlaması esas kabul edilmiştir.

3. Yürürlükteki yasanın 289.maddesinde yer alan “*kiralayanın kiracının kiralanan işletilmesine veya muhafazasına müteallik borçlarına ehemmiyetli tarzda muhalefeti*” halinde sahip olduğu fesih hakkına Türk Borçlar Kanunu yer vermemiştir. Bu bağlamda ürün kirasına ilişkin özel sona erme sebeplerinden TBK m.369’a göre olağanüstü fesih imkanının yahut, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerde yer alan TBK m.316/2’nin “*diğer kira ilişkileri*” için öngördüğü ihtar çekmeksizin sözleşmeyi feshetme imkanının uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz. Ancak uygun mehil verilmesi bir yana ihtar çekilmesini dahi gerekli görmeyen m.316/2 hükmünü tatmin edici bulmuyoruz. Kanımızca diğer kira ilişkilerinde de, kısa da olsa bir süre verilmesi, bu sürede aykırılık giderilmezse derhal feshedebilme imkanı tanınması daha isabetli olacaktır.

4. Yeni yasa hükmünde ihtarların yazılı olması esasının getirilmesine ek olarak, temerrüdün oluşmasında, kiracı tarafından kira bedelinin ödenmemesinin yanı sıra yan giderlerin ödenmemesi de temerrüt nedeni sayılmıştır.

5. “*Kiracının Temerrüdü*” başlıklı bölümde verilen sürenin ihtarın kiracıya tebliğ edildiği günden itibaren başlayacağı esasına genel hükümlerde

yer aldığı için değinilmemiş; bununla birlikte, genel hükümlerdeki düzenlemede ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile uyum sağlanarak sürenin ihtarin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlayacağı esası kabul edilmiştir. Ayrıca mevcut düzenlemede altmış gün olarak belirlenen süre hususunda, TBK’da en az altmış günlük bir önelin verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine yeni düzenlemede ihtarin yazılı şekilde yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Bunlara ek olarak, yeni hükümde temerrüde ilişkin sürenin kısaltılması veya süre verilmeksizin feshe imkan tanıyan sözleşmelerin geçersiz olacağına ilişkin eski düzenlemeye yer verilmemesi bu tarz sözleşme hükümlerine geçerlik tanımayacaktır. Zira TBK m.362 ve TBK m.315 emredicidir.

#### KAYNAKÇA

- ALTAŞ, Hüseyin: **Hasılat ve Şirket Kirası**, 2.Baskı, Ankara, 2010.
- ANTALYA, Osman Gökhan: **Miras Hukuku**, İstanbul, 2009.
- ARKAN SERİM, Azra: **Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları**, İstanbul, Ekim, 2010.
- BERKİ, Şakir: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 1973.
- CANSEL, Erol: **İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası**, 1.Basım, Ankara, 1953.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: *“Hasılat Kirası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hükümler”*, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul, 2007, s. 932-948.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: **Türk Özel Hukuku - Miras Hukuku-** , Cilt:4, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, 2006.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:3, 4. Bası, İstanbul, 1994.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: **Borçlar Hukuki Hususi Kısım Akdin Muhtelif Nevileri**, Cilt I. İstanbul, 1963.

- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8.basım, İstanbul, 2011.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt:1, İstanbul, 2008.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Kira Sözleşmesi**, 1.Baskı, İstanbul, 2011.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt:1, İstanbul, 2002.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ a Armağan**, İstanbul, 2000, s. 503-514.
- KURU, Baki: **İcra ve İflas Hukuku**, Cilt:3, 3. Baskı, Ankara, 1993.
- KURU, BAKİ/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ: **İcra İflas Hukuku**, 22.bası, 2008.
- OLGAÇ, Senai: **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira, Hasılat Kirası, Tahliye**, 1978.
- ÖZTÜRK, Gülay: **Teori ve Uygulamada Hasılat Kirası**, 1.Baskı, 2010.
- RUHİ, Ahmet Cemal: **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre Kira Hukuku**, Cilt:2, Ankara, 2011.
- ŞAHİN, Ayşe: “*Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri*”. **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ ye Armağan**, Cilt: 2, 1.Basım, İstanbul, 2009, s. 1427-1443.
- TANDOĞAN, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/2, 4.Tıpkıbası, İstanbul, 1989.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: **İflas Hukuku**, 8.Baskı, İstanbul, 2009.
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8.Tıpkıbası, İstanbul, 2009.
- ZEVKLİLER, Aydın: **Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2004.

ZEVKLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe: **Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2007.

**İnternet Kaynakları:**

TEZCAN, Mehmet: **Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması**. Ankara: 2004 ( Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk -Medeni Hukuk- Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

[acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf](http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf) (erişim: 22.11.2011)

Yargıtay kararları için bkz. **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası:**

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (çevrimiçi).